

05.10.2004

HABEAS CORPUS 84.561-4 PARANÁ

RELATOR: MIN. JCAQUIM BARBOSA
PACIENTE(S): MICHEL NEME NETO
IMPETRANTE(S): WALTER BARBOSA BITTAR E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES): SUPERICR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS CONTENDO CENAS DE SEXO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. TIPICIDADE, EM TESE, DO CRIME DO ART. 241 DO ECA, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL, MESMO QUANDO A DIVULGAÇÃO DAS FOTOS ERÓTICAS FOI FEITA POR MEIO DA INTERNET. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO.

- Não se conhece, em *habeas corpus*, de causa de pedir não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

- O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, via *habeas corpus*, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional, não se aplicando quando há indícios de autoria e materialidade de fato criminoso. Precedentes.

- Não resta dúvida de que a *internet* é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já é suficiente para demonstrar a tipicidade da conduta. Ademais, a denúncia foi clara ao demonstrar que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Carlos Velloso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a ordem.

Brasília, 05 de outubro de 2004.

JOAQUIM BARBOSA

- Relator



05.10.2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 84.561-4 PARANÁ

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA
PACIENTE(S): MICHEL NEME NETO
IMPETRANTE(S): WALTER BARBOSA BITTAR E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MICHEL NEME NETO, tendo por autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual denegou o RHC 15.308, em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 443):

"PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - DIVULGAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

- No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Tais hipóteses inócorrem.

- No caso sub judice, a peça vestibular descreve, com clareza, conduta típica em tese, propiciando o exercício da ampla defesa.

- Precedentes.

- Recurso desprovido."

Busca o impetrante o trancamento da ação penal a que o paciente responde pela suposta prática do crime descrito no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹. Alega

¹ "Art.241 - Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena - reclusão de um a quatro anos."

HC 84.561 / PR


ausência de justa causa, uma vez que a conduta perpetrada seria atípica.

Sustenta que a ação de trocar arquivos utilizando-se das salas de bate-papo da *internet* não preenche o elemento objetivo do tipo, qual seja, o verbo "publicar". Isso porque, ante a lacuna da norma, e somente em momento posterior à data dos atos supostamente cometidos pelo paciente, o legislador veio a elaborar a Lei 10.764/2003, que alterou a antiga redação do artigo 241 do ECA, para definir que é criminosa a conduta de divulgar na *internet* material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não-conhecimento do *writ* na parte em que se sustenta a atipicidade da conduta em face da edição da Lei 10.764/2003, por não ter sido essa alegação objeto de exame no acórdão recorrido. Quanto às demais alegações, opina pelo indeferimento do pedido (fls. 462-467).

Destaco ainda as seguintes peças que acompanham o *writ*, as quais reputo de maior importância: denúncia (fls. 58-60), acórdão do TRF da 4ª Região que denegou a ordem de *habeas corpus* (fls. 389-405) e também o acórdão denegatório do STJ (fls. 443-448).

É o relatório.



2

05.10.2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 84.561-4 PARANÁV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): O cerne da questão em debate é saber se a conduta praticada pelo paciente na vigência da antiga redação do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente corresponde ao núcleo do tipo, o verbo "publicar".

Transcrevo a antiga redação do dispositivo em comento:

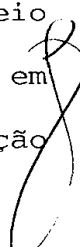
"Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão de um a quatro anos."

Sustenta o impetrante que o paciente, ao trocar arquivos pela *internet*, o fez em uma sala de bate-papo reservadíssima (acesso restrito) e com apenas uma pessoa, o que não corresponderia ao verbo "publicar" exigido pelo tipo.

Assim não me parece.

O verbo constante do tipo do artigo 241 do ECA está intimamente ligado à divulgação e reprodução das imagens de conteúdo sexual ou pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, no sentido de torná-las públicas. Qualquer meio hábil a viabilizar a divulgação dessas imagens ao público em geral corresponde ao que o legislador almejou com a utilização do verbo "publicar".



HC 84.561 / PR

Já dizia Néelson Hungria que publicar significa "tornar público, permitir o acesso ao público, no sentido de um conjunto de pessoas, pouco importando o processo de publicação"¹.

Não resta dúvida de que a internet é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já demonstraria, em tese, a tipicidade da conduta.

Ademais, a denúncia formulada foi clara em registrar que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito (fls. 58-59):

"Do mesmo modo, igualmente restou comprovado que Michel Neme Neto criou um servidor de arquivos na Internet usando do protocolo I.R.C (conversa pela internet), com o programa MIRC e os scripts 'the 7 deadly sins' e 'ninja' onde publicou, no período de 28.10.00 à 17.01.01, nesta cidade de Londrina-PR, fotos de conteúdo pornográfico e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes, conforme demonstram as inúmeras fotos impressas na Informações em anexo.

Foi constatado que tal servidor de arquivos mantinha as fotos na internet à disposição de qualquer pessoa, durante o tempo em que o denunciado estivesse conectado ou que desejasse manter ligado o servidor. Esse 'file server' funcionava na base de 'escambo' de arquivos, com as trocas ocorrendo automaticamente com as pessoas que o acessassem. Foi localizado no computador do denunciado aproximadamente 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) arquivos com fotos, quase todos com conteúdo pedófilo, conforme comprovam as Informações em anexo."

¹ **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. VII. p. 340.

HC 84.561 / PR

Por outro lado, a discussão referente ao advento da Lei 10.764/2003 não foi ventilada - e muito menos apreciada - no recurso em *habeas corpus* interposto ao Superior Tribunal de Justiça, motivo por que não conheço do writ nessa parte, para evitar supressão de instância.

Evidente que à época da redação do dispositivo original (1990), o legislador não teria como prever o surgimento dessa nova tecnologia, daí por que já se decidiu ser o tipo do artigo 241 aberto. Não foi outra a razão de a doutrina e a jurisprudência terem assinalado que qualquer instrumento hábil a tornar público o material proibido estaria incluído na compreensão do verbo "publicar". Por isso não se pode falar em interpretação prejudicial ao paciente nem em aplicação da analogia *in malam partem*.

Esta Corte já se posicionou nesse sentido, no julgamento do HC 76.689 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 06.11.1998), cuja ementa transcrevo:

''Crime de Computador': publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede **BBS/Internet** de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte.

1. O tipo cogitado - na modalidade de **'publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente'** - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à

HC 84.561 / PR

difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador.

2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.

3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do corhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial." (Grifos originais)

Assim, não estamos diante de flagrante atipicidade da conduta que tenha o condão de trancar a ação penal por ausência de justa causa. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime" (cf. HC 83.184, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 03.10.2003). E ainda: "Não cabe o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, se os fatos narrados na peça acusatória configuram fato típico, havendo a exposição das suas circunstâncias e da autoria. Tal medida seria viável somente na hipótese de fato evidentemente atípico. Precedentes" (cf. HC 82.782, rel. min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 09.05.2003).

Ressalto que o trancamento da ação penal via *habeas corpus*, por ausência de justa causa, apesar de perfeitamente

HC 84.561 / PR

possível, é tido como medida de caráter excepcional, conforme entendimento pacífico desta Corte:

"HABEAS CORPUS - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA - SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À MATÉRIA FÁTICA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A **extinção anômala** do processo penal condenatório, embora excepcional, revela-se possível, **desde que se evidencie** - com base em situações revestidas de **liquidez** - a ausência de justa causa.

O reconhecimento da **inocorrência** de justa causa para a persecução penal, **embora cabível** em sede de **habeas corpus**, reveste-se de **caráter excepcional**. Para que tal se revele possível, **impõe-se** que **inexista** qualquer **situação de iliquidez** ou de **dúvida objetiva** quanto aos fatos **subjacentes** à acusação penal.

- **Havendo** suspeita **fundada** de crime, e **existindo** elementos idôneos de informação **que autorizem** a investigação penal do episódio delituoso, torna-se **legítima** a instauração da 'persecutio criminis', eis que **se impõe**, ao Poder Público, a **adoção** de providências **necessárias** ao **integral** esclarecimento da verdade real, **notadamente** nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. **Precedentes.**" (HC 82.393, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 22.08.2003 - Grifos originais)

A conduta do paciente, ao que tudo indica, amolda-se ao tipo penal do artigo 241 do ECA, de sorte que a alegação de ausência de justa causa para a continuidade do *persecutio criminis* não procede.

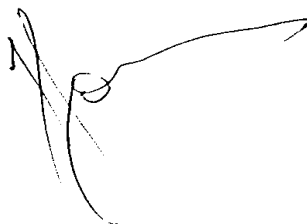
Igualmente improcedente a alegação de que o paciente está sendo processado por um único fato ocorrido após a sua maioridade, pois, conforme consta do escoreito parecer da Procuradoria-Geral da República:

HC 84.561 / PR

"Embora o impetrante alegue a existência de um único fato ocorrido em 21/11/2000, a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal às fls. 58/60, evidencia que mesmo após a maioridade, o indiciado permaneceu realizando condutas consideradas delituosas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, estando a denúncia descrita com fundamento na existência de fatos ocorridos no período de 28/10/2000 a 22/01/2001." (Fls. 465 - Grifos originais)

De todo o exposto, conheço parcialmente do presente *habeas corpus* e, na parte conhecida, denego a ordem requerida.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 84.561-4

PROCED.: PARANÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

PACTE.(S): MICHEL NEME NETO

IMPTE.(S): WALTER BARBOSA BITTAR E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Indeferiu-se a ordem, decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 05.10.2004.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador