

Barreto e Bressan: Crime de aquisição de imagens de abuso sexual

04/01/2023

Inicialmente, conforme apontado por Sydow [1], é preciso estabelecer a atecnia na utilização da expressão "crime de pedofilia" para a correta compreensão dos delitos tipificados nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C do ECA. Referidos crimes podem representar um aspecto da parafilia denominada pedofilia [2], mas não necessariamente, dado que, *v.g.*, as pessoas envolvidas no armazenamento e na distribuição do material ilícito podem simplesmente objetivar o ganho financeiro proporcionado por esse mercado ilegal. Tem-se, portanto, que o objeto da repreensão promovida pelos referidos tipos penais é a imagem do abuso e exploração sexual infanto-juvenil, não a pedofilia isoladamente considerada.



Importante registrar, ainda, que a expressão

"pornografia infantil" vem sendo substituída por "imagens de abuso e exploração sexual infantil", expressão essa utilizada mundialmente para designar as fotografias e vídeos em que constam crianças e/ou adolescentes em situação sexual ou de nudez. A importância desta mudança se dá, conforme informa a SaferNet Brasil, porque a:

"Pornografia é uma prática legalizada e que pressupõe a participação livre e voluntária dos atores ou pessoas maiores de idade filmadas ou fotografadas em atos sexuais consensuais. O uso da expressão 'pornografia infantil' pode diminuir a percepção da gravidade do crime, quando as vítimas são crianças e adolescentes. A imagem de nudez e sexo envolvendo uma criança ou adolescente, por definição, não é consensual — crianças não podem ser cúmplices do próprio abuso. Logo, não se trata de pornografia, mas de imagens de crianças e adolescentes sendo sexualmente abusadas e exploradas, termo que reflete a gravidade do crime e identifica, de forma clara, as vítimas afetadas" [3].

Isso posto, o presente texto pretende iniciar uma discussão sobre a existência de continuidade delitiva quando o agente acumula fotografias e/ou vídeos com conteúdo de abuso e exploração sexual infanto-juvenil [4] mediante múltiplas ações ao longo do tempo, especificamente em formato digital, delito previsto no artigo 241-B do ECA.

O referido tipo penal incrimina as condutas de adquirir, possuir ou armazenar material contendo abuso e exploração sexual infanto-juvenil, classificado como tipo misto alternativo, ou seja, a prática de mais de uma conduta, no mesmo contexto fático, perfaz um único delito [5].

Nesse rumo, é certo que a difusão de material ilícito envolvendo crianças e adolescentes tomou proporção incalculável por meio da internet [6], que permite a obtenção por múltiplos canais — desde aqueles de simples acesso, como grupos em redes sociais, aplicações *peer-to-peer* e de mensageria, até sítios restritos na *dark web* — o que, por conseguinte, demanda uma resposta estatal adequada ao problema criado, iniciada, no Brasil, pela Lei nº 11.829/2008.

Ordinariamente, as ações policiais relacionadas ao tipo penal em análise iniciam com a obtenção de informações sobre o possível armazenamento dos arquivos, seguidas por medidas para localizar a conexão do dispositivo informático, até a obtenção de ordens judiciais de busca e apreensão do dispositivo e de acesso ao conteúdo nele armazenado, o que, geralmente, é feito *in loco*. Constatado que o dispositivo armazena o material ilícito, o investigado é preso em flagrante, pois está a praticar um dos verbos que torna permanente a ação criminosa. Em outros casos, embora a diligência não tenha encontrado armazenadas fotografias e/ou vídeos de abuso ou exploração sexual infanto-juvenil que permitam a prisão em flagrante do investigado, é possível que a equipe policial ou a perícia identifique que arquivos com esse conteúdo foram pesquisados, adquiridos por meio de *download* e armazenados temporariamente no dispositivo, até serem apagados — prática que, como será abordado, tornou-se comum para tentar evitar a ação policial.

Após a apreensão, o dispositivo é submetido à perícia técnica, normalmente orientada a determinar a quantidade de material armazenado, se houve compartilhamento e/ou produção de algum dos arquivos. Finalizado o laudo pericial — que, não raro, revela milhares de vídeos e fotografias — o lugar comum dessa espécie delitiva culmina com o indiciamento e posterior denúncia por um único crime, na modalidade "armazenar" [7]. A quantidade de arquivos, eventualmente, poderá ser considerada como fator para exasperação na primeira fase da dosimetria da pena [8].

Entendemos, no entanto, que essa abordagem não representa a forma adequada para repressão de tão grave crime [9], que, cumpre lembrar, envolve o registro da exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes!

Nesse pensar, a prática cotidiana indica que os autores desse delito costumam acumular o material ilícito por meio de múltiplas ações de *download* ao longo de meses e até anos. Logo, é possível que a análise pericial determine, mesmo que por amostragem, a data em que os arquivos passaram a integrar o "acervo" criminoso. Com isso, a autoridade policial e, posteriormente, o Ministério Público, podem imputar ao agente tantas ações de "adquirir" [10] quanto praticadas, em continuidade delitiva.

Isso porque tem sido comum que tribunais rejeitem a ocorrência de continuidade delitiva quando a denúncia está vinculada ao armazenamento do material ilícito ao longo do tempo, sob o argumento de que, por ser um crime permanente, a conduta seria única [11]. Quando aceita a hipótese, a fundamentação, salvo melhor juízo, não aprofunda a questão da reiteração de ações

típicas em crimes permanentes [12].

A fim de evitar essa discussão, "adquirir" os arquivos ilícitos representa uma conduta instantânea e perfeitamente demarcada no tempo, fatalmente sucedida, na hipótese, pelo armazenamento no dispositivo informático, que seria mero desdobramento. A alternatividade do tipo penal permite que a imputação seja direcionada para a repressão adequada dos comportamentos antijurídicos evidenciados pela investigação, ou seja, para as reiteradas aquisições de material contendo abuso e exploração sexual infanto-juvenil.

Sobre o crime continuado, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça [13]:

"O instituto da continuidade delitiva, previsto no artigo 71 do Código Penal, prescreve que há crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, de forma que os delitos subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a caracterização da continuidade delitiva pressupõe a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo)."

Suponhamos, então, que o agente, por doze meses, via aplicação *peer-to-peer*, tenha efetuado múltiplos *downloads* de arquivos contendo abuso e exploração sexual infanto-juvenil. Em cada ação, dezenas ou centenas de fotografias e vídeos eram adquiridos e armazenados no computador. Regularmente apreendido o dispositivo, a atividade pericial conseguiu revelar essas múltiplas aquisições, em intervalos variados ao longo dos meses — dez, 30 e 40 dias — em um total de dezoito aquisições.

A situação exposta — bastante comum, infelizmente — permite constatar a unidade de desígnios que permearam as múltiplas ações do agente, consistente em efetuar o *download*, armazenar, consumir e buscar por novos arquivos, em um ciclo vicioso. As circunstâncias objetivas também foram cumpridas: o método de aquisição foi o mesmo, não houve mudança de lugar (embora esse critério seja problemático em delitos praticados por meio da *internet*) e o critério temporal é adequado. Sobre esse último, embora o prazo de trinta dias prevaleça na doutrina e nos tribunais, parece-nos que a avaliação deve ocorrer segundo o crime praticado e o caso concreto. Basta ver que a continuidade delitiva é aceita para o crime de estupro de vulnerável praticado em número incerto de vezes ao longo de anos [14].

Em outros casos, com base em nossa experiência à frente de investigações desta temática, o investigado adquire diversos arquivos em uma data e, após armazená-los por um curto espaço de tempo, apaga-os, a fim de evitar a descoberta pela polícia. Em um curto período depois, como uma semana ou até no dia seguinte, realiza novos *downloads* e, com isso, reinicia o ciclo de consumo, evidenciando que, no caso concreto, existiriam momentos consumativos bem demarcados, o que afasta a ocorrência de crime único.

Concluindo, a abordagem ora proposta permite maior rigor na responsabilização do agente que, por meio da *internet*, acumula milhares de fotografias e/ou vídeos com conteúdo de abuso e exploração sexual infanto-juvenil mediante múltiplas ações ao longo do tempo, bem como nos casos em que os arquivos são adquiridos, consumidos e descartados, de forma intermitente, a fim de dificultar a ação policial. O reconhecimento da continuidade delitiva justifica o não oferecimento do acordo de não persecução penal (artigo 28-A, §2º, II, do CPP [15]) e da suspensão condicional do processo (pois a pena mínima será maior do que um ano, cf. Súmula 243 do STJ [16]). Ao final da ação penal, devidamente comprovada a prática criminosa, permitirá a adequada individualização da reprimenda, embora, como dito, ainda insuficiente para punir tão vil prática criminosa.

[1] SYDOW, Spencer Toth, Curso de Direito Penal Informático. 3 ed. Salvador : Editora JusPodivm, 2022, p. 646 e ss.

[2] CID10 F65.4.

[3] <https://www.instagram.com/p/CIE6skQt5x6/?igshid=MDM4ZDc5MmU%3D>. Acesso em 12 de dezembro de 2022.

[4] Nos termos do artigo 241-E do ECA: "*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*".

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Vol. 2 — Rio de Janeiro : Forense, 2014.

[6] Para aprofundamento: GARCIA, Juan Carlos Rojo. *La realidad de la pornografía infantil en internet*. Disponível em <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24805/19664>. Acesso em 4 de dezembro de 2022.

[7] Ao investigado também poderão ser imputadas as figuras típicas dos artigos 240 e 241-A do ECA, caso a perícia encontre elementos que provem que ele produziu ou compartilhou o material ilícito.

[8] v.g.: TRF-4, ACR 5046246-68.2020.4.04.7000, 8ª TURMA, relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 29/6/2022. No caso, 464 vídeos e 9.733 fotografias.

[9] Que, a propósito, já conta com uma pena insuficiente.



[10] Segundo o Dicionário Michaelis, "adquirir" significa, entre outras, alcançar, conseguir, obter alguma coisa; conseguir algo para si, por sua capacidade; vir a ter etc (<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/adquirir/>), ou seja, no tipo penal em análise, a ação não está vinculada a nenhuma transação comercial específica para além do mero *download* dos arquivos.

[11] *v.g.*: TJ-SC: Apelação Criminal 0009770-21.2017.8.24.0020, rel. des. Carlos Alberto Civinski, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 12/7/2018; TJ-SP: Apelação Criminal 1502715-69.2020.8.26.0347, relator desembargador Gilberto Cruz; 15ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 22/7/2022; TRF-4: Apelação Criminal 5050953-21.2016.4.04.7000, relatora desembargador federal Cláudia Cristina Cristofani, 7ª Turma, juntado aos autos em 4/12/2019; TRF-3: Revisão Criminal 5027133-72.2021.4.03.0000, relator desembargador federal José Marcos Lunardelli, 4ª Seção, julgamento em 23/2/2022.

[12] *v.g.*: TJ-DF: Apelação Criminal nº 0719378-56.2019.8.07.0003. relator desembargador federal João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal, julgamento em 21/1/2021; TRF-4: Apelação Criminal 5011540-49.2017.4.04.7102, relatora desembargadora federal Salise Monteiro Sanchotene, 7ª Turma, juntado aos autos em 6/10/2021.

[13] AgRg no RHC nº 162.872/MS, relator desembargador Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 19/4/2022.

[14] *v.g.*: STJ: AgRg no AREsp n. 2.160.705/PR, relator desembargador Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgamento em 4/10/2022; STJ: AgRg no HC nº 609.595/SP, relator desembargador João Otávio de Noronha, 5ª Turma, julgamento em 27/9/2022.

[15] *"Artigo 28-A [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;"*.

[16] *"O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano"*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jan-04/barreto-bressan-abuso-exploracao-sexual-infanto-juvenil/>