



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

BIANCA BERDINE MARTINS MENDES

**A CRIMINALIZAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2014

BIANCA BERDINE MARTINS MENDES

A CRIMINALIZAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

M538c Mendes, Bianca Berdine Martins.
A criminalização da pornografia infantil simulada no ordenamento jurídico brasileiro / Bianca Berdine Martins Mendes. – 2014.
67 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Pornografia infantil - Brasil. I. Nepomuceno, Raul Carneiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

BIANCA BERDINE MARTINS MENDES

A CRIMINALIZAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Michel Mascarenhas Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Doutora Gretha Leite Maia de Messias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu orientador, o Professor Raul Nepomuceno, pela paciência, dedicação e pela ajuda valiosa que me permitiu sair da primeira página em branco e continuar escrevendo até finalizar minha pesquisa. Novamente, muito obrigada!

Aos membros da banca examinadora, Professor Michel Mascarenhas e Professora Gretha Leite Maia de Messias, pela gentileza de terem aceitado o convite e pelo tempo concedido à avaliação.

Aos meus pais, que estiveram sempre presentes durante toda a minha formação.

Aos meus amigos do P.V (não vou citar nomes, vocês sabem quem são) pela amizade e companheirismo e por me ajudaram a aguentar as pontas nesses tempos difíceis de conclusão de curso. Obrigada principalmente à Raquel, que é um guru espiritual em ABNT, embora ela não perceba.

Aos meus amigos do Porteiros, especialmente à Ana e à Marina, que me ouviram desabafar sobre meu tema tenso mais de uma vez e que fizeram a gentileza de revisar meu abstract.

E aos meus queridos irmãozinhos, que nada fizeram, mas que são fofos.

RESUMO

Em decorrência dos trabalhos da CPI da Pedofilia de 2008 do Senado Federal foi editada a lei 11.829/08, que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente e incluiu novas modalidades delituosas. Uma delas é a prática de pornografia infantil simulada, prevista no artigo 241-C. O tipo, ao contrário dos dispositivos que tratam de pornografia infantil real, não exige a participação de criança ou adolescente na situação sexual ou erotizada. Diante do contexto, essa pesquisa analisa se a criminalização da pornografia infantil simulada no Direito brasileiro é ou não devida, tendo em vista a necessidade de atuação minimalista do Direito Penal, que deve se limitar a tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. No primeiro capítulo, tratou especificamente dos requisitos jurídico-penais e criminológicos necessários para se criminalizar uma conduta. No segundo, analisou a pornografia infantil simulada de uma forma geral e seu tratamento no Direito brasileiro. No terceiro, investigou se sua tipificação é ou não devida, concluindo que a pornografia infantil simulada deve ser descriminalizada do Direito brasileiro. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminologia. Descriminalização. Pornografia infantil simulada. Direito brasileiro. Lei 11.829/08.

ABSTRACT

As the work result of the Federal Senate's Parliamentary Inquiry Committee on Pedophilia in 2008 it was edited the law n° 11.829/08, which modified the Child and Adolescent Statute and included new criminal species. One of them is the practice of simulated child pornography under the article 241-C. This rule, unlike the ones that address real child pornography, does not require the participation of child or adolescent in sexual or eroticized situation. Given the context, this research analyses if the criminalization of simulated child pornography in Brazilian Law is appropriate or not, in view of the need of minimalist intervention of the Criminal Law, which should be limited to the protection of the most important legal assets to society. In the first chapter, it dealt specifically with the criminal and criminological requirements to criminalize conducts. In the second one, analyzed simulated child pornography in general and its treatment under Brazilian Law. In the third one, investigated if simulated child pornography criminalization is appropriate or not, concluding that it should be decriminalized of Brazilian Law. For this purpose, it was used the literature and case law research.

Keywords: Criminal Law. Criminology. Decriminalization. Simulated child pornography. Brazilian Law. Law n° 11.829/08.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	DOS LIMITES DO PODER ESTATAL NA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS.....	15
2.1	Conceito de bem jurídico penalmente tutelado.....	19
2.2	Os princípios limitadores do poder punitivo estatal.....	22
2.2.1	<i>Princípio da intervenção mínima.....</i>	<i>25</i>
2.2.2	<i>Princípio da lesividade.....</i>	<i>26</i>
2.2.3	<i>Princípio da adequação social.....</i>	<i>29</i>
3	A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA E SUAS CONTROVÉRSIAS.....	31
3.1	As consequências negativas da pornografia infantil simulada.....	37
3.2	A pornografia infantil simulada no Direito brasileiro.....	43
3.2.1	<i>Considerações sobre o artigo 241-C e a questão da pornografia infantil virtual.....</i>	<i>45</i>
4	DO CABIMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	51
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

“Criminalizar” é tornar uma conduta criminosa. Tal incriminação é feita pelo Estado e o conjunto de normas determinantes de delitos e de suas sanções compõem o Direito Penal. Para assegurar que a criminalização não seja feita de forma arbitrária, pois o Estado não pode simplesmente proibir uma conduta sem justificativa, atribuindo-lhe sanções desproporcionais e discricionárias, o Direito Penal estabelece critérios que ensejam a criminalização de condutas, tornando-a legítima.

“Pornografia infantil” é qualquer representação documentada de uma criança ou adolescente em atividades para fins predominante sexuais. A pornografia infantil simulada, como o próprio nome diz, consiste em uma simulação de pornografia infantil. Como “simular é fingir ter o que não se tem”¹, o que difere a pornografia infantil simulada do conceito acima apresentado é o fato de que naquela há a inserção artificial de um elemento presente apenas na pornografia infantil real, como a menoridade dos participantes ou o próprio cometimento de atividade para fins sexuais. Na pornografia infantil simulada, inserem-se elementos que visam assemelhar um adulto a um menor ou uma atividade não-sexual a uma atividade sexual. Como consequência, o material pornográfico infantil simulado se assemelhará ao material pornográfico infantil real, fazendo com que não se possa, objetivamente, tratar a pornografia infantil simulada nem como pornografia infantil real nem como pornografia comum². Portanto, a pornografia infantil simulada tem natureza peculiar, tornando a questão de sua criminalização polêmica. Deve o Direito Penal tipificar condutas relacionadas à pornografia infantil simulada, assim como faz em relação à real, pelo fato de ambas se assemelharem? Ou isto seria um exercício arbitrário do poder punitivo estatal, já que a pornografia infantil simulada não representa de fato a documentação de atividades sexuais envolvendo crianças e adolescentes reais?

A pesquisa tem por finalidade a análise dessa questão, investigando a criminalização da pornografia infantil simulada no Direito brasileiro, conduta recentemente tipificada pelo artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente em modificação trazida pela Lei 11.829 de 2008. O primeiro capítulo irá tratar da criminalização de condutas, traçando os limites jurídico-penais postos ao Estado na determinação dos delitos e de suas

¹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d'Água, 1991, p. 9.

² BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d'Água, 1991, p. 10.

sanções, abordando o conceito jurídico e criminológico de crime, o conceito de bem jurídico e os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

No segundo capítulo será abordada a pornografia infantil simulada e a problemática envolvendo seu conceito, sua regulamentação legal e suas consequências, também demonstrando em que medida tal prática pode significar um empecilho ao combate à pornografia infantil real. Ademais, será analisado o tratamento legislativo brasileiro dado à temática.

Por fim, o terceiro capítulo investigará a efetiva necessidade da criminalização da pornografia infantil simulada, analisando-se o bem jurídico tutelado pelo artigo 241-C, o grau de ofensa que a conduta tipificada gera ao bem tutelado e à sociedade e o caráter moral e simbólico referente à criminalização dessa modalidade de pornografia infantil.

Os métodos utilizados foram o bibliográfico, com consulta a livros, artigos científicos, monografias, dissertações e teses sobre o assunto, e o jurisprudencial, com pesquisa e análise de decisões judiciais.

2 DOS LIMITES DO PODER ESTATAL NA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

O cometimento de condutas lesivas aos bens mais importantes da sociedade é geralmente reprimido pelo aparato punitivo do Estado, possibilitando a convivência humana. A formalização da punição estatal é efetivada pela criminalização da conduta, estabelecendo-se uma pena que terá finalidade repressiva e preventiva em relação ao seu cometimento. O Direito Penal é ao mesmo tempo o conjunto de normas determinantes de delitos e de suas respectivas sanções e uma forma de limitar o poder punitivo estatal, restringindo a imputação de sanções penais à condutas já reguladas (princípio da legalidade) e sujeitando apenas agressões aos bens jurídicos mais importantes à intervenção penal (princípio da intervenção mínima). Ou seja, o Direito Penal é uma ferramenta de controle social³ e estatal, protegendo os indivíduos de si mesmos e contra a atribuição de penas desmotivadas por parte do Estado.

Assim, entende-se que nem todas as condutas possam ser criminalizadas. Afinal, a imputação de um ato como criminoso e sujeito a uma penalidade é uma forma de restrição de liberdade individual e como tal, necessita ser fundamentada para ter validade. Do contrário, significa mero exercício da arbitrariedade do Estado.⁴ Conforme Beccaria, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade, a menor porção possível desta, só o suficiente para que o restante seja mantido e não retirado à força pelos demais homens. Da união das pequenas cessões de liberdade individual surge o direito de punir do Estado, que torna-se abusivo e injusto ao ultrapassar esta limitação⁵. A criminalização de uma conduta, pois, deve ser absolutamente necessária para justificar a intervenção penal do Estado e a restrição da liberdade dos indivíduos. Quais seriam, assim, os fatores de aferição da necessidade de criminalização de uma conduta? E o que pode se entender por conduta criminosa?

O crime, em uma perspectiva jurídica, pode ser conceituado tanto formal quanto materialmente. O conceito formal, conforme Greco⁶, refere-se a qualquer conduta que atente

³ Por controle social entende-se, conforme Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, o conjunto de instituições, sanções e estratégias que promovem a submissão dos indivíduos a modelos e normas comunitários. Divide-se em controle social informal (a família, escola, opinião pública, etc) e formal (a polícia, a Justiça, a administração penitenciária, etc.). (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 126).

⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 17.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 19-20.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 136.

contra a lei penal estatal. Um crime só é o que é dito como tal pela lei. Esse conceito, ao vincular os crimes à sua previsão legal, limita a intervenção jurídica do Estado e protege os direitos individuais dos cidadãos, respeitando o princípio da legalidade. O aspecto material refere-se ao grau de danosidade social do delito e, também tendo em vista a limitação da intervenção estatal, considera como criminosas as condutas que violem os bens jurídicos mais importantes. É tal aspecto que define o que deve ser proibido pela lei penal, servindo de orientação político-criminal ao determinar que se leve em conta o grau de danosidade das condutas ao criminalizá-las, escolhendo-se as que afetem de forma intolerável a estabilidade social.

Essa distinção em formal e material é considerada ineficiente, não sendo precisa ao estabelecer que elementos compõem o delito. Necessária, pois, a visão analítica para conceituá-lo, que determina atualmente que crime é toda ação típica, antijurídica e culpável. Segundo Greco, ação é uma conduta humana, que pode ser comissiva (ativa) ou omissiva, dolosa (o agente tem intenção ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente atua com negligência, imprudência ou imperícia).⁷ Tipo é a descrição precisa desse comportamento pela lei penal, sendo tipicidade, na acepção formal, a adequação perfeita da conduta praticada pelo agente à previsão legal⁸, e na acepção material, a exigência de que seu cometimento represente uma ofensa significativa a bem jurídico protegido pelo Direito Penal⁹. A antijuridicidade é a contrariedade entre a conduta do agente e a norma jurídica penal. Uma conduta é antijurídica se não estiver amparada pelas causas excludentes de ilicitude previstas pelo art. 23 do Código Penal. Por fim, a culpabilidade refere-se à reprovabilidade da conduta do agente, que poderia ter agido de forma lícita. Seus elementos são a imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.¹⁰

Observa-se que a visão analítica, ao contrário da formal e da material, não estuda o crime em abstrato, centrando-se em analisar a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade de um fato específico, verificando se houve infração à lei no caso concreto. Ou seja, o conceito analítico não se preocupa em aferir se a intervenção jurídico-penal do Estado foi ou não oportuna ao criminalizar uma conduta, pois o mesmo parte do pressuposto que a previsão

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 143-144.

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 151-152.

⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 61.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 139.

abstrata já é em si criminosa. O presente trabalho tem por escopo a análise abstrata da pornografia infantil simulada como delito e, portanto, terá como referência os conceitos formal e material de crime, mas não o analítico.

Os três mencionados conceitos de delito pertencem ao âmbito da ciência do Direito Penal ou Dogmática Penal, que objetiva a interpretação e aplicação das normas jurídicas penais. Completamente diferente é este preceito sob a ótica de outras ciências. A Criminologia¹¹, por exemplo, encara o crime como um fenômeno comunitário e um problema social.¹² Segundo Schecaira, enquanto a visão do Direito Penal é voltada para o comportamento do indivíduo, focando-se somente com a adequação típica de uma conduta à norma penal, a Criminologia se preocupa com a realidade e sua relação com o problema criminal, em explicá-la e compreendê-la para então transformá-la.¹³ Não seria suficiente, assim, a tipificação de um fato para que este seja realmente um crime, sendo necessária a análise do impacto que a ocorrência do mesmo provoca na sociedade. A Criminologia exige do investigador uma certa empatia (interesse, fascinação) para que haja a aproximação ao delito em si, sendo o conceito jurídico-formal, normativo e estático completamente incompatível com o conceito criminológico, que é empírico, real e dinâmico¹⁴.

Tendo isso em vista, Schecaira estabelece quatro elementos para o estabelecimento de uma conduta como criminosa. O primeiro é que o fato tenha uma incidência massiva na população, não podendo ser criminoso se não houver habitualidade em sua ocorrência. O segundo é a incidência aflitiva, a provocação de dor à vítima ou à comunidade, não sendo razoável que algo sem relevância social seja punido na esfera criminal. O terceiro é que haja persistência espaço-temporal no cometimento do fato que quer se imputar como criminoso. Condutas lesivas à população mas passageiras, modismos, não devem ter imputação criminal. O quarto elemento é que haja um inequívoco consenso a respeito da etiologia do fato e de quais técnicas interventivas seriam mais eficazes ao seu

¹¹ Segundo Alfonso Serrano Maíllo e Luiz Regis Prado, Criminologia “vem a ser uma ciência empírica, de cunho interdisciplinar, que estuda o fenômeno criminal utilizando-se principalmente do método causal-explicativo. Ocupa-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com surgimento, a prática e a maneira de evitar o crime, assim como o tratamento dos criminosos.” (SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28). Importante, pois, a lente criminológica para a análise dos fundamentos da criminalização de uma conduta.

¹² SCHECAIRA. Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

¹³ SCHECAIRA. Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43, 45.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 66-68.

combate. Tem-se como exemplo a venda e consumo de bebidas alcoólicas, que a despeito de serem práticas de incidência populacional massiva com inúmeras consequências negativas e persistentes no espaço-tempo ainda assim não podem ser criminalizadas, pois sua configuração como delitos não teria efetividade social.¹⁵

Para Alfonso Serrano Maíllo e Luiz Regis Prado, nem todos os fatos socialmente danosos são criminalizados e nem mesmo há um consenso sobre a lesividade dos fatos. Não basta que um fato seja sancionado por uma lei penal para que seja delituoso: é preciso, também, que ele seja assim entendido pela sociedade. O delito é em grande parte uma construção social e por isso, é imprescindível o estudo de como e por que se elaboram leis penais e por que alguns fatos são definidos como delitos e outros não.¹⁶ Com efeito, os ditos autores conceituam delito como “toda infração de normas sociais consagradas nas leis penais que tende a ser perseguida oficialmente no caso de ser descoberta.”¹⁷ Geralmente os delitos considerados mais gravosos pela comunidade são perseguidos com mais frequência pelas instituições do que os considerados menos importantes. Assim, a falta de perseguição demonstra que o fato não é considerado, pela sociedade, relevante a ponto de ser punido, não chegando a ser criminoso mesmo com o enquadramento legal.

Desse modo, concluí-se que não é suficiente a normatização da pornografia infantil simulada para que esta seja, de fato, um crime. Apesar de o ser em sentido formal, a análise de sua materialidade exige o estudo da relevância do bem jurídico tutelado com a sua tipificação. Também é necessário analisar sua incidência, lesividade, persistência no espaço-tempo e a concordância social a respeito de sua criminalização, conforme preceituado pela Criminologia. O estudo de todos esses aspectos é de suma importância pois, como visto, a penalização vã de uma conduta pode significar apenas uma manifestação de arbítrio estatal, que deve ser evitada para não prejudicar as liberdades individuais.

¹⁵ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.46-49.

¹⁶ SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26-27.

¹⁷ SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69-70.

2.1 Conceito de bem jurídico penalmente tutelado

Como visto, o conceito material de crime pode ser definido como toda conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem protegido pela lei penal¹⁸. Importante, assim, a conceituação de bem jurídico penalmente tutelado. Segundo Pelarin, como o bem jurídico-penal representa um padrão crítico que gera intenso debate acerca a legitimidade da criminalização de uma conduta, é difícil o estabelecimento de um consenso conceitual.¹⁹ Acerca dessa dificuldade, Luiz Flávio Gomes afirma que o conceito de bem jurídico ainda é incapaz de fornecer um rol taxativo de quais são os bens merecedores de tutela penal, não podendo estabelecer um limite vinculante e positivo para o legislador.²⁰ Ou seja, dada a indefinição do conceito, não se poderia limitar a criminalização de condutas a uma enumeração pré-definida de bens jurídicos-penais. Mesmo assim, para o autor o conceito é útil e eficaz pois, diante do legislador, cumpre os papéis de: a) indicar que apenas os bens jurídicos mais importantes e indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade humana merecem estar sob a égide da tutela penal e b) eliminar os bens que não podem ser objeto de tutela (a ética, a religião, a ideologia, etc.).²¹ Disso se aduz que há a exigência de que o bem penalmente tutelado seja extremamente relevante para os indivíduos e sua vida em sociedade. Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma que para que o Direito Penal cumpra sua função de proteger os bens jurídicos-penais, o legislador deve selecionar os que são merecedores de tutela penal, tendo em vista sua relevância para a vida social.²²

Segundo Luiz Flávio Gomes, o bem é considerado vital para a comunidade ou para o indivíduo, tornando-se jurídico, quando sua importância é reconhecida através de uma valoração social e positiva. Desse modo, os bens jurídico-penais são bens jurídicos protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal,²³ ou seja, protegidos pela norma que estabelece que aquela ação típica, antijurídica e culpável é

¹⁸ MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 94

¹⁹ PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 24-25.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.54-55.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34-35.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 132-133.

criminosa e há uma sanção penal consequente ao seu cometimento. Tal conceito, entretanto, não limita o caráter de bem jurídico-penal à tipificação penal, pois também exige que o bem protegido seja vital para a sociedade e que esta lhe dê relevância.

Partindo desse conceito geral, pode-se distinguir dois conceitos de bem jurídico: o dogmático e o político-criminal. O conceito dogmático afirma que a definição de bem jurídico deve partir da norma incriminadora e que uma sanção penal que ultrapasse a proteção delimitada excede o poder punitivo conferido ao Estado pelo legislador, sendo indevida. Já o conceito político-criminal questiona quais bens jurídicos efetivamente merecem a proteção penal. Martinelli²⁴ escreve que, ao contrário do operador do direito que verifica, no caso concreto, se a conduta foi suficientemente ofensiva para ocasionar uma condenação, o papel do legislador é observar no plano abstrato, através da política criminal²⁵, quais interesses devem ser tutelados. Esse conceito, através da função crítica do bem jurídico²⁶, questiona a legitimação e relevância social do bem protegido, ou seja, a legitimidade da própria intervenção estatal.

Nessa perspectiva, observa-se uma intrínseca relação entre a valoração dos bens jurídicos-penais e seu conceito político-criminal. Mencionou-se que os bens devem ser vitais e valorados positivamente como condição de recebimento da tutela. Entretanto, qual seria o critério de determinação de quais bens devem ser valorados positivamente e por uma norma penal, ainda por cima? Como se determina quais interesses devem ser ou não tutelados?

Para Greco²⁷, a seleção de quais bens serão penalmente tutelados depende de qual valoração é dada pela sociedade aos mesmos. Esta varia de sociedade para sociedade, dependendo de cada época, de cada cultura. Há uma zona de consenso comum a qualquer

²⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 23.

²⁵ Para Serrano Maíllo e Prado, política criminal é uma ciência autônoma e independente que objetiva a análise crítica do direito posto, ajustando-o aos ideais jurídico-penais de justiça. Para isso, se ocupa do estudo da implementação de medidas para a prevenção e controle do delito, levando em consideração não só aspectos empíricos, mas também éticos, jurídicos, constitucionais, políticos, econômicos, etc. (SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24, 28).

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137-139. O autor enumera ainda três outras funções do bem jurídico penal, que são: 1) a função fundamentadora do injusto, que estabelece que o bem jurídico-penal é o fundamento e a razão de ser da tutela penal, justificando o injusto penal, que deve, assim, ser interpretado com base no bem jurídico protegido; 2) a função sistemática, que estabelece que o bem jurídico orienta a classificação dos delitos e 3) a função exegética ou interpretativa, segundo a qual é de fundamental relevância a determinação do bem jurídico protegido em cada tipo legal para em seguida, através de uma interpretação teleológica, excluir-se de seu âmbito de incidência as condutas que não afetem concretamente o bem jurídico tutelado.

²⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 67.

sociedade acerca à criminalização de algumas condutas, como homicídio e roubo. Quanto a outras, cuja criminalização não é comum, há zonas de conflito, como ocorre com a punição pelo aborto ou pela homossexualidade, por exemplo.

Luiz Flávio Gomes, ao tratar do conceito político-criminal, afirma que se deve analisar as exigências ético-políticas (metajurídicas, derivadas do modelo do Estado Social e Democrático de Direito) e constitucionais²⁸ para se aferir quais bens são merecedores de tutela. Em relação às exigências constitucionais pode-se afirmar, conforme Martinelli²⁹, que um bem jurídico só pode receber tutela penal caso haja previsão no texto constitucional. Se um valor não for reconhecido como relevante pela Constituição, não há como se afirmar o interesse no estabelecimento de uma proteção de natureza penal. O texto constitucional, entretanto, é por demais abrangente e a proteção de todos os valores por ele previstos, em sua plenitude, pode significar uma desfiguração do caráter subsidiário do Direito Penal. Assim, o texto constitucional é um limite à caracterização de bem jurídico-penal, mas não torna obrigatória a tutela penal de seus valores.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, o bem jurídico eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro axiológico constitucional e precisa ter relevância social. Tais critérios são limites materiais à regulamentação de condutas, que apesar de não serem rígidos ou flexíveis funcionam como um referencial legislativo na seleção dos bens jurídicos-penais³⁰.

A partir dessas considerações conclui-se, a respeito da pornografia infantil, que é necessário o seguimento de alguns passos para se verificar se há ou não o excesso do exercício do poder punitivo estatal em sua criminalização. Primeiro, deve-se identificar qual é o bem jurídico-penal protegido com a criminalização da pornografia infantil simulada. Em seguida, deve ser feita a análise da adequação do bem ao conceito político-criminal, estudando-se as motivações éticas, políticas e constitucionais de sua proteção penal. Por último, deve-se verificar se o bem conflita com os valores constitucionais e se há relevância social que justifique sua tutela.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 101-105.

2.2 Os princípios limitadores do poder punitivo estatal

É a concepção minimalista da atuação do Direito Penal que afirma que a tutela penal deve ser limitada à proteção dos bens jurídicos mais importantes, corroborando tudo que foi dito acima. Segundo Paulo Queiroz, prestigiar um modelo de Direito Penal mínimo é o mesmo que prestigiar o espírito constitucional, na medida em que se favorece a liberdade em favor da dignidade da pessoa humana, somente se admitindo a não-liberdade quando a esta se associar, indubitavelmente, à adequação da necessidade social de uma intervenção, conforme o princípio da proporcionalidade.³¹ Em defesa a esse modelo, o referido autor explica que o sistema interventivo penal é superficial, individual e local, sendo uma resposta pontual aos efeitos da criminalidade, mas não às suas causas. Ou seja, não soluciona a problemática criminal, apenas dilui suas consequências, sempre com altos custos sociais (a marginalização da vítima, a estigmatização do infrator, etc.). É também, continua o autor, um sistema originário e reproduzidor de desigualdades sociais, na medida em que o crime surge muitas vezes como resposta a condições de vida profundamente desiguais e a intervenção penal se concentra nas classes menos favorecidas da sociedade, acentuando essa desigualdade. Tal consequência é um problema estrutural que não pode ser facilmente vencido apenas com boa vontade legislativa ou dos aplicadores da lei penal. E ainda, é um sistema extremamente complexo e de difícil controle, pois o excesso de leis incriminadoras, de juízes, promotores e policiais não significa necessariamente que haverá uma redução no cometimento de delitos e nem que a intervenção penal será justa, adequada ou eficiente.³² Ou seja, a atuação do Direito Penal, por ser tão danosa e negativa à sociedade, deve ser subsidiária em relação aos demais ramos do Direito, valorizando-se seu minimalismo interventivo tanto em relação à imputação penal a condutas humanas como em respeito a sua criminalização.

A respeito da subsidiariedade do Direito Penal, Paulo Queiroz³³ explica que tal característica enseja discussões de cunho político-social e lógico-sistêmico. Em relação ao primeiro aspecto, o caráter subsidiário do Direito Penal se aduz do fato de que a interferência

³¹ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

³² QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 25-27.

³³ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 30-33.

do mesmo só é necessária diante da falha de outras formas de controle social menos invasivas: família, escola, trabalho, etc. Tais modalidades de controle social informal atuam primariamente na organização da sociedade e somente diante de sua insuficiência, quando os conflitos não podem ser resolvidos de forma direta e satisfatória pelos próprios envolvidos, é que se justifica a interferência penal, que possui caráter formal, externo, institucionalizado e, tendo em vista que é a última alternativa à solução de conflitos sociais, subsidiário. A doutrina é pacífica ao assim caracterizá-lo, entendendo-se que o controle social formal só surge com a insuficiência do informal.

Quanto ao segundo aspecto, divergem os autores em considerar se o Direito Penal possui natureza constitutiva ou subsidiária (meramente sancionatória e acessória). Explica-se: possuiriam as normas penais natureza originária, autônoma, capaz de regular relações jurídicas sem depender de outros ramos do Direito ou pelo contrário, estariam sujeitas a normas anteriores de proteção a bens jurídicos, limitando-se somente a estabelecer sanções em decorrência de tal tutela? Em outras palavras: está um ilícito penal atrelado à existência de um ilícito de natureza diversa, possuindo o Direito Penal caráter meramente sancionador e não constitutivo?

Segundo Paulo Queiroz³⁴, o Direito Penal possui caráter subsidiário que decorre em primeiro lugar da unidade lógica do direito e em segundo, de imposição da política-criminal. Entende o autor que, já que o Direito é um só, a ilicitude jurídica também é una e não é admissível que o Direito Penal estabeleça suas próprias ilicitudes sem nenhum embasamento no ordenamento. Afinal, se o Direito Penal é o responsável pela tutela especial daqueles bens de maior relevância, como seria possível que os mesmos estivessem isentos de proteção por qualquer outro ramo jurídico? Nessa perspectiva, o autor afirma que é a Constituição, em sua condição de fundamentadora de todo o ordenamento, que delimita a

³⁴ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 57-59.

atuação do Direito Penal, na medida em que estabelece que bens são ou não merecedores de tutela jurídica.³⁵

É claro que a acessoriedade do Direito Penal na criação de ilícitos não significa que uma conduta descriminalizada estará automaticamente isenta de punição. Haverá, nesse caso, ausência de responsabilização na esfera criminal, o que não impede que a conduta seja disciplinada por outros ramos do Direito, como o cível ou o administrativo, por exemplo. Descriminalizar significa retirar de uma conduta o seu caráter criminoso, e não a sua ilicitude.³⁶ Como já dito, é justamente pela possibilidade de tutela de bens jurídicos por alternativas não-penais que se impõe a necessidade de um Direito Penal mínimo, menos nocivo à sociedade.

Tal concepção minimalista é alcançada através de princípios limitadores do controle penal, cuja finalidade é estabelecer um norte para a atuação do legislador na criação e revogação de tipos penais e do próprio aplicador da lei penal³⁷. Conforme Bitencourt, esses princípios são originários do Iluminismo e conferiram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que o existente no Estado Absolutista, passando a estabelecer limites para a restrição de liberdades individuais por parte do Estado. Passaram a integrar muitos códigos penais em países democráticos e, por fim, receberam *status* constitucional (no Brasil, estão previstos no art. 5º da CF/88, ou ainda de forma implícita), significando a garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.³⁸

Greco delimita 11 princípios indispensáveis no âmbito de um Direito Penal de atuação mínima. São eles o princípio da dignidade humana, da intervenção mínima (ou *ultima ratio*), da lesividade (ou ofensividade), da adequação social, da insignificância, da individualização

³⁵ Em entendimento contrário, Cezar Roberto Bitencourt. “Na verdade, é preciso reconhecer a natureza primária e constitutiva do Direito Penal – e não simplesmente acessória –, pois protege bens e interesses não protegidos por outros ramos do Direito, e, mesmo quando tutela bens já cobertos pela proteção de outras áreas do ordenamento jurídico, ainda assim, o faz de forma peculiar, dando-lhes nova feição e distinta valoração.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.) Sobre a existência de disposições penais que, revogadas, ocasionam a impunidade dos fatos outrora delituosos, Paulo Queiroz afirma que há somente o exercício da função acessória e complementar do direito penal em relação a outros ramos do direito, utilizando-se a sanção penal por ser a mais adequada ao caso. Não significa, diz o autor, que o direito penal atribuiu proteção a interesses jurídicos próprios, inexistentes nos demais ramos do direito. (QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 61-62.)

³⁶ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 111.

³⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 24.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

da pena, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal, da limitação das penas, da culpabilidade e da legalidade.³⁹ Considera-se, para o presente trabalho, ser mais importante à análise dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social⁴⁰, que será feita a seguir.

2.2.1 Princípio da intervenção mínima

Também conhecido como *ultima ratio*, o princípio da intervenção mínima vincula-se profundamente ao caráter subsidiário do Direito Penal e à concepção minimalista de sua atuação que foi anteriormente apresentada. Da necessidade de atuação mínima do Direito Penal tem-se por consequência a sua subsidiariedade em relação aos demais ramos do Direito, devendo, se possível, haver a proteção dos bens jurídicos por ferramentas não-penais para se diminuir a sua interferência. Ou seja, o princípio da intervenção mínima significa, no dizer de Bitencourt⁴¹, que a criminalização de uma conduta só se legitima se for absolutamente necessária para a tutela de algum bem jurídico, tornando-se não recomendada se existirem outros meios de controle social ou outras formas de sanção diversas da penal.

Conforme Greco⁴², a intervenção mínima pode ser analisado sob dois enfoques, devendo ser entendida como um princípio de análise abstrata que serve para orientar o legislador em relação à criação ou revogação de condutas e como o destaque da natureza subsidiária do Direito Penal, a *ultima ratio* de intervenção estatal.

Além do caráter subsidiário, do princípio da intervenção mínima advém a fragmentariedade do Direito Penal, pois este tutela apenas parte dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento, somente os que são essenciais para a convivência social. Assim, o Direito Penal é um sistema descontínuo de ilicitudes⁴³, ou seja, representa uma relação de crimes baseada na seleção de alguns bens jurídicos, e não um conjunto exaustivo de normas

³⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 24.

⁴⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 78. Conforme Greco, “O princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da adequação social servirão de norte ao legislador quando da criação, e da necessidade de revogação da figura típica. O primeiro raciocínio a ser produzido quando o legislador quiser criar uma figura típica será o de, efetivamente, aferir a importância do bem jurídico que irá merecer a atenção do Direito Penal.”

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁴² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 62.

⁴³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

sancionadoras de quaisquer condutas lesivas a qualquer bem jurídico, independentemente de sua relevância.

O princípio da intervenção mínima se relaciona com a devida criminalização de condutas e, nesse aspecto, deve servir como um norte à atuação legislativa tanto na criação quanto na revogação de delitos. Com base nesse princípio, são selecionados os bens de maior importância e, reversamente, retirados do ordenamento jurídico-penal os bens que perderam a relevância com as mutações sociais.⁴⁴ Um exemplo de ocorrência dessa descriminalização foi a abolição pela Lei nº 11.106/05 de alguns delitos, como o adultério e a sedução, que hoje podem ser perfeitamente protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico.⁴⁵

2.2.2 Princípio da lesividade

Tal princípio estabelece a necessidade de que a repressão penal a uma conduta só ocorra nos casos em que há efetiva lesão ou real ameaça de lesão a bem jurídico penalmente tutelado. Ou seja, pune-se a conduta que transmite um perigo concreto ao bem, não se justificando a intervenção penal sem um risco efetivo ao mesmo. Bitencourt é da opinião de que, por essa necessidade de efetivo, real e concreto perigo a bem jurídico determinado, são inconstitucionais todos os crimes de perigo abstrato⁴⁶. Ou seja, sem o caráter lesivo, não se pode dizer que uma conduta se constitui um crime.

Batista⁴⁷ estabelece quatro funções para a lesividade, que são: a) proibir a incriminação de uma atitude interna, não se punindo o planejamento mental de um crime; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (mesmo que haja uma grande violação a um bem jurídico, a conduta não será criminosa se só atingir seu próprio autor, como por exemplo no caso do suicídio); c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais (o Direito Penal não pode punir uma pessoa pelo que ela é, e sim pelo o que ela fez); d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (deve-se haver tolerância em relação à práticas minoritárias que não

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 44.

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 47.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52. Por crime abstrato, entende-se, em conceito dado por Mirabete, o crime que se consuma com o simples perigo criado para o bem jurídico, ocorrendo apenas com a prática do fato pressuposto perigoso. (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 134.).

⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 92-94.

ferem nenhum bem jurídico. O Direito Penal não pode proibir condutas que só podem ter apreciação moral). Essas funções estipulam, basicamente, que o Direito Penal só deve intervir caso o bem jurídico-penal de terceira pessoa esteja em perigo, não se devendo punir condutas que somente pertençam à própria esfera do agente. Quanto a estas, deve haver tolerância social, indispensável à convivência entre pessoas com características diferentes.⁴⁸

Sobre o assunto, conforme Paulo de Queiroz:

Em conformidade com o princípio da lesividade (*nullum crimen sine iniuria*), só podem ser consideradas criminosas 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 auto-realização de sua vida social (**Muñoz Conde**), não podendo haver a criminalização de atos que não ofendam seriamente bem jurídico ou que representem apenas má disposição de interesse próprio, como automutilação, suicídio tentado, dano à coisa própria, etc [...] Com efeito, se é objetivo fundamental da República, como declarado no art. 3º, constituir uma sociedade livre, se são invioláveis a liberdade, a intimidade (art. 5º) e a vida privada, e se é explícita a sua vocação libertária, segue-se que nenhum ato de constrição à liberdade pode ser tolerado, salvo quando em virtude do abuso no seu exercício resultar dano/lesão à liberdade de outrem. Conseqüentemente, condutas meramente imorais, por mais escandalosas, não autorizam a intervenção penal, nem tampouco podem vingar em caráter absoluto presunções legais de violência ou de perigo, como ainda prevê o Código Penal, sob pena de absolutizar tudo que é relativo.⁴⁹

Resumindo, o Direito Penal só deve interferir quando a esfera de liberdade de uma pessoa ferir bem jurídico-penal atrelado à esfera de liberdade de outra pessoa. Uma prática, por mais imoral e contrária aos costumes que seja, não constituindo ofensa a nenhum bem jurídico penalmente tutelado de terceiro, não enseja intervenção punitiva estatal.

Além da divisão funcional de Batista, é importante mencionar a efetivada por Bitencourt. O autor divide em duas a finalidade do princípio da lesividade: por um lado, serve de orientação legislativa, determinando que os fatos que não ofendam bens jurídicos relevantes não sejam criminalizados; por outro, serve como parâmetro interpretativo, constringendo o intérprete da lei penal a encontrar em cada caso concreto a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado⁵⁰. Em outras palavras, afirma Luiz Flávio Gomes, o princípio da lesividade possui dupla função, tanto política-criminal quanto interpretativa ou dogmática. A primeira se dirige ao direito de punir do Estado e a segunda, ao próprio Direito Penal. Ambas

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 51.

⁴⁹ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 58-59, grifos no original.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

as funções são complementares, devendo os intérpretes da lei penal aperfeiçoar o produto oriundo do processo legislativo “bruto”, geralmente repleto de imperfeições.⁵¹

Três dimensões de garantia são concernentes à função política-criminal, segundo o autor⁵². Primeiramente, a lesividade deve impedir o arbítrio e a degeneração do poder punitivo. Em um Estado democrático, é inadmissível que o delito se constitua de forma arbitrária, fundado puramente na moral e sem refletir a delimitação de um bem jurídico protegido. Nesse sentido, a lesividade reúne condições de impedir que o Direito Penal se transforme em um meio de proteção do próprio Estado e dos interesses e ideologias próprias dos que exercem o poder.

Segundamente, o princípio deve servir de barreira contra a abusiva expansão do Direito Penal. Segundo Silva Sánchez, há uma tendência dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como na agravamento dos já existentes. Criam-se novos bens jurídicos-penais e flexibilizam-se as regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia como uma consequência dessa tendência, a que cabe o termo de “expansão.”⁵³ Tendo em vista essa atribuição excessiva da tutela penal, evidencia-se a necessidade da atuação da lesividade como freio à hipertrofia criminalizadora, que provoca a erosão das garantias que cercam a liberdade individual.

Terceiramente, visa a lesividade ao controle do conteúdo material da lei penal, seja no que diz respeito ao bem jurídico objeto da tutela, seja no que concerne ao conteúdo ofensivo do delito, sem o qual torna-se injustificada a intervenção penal.

Por fim, cabe ressaltar a diferença entre o princípio da lesividade e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. O primeiro afirma que só se pode criminalizar condutas que constituam ofensa a bem jurídico. Já a lesividade exige que o delito represente lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico protegido. Para Luiz Flávio Gomes, a distinção é clara, no sentido de que a função principal do princípio da exclusiva proteção é a delimitar uma forma de Direito Penal, o Direito Penal do bem jurídico, destinado à proteção de relações sociais conflituosas valoradas positivamente. Já o princípio da lesividade objetiva fornecer um meio de compreensão do delito (ofensa a bem jurídico-penal), não se preocupando com a

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30-31.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

forma ou missão do Direito Penal.⁵⁴ Observa-se que, apesar da semelhança e da alta vinculação entre ambos, com a preocupação mútua de aferição da necessidade de criminalização de uma conduta, não se pode dizer que tais princípios tenham o mesmo conteúdo.

2.2.3 Princípio da adequação social

À maneira da lesividade e da intervenção mínima, o princípio da adequação social também possui a dupla função de fornecer orientação legislativa e de servir como parâmetro interpretativo aos aplicadores da lei penal. Tal princípio estabelece que o Direito Penal deve se ater a criminalizar condutas que sejam socialmente relevantes, ou seja, que sejam culturalmente consideradas como delituosas pela sociedade. Em respeito a primeira função, conforme Greco⁵⁵, o princípio condiciona o legislador, em sua qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, a não criminalizar condutas que já possuam aceitação e tolerância no meio social, sob o risco de estar na verdade instigando o cometimento de crimes pela população. É o caso do já citado exemplo da venda e consumo de bebidas alcoólicas. Apesar dos reconhecidos danos causados pelo alcoolismo à sociedade, a ingestão de bebidas alcoólicas já está de tal modo inserida na cultura popular que qualquer lei incriminadora desta conduta restaria isenta de eficácia. Ou seja, o resultado da criminalização seria que os indivíduos continuariam a praticar a conduta proibida, mesmo que clandestinamente.

Quanto à função interpretativa, é importante a observância dos costumes sociais para se aferir se uma conduta corresponde ou não à descrição típica do delito, no sentido de que condutas socialmente aceitas e toleradas falhariam no enquadramento legal. Um exemplo muito utilizado é o da prática do jogo do bicho que, no dizer de Bitencourt⁵⁶, pode produzir fascinantes resultados em razão da aplicação do princípio, como o afastamento da imputação típica em relação ao “apontador”, por motivo de política criminal, e a condenação do “banqueiro”, cuja ação mais nociva merece a censura jurídica. Outro exemplo é oferecido por

⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

Greco⁵⁷ em relação ao art. 233 do Código Penal⁵⁸, pois o conceito do que hoje seria a “prática de um ato obsceno” em muito se destoa da acepção reconhecida pela sociedade da década de 1940, período em que o Código Penal entrou em vigor.

Os três princípios acima, aliados com a acepção de bem jurídico-penal e o conceito criminológico de delito, ajudarão a determinar a necessidade da tipificação da pornografia infantil simulada pelo ordenamento brasileiro.

⁵⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 82-83.

⁵⁸ O art. 233 preceitua:

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

3 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA E SUAS CONTROVÉRSIAS

Para se discutir acerca de pornografia infantil simulada, é necessária a conceituação de pornografia infantil. A noção de material pornográfico é fortemente relacionada a de material obsceno, sendo ambas de difícil caracterização. Louveira⁵⁹ ressalta que o que é obsceno e o que é pornográfico não se confundem, mesmo que muitas vezes tais concepções sejam invocadas indiscriminadamente pela lei para criminalizar condutas ofensivas ao pudor ou à ordem pública. Para o autor, obsceno é tudo aquilo contrário ao padrão de decência e que provoque, ao ferir esse senso médio de pudor, um sentimento de repulsa social⁶⁰.

O ato obsceno não necessariamente, entretanto, se relaciona à sexualidade. Por exemplo, a expressão de palavras de baixo calão pode ser tida como um ato obsceno e não está atrelada a uma manifestação de caráter sexual. Nisso a obscenidade se difere da pornografia, que está ligada à ideia de ideografia da sexualidade, de nudez, de representação do ato sexual de forma a estimular o ouvinte, leitor ou espectador, visando uma reação de concupiscência. Pornográfico é todo objeto consistente em manifestações ou apelos do instinto sexual expressos com a reprodução, representação ou exibição de órgãos genitais⁶¹.

A definição de pornografia infantil é pouco mais complexa. A primeira dificuldade refere-se ao termo “pedofilia”, pois este é constantemente utilizado por políticos, juristas, pela imprensa e pela sociedade em geral para indicar situações de abuso sexual a crianças e adolescentes, mesmo que inexista no ordenamento jurídico brasileiro o tipo penal com denominação correspondente. Houve a tentativa de tipificação da pedofilia no âmbito da CPI

⁵⁹ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 79, 83.

⁶⁰ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 79.

⁶¹ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 82 -83.

da Pedofilia de 2008⁶² mas, segundo Lowerkin, a proposta gerou muitas controvérsias internas entre os assessores da Comissão e o termo não foi incorporado à versão final de nenhum projeto de lei. Desse modo, “pedofilia” aparece na CPI como um termo geral para se referir a crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, em especial aos relacionados à disseminação de imagens com conteúdo pornográfico infantil pela Internet.⁶³

De acordo com a Associação Americana de Psiquiatria, a pedofilia pode ser conceituada como a parafilia cujo foco envolve a atividade sexual com uma criança pré-púbere ou pubescente (geralmente com 13 anos de idade ou mais nova). As principais características de uma parafilia são as recorrentes, intensas fantasias sexuais, desejos ou comportamentos que geralmente envolvem objetos não-humanos; o sofrimento ou humilhação pessoal ou do parceiro; crianças ou pessoas no geral que não podem consentir na prática do ato sexual. Um indivíduo pedófilo deve ter no mínimo 16 anos de idade e ser pelo menos 5 anos mais velho que a criança. Para indivíduos no fim da adolescência com pedofilia, tal precisa diferença de idade não será especificada e deve ser levado em conta, além da diferença de idade, a maturidade sexual da criança.⁶⁴

O conceito psiquiátrico de pedofilia tem como objeto a atração sexual por sujeitos diferentes dos que seriam as vítimas de “crimes de pedofilia.” Conforme o *caput* do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança “a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. A pedofilia é a parafilia cujo objeto consiste, no geral, na atividade sexual com uma pessoa de 13 anos ou mais nova. Assim, observa-se que a vítima de pedofilia não é, necessariamente, a mesma que sofre um crime sexual praticado contra menor. Portanto, nem todo agente que pratica crimes

⁶² A CPI da Pedofilia foi criada com base no requerimento nº 200, de março de 2008, apresentado pelo Senador Malta, “com o objetivo de investigar e apurar a utilização da internet para a prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado.” (SENADO FEDERAL. *Portal publicações: diários: diário do senado federal nº 19*, publicado em 5 de março de 2008. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=05/03/2008&paginaDireta=04466>. Acesso em 23 de setembro de 2014.)

⁶³ “Vale lembrar que, apesar de a CPI da Pedofilia ter sido criada com a finalidade de apurar *crimes de pedofilia*, não existe o tipo penal “pedofilia” no Brasil. Muito embora o Senador Magno Malta tenha manifestado diversas vezes o desejo de tipificá-la, a proposta gerou muitas controvérsias internas ao grupo de assessores técnicos da comissão e o termo não foi incorporado na versão final de nenhum projeto de lei. Desse modo, é importante esclarecer que a categoria “pedofilia” aparece na CPI como um termo guarda-chuva para se referir a um conjunto de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, em especial, àqueles relacionados à disseminação de imagens de “pornografia infantil” na rede mundial de computadores.” (LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 97.)

⁶⁴ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM - IV). 4. Ed. Washington, DC: American Psychiatric Association, 1994, p. 527.

sexuais contra crianças ou adolescentes pode ser considerado um pedófilo, sendo incorreta a denominação “crimes de pedofilia” para a designação de tais delitos.

Ademais, se a pedofilia é uma condição psiquiátrica que se traduz pelo desejo sexual intenso por crianças e adolescentes, punir um pedófilo sem que haja a prática de um delito é punir a manifestação de uma característica individual do agente, e não o cometimento de uma conduta lesiva, contrariando-se o princípio da lesividade e sua proibição de incriminação de simples estados e condições existenciais.

Além disso, a punição do pedófilo nesse caso representa uma sanção ocasionada pela sua personalidade e pelos perigos que podem advir de sua condução de vida, configurando o chamado Direito Penal do autor. Difere-se o Direito Penal do autor do Direito Penal do fato, que consiste na regulação legal na qual a punibilidade da conduta se faz em torno do cometimento de uma ação concreta descrita tipicamente, e não da personalidade do autor.⁶⁵ Conforme Roxin, o princípio constitucional do *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece mais o desenvolvimento de um Direito Penal do fato do que do autor, pois as descrições de ações e de suas sanções por um fato são mais precisas que os preceitos penais que atendam a um elemento criminal existente na pessoa do autor, utilizando tal elemento para determinar a espécie e a quantidade de sanção. Assim, conclui, um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado Liberal sempre se inclinará a um Direito Penal do fato.⁶⁶ Desse modo, o cometimento da conduta e sua adequação típica é um critério que menos possibilita o arbítrio estatal no estabelecimento da sanção do que a verificação da existência da parafilia na pessoa do agressor, sendo, assim, preferível.

Por fim, assim como nem todo pedófilo chega a colocar em prática seus impulsos sexuais, nem todo agressor sexual de crianças ou adolescentes se enquadra na parafilia, podendo ter cometido o abuso por outros motivos.

Ou seja, a associação de pedofilia e pornografia infantil, embora comum, deve ser evitada, já que a caracterização do autor do delito como pedófilo ou não é indiferente a configuração de um crime.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid, Ed. Civitas, 1997. t. I, p. 176.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid, Ed. Civitas, 1997. t. I, p. 177.

Outra dificuldade é a delimitação do ponto em que a representação de uma criança ou adolescente torna-se pornográfica. Louveira⁶⁷ afirma que “só se poderá falar na elaboração de pornografia infantil quando houver nítido caráter lascivo, provocativo, instigativo, voltado ao exclusivo escopo de estímulo da libido das pessoas destinatárias desses documentos.” Entretanto, definir o que tem ou não conteúdo com esse caráter é um tanto problemático na prática. Por exemplo, um material com mera nudez infantil, sem que haja a participação dos menores em atividades sexuais, pode ser classificado como pornográfico? Conforme Azevedo⁶⁸, muitos pedófilos se satisfazem com imagens inocentes de crianças, sem que estas representem um contexto sexual. O fato de satisfazerem a lascívia de seus destinatários justifica o enquadramento em pornografia infantil?

Lowenkron explica que, apesar da legislação brasileira⁶⁹ ter procurado precisar a significação de pornografia infantil, o texto ainda deixa espaço para a interpretação no que diz respeito aos fins da imagem, que pode ser contextual, situacional e relacional. A antropóloga, em pesquisa etnográfica realizada na Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Rio de Janeiro, em um núcleo especializado em investigar crimes relacionados à circulação de pornografia infantil na internet, relata:

Certa vez, por exemplo, apareceram em um inquérito fotos de crianças nuas junto com adultos nus, em um contexto de “naturismo”, de modo que não foi configurado o fim sexual da imagem e, por isso, na análise pericial, ela não foi considerada “pornográfica”. Assim, com o intuito de eliminar quaisquer resquícios de ambiguidade, os agentes priorizam as imagens de “abuso mesmo”, que pode ser tanto o ato sexual envolvendo crianças quanto uma performance com caráter explicitamente sexual, como é definido na fala do APF Richard:

A gente trabalha muito com a foto do abuso mesmo. Porque você pega uma criança numa foto “artística”, o cara pode desqualificar no futuro dizendo que acha bonito o nu dos 7 anos ou 10 anos. Ainda mais se tiver nu de homens e mulheres de todas as idades, mas sem abuso sexual... Há pais idiotas que fazem isso, tiram fotos dos filhos pelados e acham uma maravilha. [...] Mas se você pega uma foto de uma criança, não há abuso, mas uma foto ginecológica, o negócio já começou... Está havendo um abuso. Uma foto artística? Ah, uma menininha sem roupa, mas com um chapéu, com uma toquinha... Tudo bem, ainda pode ser considerado... Agora,

⁶⁷ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 128.

⁶⁸ AZEVEDO, Andreia Marques Solter de. *Pornografia infantil e internet: uma visão internacional*. 2010. 73 f. Monografia (pós graduação em direito penal e processual aplicado à atividade profissional) - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), Brasília, 2010, p. 25.

⁶⁹ Como previsto no art. 241- E do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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.”

quando pega uma menina, bota ela de quatro, bota braço pra trás, bota ela em posição de frango assado, aí já está caracterizado abuso.⁷⁰

Para Louveira⁷¹, o ideal é se aferir, em cada caso, o real contexto libidinoso por detrás das imagens contendo menores nus. Para tanto, deve-se apurar a maneira que as crianças ou adolescentes aparecem nas fotos, bem como a destinação das mesmas, tendo sempre em vista a efetiva ofensa ao desenvolvimento saudável do menor.

O autor explica, ainda, que a caracterização dos delitos relacionados à pornografia infantil baseia-se em duas vertentes, a positiva (representação gráfica, sonora e/ou escrita que objetive a excitação sexual de seu observador) e a negativa (a ausência de valores estéticos, educacionais ou científicos)⁷². Ou seja, a fotografia de os genitais de uma criança utilizada para fins educativos (em uma aula de Biologia, por exemplo) não pode ser enquadrada como pornografia infantil.

Feitas essas considerações iniciais, apresenta-se para fins do presente trabalho o conceito de pornografia infantil do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis da ONU, para o qual pornografia infantil consiste em “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.”⁷³ O termo “criança” refere-se, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, a “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”⁷⁴

Da leitura do conceito, observa-se que estão previstas duas modalidades de pornografia infantil, a real e a simulada. A pornografia infantil real, classificada por Reinaldo

⁷⁰ LOWENKRON, Laura. *Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, Dezembro, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300004&lng=en&nrm=iso>. p. 509.

⁷¹ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 134.

⁷² LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 128.

⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis*, art. 2º, alínea c. Nova Iorque, 2000. Disponível em <http://www.unicef.pt/docs/pdf/protocolo_facultativo_venda_de_crianças.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, art. 1º. Nova Iorque, 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2014.

Filho⁷⁵ como “primeira categoria de pornografia infantil” ocorre quando o abuso sexual gerador do material obsceno é cometido contra uma criança ou adolescente real (com idade inferior a 18 anos, no Brasil). As condutas relacionadas à produção, disseminação ou armazenamento desse material são tipificadas nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B e 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A pornografia infantil simulada, inscrita na segunda categoria de pornografia infantil, simula a participação de crianças e adolescentes em relações sexuais ou em situações erotizadas, sem contudo envolver de fato os menores no ato pornográfico. Pode ser fruto de técnicas de computação gráfica, do emprego de adultos com aparência infantil, de montagens de imagens e alterações gráficas para torná-las pornográficas, etc. Também é o caso de simulações fotográficas ou pseudofotografias, termo utilizado para definir qualquer tipo de imagem criada para parecer uma fotografia. Assim, a pseudopornografia infantil é qualquer imagem criada artificialmente para parecer a reprodução fotográfica de uma criança real envolvida em uma situação de caráter sexual⁷⁶.

A terceira geração de pornografia infantil, segundo Reinaldo Filho, consiste em todo o espectro de pornografia infantil não fotográfica, incluindo-se *cartoons*, desenhos animados, pinturas, mangás, animações, etc. A diferença entre essa categoria e a antecedente está no fato de que desenhos e animações são facilmente distinguíveis como não-reais, ao contrário do material inscrito na segunda. Uma pessoa comum poderia concluir que uma pseudofotografia com conteúdo pornográfico infantil representa uma criança real envolvida em um ato obsceno, mas o mesmo não ocorre em relação a um desenho animado.⁷⁷ Dá-se a essa modalidade, que também pode ser considerada uma espécie de pornografia infantil simulada, o nome de pornografia infantil virtual.

⁷⁵ REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la: o caso do second life. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10358>>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

⁷⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la: o caso do second life. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10358>>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

⁷⁷ REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la: o caso do second life. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10358>>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

3.1 As consequências negativas da pornografia infantil simulada

O tratamento legislativo, doutrinário e social não é o mesmo, obviamente, em relação a ambas as modalidades de pornografia. A pornografia infantil real é criminalizada em diversos países. Conforme o ICMEC (Centro Internacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas), 143 países dos 196 pesquisados regulam especificamente a matéria, mesmo que de forma insatisfatória.⁷⁸ Segundo Jenkins, as razões para a estigmatização não são difíceis de entender. Os sujeitos à pornografia infantil, por definição, não podem dar nenhuma forma de consentimento legal ao envolvimento no ato e, além disso, há suspeitas razoáveis de que houve abuso sexual mesmo que as crianças estejam apenas nuas. Existe um amplo consenso público de que a posse desse tipo de material é a causa direta de um comportamento criminoso atual, uma contenda que em nada demonstra o mesmo respeito conferido em relação ao material pornográfico que envolve adultos. Ativistas feministas têm há muito tempo argumentado que pornografia é a teoria, estupro é a prática, um corolário para a declaração de que a pornografia infantil é teoria, o abuso sexual infantil, a prática.⁷⁹

Assim, a repulsa à pornografia infantil real está intimamente ligada ao fato de que uma criança ou adolescente teve que ser submetido a uma situação de abuso sexual para a produção de tal material. Como na pornografia infantil simulada não há abuso de menores, sua existência não gera tanta repúdia social e nem necessidade de criminalização para conter os crimes sexuais relacionados a sua produção⁸⁰. Entretanto, tal material, ainda que sendo uma simulação, gera algumas consequências sociais negativas que serão explanadas a seguir.

⁷⁸ “Forward movement continues to be visible in this edition, though much remains to be done. Our updated research shows that of the 196 countries reviewed:

69 Countries have legislation sufficient to combat child pornography offenses (11 countries met all of the criteria set forth above and 58 countries meet all but the last criteria, pertaining to ISP reporting); and

53 Countries still have no legislation at all that specifically addresses child pornography.” (ICMEC. *Child Pornography: Model legislation & Global Review*. 7. ed. 2012, p. iv. Disponível em: <http://www.icmec.org/en_X1/pdf/Child_Pornography_Model_Law_English_7th_Edition_2012.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

⁷⁹ JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. *E-book*. ISBN: 0-8147-4262-9.

⁸⁰ O consumo de pornografia infantil real movimenta um mercado cuja manutenção exige que crianças e adolescentes sejam sexualmente abusados para que mais material desse gênero seja produzido. Ou seja, o mero acesso a pornografia infantil real contribui para que ocorram os crimes necessários para a sua produção. Os crimes que envolvem a produção de pornografia infantil real incluem estupro, sequestro, prostituição infantil, turismo sexual, venda de crianças, etc. Isto não ocorre em relação à pornografia infantil simulada, pois nenhum menor teve que sofrer abuso para ocasionar a origem de tal material.

O avanço tecnológico e a popularização da *internet* aumentam drasticamente a disseminação da pornografia infantil, possibilitando que mais pessoas possam ter acesso a esse material, e com muita facilidade.⁸¹ Conforme Clough⁸², a *internet* possibilita que muitas pessoas se comuniquem de forma rápida e barata, fornecendo um vasto campo de possível vítimas e infratores. Um delito cometido *online* possui escala muito maior do que o mesmo cometido *offline*, pois a tecnologia digital provoca a globalização de seus efeitos. O que no início era utilizado principalmente pelo governo, pesquisadores e instituições de pesquisa torna-se cada vez mais corriqueiro, uma ferramenta facilmente acessível e disponível tanto para criminosos quanto para vítimas. A possibilidade de conexão de indivíduos através da *internet* faz com que várias mentes criminosas se juntem em comunidades, buscando a amplitude de seus delitos e efetivamente aumentando seu alcance.

Outra vantagem que tal tecnologia fornece ao crime é a facilidade de anonimato, não sendo difícil ocultar ou forjar identidades, pois a natureza interligada das comunicações modernas dificulta o rastreamento de informações e de seus emitentes, tornando a fiscalização extremamente difícil. Tais informações podem ser armazenadas, em grande quantidade, em dispositivos muito pequenos, portáteis, que permitem a transmissão de dados sem diminuição de qualidade para qualquer lugar do mundo de forma instantânea. Essa ausência de fronteiras no que diz respeito a crimes cibernéticos e o fato destes receberem tratamento diferenciado nas legislações dos vários países em que incidem representa um mundo de oportunidades para os infratores e diminui a possibilidade de sua responsabilização⁸³. Afinal, mesmo que a pornografia infantil real seja criminalizada em diversos países, a regulamentação não é idêntica e critérios como a idade de consentimento legal e condutas puníveis (ex: alguns

⁸¹JENKINS ressalta que é muito fácil encontrar esse material na rede: “*Just how easy is to find these materiais should be emphasized [...] a mouse or so of free Web surfing could easily accumulate a child porn library of several thousand images*”; “*yet even the hardest child pornography materials continue to be easily accessible for anyone with appropriate technical expertise*” (JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. *E-book*. ISBN: 0-8147-4262-9.)

⁸² CLOUGH, Jonathan. *Principles of cybercrime*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. *E-book*. ISBN -13: 978-0-511-72978-2, p. 5-8.

⁸³ Acerca desse aspecto, Landini: “A Internet é um *locus* virtual que conecta a maior parte do globo. Isso significa que é um espaço bastante difícil de ser controlado e no qual existem tantas leis regendo quanto países. Isso implica, por exemplo, a existência de diferentes idades. No Brasil, a foto de uma garota de 17 anos nua seria considerado pornografia infantil. Já na Alemanha, a idade legal é 14 anos. Por outro lado, pseudo-imagens são proibidas na Alemanha, mas ainda não o são no Brasil” (LANDINI, Tatiana Savoia. A pornografia infantil na Internet: uma perspectiva sociológica. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra.; SOUSA, Sônia. M. Gomes (orgs). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões sociológicas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 173-174.)

países criminalizam a posse de pornografia infantil e outros não) variam dependendo da legislação. Obviamente, isso dificulta o combate a essa modalidade criminosa.⁸⁴

Em meio a todas essas facilidades, o meio cibernético torna-se um dos maiores veículos de disseminação da pornografia infantil. Antes de seu advento, segundo Landini⁸⁵, as trocas de material pornográfico (revistas especializadas, vídeos, etc.) estavam circunscritas a grupo fechados e clubes de pedófilos. A *internet*, porém, ocasiona a emersão de comportamentos que normalmente só se manifestam na esfera privada dos indivíduos, onde estão isentos de coações externas, tornando-os públicos sem serem realmente. Ou seja, as pessoas agem, na internet, como se tivessem dentro de um mundo particular onde não serão censuradas pelas suas atitudes, mesmo que na realidade seja o contrário. Desse modo, a *internet* aumenta o número de pessoas que têm acesso à pornografia infantil, fazendo com o que antes era trocado apenas em clubes de pedófilos possa ser acessado por todos, pedófilos e não-pedófilos.

Como consequência, é possível que alguém “esbarre” em uma foto erótica de uma criança sem que esta seja sua intenção. O ambiente virtual possibilita que, no mesmo lugar, possam ser encontradas diversos tipos de pornografia (adulta, infantil, real ou simulada) e é possível que alguém, ao buscar material pornográfico adulto na internet, tenha acesso a imagens com conteúdo pornográfico infantil por acidente. Também é possível encontrar toda sorte de imagens pornográficas, até aquelas que não foram feitas com essa finalidade. Fotografias tiradas de praias nudistas nos anos 1960 ou mesmo uma foto “inocente” de uma criança ou adolescente pode ser enviada a um *site* de pornografia infantil, imprimindo à imagem um significado diferente daquele pretendido pelo seu autor. Ademais, uma imagem pode ser digitalmente modificada para ser transformada em pornográfica, não havendo

⁸⁴ “*Child pornography is a multi-jurisdictional problem to which a global approach must be applied. Successfully combating child pornography and child exploitation on a global scale requires uniform legislation; laws that vary from country to country serve to weaken the stance against child sexual exploitation and allow child predators to concentrate efforts in countries where they know they are best able to exploit children. A holistic and uniform approach is the most effective means of combating the sexual exploitation of children because it allows for consistency in criminalization and punishment, it raises public awareness of the problem, it increases services available to assist victims, and it improves overall law enforcement efforts at the national and international levels. Complying with international legal standards is an initial step in addressing child pornography, to be followed by national implementing legislation and the creation of a national legislative scheme to combat child pornography*” (ICMEC. *Child Pornography: Model legislation & Global Review*. 7. ed. 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.icmec.org/en_X1/pdf/Child_Pornography_Model_Law_English_7th_Edition_2012.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2014.)

⁸⁵ LANDINI, Tatiana Savoia. A pornografia infantil na Internet: uma perspectiva sociológica. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra.; SOUSA, Sônia. M. Gomes (orgs). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões sociológicas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 178.

nenhum impedimento para que uma fotografia comum posta na internet seja erotizada sem o consentimento de seu autor.⁸⁶

Portanto, a internet representa a convivência pacífica de imagens pornográficas com diversos teores, manipuladas digitalmente ou não, com intenções eróticas ou não, representando simulações de pornografia infantil ou não, que podem ser acessadas internacional e instantaneamente por qualquer indivíduo com relativa facilidade, muitas vezes sem maiores consequências, que variam penalmente dependendo de cada país.

A consequência prática dessa difusão variada de imagens é a confusão entre o inocente e o erótico, entre o material pornográfico infantil real e o simulado, entre o legal e o ilegal. É muito comum, por exemplo, que *sites* forneçam imagens pornográficas de adultos com aparência juvenil, fabricadas de modo a simular a menoridade dos sujeitos envolvidos. O objetivo desses sites é satisfazer fantasias sexuais, principalmente masculinas, pois o corpo adolescente e a *performance* sexual inexperiente ou infantil são valorizados no mercado do erotismo.⁸⁷ Como não é possível saber a idade de alguém apenas olhando sua imagem, na prática não é possível saber com certeza se a pessoa envolvida no ato erótico tem dezoito anos ou dezessete, sendo essa verificação ainda mais difícil nas imagens cujos participantes aparentam ter entre dezesseis e dezoito anos, e nas que simulam menoridade.

Conforme Lowenkron, para se aferir com certeza a condição de menoridade do envolvido no ato pornográfico é necessária a identificação da criança ou do adolescente. Na prática, a disseminação do material pornográfico pela *internet* torna quase impossível determinar-se o ponto zero de divulgação, o produtor das imagens e logo, os menores envolvidos. Como não há certeza, a menoridade precisa ser discutida entre os policiais que analisam as imagens e, levando em conta sua sensibilidade estética, decidem continuar ou não a investigação. Havendo qualquer dúvida, os policiais entendem que a menoridade é insuficiente para constituir prova judicial. Com isso, conclui a autora, para a configuração do

⁸⁶ LANDINI, Tatiana Savoia. A pornografia infantil na Internet: uma perspectiva sociológica. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra.; SOUSA, Sônia. M. Gomes (orgs). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões sociológicas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 174-175.

⁸⁷ LOWENKRON, Laura. *Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, Dezembro, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300004&lng=en&nrm=iso> p. 511. Conforme Jenkins, o interesse sexual por garotas adolescentes é explorado por um amplo mercado nos Estados Unidos, mesmo com suas leis restritivas a qualquer material erótico envolvendo crianças, e materiais pornográficos que representam mulheres maiores de idade disfarçadas de jovens adolescentes são bem populares nesse país (JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. E-book. ISBN: 0-8147-4262-9.)

crime não basta que o envolvido seja menor de idade, é necessário que este o pareça ser sem sombra de dúvida.⁸⁸ Como a maioria das denúncias encaminhadas à Polícia Federal referem-se à modalidade de pornografia infantil simulada que está dentro dos padrões da legalidade, às vezes algum material pornográfico real é descaracterizado preliminarmente como tal pela polícia, nem chegando a ser investigado.⁸⁹

Portanto, a primeira consequência negativa causada pela pornografia infantil simulada é que sua própria existência já consiste em um empecilho ao combate à pornografia infantil real, pois ocasiona o aumento do material que deve ser investigado e serve de certo modo como “camuflagem” às imagens realmente proibidas. “Se a lei criminalizasse as imagens que *parecem* ‘pornografia infantil, não seria necessário comprovar ou ter certeza sobre a menoridade dos atores que participam da cena para configurar a materialidade do delito’⁹⁰, o que certamente dificultaria que inquéritos envolvendo indivíduos com menoridade confusa fossem arquivados.

A segunda consequência é a possibilidade de que imagens pornográficas infantis simuladas⁹¹ “despertem” os impulsos pedófilos do indivíduo que as acesse, aumentando, assim, a quantidade de abuso sexuais a menores⁹². Não há nenhum consenso quanto a tal ocorrência. Há quem pense, inclusive, que ocorra exatamente o contrário, que o consumo de pornografia infantil simulada na verdade “alivie” os impulsos sexuais de pedófilos e impeça

⁸⁸ LOWENKRON, Laura. *Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, Dezembro, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300004&lng=en&nrm=iso> p. 510.

⁸⁹ Conforme depoimento de policial colhido por Lowenkron: “Em tese, se 20% procedem, 80% não caracterizam [pornografia infantil]. Mas tem uma zona muito cinzenta e a gente só pode trabalhar numa certa... Eu garanto que, às vezes, nós deixamos passar alguma coisa que seja. Não dá pra provar que a criança é menor, então, não dá. Porque o cara olha “teen” e acha que é adolescente. Só que “teen” vai de 13 até 19. E os sites pegam isso. E todo mundo acha que “teen” é adolescente, mas eles pegam de 18 e 19. São “teen”. Você pega um adolescente de 19 anos tabuinha, faz uma depilação geral, bota ela carequinha, bota um tênis e uma “maria Chiquinha”... Vai botando todos os padrões e ela vai parecendo uma menina de 15, 14. O cara quer acreditar que ela seja menor de idade. [...] Não tenho percentual, mas a maior parte é descartável.” (LOWENKRON, Laura. *Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, Dezembro, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300004&lng=en&nrm=iso> p. 511.)

⁹⁰ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 167.

⁹¹ O raciocínio é o mesmo em relação ao acesso à pornografia infantil real.

⁹² “Os pedófilos têm se utilizado da rede com grande desenvoltura. O mais grave é que, de acordo com inúmeras pesquisas, a divulgação da pornografia infantil pela Internet contribui para o aumento de crimes sexuais contra menores. Cuida-se, pois, de excelente veículo de propagação desse mal.” (SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010, p. 304.)

os mesmos de se tornarem agressores sexuais.⁹³ Entretanto, o risco de ativação de um apetite sexual outrora desconhecido em alguns indivíduos deve ser levado em conta. Conforme Jenkins (tradução minha):

Em seu pior, esse tipo de imagem pode servir como uma heroína visual, perigosamente viciante. Como um aviso, eu ofereço uma mensagem assustadora postada em um fórum de pornografia infantil por "Pai", em resposta à pergunta "Como você se tornou um amante de lolitas?", isto é, um pedófilo:

Eu me lembro que um dia eu fiz um pesquisa na internet por garotas adolescentes, esperado encontrar garotas maiores de 18 anos, você sabe o habitual. Mas daquela vez eu encontrei um site para amantes de garotinhas, ... foi maravilhoso. Uma menina em particular, Laika, a princesa da internet. Então eu comecei a pesquisar por lolitas em várias ferramentas e eu consegui a porcaria habitual, sites pagos e links enganadores, então eu descobri os news [newsgroups] e fui para lá, isso foi há três anos atrás... Se não fosse pela internet eu nunca teria descoberto. Eu acho que quanto mais a internet cresce, mais pessoas descobrirão seus desejos sexuais assim como eu descobri.

Talvez descubram, mas eu não aconselho ajudá-las.⁹⁴

A terceira consequência é que a pornografia infantil, em ambas as modalidades, também pode servir para que o pedófilo corteje novas vítimas. Nesse caso, a imagem pornográfica é utilizada para diminuir as inibições da criança, incentivando que ela aceite fazer sexo com um adulto ao demonstrar que é uma prática comum, que outras crianças fazem.⁹⁵ Assim, o pedófilo pode convencer a vítima a tirar uma fotografia erótica de si mesma, exibir partes do corpo ou, ainda, a se envolver sexualmente com o pedófilo.

⁹³ Na Dinamarca, por exemplo, em 1969, ocorreu a legalização de todas as formas de pornografia, inclusive da infantil. Acreditava-se que isso diminuiria a ocorrência de abusos reais. (LANDINI, Tatiana Savoia. A pornografia infantil na Internet: uma perspectiva sociológica. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra.; SOUSA, Sônia. M. Gomes (orgs). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões sociológicas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 172.) Esta opinião também é comum entre pedófilos. Conforme Jenkins, muitos apreciadores de pornografia infantil acreditam que os abusadores compõem uma pequena minoria não representativa da comunidade pedófila e que os 'fãs de lolitas' estão "só olhando", não praticando nenhuma maldade de fato. Além disso, acreditam que muitas crianças são "salvas" de sofrerem reais abusos pelo fato de existirem imagens pornográficas infantis para "aliviar" os impulsos sexuais dos que possuem essa tendência. Jenkins, transcrevendo um post encontrado em um fórum de pornografia infantil: "Eu não sou do tipo que dá uma aula, mas se você precisa de 'alívio', vá arranjar algumas imagens e assim ninguém vai se machucar, bem, só se você for pego... Eu me pergunto quantas garotinhas foram 'salvas' pelos posts nesse fórum [...] nós sonhamos, fantasiamos, às vezes desejamos... mas eu acho que a maioria aqui ama os pequeninos, então mantenha seus pensamentos em sua cabeça... lá eles não podem machucar ninguém." (JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. *E-book*. ISBN: 0-8147-4262-9, tradução minha.)

⁹⁴ JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. *E-book*. ISBN: 0-8147-4262-9.

⁹⁵ "Geralmente ele corteja, presenteia e seduz seus alvos e é capaz de percorrer qualquer distância para alcançá-los. Em princípio, esse ofensor não quer machucar a criança. Fica íntimo dela antes de molestá-la e insinua gradativa e indiretamente assuntos sexuais, usando pornografia infantil e parafernália sexual. Esse material tem como objetivo diminuir as inibições da vítima e criar a possibilidade de ela manter sexo com um adulto. Normalmente é solteiro, tem mais de 30 anos e estilo de vida e comportamento infantilizados." (SERAFIM, Antonio de Pádua et al. *Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças*. Revista psiquiátrica clínica. São Paulo, v. 36, n. 3, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832009000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

Concluindo, mesmo que a pornografia infantil simulada dispense o abuso sexual de uma criança ou adolescente real, ainda causa consequências negativas que não podem ser desconsideradas diante da não-criminalização.

3.2 A pornografia infantil simulada no Direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta uma única prática pornográfica infantil simulada, que é a prevista pelo artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal artigo foi introduzido no Direito brasileiro pela Lei 11.829 de 2008, consequência dos trabalhos da CPI da Pedofilia de 2008 do Senado Federal. Esta surgiu após o deflagramento pela Polícia Federal da Operação Carrossel em 2007, a maior operação policial contra a pedofilia realizada no Brasil, incluindo a investigação de suspeitos de 78 outros países. Ao todo foram cumpridos 102 mandados de busca e apreensão em 14 Estados e no Distrito Federal. Três suspeitos foram presos em flagrante e houve o rastreamento de 3,8 mil acessos de computadores à Internet em conexões para a troca de pornografia infantil.⁹⁶

Tal operação foi o ponto de partida para colocar a CPI da Pedofilia em funcionamento. Como dito, esta foi instaurada para a apuração de crimes de pedofilia, “para que toda a nação reconheça cada um deles [pedófilos] para que, juntos, possamos tomar providências energéticas no sentido de coibir uma prática tão cruel e tão desumana, tão perversa, que é o crime de pedofilia.”⁹⁷ Um dos principais objetivos da CPI foi dar visibilidade ao tema, transformando-se em uma “vitrine” para revelar a monstruosidade do abuso sexual de crianças e adolescentes pelos pedófilos para a sociedade brasileira.⁹⁸ Ela foi apresentada, segundo Lowenkron, como uma espécie de “cruzada⁹⁹ antipedófila”, baseada na moral religiosa, na luta do bem contra o mal, marcada por estratégia criminal de combate e

⁹⁶ SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010, p. 30.

⁹⁷ SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010. p. 8.

⁹⁸ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 99.

⁹⁹ “Eu tenho certeza que Deus vai nos ajudar nessa cruzada, porque essa cruzada é da sociedade.”; “Por que é que eu fiz o convite? Porque, antes que eu fizesse o convite, as operadoras de cartão de crédito já haviam se apresentado à CPI, através dos seus representantes, no interesse de, enquanto organização, enquanto cidadãos, participarem desta grande cruzada de combate ao abuso de criança.”; “Nós estamos aqui à disposição dos senhores e queremos também entrar nessa luta, nessa cruzada no combate à pornografia infantil e à pedofilia infantil também.” (SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010, p. 12, 973, 974.)

por uma compreensão medicalizada e estereotipada do criminoso.¹⁰⁰ Sua função era a de proteger a criança, a família, a sociedade, unindo todos os “cidadãos de bem” contra um inimigo em comum, que ao corromper crianças ameaça a sociedade como um todo e os valores da família.¹⁰¹

Paradoxalmente, a exibição de imagens pornográficas infantis, justamente um dos pontos que se buscava combater, foi muito utilizada para trazer os “cidadãos do bem” à “cruzada” contra a pedofilia¹⁰². A demonstração do abuso sexual de crianças e adolescente serviu como estratégia do Senador Magno Malta, presidente da CPI, para a mobilização de juízes, desembargadores, senadores, deputados, etc., e para comover a opinião pública.¹⁰³ Afinal, as pessoas que tinham contato com aquele material não poderiam reagir de outra forma senão com indignação, horror e repulsa, reações emotivas comuns, sensíveis ao sofrimento das vítimas. Nas palavras do Senador:

Quando eu quis criar essa CPI e fui buscar assinaturas, os senadores não queriam assinar, que isso não existia, que era muito pouco, que de vez em quando que a gente via um caso (...). Mas o Ministério Público me mandou imagens e meu mandou uma última imagem para a minha tomada de decisão ali. Era um homem de 70 anos tendo conjunção carnal com uma criança de quatro anos de idade. E eu saí nos gabinetes, conversando com os senadores e, quando eles não queriam assinar, eu mostrava a imagem. E eles entravam em desespero porque todo mundo é pai. Então, o que o olho não vê o coração não sente, mas o que vê, sente. As pessoas foram entrando em desespero e eu fui dizendo: eu vou mostrar a vocês o que é monstro.¹⁰⁴

¹⁰⁰ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 98.

¹⁰¹ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 99.

¹⁰² “A exposição das cenas pornográficas envolvendo crianças, que era justamente o que se buscava controlar e reprimir, tornou-se a principal estratégia de sensibilização utilizada pelo presidente da comissão para persuadir os seus interlocutores sobre a “verdade” de sua denúncia, sensibilizar seguidores para a “causa” e, com isso, conseguir a aprovação de propostas formuladas no âmbito dessa CPI” (LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 113.)

¹⁰³ Depoimento do Senador Malta, colhido por Lowenkron: “Eu estive no Tribunal de Justiça de São Paulo, com quase 50 desembargadores, homens maduros, avôs, e quando eu abri a terceira imagem, eu nunca pensei em ver um quadro daquele, de ver quase 50 homens chorando, desesperados, e um assume a palavra e fala em nome dos outros, dizendo: “aqui não sai liminar para pedófilo, e a nossa posição está definida.” E cresceu uma coisa no meu coração aquele dia: eu vou andar os Tribunais de Justiça do Brasil inteiro; eu vou a todos os estados; eu quero mostrar aos desembargadores essas imagens, eu vou a cada gabinete do Supremo [Tribunal Federal] levar essas imagens.” (LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 115- 116.)

¹⁰⁴ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 110.

Foi nesse contexto emotivo e moralizante que surgiu o Projeto de Lei do Senado nº250 de 2008, que tinha por objeto a alteração do “Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.”¹⁰⁵. Em decorrência do mesmo, foi editada a lei 11.829 de 25 de novembro de 2008, que alterou os artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e incluiu os artigos 241-A, B, C, D e E, trazendo novos tipos penais. O artigo 241-C, mais especificamente, tipifica o cometimento de uma prática que envolve material pornográfico infantil simulado, e será mais discutido no tópico a seguir.

Quanto à criminalização da pornografia infantil simulada, as discussões da CPI a justificaram pela opinião de que tal material “alimentaria a tara” do pedófilo que tivesse acesso ao mesmo, intensificando assim a possibilidade de que a fantasia se tornasse realidade.¹⁰⁶ Lowenkron aduz que a criminalização também se baseou na dificuldade de verificação da idade dos envolvidos no material pornográfico, o que acaba por facilitar a impunidade de crimes do gênero.¹⁰⁷ Portanto, um dos motivos para a criminalização da pornografia infantil simulada é justamente a preocupação com a pornografia infantil real, uma prática muito mais grave em todos os aspectos.

3.2.1 Considerações sobre o artigo 241-C e a questão pornografia infantil virtual

O artigo 241-C, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim estipula:

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa

¹⁰⁵ SENADO FEDERAL. *Portal atividade legislativa: projetos e atividades legislativas*: PLS - Projeto de lei do senado, nº 250 de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86025>. Acesso em 25 de setembro de 2014.

¹⁰⁶ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 165-166.

¹⁰⁷LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 167.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do *caput* deste artigo.

Observa-se que o tipo refere-se a uma modalidade de pornografia infantil simulada, já que as crianças e adolescentes estão sujeitas ao ato pornográfico por meio de montagem ou modificação de uma forma de representação visual, e não por terem sido vítimas de abuso sexual de fato. É um crime de perigo abstrato e seu cometimento prescinde de lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Assim, não faz diferença se a montagem produz uma imagem realista ou não, pois só a inserção da criança ou adolescente no contexto pornográfico já configura ofensa a sua dignidade sexual.

Como o objetivo do artigo é zelar pela integridade psíquica e moral¹⁰⁸ de crianças e adolescentes, a modificação erotizada da fotografia de um adulto em sua infância, apesar de ferir a imagem do adulto em questão, não configura o delito. Tal modificação resulta na produção de material pornográfico infantil mas não há, no caso, violação à dignidade sexual dos tutelados pelo artigo, sendo esta, pois, uma conduta atípica.

É necessário, ainda, que a representação visual envolva uma criança ou adolescente real, não sendo abrangidas pelo artigo a pseudofotografia pornográfica de uma criança ou ainda imagens pornográficas de *cartoons*, desenhos ou pinturas, representações que pouco se assemelham à realidade (pornografia infantil virtual). Segundo Louveira, a prática de pornografia infantil simulada prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não abrange desenhos animados ou quadrinhos, pois o espírito de incriminação de condutas envolvendo pornografia infantil deve-se ater à proteção das crianças e adolescentes efetivamente usados nas filmagens. Adquirir ou possuir um filme que utilize personagens famosos fictícios em um contexto libidinoso não representa qualquer ofensa a bens jurídicos, ficando apenas no campo do imoral segundo os ditames sociais.¹⁰⁹

Além disso, criminalizar desenhos animados, pinturas e outros pode consistir em uma ofensa ao direito de liberdade de expressão. A liberdade de expressão é a faculdade dos

¹⁰⁸ PROEMINO. *ECA comentado: artigo 241A/241E - Tema: Dos crimes*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo241a241e---tema-dos-crimes>>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

¹⁰⁹ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 214-216.

indivíduos de manifestarem seus pensamentos, sendo um instrumento essencial para a democracia na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto das opiniões dos cidadãos, dos mais variados grupos sociais, que podem colaborar da melhor forma que entenderem (desenhando, encenando, escrevendo, etc.) para a formação dessa vontade¹⁰. Esta prevista no artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato”) e IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”)

Um caso que merece destaque é o referente à censura do filme “*A Serbian Film*” (*Srpski film*, Sérvia, 2010, 104 min. Dir.: Srdjan Spasojevic, Terror sem Limites em português). O filme em questão é extremamente polêmico e sofreu restrições durante a exibição em diversos países antes de chegar ao Brasil. Seu conteúdo forte, que inclui cenas que simulam a participação de um recém-nascido em um ato sexual explícito¹¹, de tortura, mutilação, necrofilia, etc., ocasionou a propositura de inquérito civil público pela Procuradoria da República em Minas Gerais, com o escopo de apurar a possibilidade de proibição de exibição da obra em todo o território nacional, protegendo-se assim os consumidores brasileiros e os direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos da família e da criança. A Procuradoria chegou a expedir recomendação à Secretaria Nacional de Justiça para que, alternativamente, proibisse a exibição e veiculação de “*A Serbian Film*” ou suspendesse o processo de análise classificatória do mesmo, até que autoridade competente do executivo ou do judiciário se manifestasse sobre o assunto.

Entretanto, o Secretário Nacional de Justiça informou não possuir competência para aferir o cometimento de crime e para proibir a veiculação, impedir o acesso, cortar ou sugerir cortes das obras que classifica, e que a esta proibição só poderia ocorrer por decisão judicial. Desse modo, a Dejus (Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação) prosseguiu com a análise da classificação indicativa, enquadrando a obra como “não recomendada para menores de 18 anos.” Constatando, no entanto, que o filme retratava cenas de sexo envolvendo menores de idade, determinou que o despacho classificatório só

¹⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

¹¹ Estas, apesar de consistirem no estupro de um bebê, foram produzidas com o auxílio de um robô e de técnicas de filmagem, não envolvendo nenhuma criança ou adolescente real. (LOWENKRON, Laura. *Outra opinião: limites do indizível*. O Globo, 29 de agosto de 2011. Artigo de opinião. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaio/outra-opiniaio-limites-do-indizivel-2867952>>. Acesso em 4 de outubro de 2014.)

entrasse em vigor após 30 dias, a fim de que houvesse tempo para as autoridades competentes pudessem se manifestar sobre o caso.¹¹²

Diante da insuficiência do prazo, a Procuradoria ajuizou ação civil pública perante a Justiça Federal, visando, em sede liminar e *inaudita altera pars*, à proibição de exibição do filme nos cinemas, tendo em vista a sua estreia iminente. O magistrado acolheu o pedido de antecipação de tutela por entender que, em tese, a exibição da película consistiria na prática do crime tipificado no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Munido de seu poder geral de cautela, o juiz determinou a proibição do filme em todo o território nacional até a apuração da União junto aos órgãos competentes se o mesmo não incorreria em nenhuma espécie criminal.¹¹³

Na sentença, o juiz afirmou que “quando surge determinado conflito entre o direito à manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, na modalidade conexa ou atrelada à liberdade de expressão artística, [...] não há a mínima possibilidade de restrição total, seja ela de qual natureza for, inclusive a proveniente do Poder Judiciário.”¹¹⁴ Observado o disposto nos artigos 5º, inciso IV e IX, 220¹¹⁵ e 21, inciso XVI¹¹⁶, da Constituição Federal, o magistrado concluiu que a atuação estatal deve se limitar à

¹¹² LEAHY, Victor Campos Clement. *Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ehSNNHhQGZUJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/14365136+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 2 de outubro de 2014.

¹¹³ LEAHY, Victor Campos Clement. *Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ehSNNHhQGZUJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/14365136+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 2 de outubro de 2014.

¹¹⁴ BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Sentença em cautela inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012, publicado no DJ em 03/07/2012.

¹¹⁵ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

¹¹⁶ Art 21. Compete à União:

[...]

XVI - XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

classificação por idade, que possibilita que a família e os pais tomem ciência do conteúdo da programação artística e desse modo possam proteger as crianças e adolescentes do contato nocivo. Portanto, a Constituição não permite que o controle judicial promova restrição de determinada obra artística, intelectual ou de comunicação, apenas pelo mau gosto de seu conteúdo. A respeito ao enquadramento da película no tipo previsto no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente, o magistrado entendeu pela inoccorrência dos crimes tipificados no Estatuto e pela ausência de razões de natureza jurídica que impeçam a exibição de “*A Serbian Film*” em todo o território nacional,¹¹⁷ decisão que coaduna com a análise aqui feita do tipo e de sua exigência de que a simulação de pornografia envolva criança ou adolescente real. A restrição no caso, como em qualquer outro em que a simulação de pornografia infantil não produza vítimas reais configurará censura e uma ofensa injustificada a liberdade de expressão, contrária à Constituição Federal, por mais moralmente ultrajante que pareça.

O conflito entre pornografia infantil simulada e liberdade de expressão também se manifestou no âmbito da CPI da Pedofilia. Conforme Lowenkron, a versão final do Projeto de Lei do Senado nº 250 foi menor do que a proposta originalmente apresentada pela SaferNet¹¹⁸, uma das ONGs atuantes na CPI. A proposta primária visava a criminalização de “desenhos, cenas, montagens, imagens, fotografia ou pseudofotografia ou qualquer outra representação gráfica, envolvendo criança ou adolescente, ou indivíduos fingindo sê-los, em atividades sexuais explícitas reais, simuladas ou manipuladas digitalmente, bem como qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança ou adolescente para fins

¹¹⁷ “Uma palavra final: vi o filme. Do início ao fim. O filme é realmente muito forte. Verdaderamente impactante. O enredo é cruelíssimo. Se é arte eu não sei. Pode ser para alguns, para outros não. O que sei, contudo, é que se estivesse no cinema teria me levantado e ido embora. No entanto, como juiz, não posso ser o seu censor no território nacional, como me diz a Constituição Federal. Aliás, o que me garante a Carta Constitucional – não apenas a mim, mas a todo brasileiro – é o direito de me indignar, de recusar a vê-lo ou até mesmo o direito de me levantar e deixar a sala de sessão, levando comigo as minhas conclusões e convicções acerca da natureza humana, suas dimensões, limites e idiossincrasias [...] Fica, assim, desde já liberada a exibição do filme “*A Serbian Film*” no Brasil, como permite e autoriza a Constituição Federal.” (BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Sentença em cautelar inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012, publicado no DJ em 03/07/2012.)

¹¹⁸ “A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu para materializar ações concebidas ao longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira.” (SAFER NET. *Quem somos*. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.)

primordialmente sexuais”.¹¹⁹ Ou seja, tencionava que também ocorresse a criminalização se no material houvesse a presença de criança ou adolescente fictício. Entretanto, o Grupo de Trabalho da CPI da Pedofilia considerou que a proposta, por regular representações de menores fictícios, poderia entrar em conflito com o artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, e acabar atrapalhando o processo de tramitação do Projeto, que foi rapidamente aprovado no Congresso Nacional.¹²⁰

Em face do que foi dito, verifica-se que a regulamentação da pornografia infantil simulada no direito brasileiro objetiva exclusivamente, a princípio, a proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes. Apesar do argumento de que a pornografia infantil simulada poderia, em tese, alimentar a “tara” de pedófilos, observa-se que o tipo manteve a preocupação com a criança ou adolescente real, não adentrando na polêmica moral envolvendo a criminalização de representações digitais de crianças fictícias.

¹¹⁹ SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010 p. 180.

¹²⁰ LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 167-168.

4 DO CABIMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL SIMULADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No primeiro capítulo, observou-se que é necessário o seguimento de alguns passos para a verificação da necessidade de atuação do poder punitivo estatal na criminalização de condutas. O primeiro é a identificação do bem jurídico-penal tutelado em decorrência da criminalização, em respeito à tipicidade material. Posteriormente, deve ser verificada a adequação do bem ao conceito político-criminal, estudando-se as motivações ético-políticas e constitucionais de sua proteção penal. O bem não pode conflitar com os valores constitucionais e deve, ainda, ser relevante socialmente para que sua tutela se justifique.

O segundo passo é verificar se a criminalização respeita os princípios limitadores da atividade punitiva estatal, mais especificamente, os princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social.

Por fim, conforme os ditames da Criminologia, deve ser feita a análise da incidência da conduta, de sua lesividade e persistência no espaço-tempo e a da concordância social a respeito de sua criminalização.

Passemos, então, à análise da dignidade sexual de crianças e adolescentes, bem jurídico protegido pelo artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme Ferreira¹²¹, existe grande divergência doutrinária acerca de qual seria o bem jurídico ofendido em delitos que envolvam abuso sexual de crianças e adolescentes, havendo autores que defendem consistir na autodeterminação sexual, liberdade sexual, livre desenvolvimento sexual e incolumidade sexual dos mesmos. Para Louveira, o que está em jogo na tutela dos bens jurídicos concernentes aos crimes sexuais contra menores é o direito do menor de não ser exposto a conteúdo sexual precocemente, o que afetaria o seu desenvolvimento físico e psíquico.¹²² Considerando que as crianças e adolescentes não teriam capacidade de

¹²¹ FERREIRA, Pedro Paulo Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades* nº 10 – Mai./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/pdf/10/artigo4.pdf>>.

¹²² LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 182-183.

manifestação volitiva para consentir na prática de atos sexuais¹²³, critica-se a escolha de “liberdade sexual”, “autodeterminação sexual” e “livre desenvolvimento sexual” para designar o bem jurídico tutelado com a tipificação de delitos sexuais contra menores. Se o menor não tem em tese capacidade de dispor acerca de sua sexualidade, a proteção deve recair sobre a intangibilidade sexual de crianças e adolescentes, evitando-se falar de sua suposta liberdade de escolha em relação a tal matéria.

Ferreira¹²⁴, por fim, prefere o termo dignidade sexual, justificando que o mesmo representa a necessidade de que os menores, por estarem ontologicamente impossibilitados de dispor de forma consciente acerca de sua maturidade sexual, tenham garantida sua intangibilidade sexual de danos concretos e potenciais prejuízos. Ademais, em comparação com o termo “incolumidade sexual”, a expressão “dignidade sexual” diminui a noção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes, tentando eliminar a falsa ideia de que todo comportamento que se insira no contexto aparente de vitimização sexual de menores enseja intervenção penal, o que não é o caso.

O tipo também visa tutelar a imagem do menor evitando, mesmo em um contexto em que não há abuso, a submissão desta a uma situação sexual da qual está alheio. Este é o fator, conforme Louveira¹²⁵ que mais justificaria a criminalização.

Identificado o bem, cabe analisar se este se adequa ao conceito político-criminal. Não há dúvidas da relevância da dignidade sexual de crianças e adolescentes e da necessidade de que esta seja garantida e protegida pelo Estado, também em caráter penal. Como comprovação, tem-se o artigo 227, §4º, da Constituição Federal, que aduz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹²³ Apesar da lei brasileira considerar o consentimento do menor como válido para afastar o cometimento do delito de estupro de vulnerável a partir dos 14 anos, não há o mesmo reconhecimento em relação à pornografia infantil. (LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 182-183).

¹²⁴ FERREIRA, Pedro Paulo Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades* nº 10 – Mai./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/pdf/10/artigo4.pdf>>.

¹²⁵ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 216.

[...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A questão é se a conduta criminalizada pelo artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente representa, efetivamente, uma ofensa à dignidade sexual dos menores. A criminalização de uma conduta só se justifica se for necessária para a tutela de algum bem jurídico (princípio da intervenção mínima), não se devendo tipificar fatos inofensivos (princípio da lesividade) e sem relevância social (princípio da adequação social). Caso a simulação de ato pornográfico infantil não se adeque a tais exigências não haverá necessidade de sua tipificação, fazendo com que a intervenção penal se torne indevida, por desrespeitar os princípios limitadores do poder punitivo do Estado, e inconstitucional, por representar a restrição injustificada da liberdade individual e um mero exercício da arbitrariedade estatal. Assim, será defensável a sua descriminalização.

Conforme o princípio da lesividade, já analisado, as condutas que não ofereçam ofensa a bem jurídico relevante não devem ser criminalizadas. Por isso, não cabe ao Direito Penal punir condutas que só tenham apreciação moral, sem levar em conta o grau de ofensa ao bem jurídico tutelado. No dizer de Batista¹²⁶, “à conduta puramente interna, ou puramente individual - seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.” Segundo Queiroz:

O caráter imoral de um determinado comportamento humano somente deve interessar ao direito penal quando, para além disso, encerre violação particularmente grave ao bem jurídico alheio. É dizer: a só ofensa a preceitos morais, a só imoralidade, por si só, sem essa gravosa repercussão sobre interesse juridicamente protegido, é penalmente irrelevante, devendo escapar à atuação do sistema de justiça penal, como instância subsidiária na relação de conflitos, mesmo porque o direito não cria valores, mas tão-só juridiciza aqueles que medram no organismo social, mesmo porque, como *ultima ratio* do controle social, só se justifica onde meios menos incisivos não bastem.¹²⁷

Tendo em vista a alta carga emotiva e moralizante que envolve a criminalização da pornografia infantil, demonstrada no capítulo anterior, é de se pensar que o tipo só existe em decorrência do choque à moral coletiva ocasionado pela simulação de um ato pornográfico infantil. Entretanto, tal carga moral não é motivo para deslegitimar o tipo penal. O fato da pornografia infantil simulada ter sido tipificada no contexto da CPI da Pedofilia e de

¹²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91.

¹²⁷ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.75-76.

sua “cruzada antipedófila” não elimina a necessidade da tutela sexual de crianças e adolescentes, constitucionalmente prevista como objetivo do Direito Penal. Segundo Cervini, “a preservação da norma moral, como tal, não é missão do Direito Penal e o Direito Penal sexual, especificamente, deve limitar-se a proteção da juventude, a evitar coações ou que alguém se veja prejudicado ou intimidado em sua intimidade.”¹²⁸ Ademais, para Queiroz¹²⁹, a ausência de um fundo moral mínimo no Direito poderia instrumentalizar, em nome do utilitarismo, o abuso e a tirania, devendo a noção de imoral preexistir a de ilegal. Ou seja, não se trata de se exigir que o Direito Penal seja amoral, completamente despido de qualquer motivação moral na criminalização de condutas. A questão é que a moralidade não pode, por si só, justificar a tutela, não sendo um requisito indispensável para reconhecer dignidade jurídica a um bem penalmente relevante e, logo, não servindo para fundamentar nenhuma incriminação legítima.¹³⁰

Assim, pela lesividade, deve-se analisar se a simulação prevista no artigo 241-C representa de fato ofensa à dignidade sexual de crianças e adolescentes e à suas respectivas imagens. Conforme Assunção e Silva¹³¹, o tipo não representa lesão direta ou indireta à incolumidade sexual de crianças e adolescentes, na medida em que não houve o cometimento de nenhum crime sexual com o menor e não há dúvidas quanto à simulação do material pornográfico. Também não constitui perigo concreto de lesão ao bem, pois o crime não requer a prática anterior ou posterior de qualquer delito. Ou seja, se o menor não foi sujeito a nenhum ato sexual e nem será, pela simulação, não a o que se falar em lesão a sua dignidade sexual, que continuará intocada. Também não há como ocorrer ofensa ao desenvolvimento físico e psíquico do menor, pois ele não será submetido à atividade sexual precocemente apenas por figurar em uma imagem pornográfica oriunda de montagem.

Faz mais sentido falar, contudo, que houve violação à imagem do menor, ferida ao vinculá-lo a uma representação de contexto pornográfico ou sexual. Quando um menor tem sua imagem inserida em uma situação sexual, mesmo que mediante uma simulação, é difícil

¹²⁸ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 199.

¹²⁹ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 74.

¹³⁰ FERREIRA, Pedro Paulo Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto-juvenil: paternalismo moralista ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n.o 232, p. 11, mar. 2012.

¹³¹ ASSUNÇÃO e SILVA, Alexandre. Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil. *Revista dos Tribunais*. vol. 890. São Paulo: RT, 2009.

pensar que a sua imagem não foi de algum modo ofendida, tendo em vista que o menor nem mesmo pode dispor de sua sexualidade e que uma representação de tal natureza o vincularia a um ato que tanto é criminalizado quanto repudiado, e do qual deveria estar alheio. É complicado dizer que há ofensa à “honra” ou à integridade moral do menor, pois tais conceitos são muito vagos e não compõem uma noção clara do bem jurídico protegido, dificultando a verificação de lesões concretas ao mesmo. Portanto, o artigo 241-C tipifica uma conduta que lesiona a imagem de crianças e adolescentes, mas não a sua dignidade sexual, honra ou integridade moral.

Segundo o princípio da intervenção mínima, a atuação do Direito Penal deve ser subsidiária na criminalização de condutas, que só se justifica se for absolutamente necessária para a proteção do bem jurídico, não sendo recomendada se for possível a tutela por outros ramos do Direito, com sanções diversas da penal, ou outras formas de controle social. No caso em questão, é perfeitamente possível que a simulação pornográfica envolvendo criança ou adolescente seja controlada pelo Direito Civil ou Administrativo. Conforme Assunção e Silva¹³², o resguardo do direito à imagem dos menores deve ser resolvido no âmbito do direito civil (indenização por danos morais) ou tutelar, que permite a busca e apreensão do material pornográfico relacionado. Medidas administrativas como apreensão do material em caso de venda ou divulgação, por ofensa à moralidade pública, também podem ser adotadas. Assim, a proteção penal nesse caso desrespeita o princípio da subsidiariedade e deve ser evitada, devendo-se descriminalizar a conduta tipificada no artigo 241-C.

Já o princípio da adequação social estabelece que o Direito Penal deve somente criminalizar condutas que sejam socialmente relevantes, ou seja, que sejam culturalmente consideradas como delituosas pela sociedade. Não se pode dizer que a produção de material pornográfico infantil, mesmo simulado, encontre aceitação pacífica na sociedade brasileira. Não é uma conduta socialmente aceita como o consumo de álcool, cuja proibição, pelo desrespeito ao princípio da adequação social, provavelmente não teria eficácia. Pelo contrário, a pornografia infantil, real ou simulada, ocasiona repulsa e indignação social, ferindo a moral coletiva de tal modo que enseja, em alguns casos, a proibição do material em questão. Um exemplo é a censura a *A Serbian Film*, já comentada no capítulo 2, em que a cena de um estupro de um recém-nascido, mesmo sem a participação de nenhuma criança ou adolescente

¹³² ASSUNÇÃO e SILVA, Alexandre. Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil. *Revista dos Tribunais*. vol. 890. São Paulo: RT, 2009.

real, motivou a proibição de divulgação do filme em todo país. Pode-se afirmar, portanto, que a criminalização da pornografia infantil simulada encontra adequação social, no sentido de ser uma conduta socialmente reprovável. A reprovação advém, entretanto, mais pelo choque causado por esse material à moral das pessoas do que pela danosidade social propriamente dita, já que a conduta do artigo 241-C não provoca ofensa à dignidade sexual dos menores.

Concluindo, a criminalização da conduta prevista no artigo 241-C encontra conformidade parcial em relação ao princípio da lesividade, consistindo somente em ofensa à imagem dos menores e não à sua dignidade sexual; não encontra conformidade em relação à intervenção mínima, pois há punições alternativas que não a penal; e quanto ao princípio da adequação social, este por si só não justifica a criminalização, até pelo fato de que a adequação se dá mais por uma questão moral do que pela ofensa causada à ordem social pelo cometimento da conduta.

Em relação aos critérios criminológicos relativos à criminalização, é necessário que o cometimento da conduta tenha uma incidência massiva na população. Apesar de não haverem dados estatísticos que precisem a quantidade de denúncias relativas à pornografia infantil simulada no país¹³³, foi efetivada pesquisa jurisprudencial, encontrando-se apenas 1

¹³³ No período de 2006 a 2013 a ONG SaferNet recebeu e processou, conforme suas próprias estatísticas, 1.366.958 denúncias anônimas de pornografia infantil, envolvendo 254.170 páginas distintas, hospedadas em 48.848 diferentes máquinas conectadas à rede. Destas páginas, 4632 foram hospedadas em computadores brasileiros. (SAFER NET. *Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos*. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2014). Tais estatísticas referem-se à pornografia infantil como um todo, não havendo dados que precisem a “quantidade” de pornografia infantil simulada produzida e divulgada no Brasil.

julgado em que houve a denúncia por esse crime específico. Neste¹³⁴, de acordo com a denúncia, o réu valera-se de um perfil falso para ganhar a confiança de três adolescentes, induzindo-as a seguir a se exibirem nuas e a se masturbarem em frente a uma webcam. Para estimular que as jovens praticassem tais atos pornográficos, o réu teria utilizado vídeos que simulavam, por meio de montagem e modificação, a participação de outra adolescente em cenas pornográficas, vídeos que conferiram identidade física ao seu perfil falso. O Ministério Público ofereceu denúncia em relação aos artigos 240, *caput*, 241-A e 241-C, *caput* e parágrafo único, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, embora não se possa precisar a quantidade exata de delitos cometidos que se enquadrem na conduta típica do artigo 241-C, não há como se afirmar que a existência do tipo enseje um número razoável de condenações criminais. Isto ocasiona duas possibilidades: 1) há uma baixa incidência no cometimento da conduta ou 2) a incidência de cometimento é alta ou moderada, mas a existência da norma não é suficiente para gerar a responsabilização penal.

¹³⁴ “PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPUTADA A PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A CRIANÇA E ADOLESCENTE. AGENTE ASSUME QUE SE PASSAVA POR GAROTA E INDUZIA ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO A FICAREM NUAS E PRATICAREM ATOS PORNOGRÁFICOS NA FRENTE DOS SEUS COMPUTADORES PARA GRAVAR AS IMAGENS, SEM O CONHECIMENTO E CONSENTIMENTO DELAS, AMEAÇÁ-LAS E/OU DISPONIBILIZAR NA INTERNET. PRESENTES O FUMUS COMISSI DELICTI E O PERICULUM LIBERTATIS. MEDIDAS CAUTELARES INSUFICIENTES PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA, INSTRUÇÃO CRIMINAL E INTEGRIDADE DAS VÍTIMAS. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DOS DELITOS. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DA AÇÃO CRIMINOSA, PERPETRADA, EM TESE, MEDIANTE LUDIBRIAÇÃO E POSTERIOR AMEAÇA. POSSIBILIDADE DE O AGENTE AMEAÇAR AS ADOLESCENTES E PREJUDICAR A COLHEITA DE NOVAS PROVAS. PERICULOSIDADE CONFIGURADA. PONDERAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE FRENTE AO PRINCÍPIO MAIOR DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, ENDEREÇO FIXO E ATIVIDADE LABORAL LÍCITA INSUFICIENTES PARA AFASTAR A PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO REFORMADA.

- A garantia da ordem pública, instrução criminal e integridade das vítimas exigem a manutenção da prisão preventiva como forma de evitar a reiteração das infrações penais, preservar a colheita de provas e a integridade física e psíquica das vítimas quando os delitos são, em tese, praticados por meio de redes sociais, pois o acesso a esses aplicativos é amplo e irrestrito e pode ser feito de qualquer lugar e por qualquer aparelho eletrônico com wi-fi. Precedentes do STJ.

- As medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes para afastar o perigo real de o agente reiterar na prática de crimes cometidos na Internet, visto que não afastam o livre acesso aos equipamentos eletrônicos.

- O princípio maior da proteção integral da criança e do adolescente prevalece sobre a liberdade do sujeito que pratica graves crimes contra os sujeitos da referida proteção.

- A primariedade, a ausência de antecedentes criminais, a existência de relações familiares, endereço fixo e atividade laboral lícita não são suficientes para revogar a prisão preventiva, inclusive, porque não impediram a prática de vários delitos.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso.

- Recurso conhecido e provido.”

Na primeira hipótese, a baixa incidência de cometimento tornaria a norma desnecessária e a intervenção penal, indevida. Na segunda hipótese, o artigo 241-C seria uma norma ineficaz, o que, juntamente com o contexto de elaboração legislativa do delito, leva a crer que a sua criminalização ocorreu principalmente por uma questão simbólica.

Segundo Neves, o que distingue uma legislação simbólica é a “prevalência de seu significado político-ideológico latente em detrimento de seu sentido normativo aparente.” Ou seja, a legislação simbólica é aquela “cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”¹³⁵ Assim, é uma legislação que não foi criada com o fim precípuo de ter eficácia normativa, geralmente a possuindo em grau diminuto como consequência. Kindermann, citado por Neves, divide em três as possíveis finalidades de uma legislação simbólica. Esta pode servir para confirmar valores sociais, para demonstrar a capacidade de ação do Estado ou para adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatatórios.¹³⁶

Na hipótese de confirmação de valores sociais, exige-se do legislador um posicionamento acerca de uma discussão em torno de valores. A atividade legiferante serve apenas para garantir a determinado grupo que seus valores são superiores, proibindo-se assim condutas que os contrariem. Nisso, a eficácia legislativa ocupa o segundo plano, atrás da reafirmação dos valores vencedores.¹³⁷

Na demonstração da capacidade de ação do Estado, criam-se normas que visam a satisfação das expectativas dos cidadãos, sem que hajam condições de efetivação dessas normas. Nesses casos, em regra, é muito improvável que a regulamentação normativa possa resolver os problemas dos cidadãos, servindo apenas como um alibi do legislador perante a população exigente de uma solução estatal para os mesmos.¹³⁸

Por fim, a legislação simbólica pode adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, a lei servirá como uma forma de resolver divergências entre grupos políticos diferentes, sendo um acordo aprovado por ambos pautado justamente

¹³⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 31 e 32.

¹³⁶ KINDERMANN, Harold. Symbolische Gesetzgebung, in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988, pp. 222-245. In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 34.

¹³⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 34.

¹³⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 37-38.

na ineficácia da própria lei. Assim, transfere-se a solução do conflito político para um futuro indeterminado.¹³⁹

O que as três modalidades simbólicas possuem em comum é justamente a baixa eficácia normativa de suas leis características, condição partilhada pelo artigo 241-C. A criminalização da pornografia infantil simulada ocorreu em decorrência da Operação Carrossel e dos trabalhos da CPI da Pedofilia, juntamente com a aprovação de outras normas que objetivavam “coibir uma prática tão cruel e desumana, que é o crime de pedofilia”. Não se preocupou com a eficácia que uma norma dessa natureza teria no Direito brasileiro, se realmente representaria a tutela de algum bem jurídico-penal. A criminalização, pelo contrário, teve caráter eminentemente político. A elaboração legislativa ocorreu para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que houvesse um mínimo de condição de eficácia da respectiva norma,¹⁴⁰ apenas como um álibi ao legislador que demonstrasse a capacidade de ação do Estado. Como consequência, o artigo 241-C é uma norma meramente simbólica, demagógica e sem efeitos concretos, que resulta em uma falsa impressão de segurança jurídica¹⁴¹, um engodo para tranquilizar a população. Conforme Queiroz¹⁴²:

[...] um direito penal simbólico carece, evidentemente, de toda legitimidade, pois como observa *Garcia-Pablos*, manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa, exclusivamente, com certos delitos e infratores, introduzindo um sem de disposições penais, apesar de inúteis ou de impossível cumprimento, desacreditando o próprio sistema penal.

Portanto, independentemente do grau de incidência da conduta prevista no artigo 241-C, a intervenção penal ao caso não se mostra a melhor saída.

O segundo critério criminológico é a lesividade da conduta, que se refere à incidência aflitiva da mesma, a provocação de dor à vítima ou à comunidade. Já se estabeleceu, ao se tratar do bem jurídico-penal, em que medida a cometimento da conduta feriria a criança ou adolescente tutelado, ou seja, a vítima do delito.

Em relação ao grau de ofensa à comunidade, a maioria das consequências negativas da pornografia infantil simulada, conforme observado no capítulo 2, relacionam-se

¹³⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 41.

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 37-38.

¹⁴¹ QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 146.

¹⁴² QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147.

à pornografia infantil real ou ao abuso sexual de menores propriamente dito. A própria existência de pornografia infantil simulada interfere no combate à pornografia infantil real, dificultando a investigação do material suspeito. Infelizmente, a única maneira de se evitar tal consequência é a proibição da maior quantidade de material pornográfico possível, inclusive a pornografia adulta que pareça infantil e a pornografia infantil virtual, com crianças digitalizadas, a fim de se fazer com que nenhum caso de abuso sexual documentado passe despercebido pela polícia. Tal perspectiva é absurda por trabalhar com o conceito indefinido de “material que pareça ser pornografia infantil”, ensejando subjetivismos e arbitrariedades, e por ferir a liberdade de expressão ao censurar a pornografia infantil virtual. Assim, tal consequência negativa só é superável com uma atuação maior da polícia, que deveria investigar o material pornográfico suspeito mesmo quando a menoridade não é óbvia.

Além disso, a pornografia infantil simulada também “despertaria” impulsos pedófilos até então ignorados em alguns indivíduos que a ela tivessem acesso, motivando que os mesmos começassem a consumir pornografia infantil real ou, ainda, abusassem sexualmente de crianças ou adolescentes. Embora exista essa possibilidade, ninguém tem certeza de que isso realmente se realize nem em que proporção, e nem é verdade que todos os consumidores de pornografia infantil simulada se tornam consumidores de pornografia infantil real ou agressores sexuais. Os “impulsos” pedófilos despertados não passam de fantasias, irrelevantes para o Direito Penal. Não se pode criminalizar uma conduta pela remota possibilidade de que seu cometimento gere o desejo no agente de cometer crimes, que poderá ou não cometer. Em uma analogia, seria o mesmo que criminalizar a divulgação de filmes com cenas violentas, alegando que tais cenas despertariam a tendência, em indivíduos violentos, de realizar atos violentos. Novamente, a criminalização por este motivo seria apenas uma manifestação de arbítrio estatal.

Ademais, a pornografia infantil simulada também pode ser utilizada para que o pedófilo se aproxime de crianças e as convença a cometer atos pornográficos, a semelhança do julgado analisado acima. Tal conduta já é criminalizada pelo artigo 241-D do Estatuto da

Criança e do Adolescente¹⁴³, que não faz exigências quanto à forma que a instigação é realizada. Esta pode acontecer por meio de material pornográfico comum, infantil real ou simulado, sem a presença de material pornográfico, etc. Não é necessário que o material utilizado seja pornográfico infantil simulado para que o aliciamento ocorra. Assim, o argumento de que criminalizar a pornografia infantil simulada impediria o aliciamento não prospera, pois a instigação pode ocorrer por qualquer outro meio.

Portanto, a pornografia infantil simulada não possui potencial lesivo suficiente para justificar a criminalização.

Quanto à persistência no espaço-tempo, não se pode dizer que o crime seja um modismo passageiro que eventualmente desaparecerá. A pornografia infantil, apesar de só ter sido criminalizada em 1990 no Brasil, tem registros de ocorrência desde 1930¹⁴⁴. A tendência da modalidade simulada é que se torne mais comum à medida em que aumentam as facilidades tecnológicas relativas à sua produção e divulgação, permanecendo até que não existam mais indivíduos com inclinação pelo consumo da mesma.

Por último, em relação a concordância social a respeito da criminalização, já se comentou que esta encontra aceitação social, mais por uma questão moral do que pelo grau de danosidade do delito que, como visto, é mínima.

Desse modo, a criminalização da pornografia infantil simulada, por não respeitar o princípio da intervenção mínima e da lesividade, pela baixa eficácia social e por, aparentemente, fundar-se somente em motivações morais, é injustificável e desnecessária, sendo apenas uma manifestação indevida do poder punitivo estatal, o que enseja, assim, a sua descriminalização.

¹⁴³ Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

¹⁴⁴ LANDINI, Tatiana Savoia. *Horror, honra e direitos: violência sexual contra adolescentes no século XX*. 2005. 294 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p.29 e 228.

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal tem a dupla função de criminalizar condutas e estabelecer suas respectivas sanções e de limitar o poder punitivo estatal, protegendo os indivíduos de si mesmos e contra a atribuição de penas desmotivadas por parte do Estado. A criminalização de uma conduta é uma intervenção penal estatal que restringe a liberdade individual dos cidadãos. Deve, assim, ser necessária para ser legítima.

O que pauta a “necessidade” da criminalização, para a Criminologia, é o impacto que o cometimento da conduta provoca na sociedade, devendo-se analisar fatores como a sua incidência, lesividade, persistência no espaço-tempo e a concordância social para a verificação de sua legitimidade.

Para o Direito Penal, por outro lado, a aceção material de delito exige que este lesione os bens jurídicos mais importantes. Bem jurídico-penal é aquele extremamente relevante e vital para sociedade, a ponto de merecer tutela por tipificação penal de condutas que o lesionem. Além disso, o delito deve respeitar os princípios limitadores do poder punitivo estatal, que são, para os fins deste trabalho, o princípio da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, a intervenção penal só se justifica se for absolutamente necessária para a tutela do bem jurídico, se não existirem outras formas de controle social que não a penal. Para a lesividade, a repressão penal a uma conduta só deve ocorrer nos casos em que há efetiva lesão ou real ameaça de lesão a bem jurídico penalmente tutelado. Por fim, o princípio da adequação social afirma que o Direito Penal deve se ater a criminalizar condutas que sejam socialmente relevantes, ou seja, que sejam culturalmente consideradas como delituosas pela sociedade.

O delito cuja criminalização foi analisada foi a pornografia infantil simulada, prevista no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diferentemente da prática de pornografia infantil real, a modalidade simulada dispensa o abuso sexual de crianças ou adolescentes para ensejar a sua configuração. Além disso, a simulação pode se dar por diversas formas: pseudofotografias pornográficas infantis, montagens ou adulterações de imagens de menores, representações eróticas de adultos fingindo ser crianças, desenhos animados pornográficos infantis, etc.

Analisando-se a atuação da CPI da Pedofilia de 2008, em cujo âmbito originou-se a Lei 11.829/08, responsável pelo acréscimo do artigo 241-C ao Estatuto da Criança e do Adolescente, constatou-se que os trabalhos desta foram muito pautados em um intuito moralizante, para proteger a inocência de crianças e adolescentes do “monstro” pedófilo”. Não se deve, entretanto, criminalizar-se uma conduta pela sua imoralidade, sem se ter em conta a ofensa ao bem jurídico tutelado, sob pena de desrespeito ao princípio da lesividade. A conduta deve representar uma ofensa efetiva ao bem jurídico que visa proteger para que a criminalização seja legítima.

O artigo 241-C tipifica a simulação da participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual. É necessário, pois, que a representação adulterada retrate uma criança ou adolescente real, e não um menor digitalizado. Do contrário, a conduta é atípica. O tipo não buscou reprimir a pornografia infantil virtual, ou seja, representações pornográficas infantis que não se assemelhem à realidade (desenhos, pinturas, *cartoons*) e sim preza pela proteção da imagem dos menores, ofendida ao ser vinculada a atos pornográficos.

Considerando que a única ofensa resultante da prática da conduta prevista no artigo 241-C é à imagem dos menores, que poderia ser tutelada no âmbito civil ou administrativo, questiona-se a legitimidade do tipo penal em questão. Afinal, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal tem caráter subsidiário em relação aos outros ramos do Direito e sua atuação só deve ser feita como último recurso, quando não existirem mais ferramentas apropriadas para tanto. Desse modo, a intervenção penal mostra-se indevida, restringindo desnecessariamente a liberdade individual dos cidadãos.

Além disso, a norma tem um caráter meramente simbólico, eminentemente político, demagógico e sem efeitos concretos, sendo em grande medida um dispositivo inútil que desacredita o sistema penal. Portanto, deve ocorrer a descriminalização, não havendo como se sustentar a tipificação da pornografia infantil simulada no Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ASSUNÇÃO e SILVA, Alexandre. Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil. *Revista dos Tribunais*. vol. 890. São Paulo: RT, 2009.
- AZEVEDO, Andreia Marques Solter de. *Pornografia infantil e internet: uma visão internacional*. 2010. 73 f. Monografia (pós graduação em direito penal e processual aplicado à atividade profissional) - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), Brasília, 2010.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Sentença em cautelar inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012, publicado no DJ em 03/07/2012.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Primeira Câmara Criminal - Recurso Criminal de nº 20130731648 SC 2013.073164-8 (Acórdão), Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 25/11/2013.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CLOUGH, Jonathan. *Principles of cybercrime*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. *E-book*. ISBN -13: 978-0-511-72978-2.
- Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM - IV)*. 4. Ed. Washington, DC: American Psychiatric Association, 1994.
- FERREIRA, Pedro Paulo Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto-juvenil: paternalismo moralista ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n.o 232, p. 11, mar. 2012.
- _____. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades* nº 10 – Mai./ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10/artigo4.pdf>.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

ICMEC. *Child Pornography: Model legislation & Global Review*. 7. ed. 2012, p. iv. Disponível em: <http://www.icmec.org/en_X1/pdf/Child_Pornography_Model_Law_English_7th_Edition_2012.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

JENKINS, Philip. *Beyond tolerance: child pornography on the internet*. Nova Iorque e Londres: New York University Press. 2001. *E-book*. ISBN: 0-8147-4262-9.

KINDERMANN, Harold. Symbolische Gesetzgebung, in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988, pp. 222-245. In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

LANDINI, Tatiana Savoia. A pornografia infantil na Internet: uma perspectiva sociológica. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra.; SOUSA, Sônia. M. Gomes (orgs). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões sociológicas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 165-182.

_____. *Horror, honra e direitos: violência sexual contra adolescentes no século XX*. 2005. 294 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

LEAHY, Victor Campos Clement. *Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ehSNNHhQGZUJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/14365136+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 2 de outubro de 2014.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil*. 2013. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LOWENKRON, Laura. *Da materialidade dos corpos à materialidade do crime: à materialização da pornografia infantil em investigações policiais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, Dezembro, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300004&lng=en&nrm=iso>. p. 505-528.

_____. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. 2012. 395 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

_____. *Outra opinião: limites do indizível*. O Globo, 29 de agosto de 2011. Artigo de opinião. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaio/outra-opiniaio-limites-do-indizivel-2867952>>. Acesso em 4 de outubro de 2014.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Nova Iorque, 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2014.

_____. *Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis*. Nova Iorque, 2000. Disponível em <http://www.unicef.pt/docs/pdf/protocolo_facultativo_venda_de_crianças.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

PROEMINO. *ECA comentado: artigo 241A/241E - Tema: Dos crimes*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo241a241e---tema-dos-crimes>>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Sousa. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la: o caso do second life. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1527, 6 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10358>>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid, Ed. Civitas, 1997. t. I.

SAFER NET. *Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos*. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

_____. *Quem somos*. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SENADO FEDERAL. *Portal atividade legislativa: projetos e atividades legislativas: PLS - Projeto de lei do senado, nº 250 de 2008*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86025>. Acesso em 25 de setembro de 2014.

_____. *Portal publicações: diários: diário do senado federal nº 19, publicado em 5 de março de 2008*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=05/03/2008&paginaDireta=04466>. Acesso em 23 de setembro de 2014.

_____. *Comissão Parlamentar do Inquérito da Pedofilia (Relatório Final)*. Brasília, 2010.

SERAFIM, Antonio de Pádua et al. *Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças*. Revista psiquiátrica clínica. São Paulo, v. 36, n. 3, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832009000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.