

APELAÇÃO-CRIME. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS COM PORNOGRAFIA INFANTIL. ABSOLVIÇÃO.

Atipicidade. Art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua redação anterior à Lei 11.829/2008. O verbo nuclear do tipo consistente em “divulgar” significa tornar público, difundir. Acesso de fotos em computador de rede local, as quais eram salvas em um *pen drive* para visualização posterior. Inexistência de dolo, elemento subjetivo do tipo, pois o réu apenas detinha as imagens e não foi comprovada a intenção de torná-las públicas. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº XXXXXXXXXXXX

COMARCA DE SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ

M. R. G.

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso e absolver o réu, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. FRANCESCO CONTI.**

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2013.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

Na sentença, a Dr.^a Vanessa Caldim dos Santos consignou o seguinte relatório:

O Ministério Público, com base no Inquérito Policial n.º XXXXXXXX, oriundo da Delegacia de Polícia de São Sebastião do Caí, RS, denunciou:

M. R. G., brasileiro, casado, com 37 anos de idade na época do fato, nascido em XX/XX/XXXX,

como incurso nas sanções do art. 241 do ECA, pela prática, em tese, do seguinte fato delituoso:

No dia 09 de junho de 2008, por volta das 13h20min, em Bom Princípio, RS, o denunciado divulgou imagens com pornografia envolvendo crianças.

Na oportunidade, a Polícia Militar, após receber informação de que o denunciado estava acessando sites de conteúdo pornográfico envolvendo crianças, deslocou-se até o local supramencionado, no estabelecimento e surpreendeu M. ainda conectado a uma página de internet, visível ao público, que exibia fotos capazes de motivar ou explorar a sexualidade de crianças.

Com o denunciado foi encontrado um pen drive contendo fotos de meninas em poses eróticas (fls. 05 e 06).

Segundo o denunciado, ele copiou as imagens para dentro do seu pen drive, pois pretendia as transferir para o seu computador de casa (fl. 18).

A denúncia foi recebida em 08/04/2010 (folha 43), oportunidade na qual restou afastada a possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo ao réu.

Citado (folha 69), o réu ofereceu resposta à acusação, requerendo a absolvição sumária (folhas 50/53). Acostou documentos (folhas 54/67).

Durante a instrução, procedeu-se à oitiva das testemunhas de acusação (folhas 79/81) e ao interrogatório do réu (folhas 82/83).

As partes não postularam diligências, sendo encerrada a instrução e determinada a atualização dos antecedentes do réu, o que foi devidamente atendido (folhas 88/90).

O Ministério Público ofereceu memoriais (folhas 93/96). Cotejando a prova existente nos autos, discorreu acerca dos elementos de materialidade e autoria. Requereu a procedência da denúncia.

A Defesa apresentou memoriais às folhas 97/104. Arguiu a preliminar de nulidade da prova testemunhal devido ao não atendimento do disposto no art. 212 do CPP quando da coleta da prova. No mérito, sustentou inexistir fato típico, uma vez que o réu acessou as imagens, mas não com o intuito de divulgar pornografia envolvendo crianças, até porque as salvou em seu pen drive com o fito de vê-las em casa. Pontuou que a testemunha policial referiu que somente o réu estava nos computadores do estabelecimento, bem como, que se houvesse tamanha divulgação ao público haveria outras testemunhas a serem arroladas além do proprietário do estabelecimento. Frisou que o mandado de busca cumprido na residência do réu não logrou êxito. Manifestou-se pelo reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e a genérica. Requereu o acolhimento da preliminar de nulidade da prova testemunhal, a absolvição do réu e,

sucessivamente, em caso de condenação, a aplicação das aludidas atenuantes.

Acrescento que houve a condenação do réu como incurso nas sanções do art. 241 da Lei nº 8.069/90 à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime aberto, e multa de 15 dias-multa à razão mínima. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O réu, assistido pela Dr.^a Alice Backes de Leon, Defensora Pública, interpôs recurso de apelação, pugnando, preliminarmente, pela nulidade do processo, em razão da inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal. No mérito, pediu a absolvição por insuficiência de prova. Caso mantida a condenação, requereu o redimensionamento das pena e a isenção ou redução da multa.

O Ministério Público, no primeiro grau, pelo Dr. Michael Schneider Flach, postulou a manutenção da condenação e, em segundo grau, em parecer do Dr. Renato Vinhas Velasques, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

I. Materialidade

A existência do fato está consubstanciada no boletim de ocorrência de fl. 9, nas fotografias acostadas às fls. 11-12, em que aparecem diversas crianças, bem como na prova oral produzida.

II. Autoria

Não resta dúvida sobre a autoria delitiva. A testemunha P., policial, disse que foi comunicado de que o réu estaria vendo fotos pornográficas de crianças em um bar. Chegando ao local, pode comprovar a informação recebida (fl. 79-80). A., testemunha, era dono do estabelecimento e comunicou a polícia sobre o fato (fl. 81). O réu, por sua vez, confessou que viu as fotos, porém aduziu que foi a primeira vez que ocorreu o fato.

III. Tipicidade

Em que pese estarem demonstradas a autoria e a materialidade, o fato denunciado é atípico. O Ministério Público imputou ao réu a conduta de divulgar imagens (fl. 2), delito descrito no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹, em sua redação anterior à Lei 11.829/2008.

No caso dos autos, conforme o relato das testemunhas, o réu acessava as imagens em um computador situado em um bar que funcionava como *lan house*. Então, o ato de “divulgar” consistiria em estar a página visível ao público que passava pelo computador. Entretanto, embora a conduta do réu seja reprovável, não restou configurado o tipo penal a ele imputado.

Divulgar significa tornar público, difundir. No caso dos autos, o réu, conforme ele mesmo relata (fl. 82) e está descrito no boletim de ocorrência (fls. 11/12), salvava as imagens em um *pen drive* a fim de visualizá-las em seu computador, que não possui acesso à rede mundial de computadores. A testemunha A., proprietário do estabelecimento, disse que há época tinha uma *lan house* e percebeu o conteúdo inapropriado acessado pelo réu, asseverando que o local em que ficavam as máquinas não era restrito. Entretanto, não há nenhuma prova de que o réu tivesse mostrado as imagens a terceiros.

Destarte, para configuração do crime denunciado é necessário o dolo na conduta do agente e este não restou minimamente comprovado. Sobre o tema, cabe lição de Guilherme de Souza Nucci:

Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. O ânimo específico do agente pode ser qualquer um (obtenção de vantagem patrimonial, satisfação da lascívia entre outros), porém, parece-nos deva ser levado em consideração para a fixação da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal (motivos do crime).

¹ Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, **divulgar** ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

O referido comentário refere-se à nova redação do art. 241-A, incluído pela Lei nº 11.829/2008, que traz outros verbos nucleares do tipo além de “divulgar”.

Consoante está disposto no boletim de ocorrência de fl. 9, as fotografias acostadas às fls. 11/12 estavam armazenadas no *pen drive* do réu. Logo, a sua conduta poderia tipificar outro delito, como o atualmente vigente art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a conduta de possuir ou armazenar, incluído pela Lei nº 11.829/2008 (que entrou em vigor em novembro de 2008 – o fato foi praticado em junho do mesmo ano).

Então, a conclusão é pela atipicidade da conduta, por ausência do elemento subjetivo do tipo.

IV. Dispositivo

Diante do exposto, dou provimento ao recurso e absolvo o réu, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCESCO CONTI - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL - Presidente - Apelação Crime nº XXXXXXXXXX, Comarca de São Sebastião do Caí: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E ABSOLVERAM O RÉU, COM FULCRO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: VANESSA CALDIM DOS SANTOS