

Pornografia infantil na *Internet*: algumas considerações à luz da Lei nº 10.764/2003.

**Mário Furlaneto Neto
José Eduardo Lourenço dos Santos**

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, entrou em vigor em uma época em que os crimes praticados por meio do computador não eram tão significativos no Brasil, em que pese se verificar na literatura o surgimento de tais delitos na década de 1960, com um aumento expressivo da criminalidade informática a partir da década seguinte, mormente na Europa (FERREIRA, 2000).

Somente no transcorrer da década de 1990 é que a incidência e a diversificação dos delitos praticados por meio do computador cresceram exponencialmente no Brasil, incluindo nesse rol a difusão da pornografia infantil.

Vale lembrar que a adoração do adulto pela criança ou adolescente remonta à Antigüidade. A invenção da fotografia deu uma nova dimensão à questão, com o surgimento de revistas impressas, cujos efeitos foram potencializados pela rede mundial de computadores, na medida em que fotos digitalizadas com conteúdo pornográfico infanto-juvenil puderam ser acessadas em qualquer lugar do mundo em *sites* do gênero, gerando um nicho mercadológico muito lucrativo.

Em que pese a elementar *publicar*, prescrita no originário artigo 241 do ECA ter sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal como um tipo penal aberto, a doutrina já se manifestava pela necessidade de alteração legislativa visando ao preenchimento de algumas lacunas.

Nessa linha de raciocínio, a transmissão de conteúdo pornográfico infanto-juvenil por meio de *e-mail* de uma pessoa para a outra, bem como a simples posse de material do gênero eram tidos como fato atípico em face de essas condutas não se amoldarem ao tipo penal descrito no primitivo artigo 241 do ECA (KOSOWSKI, 2002; CASTRO, 2002; DAOUN, 2003; FURLANETO NETO, 2003).

A Lei Federal 10.764/2003 conferiu nova redação ao artigo em tela, ao prescrever que:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive a Internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;

II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento de fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do *caput* deste artigo;

III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens

produzidas na forma do *caput* deste artigo.

§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:

I - se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função.

II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

A respeito do tipo penal podem ser tecidas as seguintes características:

- visa a tutela à dignidade e o respeito da criança e do adolescente, defendendo o pudor e a moralidade pública;
- sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive pais ou responsáveis, exceto no que se refere ao parágrafo 2º, I, em que se exigem características próprias, isto é, que o sujeito pratique o delito prevalecendo-se de cargo ou função que ocupe; sujeito passivo é a criança e o adolescente, especificamente, e o Estado de uma forma geral;
- trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, onde o tipo traz diversas formas de ser praticado, mas ocorrendo uma ação ou mais, dentre as previstas legalmente, responde-se por crime único. Uma observação deve ser feita, segundo a qual o *caput* do artigo traz diversas ações materiais tais como apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, enquanto que o parágrafo 1º, em seus incisos, prevê outras formas de cometimento do delito: agenciar, autorizar, facilitar, intermediar, assegurar os meios ou serviços, assegurar o acesso a *Internet*;
- elemento subjetivo do crime é o dolo, não admitindo forma culposa, sendo tal dolo na forma específica, no que diz respeito ao parágrafo 2º, II, em que se exige o fim de lucro patrimonial;
- consumação se dá com a realização de qualquer das ações tipicamente previstas.

Sem entrar no mérito da técnica legislativa, em uma primeira análise, parece que a questão do envio de material pornográfico infanto-juvenil a outrem por meio de *e-mail* se amolda à elementar *fornecer*, haja vista que o tipo penal autoriza o emprego de qualquer meio de comunicação, inclusive o *e-mail*, não se exigindo para a configuração da conduta que a mensagem eletrônica seja enviada para um número indeterminado de pessoas.

No entanto, continua atípica a simples posse de material pornográfico infanto-juvenil. Vale lembrar que não se trata da guarda de escrito ou objeto obsceno previsto no artigo 234 do Código Penal. Neste delito, o objeto jurídico protegido é a moralidade sexual pública e, além do dolo, há necessidade de estar presente o elemento subjetivo “consistente na finalidade de comercializar, distribuir ou expor ao público o objeto material do delito” (JESUS, 1991, p. 618). Sem o especial fim de agir do agente, o fato é atípico.

A conduta que se menciona no presente artigo é a simples posse de material pornográfico infanto-juvenil, sem fim especial do agente.

Ora, se *sites* são disponibilizados para comercializar material do gênero é porque há grande clientela consumidora, de forma a gerar renda considerável. Além do mais, verifica-se conotação de crime organizado, mormente pelo contorno transnacional do delito e pela distribuição de tarefas - aliciar, fotografar ou filmar, abusar sexualmente e a conduta do *webmaster*, são atos do *iter criminis* que visam a atingir a consumação, que na elementar *publicar*, resulta na veiculação da fotografia pornográfica infanto-juvenil, produto final a ser comercializado.

Assim como a lei de tóxicos incrimina o tráfico e a simples posse de estupefaciente, assim como o legislador incrimina o furto e a receptação, assim como se incrimina o agente que vende animais silvestres bem como o que simplesmente os cria sem o cumprimento das exigências legais, por que não incriminar a simples posse

de material pornográfico infanto-juvenil?

A fundamentação jurídica é a mesma, pois o consumidor de material com conteúdo pornográfico infanto-juvenil acaba por alimentar a rede de exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes do mundo inteiro. Ademais, por trás do produto final - filmes e fotos com conteúdo pornográfico infanto-juvenil - há outras condutas como estupro, atentado violento ao pudor, exploração sexual de crianças e adolescentes, sem contar o dano psicológico provocado nas vítimas desse rol de barbáries.

Em recente comentário à lei 10.764/2003, Reinaldo Filho (2003) levanta a questão da não-inclusão da “pornografia infantil virtual” na lei em debate. Segundo o autor, caso seja levantado pela defesa, no transcorrer do processo crime, que as fotos não são imagens ou representações de crianças ou adolescentes reais, transfere-se o ônus da prova à promotoria, podendo-se levar ao decreto absolutório, em face da complexidade da prova. A solução do caso seria a transferência do ônus da prova ao acusado, o que certamente exigirá atualização legislativa.

Ainda quanto ao ônus da prova, Castro (2002) já alertava sobre a dificuldade de se provar a condição de adolescente da vítima. Salienta a autora que a não-identificação da criança ou adolescente não impede a persecução judicial, em que pese poder dificultá-la, mormente quando se tratar de adolescente cuja faixa etária se situa nas proximidades dos dezoito anos, ocasião em que se torna muito difícil provar sua idade real, elementar do tipo penal, podendo haver, nessa hipótese, um decreto absolutório em favor do réu. Aqui, também, a solução seria a inversão do ônus da prova, como defendido por Reinaldo Filho (2003) na hipótese de pornografia infantil virtual.

Em caso de autores de *sites* de pornografia infanto-juvenil, quando não se puder identificar os adolescentes e se tornar difícil a prova da idade real, poderá configurar, dependendo da análise do caso em concreto, apologia de crime, mormente em *home pages* onde há listas de novos *sites* com enunciados que enaltecem ou elogiam a pornografia infantil.

Dentro do contexto da posse de material pornográfico infanto-juvenil, o direito comparado nos traz grandes contribuições. Nesse diapasão, as legislações Espanhola e Italiana, países membros da Comunidade Européia - CE, incriminam a posse de material pornográfico infantil, seguindo tendência da legislação americana que, de forma mais branda, também incriminou tal conduta.

A título de esclarecimento, por conta da liberdade de expressão, a legislação americana adotou a tendência de não incriminar o simples nu infanto-juvenil, de maneira que, para caracterizar o ilícito, necessário se torna que a criança ou adolescente esteja mantendo relações sexuais com outrem e que o agente tenha pelo menos mais de três exemplares de revistas ou outro material com conteúdo do gênero.

Por sua característica transnacional, além de acordos de cooperação no combate aos crimes praticados por meio do computador, a Organização das Nações Unidas - ONU defende a adoção de legislação similar em nível mundial, em cujo contexto se insere a pornografia infantil na *Internet*.

Seguindo essa linha de raciocínio, recentemente, o Deputado Estadual Abramo apresentou o projeto de lei 4.144/2004, propondo, dentre outras alterações legislativas, incriminar a conduta do agente que, intencionalmente, armazenar, guardar ou manter em sua posse, em meio eletrônico, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito, envolvendo criança ou adolescente.

Pela letra do projeto de lei, torna-se necessário que as fotografias ou imagens do gênero estejam armazenadas, guardadas ou mantidas em meio eletrônico,

de maneira que, mudando-se o suporte, como, por exemplo o papel, a conduta seria atípica.

Nesse contexto, impõe-se que a comunidade científica e os juristas pátrios debatam sobre a questão da incriminação ou não da simples posse de material pornográfico infanto-juvenil, ainda que como crime de menor potencial ofensivo, como forma de buscar contribuir para a construção de uma legislação clara, uniforme e dotada de tecnicidade legislativa, de forma semelhante à já citada lei de drogas.

Nessa seara, outras indagações merecem enfrentamento, tais como: deve o Direito Penal interferir, de maneira que o bem jurídico em questão mereça a devida proteção criminal, ou existem outras formas ou outros ramos jurídicos que possam atuar no caso em tela? Nessa hipótese, deveria haver uma regulamentação do uso da grande rede, incluindo um maior controle sobre os provedores, e destes sobre os usuários? Os provedores deveriam ser obrigados a manter arquivos *logs* de seus clientes para o auxílio da investigação policial ou instrução criminal? Deveria haver um maior controle sobre o registro de domínio, de maneira a tornar os dados pessoais de seu titular confiáveis e imunes à fraude?

Por meio do amplo debate, a comunidade científica poderá contribuir para a criação de um ambiente saudável em tempo real, com observância dos direitos e garantias fundamentais.

Bibliografia

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Pedofilia na *Internet*. Disponível em <<http://www.infojur.ccj.ufsc.br/>>. Acessado em: 08.11.2002.

DAOUN, Alexandre Jean. Pornografia infantil na internet, redundância legislativa! Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.usfc.br/>>. Acessado em: 23 fev.2003.

FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 207-237. ISBN 85-7283-294-7.

Furlaneto neto, Mário. Pornografia infantil na internet: elementos diplomáticos como subsídios à caracterização do delito. Marília, 2003. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código penal anotado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 932p.

KOSOWSKI, Esther. Artigo 241. In: Cury, Munir; Silva, Antônio Fernando do Amaral e; Mendez, Emílio Garcia. (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 775-777. ISBN 85-7420-360-2.

REINALDO FILHO, Demócrito. O crime de divulgação de pornografia infantil pela Internet: breves comentários à lei 10.764/03. Disponível em: <http://www.infojus.com.br>. Acessado em: 16 dez.2003.