

**FACULDADES SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

LEONARD GUERREIRO DE OLIVEIRA NEVES
GLAÚCIO DE ALMEIDA CASTELO BRANCO

**CRIMES DE PEDOPORNOGRAFIA VIA INTERNET: ASPECTOS GERAIS E
QUESTÕES PROBLEMÁTICAS**

Rio de Janeiro
2018

**CRIMES DE PEDOPORNOGRAFIA VIA INTERNET: ASPECTOS GERAIS E
QUESTÕES PROBLEMÁTICAS
PODOPORNOGRAPHY CRIMES THROUGH THE INTERNET: GENERAL ASPECTS
AND PROBLEMAL ISSUES**

Leonard Guerreiro de Oliveira Neves

Graduando em direito

Glaúcio de Almeida Castelo Branco

Mestre em Direito

O presente estudo visa abordar os aspectos gerais e algumas questões espinhosas relacionadas aos crimes de pornografia infanto-juvenil via Internet. Para atingir o objetivo, o trabalho é iniciado com um histórico do tratamento expendido à criança e ao adolescente, focando na passagem da doutrina da situação de risco para a de proteção integral do menor. Realizando também uma análise sobre os crimes cibernéticos abstratamente, caracterizando-os, bem como sendo esclarecidos alguns conceitos afetos importantes, como o que são as provedoras de acesso e de conteúdo. As diferenças entre pedofilia e crimes de pedopornografia são explicadas brevemente, dando-se destaque para a exposição a pena descrita no art. 241-A, da Lei n.º 8.069/1990. O escopo da pesquisa é justamente esse: descrever os referidos tipos penais e analisar alguns pontos problemáticos, tais como a competência para a investigação, processo e julgamento; trâmites da investigação dos aludidos crimes; e constitucionalidade do art. 241-A. Analisa-se, ainda, a responsabilidade das provedoras de conteúdo e de acesso à internet.

Palavras-chave: Crimes de pedopornografia. Internet. Investigação.

ABSTRACT

The present study aims to address the general aspects and some thorny issues related to the crimes of child pornography via the Internet. To reach the objective, the work begins with a history of the treatment expended to the child and the adolescent, focusing on the passage from the doctrine of the situation of risk to the integral protection of the child. Also analyzing cyber crimes abstractly, characterizing them, as well as being clarified some important concepts, such as what access providers and content. The differences between pedophilia and pedophilia crimes are explained briefly, with emphasis on the exposure to the sentence described in art. 241-A, of Law No. 8,069 / 1990. The scope of the research is precisely that: to describe the said criminal types and to analyze some problematic points, such as the competence for the investigation, process and judgment; investigation of the aforementioned crimes; and constitutionality of art. 241-A. It also analyzes the responsibility of content providers and internet access.

Key-words: child pornography crimes. Internet. Investigation. Constitutionality.

1 - INTRODUÇÃO

Tendo o escopo de abordar os aspectos gerais e algumas questões problemáticas em relação aos referidos crimes, que foram tipificados no art. 241, 241-A, da Lei n.º 8.069/1990, trazendo à tona os aspectos constitucionais, penais e processuais penais controversos dos aludidos tipos criminais.

O presente trabalho almeja a discussão teórica acerca do tema, a fim de evitar a formação de juízos errôneos acerca da parafilia (pedofilia) e dos crimes de pedopornografia.

Neste diapasão, procurar-se-á expor os debates doutrinários e jurisprudenciais relevantes para os crimes cibernéticos, em geral, e em relação aos tipos cujo objeto é a pedopornografia, no intuito de se estabelecer uma posição acerca da melhor forma de evitá-los e perquiri-los.

Nesta linha, a fim de contextualizar o presente estudo, cuidaremos da evolução histórica do tratamento expendido à criança e ao adolescente, sobretudo a passagem da doutrina da situação de risco para a doutrina da proteção integral ao menor.

Dedicando a esmiuçar os contornos dos crimes cibernéticos, ou seja, aqueles cometidos pela Internet ou em razão da Internet, através de definições gerais acerca do referido assunto.

Distinguindo a pedofilia da pedopornografia, analisando os tipos descritos nos arts. 241-A, do ECA, elucidando alguns aspectos pontuais, como o bem jurídico protegido e o tipo de ação penal utilizada na persecução criminal, bem como um esclarecimento da competência para a investigação, processo e julgamento.

Finalizadas algumas explanações acerca da competência, analisar-se-á a importância e as hipóteses de deferimento das medidas cautelares de afastamento de sigilo de dados telemáticos e de busca e apreensão para a efetivação da persecução penal.

Avaliando a constitucionalidade dos arts. 241-A, em relação a não aplicação do princípio da individualização da pena, bem como a responsabilidade das provedoras de conteúdo e de acesso à Internet quando do cometimento, através de seus serviços, dos crimes em foco.

2 - FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.2 - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: PRÍNCIPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

2.2.2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONDIÇÃO DE “MENOR” E A DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

A primeira codificação pátria relacionada aos direitos e deveres das crianças e adolescentes, o Código de Menores, surgiu em 1927, quando foram compiladas algumas normas esparsas previamente existentes.

Outrossim, já havia sido instituído na Capital Federal, em 1923, o Juizado de Menores, inspirado no modelo norte-americano de tribunais especializados, com o juiz Mello Mattos na sua direção, o que lhe atribuiu a condição de primeiro Juiz de Menores

da América Latina, bem como atrelou seu nome ao Código de Menores de 1927, que ficou popularmente conhecido como Código Mello Mattos¹.

O referido codex destinava-se somente aos menores de 18 (dezoito) anos - crianças e adolescentes - que se encontravam em situação irregular², trazendo, entretanto, algumas normas interessantes e imprescindíveis a um Estado preocupado com os seus infantes, como a obrigatoriedade do registro de nascimento e a abolição do sistema de rodas³.

No entanto, o binômio abandonado-infrator regia todo o código, cujo cunho preconceituoso e degradante era evidente, e, por conseguinte, possuía como concepção política e social a proteção da sociedade em detrimento das crianças e adolescentes, quer fossem infratoras ou não; ao contrário do idealizado na sua concepção, que seria a proteção dos menores vítimas da omissão ou da ação transgressora por parte de seus familiares.

As principais mudanças em relação ao sistema supracitado ocorreram durante o Estado Novo, com a criação do Serviço de Assistência ao Menor – SAM, órgão ligado ao Ministério da Justiça e cujo funcionamento se assemelhava a uma penitenciária, com contornos do nosso atual sistema de medidas socioeducativas, na medida em que o adolescente que cometia um ato infracional era encaminhado, em razão da gravidade do ato cometido, às casas de correção, aos internatos ou reformatórios.

Os menores carentes e abandonados, por outro lado, eram direcionados aos patronatos agrícolas ou escolas de aprendizagem de ofícios urbanos. Ademais, a primeira dama, Darcy Vargas, criou alguns órgãos de assistência social, como a Legião Brasileira de Assistência – LBA, que era responsável, ab initio, pelo atendimento de crianças órfãs da guerra, mas que posteriormente passou a acolher outras crianças e adolescentes em “situação irregular”.

¹CANTINI, Adriana Hartemink. **A proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.**

²“Artigo 1º: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código. (...)” (grafia original) Código de Menores - Decreto n.º 17.943 A – de 12 de outubro de 1927.

³ As rodas - espécies de cilindros de madeira que giravam em torno de seus próprios eixos, com uma pequena janelinha em uma das faces – eram instaladas nas portas das Santas Casas de Misericórdia, mantidas pelas Igrejas, tendo como principal escopo o recebimento de doativos anonimamente. Porém, com a omissão do Estado em relação ao dever de cuidar dos infantes abandonados, muitas famílias que não podiam/queriam seus bebês abandonavam os menores naquele local.

Duas décadas depois, com as constantes críticas ao SAM e a ausência de um Órgão Estatal responsável pela tutela dos direitos das crianças e adolescentes em situação de risco, foi criada, em 1964, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – a FUNABEM, acompanhada pela criação das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor – FEBEMs.

Em paralelo a esse período de tímida evolução dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, surge, conforme exposto anteriormente, a UNICEF, sendo também realizada a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica.

Destarte, o último Código de Menores, criado pela Lei n.º 6.697/1979, apresentou uma política social focada na instrumentalização do controle social das crianças e adolescentes vítimas da sociedade e também da família, de forma mais abrangente que o código anterior. Em que pese esta evolução no aspecto protetivo à criança e ao adolescente, não foi aberto qualquer espaço à participação de outros agentes sociais no processo de ressocialização do menor, limitando este poder às autoridades administrativa e judiciária.

3 - CONSTITUIÇÃO DE 1988, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N.º 8.069/1990) E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Conforme exposto nos itens anteriores, até a atuação do poder constituinte originário em 1988, o Brasil adotava, em sua legislação referente aos menores de idade, como grande parte dos países signatários da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a doutrina da situação irregular, direcionada, portanto, àqueles que se encontravam segregados, excluídos da sociedade, sem responsáveis diretos, considerados portadores de uma patologia social.

Conquanto aduzia-se que a segregação em órgãos como a FEBEM era uma medida imprescindível para a ressocialização dos menores infratores e não infratores em situação irregular, nada era feito para a evolução psicossocial desses infantes, o que fazia das FEBEMs verdadeiras escolas do crime. Além disso, não havia uma legislação própria

para cuidar das crianças órfãs ou em situação de risco, fazendo com que estas também fossem para a FUNABEM e para as FEBEMs.⁴

Neste contexto, mister se fez extrair, através da hermenêutica integradora dos princípios e diretrizes expostas na Declaração dos Direitos das Crianças e na Declaração Universal dos Direitos humanos, um princípio mor a ser adotado em favor dos infantes.

O primeiro passo dado neste sentido foi, com fulcro no princípio da igualdade, considerar a criança e o adolescente sujeitos de direito, e, mais ainda, sujeitos especiais de direito, porquanto, como já dizia Rui Barbosa:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Assim, a medida de desigualdade das crianças e dos adolescentes é justamente o fato de serem pessoas em formação, que necessitam de cuidados e proteções especiais para o correto desenvolvimento biológico, social, físico, psicológico e moral.

Isto posto, verificou-se a presença de vários aspectos ensejadores de uma proteção maior aos infantes que aos outros do povo, acarretando, assim, a instituição do princípio da proteção integral, cujos fundamentos Cury, Garrido e Marçura lecionam brilhantemente:

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.”⁵

Insta salientar que o aspecto mais importante dos ensinamentos acima é justamente a proteção da criança e do adolescente frente à família, à sociedade e ao

⁴ CANTINI, Adriana Hartemink, op. cit. (pág. 5/6)

⁵ CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (p. 21)

Estado, o que implica na proteção de toda e qualquer criança e adolescente, em face de qualquer situação, em contraponto ao propagado pela doutrina da situação de risco, que só cuidava dos menores infratores, órfãos e em situações análogas.

Destarte, passa-se a verificar, inclusive, a relação dos infantes no berço familiar, compelindo-se a família, a sociedade e o Estado a se manifestarem e protegerem a criança ou o adolescente que se encontre em algum tipo de situação desconfortável, abusiva ou de risco, mesmo que o autor da situação de risco seja parente da vítima infanto-juvenil.

Nesta linha, a nossa Constituição de 1988 - a “Constituição Social” - bebeu dos ensinamentos da doutrina da proteção integral e das referidas declarações de direitos humanos, aduzindo, em seu art. 277, caput e § 4º, que:

“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.**

(...)

§ 4º **A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.** (...)” (não grifado no original)

Isto posto, é de ígnea clareza que o princípio da proteção integral passou a permear todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo explicitada a maioria dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como os deveres da sociedade, do Estado e, principalmente, da família para com eles.

Dentre esses direitos, os que mais profundamente se relacionam com o objeto de estudo do presente trabalho são os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade e ao respeito, alcançados pelas vedações impostas aos entes sociais que interagem com a criança e o adolescente, mormente através dos deveres de não negligenciar os infantes; não discriminá-los; não explorá-los; não cometer quaisquer tipos de violência, quer seja física, quer seja psicológica; não ser cruel; e não oprimi-los.

Ainda, em seu §4º, o art. 227 da Constituição Federal explicita o combate a qualquer tipo de violência sexual, incluída aí a pedopornografia, que, se não ofende diretamente uma criança ou um adolescente específico, representa uma lesão à honra,

à ingenuidade, à pureza e à integridade de todas as crianças e adolescentes abstratamente.

Outrossim, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se imprescindível a revogação do Código de Menores de 1977 e a criação de uma legislação abalizada no princípio da proteção integral. Destarte, em 1990, foi promulgada a Lei n.º 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que, já no seu art. 1º, esmiúça: *“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”*

O ECA revolucionou a ordem jurídica brasileira ao estabelecer que toda a sociedade possui a função de garantidora do bem-estar e da higidez das crianças e dos adolescentes, consoante seu art. 4º, que determina:

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) omissis;
- c) omissis;
- d) **destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**” (não grifado no original)

Desta sorte, além da família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público serem compelidos a incentivarem o desenvolvimento sadio das crianças e dos adolescentes, este último deve manter políticas públicas que direcionem recursos às áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude, incluindo aí medidas que combatam a pedofilia e a pedopornografia, que são práticas nefastas que afetam sobremaneira o desenvolvimento psicológico e social de um infante individualizado ou de toda a coletividade, envolvendo crianças e adolescentes.

4 - CRIMES NA INTERNET

4.1 - CRIMES CIBERNÉTICOS E CRIMES COMETIDOS ATRAVÉS DA INTERNET

Há uma diferença sobremaneira notável entre crimes cometidos através da Internet e crimes cometidos em razão da Internet. Enquanto os primeiros poderiam ser cometidos por outro meio que não o telemático, os segundos necessitam da Internet para subsistirem.

No primeiro caso, temos os próprios crimes de pedopornografia via Internet, na medida em que os mesmos podem ser cometidos por outros meios, como no tipo previsto no art. 241, da Lei n.º 8.069/1990, que cuida da transmissão dos referidos arquivos, visto que esta transmissão pode ser realizada tanto pessoalmente, como por envio de cartas ou telematicamente. Outro exemplo são os crimes contra a honra, que contemporaneamente se alastraram por meio das redes sociais⁶, dada a maior visibilidade e vexame causado à vítima.

Por outro lado, os crimes cibernéticos, delitos cometidos em razão da Internet, devem ser realizados por meio de um sistema telemático, ou afetá-lo diretamente, como o crime de invasão a dispositivo informático alheio, previsto no art. 2º, da Lei n.º 12.737/2012, que acrescentou o art. 154-A ao Código Penal pátrio.

Para sintetizar as diferenças entre ambos, cabe citar os ensinamentos do exímio professor Roberto Chacon de Albuquerque:

“(...) São, basicamente, duas espécies de crimes informáticos, os crimes informáticos comuns e os crimes informáticos específicos. Nos crimes informáticos comuns, a informática é utilizada como meio para a prática de condutas que já são consideradas crimes pelo direito penal vigente. A conduta ilícita já é objeto de punição. A situação não é a mesma com os crimes informáticos específicos, em que se praticam condutas contra bens jurídicos que ainda não são objeto de tutela penal. No caso dos crimes informáticos comuns, o fato de a informática ser utilizada como meio para a prática do crime não desvirtua o tipo penal, não impede, necessariamente, que ele incida. (...) Com os crimes informáticos específicos, a situação é diferente. Como se praticam condutas contra bens jurídicos que ainda não são objeto de tutela, o direito penal pode não incidir, por atipicidade. O crime informático constitui uma parte de uma forma mais ampla de atividade criminosa, o crime de colarinho branco. (...)”⁷

Não obstante ser de grande valia o ensinamento do supracitado autor, neste estudo tratar-se-á ambas as espécies de crimes informáticos como sinônimos para não

⁶Sítios eletrônicos em que os indivíduos comunicam-se através da troca de mensagens, fotografias, vídeos, documentos, bem como resgatam antigas e criam novas amizades. Os principais sites de relacionamento são o Orkut, Facebook, Twitter, My Space e o Google+.

⁷ALBUQUERQUE, op. Cit. (pp. 40/41)

dificultar o entendimento sobre os crimes de pedopornografia via Internet, bem como por ser inferível que o crime realizado pela Internet, mesmo que possa ser perpetrado por outros meios, será de maior gravidade, não importando, portanto, se o crime só existe em função da rede mundial de computadores ou se a Internet foi somente o meio de cometimento. A uma, pela facilidade com a qual é praticado ou posteriormente encoberto; a duas, pela maior lesividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Como exemplo, podemos citar, no primeiro caso, a facilidade com a qual são praticadas as fraudes *on-line*, em detrimento do mesmo tipo de fraude cometido por outros meios. Em relação ao segundo caso, temos a difusão de ofensas à honra por meio telemático, ou a dispersão de pedopornografia, vez que se os referidos crimes fossem cometidos sem o auxílio da rede mundial de computadores, o bem jurídico atingido seria deveras menos lesado.

5 - CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES NA INTERNET

5.1 - OS CRIMES CIBERNÉTICOS POSSUEM AS SEGUINTEs CARACTERÍSTICAS:

a) Remotabilidade: nesse tipo de crime não há a necessidade de contato direto com o objeto do delito, em razão do uso da Internet, que interliga redes diversas, possibilitando que um crime cometido em um País gere efeitos concretos em outro;

b) Instantaneidade: a prática do delito ocorre em poucos segundos, dependendo pouquíssimo de habilidades pessoais, fulcrando-se, quase que exclusivamente, na velocidade de transmissão de dados dos aparelhos telemáticos;

c) Escassez de materialidade: quando bem cometido, o crime cibernético pode deixar ínfimos vestígios ou mesmo nenhum; ou, ainda, esses vestígios podem ser excluídos com a ajuda de softwares específicos;

d) Dificuldade na identificação da autoria: ainda que identificado com a ajuda dos provedores de acesso o endereço remoto do qual partiu a conexão que cometeu o crime,

a polícia judiciária ainda tem como dificuldade descobrir qual dos usuários de determinada máquina praticou o delito averiguado.

6 - PEDOFILIA E PEDOPORNOGRAFIA: ASPECTOS RELEVANTES, DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS E CRIMINALIZAÇÃO

6.1 - PEDOFILIA: DEFINIÇÃO E ASPECTOS CLÍNICOS

A palavra pedofilia, nos ensinamentos de Moraes, tem origem grega e significa a “qualidade ou sentimento de quem é pedófilo”, e este adjetivo designa a “pessoa que gosta de crianças”. Para o referido autor, toda mãe, pai, tios, avós e todos os outros que gostam de crianças são pedófilos, porém não são criminosos. Destarte, para ele, o substantivo pedofilia e o adjetivo pedófilo vêm se tornando usuais nas acepções das infrações penais envolvendo crianças, principalmente nas questões ligadas ao sexo e outros abusos nessa área, apenas por modificações comunicativas⁸.

Contudo, do vocábulo pedofilia, no dicionário Aurélio, extrai-se:

“[De ped(o)- + -filia.] Substantivo feminino. Psiquiatria.1. Parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes. * Pedofilia erótica. Psiquiatria. Perversão sexual que visa a criança.”⁹

Dentro desse diapasão, para Trindade e Breier, a parafilia é caracterizada por fantasias, anseios, ou comportamentos sexuais que incluam objetos, atividades ou situações peculiares e causem sofrimento significativo ou prejuízo no funcionamento social e ocupacional, ou em qualquer outra área importante da vida do indivíduo¹⁰.

Assim, a pedofilia é uma espécie do gênero parafilia, ou seja, é definida como um transtorno sexual, também chamado de transtorno de preferência, e que necessita de

⁸MORAES, Bismael B. **Pedofilia não é crime**. (p. 03), apud GODOY, Evandro da Silva. **Aspectos destacados da pedofilia na Internet**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, nº 143, out. 2004 (p.34)

⁹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI.**, apud GODOY, op. cit. (p.34)

¹⁰TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. (p. 28).

acompanhamento médico por toda a vida, vez que não há cura total para essa espécie de desvio hodiernamente.¹¹

São critérios para o diagnóstico da pedofilia:

a) ao longo de um período mínimo de 6 (seis) meses, fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas; impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma (ou mais de uma) criança pré-púbere (geralmente com idade inferior a 13 anos);

b) as fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos causam sofrimento significativo ou prejuízo ao funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes para o indivíduo;

c) o indivíduo deve ter, no mínimo, 16 (dezesesseis) anos e ser, pelo menos, 5 (cinco) anos mais velho que a criança do critério 'a'.¹²

A torpeza da pedofilia reside no fato de um indivíduo desenvolvido biológica, psicológica e socialmente desejar manter relações sexuais ou qualquer outra espécie de ato libidinoso com um ser humano em formação, muitas vezes incapaz sequer de discernir o que está ocorrendo.

A partir da definição utilizada internacionalmente por psiquiatras para definir a pedofilia, infere-se que este tipo de perturbação na libido sexual não impede a autodeterminação, tampouco a manifestação livre da vontade.

Destarte, não se pode olvidar do fato de que o pedófilo, em princípio, tem plena consciência da ilicitude do ato que comete, mormente hodiernamente, em razão da divulgação midiática massificada dos malefícios causados ao pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes vítimas de quaisquer tipos de abusos sexuais.

Logo, caso não haja outro tipo de perturbação mental que afete a manifestação de vontade do pedófilo, existe, em tese, a presunção de que o mesmo tem a capacidade de entender a ilicitude do ato que comete, bem como de dirigir sua conduta de acordo com esse entendimento.

6.2 - DIFERENÇAS ENTRE CRIMES DE PEDOFILIA E PEDOPORNOGRAFIA

¹¹ GODOY, Evandro da Silva. Aspectos destacados da pedofilia na Internet. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2008 (p.34)

¹² TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. op. cit. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 (p. 27)

Definida a pedofilia como um estado clínico em que o portador sente atração sexual por crianças e adolescentes e impescinde de tratamento psiquiátrico para que possa viver em sociedade, resta esclarecer quais são os crimes de pedopornografia.

Os crimes de pedopornografia são espécies do gênero crimes de pedofilia, que inclui, ainda, os crimes de abuso sexual contra crianças ou adolescentes, tipificados nos arts. 213, §1º; 216, § 2º; 217-A; 218; 218-A; 218-B; todos do Código Penal; e o art. 241-D, da Lei n.º 8.069/1990; que se referem, respectivamente, aos ilícitos de estupro qualificado pela idade da vítima; assédio sexual qualificado pela idade da vítima; estupro de vulnerável; corrupção de menores; satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente; favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável; e de aliciamento ou assédio de criança ou adolescente por meios de comunicação para fins de prática de ato libidinoso, quando o ato libidinoso se referir a qualquer um dos crimes de contato físico.

Nos crimes especificados no parágrafo acima, o bem jurídico é a proteção à higidez física e psicológica de infantes determinados ou determináveis..

Já nos crimes de pedopornografia o bem jurídico protegido é a representação do ideal de infância e do desenvolvimento psicossocial sadio das crianças e adolescentes abstratamente considerados.

Esses crimes de pedopornografia foram tipificados no Estatuto da Criança e do Adolescente, através dos arts. 240; 241, 241-A, que são, em ordem respectiva, os ilícitos de produção de imagens ou vídeos contendo pornografia infanto-juvenil; de venda ou exposição à venda de imagens pedófilas; de transmissão de imagens ou vídeos pedopornográficos; de armazenamento de imagens ou vídeos; de simulação de participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica; e de aliciamento ou assédio de criança ou adolescente por meios de comunicação para fins de prática de ato libidinoso, quando o ato libidinoso se referir ao registro pedopornográfico.

Os tipos descritos nos art. 241-A, embora possam ser cometidos por meio físico, são mais comumente realizados através da Internet, e, por isso, serão trazidos à baila no presente estudo.

6.3 - CRIMES DE PEDOPORNOGRAFIA TIPIFICADOS NA LEI N.º 8.069/1990: ASPECTOS GERAIS

Como exposto no capítulo anterior, os crimes de pedopornografia que serão estudados mais especificamente no presente trabalho são os previstos no art. 241-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ponto é que todos ofendem o sentimento de infância, o princípio de proteção integral das crianças e adolescentes, o desenvolvimento psicossocial sadio das crianças e adolescentes abstratamente, bem como todos imprescindem do dolo específico de satisfazer a libido ou preparar-se para satisfazê-la através de crianças ou adolescentes, que não precisam ser necessariamente determinados, consoante expõe José Geraldo da Silva, Paulo Rogério Bonini e Wilson Lavorenti.¹³

Além disso, todos os referidos crimes são de ação penal pública incondicionada, e não suportam a transação penal definida no art. 61, da Lei 9099/95^{14 15}

7 - O CRIME DE DIVULGAÇÃO E FORNECIMENTO DE MATERIAL CONTENDO PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL

O art. 241-A da Lei n.º 8.069/1990 cuida da transmissão de fotografias, vídeos ou outras formas de registro de pedopornografia, consoante transcrição a seguir, in verbis:

“Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

¹³SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; e LAVORENTI, Wilson. Leis Penais Especiais Anotadas. Millenium Editora Ltda. São Paulo: 2010. (págs. 187/197).

¹⁴“Art. 61 Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (...).”

¹⁵SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; e LAVORENTI, Wilson. Ibidem.

Em que pese o legislador infraconstitucional ter criado um tipo fechado, o art. 241-A foi bem elaborado, de forma que abrange todos os verbos nucleares relacionados à divulgação e todos os tipos de suporte passíveis de conter pornografia infanto-juvenil.

Este crime está intimamente ligado com o uso da Internet, sendo até explicitado no artigo supra que os meios informáticos e telemáticos também são passíveis de uso para seu cometimento, o que, por óbvio, não exclui a perpetração através de meio físico, como a troca de imagens impressas. Entretanto, repisa-se, o enfoque do presente estudo será na conduta típica realizada através da Internet.

8 - COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO DO CRIME DE DIVULGAÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTIL VIA INTERNET (ART. 241-A DA LEI N.º 8.069/1990)

Como já abordado, o crime do art. 241-A do ECA cuida da divulgação, por qualquer meio, inclusive telemático/informático, de material de cunho pedopornográfico.

Ao realizarmos a análise pelos três tipos de competência supracitados, podemos encontrar dificuldade em definir se a competência é da Justiça Estadual ou Federal, bem como em constatar a Comarca ou Subseção que será responsável pelo processo e julgamento do feito.

A matéria a que se refere o art. 241-A pode ser tanto de competência estadual, quanto federal, na medida em que o artigo 109 da Constituição Federal expõe que:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, **iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (...)**” (não grifado no original)

Neste diapasão, cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e a promulgou por força do Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990; bem como do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado em Nova York em 25 de maio de 2000 e promulgado pelo Brasil por força do Decreto n.º 5.007, de 8 de março de 2004.

O referido protocolo facultativo prevê que:

“ARTIGO 1º

Os Estados Partes proibirão a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo.

ARTIGO 2º

Para os propósitos do presente Protocolo:

(...)

c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

ARTIGO 3º

1. Os Estados Partes assegurarão que, no mínimo, os seguintes atos e atividades sejam integralmente cobertos por suas legislações criminal ou penal, quer os delitos sejam cometidos dentro ou fora de suas fronteiras, de forma individual ou organizada:

(...)

c) A produção, distribuição, disseminação, importação, exportação, oferta, venda ou posse, para os fins acima mencionados, de pornografia infantil, conforme definido no Artigo 2º.(...)”

Isto posto, fica fácil inferir que se o crime de divulgação de pedopornografia realizado pela Internet alcança outros Países, a competência para processo e julgamento é da Justiça Federal.

Por outro lado, caso haja prova de que a transferência de material contendo pornografia infanto-juvenil se deu somente entre usuários identificados em Território Nacional, como no caso de troca de mensagens e fotografias via e-mail, ou grupos/fóruns fechados (acesso restrito), o crime será de competência da Justiça Estadual.

Ainda, há a hipótese de, ao se investigar crime de pedopornografia via Internet, ser constatada a ocorrência de um dos crimes de abuso sexual contra criança ou adolescente, que são, em regra, de competência da Justiça Estadual.

Nesses casos, impõe-se a aplicação do disposto na Súmula nº 122 do STJ: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do Art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal¹⁶.”

¹⁶ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;

Neste sentido, o seguinte julgado:

“CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDOFILIA E PORNOGRAFIA INFANTIL INTERNACIONAIS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONEXÃO. SÚM. Nº 122/STJ.COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I. **Hipótese na qual, em investigação de crimes de pedofilia e pornografia infantil cometidos pela internet** e descobertos a partir de operação policial iniciada na Espanha, **apurou-se a possível prática de crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos no mesmo contexto e contra as mesmas vítimas.** II. **Evidenciada a conexão entre os crimes de pedofilia/pornografia infantil e estupro/atentado violento ao pudor, incide, na hipótese, a Súmula nº 122 desta Corte, a determinar o julgamento pela Justiça Federal.** III. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2.^a Vara Federal de Araraquara/SP, o suscitado.” (não grifado no original)

Determinada a competência da Justiça Federal ou Estadual, necessário esclarecer a Comarca ou Subseção que será responsável pelo processo e julgamento do feito.

O parâmetro utilizado será, como já falado anteriormente, o do art. 70 do CPP, qual seja, o local onde houver sido cometida a infração.

Ocorre que, com o surgimento das redes sociais e aumento do número de crimes cometidos pela Internet, iniciou-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre onde de fato se considerava iniciado o crime cometido pela Internet, se na sede da empresa provedora de acesso à Internet, ou se no local (cidade) em que o criminoso divulgou ou forneceu o material contendo pedopornografia.

A tese mais aceita e pacificada jurisprudencialmente, corretamente, ao nosso ver, é a de que o local da infração é o local efetivamente utilizado para acesso à rede para a divulgação ou para o fornecimento de material pedopornográfico, porquanto caso fosse definido o local da infração como o local da sede da empresa provedora de acesso à Internet, não seria cumprido o principal escopo do art. 70, que é submeter o agente criminoso a maior reprovação social em razão do cometimento do ilícito.

Logo, não há como considerar consumado o delito no local onde se situa a sede da empresa proprietária do sítio da Internet no qual foram publicadas as imagens e mensagens de conteúdo pornográfico, mas sim no lugar do acesso à rede mundial de computadores utilizado para a publicação do conteúdo ilícito. Nesse sentido, se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. PUBLICAÇÃO DE PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONSUMAÇÃO DO ILÍCITO. LOCAL DE ONDE EMANARAM AS IMAGENS PEDÓFILO-PORNOGRÁFICAS.1 - A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários.2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Santa Catarina.” (CC29886/SP CONFLITO DE COMPETENCIA 2000/0057047-8. Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). Data do Julgamento: 12/12/2007)

9 - QUESTÕES PROBLEMÁTICAS: MEDIDAS CAUTELARES NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE PEDOPORNOGRAFIA; CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 241-A DO ECA; E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PROVEDORAS DE SERVIÇO DE INTERNET

9.1 - INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE DIVULGAÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL: DISPOSIÇÕES GERAIS

Abordados os meandros da competência para processo e julgamento dos crimes envolvendo pornografia infanto-juvenil, cabe esclarecer os trâmites dos feitos que cuidam dessa matéria, focando, inclusive, os aspectos referentes à investigação.

É evidente que os crimes de posse de pornografia infanto-juvenil e simulação de pornografia infanto-juvenil são de mais difícil verificação, sendo descobertos pelas autoridades somente quando conexos aos crimes de divulgação de pornografia infanto-juvenil.

Assim, para fins de exposição geral acerca dos meios utilizados para a obtenção da autoria e da materialidade delitiva de um crime cibernético envolvendo a pedopornografia, será estudado somente o delito previsto no art. 241-A, por ser o mais usual e gravoso dentre eles. Ainda, para melhor elucidação do tema proposto, será abordada a seguir a perquirição penal ao crime de divulgação de pedopornografia cometido através das redes sociais, mormente o “FACEBOOK”, haja vista que as maiores ocorrências deste tipo de delito provêm deste sítio eletrônico.

O FACEBOOK é uma rede social, criada em 2004, que se firmou sobremaneira no Brasil, sendo utilizado por diversas pessoas, de diferentes idades e classes sociais, eis que facilita o contato e diminui a distância entre as pessoas.

Neste diapasão, a referida rede social também começou a ser usada para fins ilícitos, destacando-se dentre os crimes cibernéticos cometidos por meio deste sítio os de pedopornografia, cujo cometimento se dava através da criação de *fake profile* (perfil falso) contendo pornografia infanto-juvenil; ou através de postagens em comunidades de cunho pedófilo.

Como já muito salientado, os crimes cibernéticos deixam pouquíssima materialidade delitiva, sendo certo que o principal meio de perquirir o infrator é através da identificação do *IP* do dispositivo eletrônico utilizado para o acesso à Internet do usuário que cometeu o crime.

Assim, na medida em que o sítio FACEBOOK possui alcance transnacional, sendo a competência, para investigação de eventual crime cometido através do *site*, da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, somente ao tomar conhecimento de possível página contendo pornografia infantil, o MPF pugnava judicialmente pelo afastamento do sigilo de dados telemáticos do usuário do perfil, requerendo que fosse oficiada, compelindo-a a fornecer os indícios de autoria e materialidade do crime em voga, através dos *logs*¹⁷ de acesso e imagens postadas na página.

Logo, a obtenção da identificação do usuário vinculado a determinado *IP* de uma provedora de conteúdo deve ser feita através do afastamento de sigilo de dados judicial, pois a obtenção de uma eventual identificação baseada em prova ilícita contaminaria todas as provas obtidas a partir dela, em razão da adoção pelo ordenamento jurídico pátrio da ilicitude das provas obtidas por derivação, baseada na teoria do direito americano da *fruits of poisonous tree* – frutos da árvore envenenada -, fundamentando-se, tal teoria, nas palavras de Eugênio Pacelli, no fato de que:

“(…) Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por

¹⁷ Registro de acesso a determinada página, contendo o nome de usuário, *e-mail*, *IP* vinculado e horário,

derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.(...)”

Esclarecido este ponto, continuamos a analisar as fases da investigação do crime previsto no art. 241-A do ECA.

Com o afastamento do sigilo de dados cadastrais do usuário assinante do *IP* vinculado à criação da página pedopornográfica, são obtidos o nome e endereço do possível investigado. De posse dessas informações, o Ministério Público Federal deve obter, também, o afastamento do sigilo de dados do usuário responsável pela criação e utilização do *e-mail* usado para entrar no FACEBOOK, vez que, ao se criar uma página na referida rede social, é imprescindível confirmar a criação através do *e-mail*, ou seja, o “dono” da conta de *e-mail*, muito provavelmente, confeccionou a página com conteúdo pedófilo.

Ratificados ou não os dados obtidos com o afastamento do sigilo telemático do *IP* do usuário que criou a página no FACEBOOK junto ao provedor de conteúdo do *e-mail*, mister se faz uma diligência de verificação por parte da Polícia Federal, a fim de se descobrir o tipo de local em que reside ou trabalha o criador da página contendo pornografia infanto-juvenil.

Com diligência positiva, a Polícia Federal representa pela medida cautelar de busca e apreensão a fim de periciar os dispositivos eletrônicos que possam ter transmitido as imagens pedopornográficas, bem como possam conter qualquer tipo de pornografia infantil.

No entanto, em alguns casos é impossível se desvendar a autoria, em razão de o indivíduo criador da página manter-se oculto em sua conexão, ao utilizar-se de programas que dificultam o rastreamento de seus *IPs* ou *malwares*¹⁸ que possibilitam o uso do computador de terceiros para práticas criminosas.

9.2 - MEDIDAS CAUTELARES NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE PEDOPORNOGRAFIA

¹⁸*Malware* é um termo proveniente do inglês, abreviação de *malicious software*; é um *software* (programa) destinado a se infiltrar em um sistema de computador alheio de forma ilícita, com o intuito de causar algum dano ou roubo de informações (confidenciais ou não). Vírus de computador, *worms*, *trojan horses* (cavalos de Tróia) e *spywares* são considerados *malware*.

Uma das discussões que afetam a investigação dos crimes de pedopornografia é aquela acerca da competência constitucional do Ministério Público Federal para realizar investigações independentes, mormente em virtude do surgimento da Proposta de Emenda à Constituição nº 37.

Nos posicionamos a favor da competência investigatória do Ministério Público, em consonância com a doutrina de que os poderes implícitos permitem ao *Parquet* investigar per si os delitos de ação penal pública, os quais seriam de sua atribuição fiscalizar junto à Polícia Judiciária.

Contudo, por ser um assunto muito extenso, não será abordado diretamente no presente estudo, sob pena de ser perdido o foco principal do trabalho.

Outro ponto controverso na aplicação do direito, durante a fase inquisitorial nos crimes de pedopornografia através da Internet, é o questionamento, sempre utilizado pelos representados nos mandados de segurança interpostos, sobre a validade das medidas cautelares de afastamento do sigilo de dados telemáticos e de busca e apreensão dos equipamentos que eventualmente se relacionem à suposta prática criminosa.

A ponderação que é feita nesses casos é entre o binômio do direito à privacidade de quem sofre a representação para ter seu sigilo afastado ou ter apreendidos seus bens e da supremacia do interesse público, representado pela imprescindibilidade do uso de todos os meios legais pela autoridade policial e pelo Ministério Público, para que este último possa formar sua opinio delicti, em decorrência, também, do princípio da indisponibilidade da ação penal.

A princípio, a doutrina e a jurisprudência são consonantes ao afirmar que as liberdades individuais devem ser mitigadas para que o interesse público prevaleça.

Destarte, resta esclarecido que não há óbice ao afastamento do sigilo de dados telemáticos quando for necessário para a perquirição de um crime, eis que, em princípio, não gera maiores danos ao representado.

Por outro lado, a busca e apreensão é uma medida cautelar que sempre vai criar uma situação desvantajosa para quem a sofre, na medida em que ficará privado de seus

bens temporariamente, bem como será criada uma situação vexatória perante a família e os vizinhos, porquanto é a Polícia Federal que realiza a aludida busca.

Por conseguinte, há de se ter maior cautela quando da realização dessa medida cautelar, sendo de extrema necessidade, portanto, que haja indícios fortes de materialidade e autoria; esta última representada pela identificação, por parte da provedora de acesso, do usuário vinculado ao *IP* que divulgou pornografia infanto-juvenil, bem como a ratificação pela autoridade policial de que o representado reside no local indicado pela provedora, especificando, ainda, se existem outros moradores no local e, se possível, definindo qual dispositivo eletrônico cada um utiliza.

Ocorre que muitas vezes os crimes são cometidos em ambientes que permitem o acesso indiscriminado de usuários, ou que não possibilitam a correta identificação de qual indivíduo utilizou determinado equipamento, o que dificulta sobremaneira o trabalho da autoridade policial e do *Parquet*.

Desse modo, surge a discussão sobre a viabilidade da determinação da medida cautelar de busca e apreensão no local em que se encontra o equipamento que porventura contenha material pedopornográfico, se a autoria pode não ser desvendada ainda que a materialidade seja comprovada, porquanto inexistente controle sobre as pessoas que acessaram o aludido equipamento.

Esta hipótese torna-se de julgamento mais dificultoso quando o local - no qual se encontra o equipamento supostamente responsável por armazenar material contendo pornografia infantil ou elementos informativos acerca da prática destes - trata-se de empresas, que, por certo, são muito mais afetadas que particulares, quando da ocorrência de busca e apreensão, como as *Lan-Houses* e os escritórios de advocacia, dois exemplos de empresas que não sobrevivem sem seus dispositivos eletrônicos.

Abstratamente, tal medida cautelar sempre será possível nos crimes envolvendo pedopornografia, eis que o artigo 240 do diploma processual penal é claro ao permitir a busca e apreensão dos elementos necessários à formação da opinio delicti, in verbis:

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...)

d) apreender armas e munições, **instrumentos utilizados na prática de crime** ou destinados a fim delituoso;

- e) **descobrir objetos necessários à prova de infração** ou à defesa do réu;
(...)
- h) **colher qualquer elemento de convicção.**” (não grifado no original)

A medida se faz necessária, ainda, em função da facilidade de se apagarem as informações contidas em meio magnético e assemelhados, dependendo a integridade da prova do fato da rápida apreensão dos objetos, instrumentos, fotos, documentos e aparelhos que demonstrem a prática delituosa.

9.3 - CONSTITUCIONALIDADE DA PENA COMINADA AO CRIME PREVISTO NO ART. 241-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Como já exposto anteriormente, o art. 241-A criminaliza as condutas de “(...) oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive o telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente.”, atribuindo a pena de 03 (três) a 06 (seis) anos de reclusão a quem cometê-lo.

Nota-se, de pronto, que as penas cominadas a quem pratica as condutas típicas envolvendo a divulgação de pedopornografia, tanto com crianças como com adolescentes, são as mesmas.

Logo, estamos diante de uma clara ofensa ao princípio da proporcionalidade das penas, na medida em que a proteção à criança deveria ser superior à fornecida ao adolescente, visto que este último possui um nível de desenvolvimento e discernimento maiores.

O princípio da proporcionalidade das penas é consectário do princípio constitucional da proporcionalidade, que, no Direito Penal, permeia todo o Jus Puniendi do Estado, obrigando-o, implicitamente, a cominar penas proporcionais em razão da espécie de delito, bem como considerando a proteção que merece o bem jurídico defendido.

Nesse diapasão, cabe expor ensinamentos do penalista humanista Cesare Beccaria, em sua famosa obra *Dos Delitos e das Penas*:

“(…) se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.”

A nosso ver, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente ter estabelecido o princípio da proteção integral em relação a ambos, é inegável que a criança merece uma atenção maior que o adolescente, principalmente quando o conceito de adolescente é o utilizado pelo Código Penal, qual seja, aquele que possui idade entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, em virtude de estes últimos saberem discernir melhor a realidade que os cerca, e ainda, sofrerem menos abalos psicossociais em razão da pedopornografia.

Destarte, há, sem dúvidas, uma ofensa ao princípio da individualização da pena pelo tipo previsto no art. 241-A, ao cominar a mesma espécie de pena em relação ao crime cometido contra ofendidos diferentes.

Além disso, o exímio doutrinador Alexandre Assunção e Silva esclarece que a prática sexual consentida com adolescentes maiores de 14 (quatorze) anos foi descriminalizada pela Lei 12.015/2009, que reformou a temática dos crimes sexuais no Código Penal, alterando o delito do art. 218¹⁹, que previa a corrupção de menores, cuja pena de reclusão era de um a quatro anos, para o crime de indução de menor de 14 (quatorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem²⁰.

Após a referida reforma no Código Penal, restaram, em relação aos adolescentes de 14 (quatorze) a 18 (dezoito) anos, somente os crimes de estupro de menor com a referida idade, tipificado no art. 213, § 1º, in fine, do Código Penal, que prevê pena de oito a doze anos de reclusão; e o crime de exploração sexual de adolescente entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, tipificado no art. 218-B, do Código Penal, que também prevê pena de oito a doze anos de reclusão. Assim, nas palavras de Assunção e Silva:

¹⁹ ~~Art. 218 – Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de um a quatro anos.~~

²⁰ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

“Ainda que se alegue que a pornografia juvenil seja uma forma de estimular a prostituição de adolescentes, a pena mínima prevista para a produção, venda ou divulgação de tal material não deve ser a mesma daquela prevista para alguém que realmente submete o adolescente à prostituição (quatro anos), (...) porque o material pornográfico pode não ter sido obtido através da prostituição do menor (...).”²¹

O exemplo dado por Assunção e Silva se refere ao crime do art. 241 do ECA, que cuida da venda de pedopornografia, porém a linha de raciocínio utilizada por ele pode ser também aplicada ao crime do art. 241-A, já que é inegável a desproporcionalidade entre as penas cominadas ao delito de divulgação de pornografia infanto-juvenil – 3 (três) a 6 (seis) anos – e de exploração sexual de adolescente – de 4 (quatro) a 10 (dez) anos -, haja vista que este último ilícito é bem mais grave que o primeiro, em uma interpretação lógica.

Nesta linha de raciocínio, percebe-se a imprescindibilidade de uma nova reforma no art. 241-A da Lei n.º 8.069/1990, a fim de sopesar justamente as penas a quem comete crimes de pedopornografia envolvendo crianças e quem, de outro lado, comete estes crimes envolvendo adolescentes.

Outrossim, enquanto a referida reforma não ocorre, coadunamos com Assunção quando propõe que, havendo indícios de que a pedopornografia de adolescente maior de 14 (quatorze) anos foi obtida sem que houvesse violência, aplique-se, *in casu*, o art. 234, parágrafo único, I, do Código Penal, que cuida da divulgação de material pornográfico²²:

“Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou **qualquer objeto obsceno**:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - **vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo**;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

²¹ ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. **Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil**. *Revista dos Tribunais*. Brasília - DF, ano 98, volume 890, dez. 2009 (p.449.)

²² *Ibidem*.

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.” (não grifado no original)

O referido artigo não é utilizado para tipificação contemporaneamente, em razão da aplicação do princípio da adequação social, bem como por uma interpretação teleológica feita através da aplicação da tipicidade conglobante, já que a pornografia adulta é comum na sociedade em que vivemos, havendo, portanto, desnecessidade de proteção ao bem jurídico “pudor público”, consoante se expõe na decisão a seguir:

“PENAL. PROCESSUAL. NUDEZ EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. ATENTADO AO PUDOR. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exhibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234. 2. O Código penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos. 3. A moral vigente não se dissocia do costume vigente. assim quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940. 4. É desperdício de dinheiro público manter um processo sobre o qual se tem certeza, antemão, que vai dar em nada. Do ponto de vista do acusado em face dos seus direitos constitucionais individuais, é constrangimento ilegal reparável por "habeas corpus". 5. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal. que não admite qualquer censura. (CF, art. 220, § 2º). 6. "Habeas corpus conhecido como substitutivo de Recurso Ordinário e provido para trancar o Inquérito Policial por falta de justa causa. (HC 7809/SP. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relator(a) Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJE: 29.03.1999)”

Assim, o referido artigo poderia ser reativado através da aplicação nos crimes de pedopornografia envolvendo adolescentes de 14 (quatorze) a 18 (dezoito) anos, caso não haja indícios de que as fotos foram obtidas através de violência.

Insta salientar que os referidos indícios (a idade provável do menor e sinais de violência) são facilmente obtidos através de uma minuciosa perícia, e, sendo impossível tal constatação, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo²³.

9.4 - RESPONSABILIDADE PENAL DAS PROVEDORAS DE ACESSO E DE CONTEÚDO

²³Idem. (p. 452)

No que tange à responsabilidade criminal das provedoras de conteúdo, o art. 241-A é incisivo:

“Art. 241-A: omissis

§1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – **assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;**

II – **assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;**

§2º **As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.”** (não grifado no original)

Infere-se, a partir da redação deste artigo, que os responsáveis pelo provimento de serviço de acesso à Internet ou hospedagem de sítios eletrônicos só serão responsabilizados após oficialmente notificados acerca do conteúdo ilícito que contém determinada página eventualmente hospedada pela empresa - ou seja, através de mandado judicial - e não retirá-la do ar.

Destarte, hipóteses de responsabilização recaem somente na omissão à retirada da página do ar, e, de acordo com a doutrina e jurisprudência, a provedora pode se tornar partícipe do crime, quando, nos dizeres de Zaccaria de Inellas:

(...) através de seu responsável, ocultar ou informar falsamente os dados cadastrais de usuários que utilizaram seu equipamento para a prática de prostituição infantil, pedofilia (...), permitindo, com tal conduta, que os usuários delinqüentes prossigam com a atividade criminosa, auferindo a provedora, proveito econômico (...).²⁴

Logo, as provedoras de conteúdo se tornaram garantes do bem jurídico tutelado nos crimes de pedopornografia, sendo certo que a sua omissão em retirar do ar eventual crime cometido a transforma em partícipe do crime cometido.

Enquanto as provedoras de conteúdo possuem uma legislação específica que compele ao combate aos crimes de divulgação de pornografia infanto-juvenil, as provedoras de acesso não possuem regramentos de conduta.

Assim, é preciso que se crie legislação específica determinando o tempo de manutenção dos *IPs* vinculados aos usuários do serviço da provedora de acesso, com o

²⁴ INELLAS. Op. cit., p. 33.

escopo de facilitar a persecução penal aos crimes cibernéticos, que muitas vezes fracassa em razão da inexistência de registros de *IP*.

Neste diapasão, deveria haver a criação de uma tipificação penal na qual a provedora fosse transformada em garante, de forma que fosse compelida a manter em seu banco de dados os *IPs* de todos seus clientes por um prazo de tempo razoável, como três anos (tempo sugerido pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil), em detrimento dos atuais três meses que muitas empresas mantêm²⁵.

Tal medida não é, em qualquer aspecto, irrazoável, porquanto a tecnologia evoluiu de maneira completamente satisfatória, sendo certo que o custo para a operadora seria ínfimo comparado ao benefício à sociedade, bem como porque, uma vez admitida no Brasil a responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, não haveria óbice à mesma ser aplicada também nos crimes cibernéticos.

10 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma breve análise histórica do conceito de criança e de adolescente, evidenciou-se que a proteção ao desenvolvimento sadio dos infantes é bem recente, tendo iniciado no Brasil com o advento da Constituição de 1988, que aboliu a doutrina da situação irregular no trato aos menores, determinando, ainda, que a família, o Estado e toda a sociedade fossem responsabilizados pela higidez física e psicológica dos indivíduos em formação.

Nessa linha, surgiu a doutrina da proteção integral, e, como seu consectário, a tipificação de crimes que prejudicassem de qualquer forma o desenvolvimento psicossocial das crianças e dos adolescentes, incluindo-se dentre eles os crimes de pedopornografia, que foram positivados nos artigos 241, 241-A, da Lei n.º 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Os referidos tipos possuem como núcleos os verbos vender, expor à venda, disponibilizar, transmitir, publicar, divulgar, adquirir,

²⁵Disponível em: <<http://www.cg.org.br/publicacoes/documentacao/desenvolvimento.htm>> Acesso em 30.09.2018, às 22h20min14s.

divulgar e simular. Portanto, estes núcleos de tipo podem estar direta ou indiretamente ligados ao uso da Internet.

Os crimes cibernéticos – aqueles cometidos através ou em razão da Internet, como os ora estudados, têm como principal característica a dispersão dos meios de prova e a dificuldade de se obter elementos informativos que possam fornecer indícios de autoria e materialidade, haja vista a velocidade com a qual as informações são transmitidas na rede mundial de computadores.

A Internet, para ser acessada, necessita de uma conexão fornecida pelas empresas provedoras de acesso. Já os sítios eletrônicos, por sua vez, são hospedados, em sua maioria, por provedoras de conteúdo. Tais provedoras não se confundem, vez que só é possível obter os dados dos assinantes dos serviços das provedoras de acesso por meio de afastamento do sigilo telemático, o que não ocorre com os assinantes das provedoras de conteúdo.

Essa assertiva é de extrema importância, na medida em que pode influir na celeridade do trâmite das investigações envolvendo pedopornografia por meio telemático, sendo certo que, cuidando-se de investigações de crimes cibernéticos, a rapidez com a qual se tem acesso ao dispositivo vinculado ao cometimento do crime é crucial para o deslinde eficaz da causa.

Outrossim, uma vez identificado o usuário efetivamente responsável pela conduta delituosa envolvendo pedopornografia por meios telemáticos, define-se o Juízo competente para fiscalizar a investigação, processar e julgar o feito, através dos critérios de competência.

Neste diapasão, afastada a competência por prerrogativa de foro, o crime previsto no art. 241-A será de julgamento da Justiça Federal quando houver indícios de que houve o efetivo alcance transnacional do delito. Caso contrário, a competência será definida residualmente, cabendo, portanto, à Justiça Estadual.

Restou evidenciado que a medida cautelar de busca e apreensão é de extrema necessidade para fins de obtenção de elementos informativos e, quiçá, elementos de prova, a serem obtidos por meio de perícia informática. No entanto, tal medida só deve ser deferida pelo Poder Judiciário quando houver fortes indícios de que o representado

cometeu o delito investigado, bem como haja a possibilidade de a busca e apreensão ser efetiva e o seu resultado influir no curso processual.

De qualquer parte, restou demonstrada a urgência de uma reforma legislativa nos art. 241-A do ECA, para separar as condutas de divulgação de pedopornografia envolvendo criança e pedopornografia envolvendo adolescente, vez que a junção de ambas num mesmo tipo ofende sobremaneira o princípio da individualização da pena, corolário do princípio da proporcionalidade.

Por fim, esclarecemos que não há legislação específica acerca da responsabilidade das provedoras de acesso quanto aos registros de *IP*, o que prejudica, em muito, a persecução penal aos nefastos crimes de pedopornografia.

Por todo o exposto, concluímos que o ordenamento jurídico pátrio protege o desenvolvimento psicossocial das crianças e dos adolescentes, ao combater os crimes de pedopornografia. No entanto, urge a necessidade de uma reforma legislativa que cuide especificamente da responsabilidade das provedoras de acesso - a fim de otimizar o trabalho dos órgãos investigadores do Estado -, e encerre as contradições evidentes que ofendem a constitucionalidade dos arts. 241-A da Lei n.º 8.069/1990.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A Criminalidade Informática**. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo/SP. 1ª Edição – 2006.

ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. **Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil**. *Revista dos Tribunais*. Brasília - DF, ano 98, volume 890, dez. 2009, p. 445-470.

CANTINI, Adriana Hartemink. **A proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI**. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Desenvolvido por MGB Informática Ltda., 1999.

GODOY, Evandro da Silva. **Aspectos destacados da pedofilia na Internet**. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2008.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2ª Ed, 2009.

MORAES, Bismael B. **Pedofilia não é crime**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, nº 143, out. 2004.

MOREIRA, Rodrigo Bichara. **A responsabilidade penal do provedor de Internet frente à Lei nº 10.764/2003**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=856>. Acessado em 15.09.2018, às 16h32min25s.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; e LAVORENTI, Wilson. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Millenium Editora Ltda. São Paulo: 2010.

TOMÁS, Catarina Almeida. **Dia Mundial da Criança: um percurso difícil**. Disponível em: <<http://www.portaldacrianca.com.pt/artigosa.php?id=84>>, acessado em: 25 de setembro de 2018 às 18h45min36s .

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.