ARTIGO 3

“PEDOFILIA VIRTUAL” E CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A LEI 11.829/08

Spencer Toth Sydow

Sumário:

1. Introdução. 2. O conceito de pornografia. 3. Criança, Adolescente e a Sexualidade. 4. Conclusão.

Resumo:

O artigo trata dos questionamento etimológicos e os riscos atinentes ao mau uso da expressão “pedofilia” como jargão jornalístico, bem como suas implicações no Direito Penal. Trata, também, de avaliar a Lei 11.829/08, promulgada a partir de propositura de projeto de lei efetuada pela CPI da pedofilia, apresentando o evoluir do Estatuto da Criança e do Adolescente e questionando os novos dispositivos sob uma perspectiva crítica.

Palavras-chave:

Pedofilia - Direito Penal - Lei 11.829/08 - Culpabilidade - Reforma Estatuto Criança Adolescente.

1. Introdução

Até 2008, mais especialmente até 25 de novembro de 2008, o Brasil se mantinha numa situação interessante: por um lado, seguia as principais tendências mundiais de não criminalizar a conduta mal denominada “pedofilia virtual” e, por outro lado, era incapaz de punir determinadas condutas relacionadas com a pornografia infantil virtual por ausência de tipificação legal. O mote deste artigo é apresentar, numa perspectiva informática, a situação do Direito a partir da Lei nº 11.829/08, incluindo as dificuldades para a punição de determinadas condutas, bem como a nova situação criada com a aludida lei, estabelecendo críticas e apontando a nova problemática, em especial levando-se em conta a rede mundial de computadores como ferramenta delinquente.

Inicialmente, devemos ressaltar o uso errôneo, especialmente pelos meios de comunicação comuns e virtuais, da expressão "*crime de pedofilia*". Portais da internet diuturnamente apresentam alertas no sentido de que "*pedofilia é crime*" sem qualquer responsabilidade com a correta educação da sociedade: pedofilia não é crime tecnicamente, mas sim condutas tipificadas que tratam da perversão sexual com crianças e adolescentes.

Mister iniciarmos este trabalho apresentando uma definição para o vocábulo, visto que tal premissa levará a uma compreensão mais exata da relação entre as condutas tipificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e o desvio de comportamento propriamente dito.

De acordo com o Dicionário Aurélio eletrônico, pedofilia é a "*parafilia representada por desejo forte e repetido por práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes*".

Compreenderemos o termo "parafilias" como sendo os comportamentos ou tendências sexuais que são consideradas desviantes do senso comum, fugindo do conceito ideal de coito pênis-vagina entre adultos vivos e que chegam a causar prejuízo em outras áreas importantes na vida de um indivíduo. São alguns exemplos de condutas da mesma linha a necrofilia, a coprofilia, etc[1].

Entretanto, o que leva um cidadão, mais do que fantasiar, a ter um comportamento desviante é, em realidade, o grau de dependência que tem quanto às "filias" no que se refere às relações sexuais. Há grande diferença entre o fantasiar e o praticar e há grande diferença entre o gostar e o depender.

Para a psicologia, a pedofilia é um grave desvio e, portanto, algo que leva o indivíduo a atitudes fora dos padrões de normalidades, podendo, inclusive, chegar a estados de semi ou inimputabilidade. Há diferentes graus de dependência individual no que se refere às "filias", indo desde a mera fantasia até a necessidade imperiosa.

Baseado em tal assertiva, nos casos de desvio comportamental em caráter doentio, a pedofilia, em verdade, é excludente de culpabilidade, insculpido no artigo 26 do Código Penal, pois que o delinquente, no momento de sua ação reprovável, era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato.

Diante de tal possibilidade, mister que compreendamos que a expressão "crime de pedofilia" é inadequada e imediatamente controversa: o pedófilo verdadeiro é um transtornado mental e o reconhecimento de tal transtorno está, inclusive, previsto no Cadastro Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde, na sessão F60-F69 que trata dos "Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto", especialmente na sessão F65.4, do seguinte modo:

---

1 São outros exemplos de parafilias a escatologia telefônica (telefonemas obscenos), necrofilia (cadáveres), parcialismo (foco exclusivo em uma parte do corpo), zoofilia (animais), coprofilia (fezes), clismafilia (enemas) e urofilia (urina), entre outras, menofilia (atração sexual por mulheres menstruadas), odaxelagnia (excitação sexual pela mordida), dacnomania (impulso mórbido para morder-se ou morder o outro), etc.

> *"F65.4 Pedofilia*
>
> *Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.*[2]*"*

Há que se dizer que certamente não foi a lei modificada para buscar punir o inimputável, mas sim o imputável assolado por uma perversão consciente e que compreende o caráter ilícito da conduta, podendo agir de outro modo.

A legislação brasileira em si não possui nenhum dispositivo que traga como típica a conduta de desejo forte e repetido, nem de fantasias sexuais com crianças, mas tão somente outras figuras que guardam relação com tais desejos como, v.g., o delito de produção de cenas com criança ou adolescente em cena de nudez ou sexo explícito (art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente), o delito de divulgação informática de cenas no mesmo sentido (artigo 241-A do mesmo Estatuto) ou o recente delito de aquisição, posse ou armazenamento de registro de cenas pornográficas contendo criança ou adolescente (o novel 241-B do ECA).

A inexistência de tipo penal que vise coibir atos internos está de acordo com o azo do Direito Penal que é o de coibir e punir atos externos – preparatórios, executórios e de consumação – e jamais de reprimir atos íntimos de agentes – cogitatórios, de ponderação e de resolução – consolidando logicamente o princípio da subsidiariedade ou "*ultima ratio*". Raras são as exceções brasileiras no sentido de se punir, inclusive, atos preparatórios como nos casos dos artigos 288 e 294 do Código Penal, sendo a normalidade a relevância jurídico penal de atos executório e de consumação.

Há que se dizer, certamente, que o Direito Penal não se incomoda com preferências pessoais íntimas. Qualquer do povo pode fantasiar-se em situações sexuais, seja, p. ex., com crianças, animais ou mortos, e pode fantasiar-se praticando qualquer crime sem que isso gere qualquer movimento penal por parte do Estado.

Por não haver previsão de punição para tais atos, somente serão típicas condutas que estimularem a utilização de crianças e adolescentes em práticas consideradas prejudiciais à categoria de condição de pessoas peculiares em desenvolvimento e que tiverem previsão legal.

A explicação para isso é a impossibilidade de o Estado controlar pensamentos e vontades somado ao fato de o Direito à intimidade ser constitucionalmente inviolável. Tais impossibilidades levam a uma necessidade de se procurar coibir tais atos através da prevenção, cuidando-se da potencial vítima em primeiro plano na evitação de um ato lesivo.

No momento de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à pornografia infantil, havia somente dois tipos: o do artigo 240 e o do artigo 241, sendo que o primeiro previa punição para atitudes de produção ou direção de representação de peça (teatral, televisiva ou de película cinematográfica) utilizando criança

2 Acesso em http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm. Acesso em 17.03.09 às 20:09hs.

ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica e o segundo a punição para fotografia ou publicação de cenas da mesma natureza com crianças ou adolescentes. Os tipos eram ambos apenados com reclusão de um a quatro anos.

A primeira reforma deu-se em 2003. O legislador, preocupado com a potência alastradora da rede mundial de computadores, e com as restrições causadas pela interpretação restritiva dos tipos penais supracitados, modificou ambos artigos. O primeiro aumentou a abrangência das espécies de produções ou direções incluindo a fotografia e a produção de qualquer outro meio visual utilizando criança ou adolescente, e incluiu a reprovabilidade idêntica para casos em que a peça gerasse vexame para o infante. A conduta de participar contracenando na cena foi incluída como igualmente típica. O segundo artigo recebeu modificações de forma que um verbo mais abrangentes – no caso "produzir" – substituísse a restrição imposta pelo antigo "fotografar". Acresceu-se, também, novos núcleos, quais sejam "apresentar", "vender", "fornecer" e "divulgar", todos relacionados com imagens ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente.

O artigo 241 manteve o verbo "publicar", e, adequando-se às mudanças tecnológicas, trouxe a idéia de que o uso da Internet ou outra rede mundial de computadores era forma comum de troca de material em tela. As sanções mantiveram-se na pena privativa de liberdade na modalidade reclusão, porém houve uma duplicação da pena mínima para dois anos e um aumento de cinqüenta por cento na pena máxima, que passou a ser de seis anos. No caso do artigo 240, criou-se delito de pornografia infantil qualificada, no parágrafo segundo, reprimindo de modo mais grave – reclusão de três a oito anos – as condutas cometidas com o fito de lucro ou vantagem patrimonial e as condutas cometidas por autor no exercício de seu cargo ou função.

A segunda reforma, encampada pela Lei nº 11.829/08, modificou novamente os artigos supracitados. O artigo 240 teve seu "caput" novamente alterado aumentando ainda mais a abrangência do tipo. Os núcleos "produzir" e "dirigir" passaram a ser acompanhados pelos verbos "reproduzir", "fotografar", "filmar por qualquer meio" ou "registrar por qualquer meio", sempre no tocante à cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Houve a supressão da expressão "cena vexatória".

À figura punível do contracenante, somou-se reprovabilidade às condutas de agenciamento, facilitação, recrutamento, coação, ou intermediação por qualquer modo da participação de criança ou adolescente na cena referida. A vantagem patrimonial do delito qualificado deu lugar à figura de forte punição para a participação ou intermediação com ou sem vantagem, muito mais próxima do intuito repressivo da sociedade para tais casos. No lugar do delito qualificado, surgiu causa obrigatória de aumento de pena no montante fixo de 1/3 para os casos considerados mais gravosos, quais sejam a) o cometimento do delito no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la, b) o cometimento prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, e c) o cometimento prevalecendo-se de relações de parentesco consangüíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da

vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. Assim, apontou o legislador para as espécies mais lesivas para a sociedade e para a criança ou adolescente, quais sejam aquelas em que se explora a confiança, a hospedagem, o parentesco, o temor reverencial da criança ou adolescente e a moralidade da administração pública.

A pena mínima teve um acréscimo de 50%, subindo para quatro anos e a pena máxima, um acréscimo de um terço, sendo elevada para oito anos, além de ter sido mantida a pena cumulativa de multa que vinha desde a criação do Estatuto.

O artigo 241, por sua vez, tornou-se bastante complexo. Subdividido em 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D, fez surgir novos tipos penais, contudo inaplicáveis aos casos pretéritos por conta da proibição constitucional da retroação em malefício do réu (arti. 5º, XL da Constituição Federal).

O artigo 241 original, quando da promulgação do ECA em 1990, apunha que somente era conduta típica a ação de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Para tal conduta se impunha pena de um a quatro anos de reclusão.

A reforma de 2003 aumentou radicalmente o espectro do artigo, certamente seguindo a *mens legislatoris* de abranger os novos meios de comunicação de profusão, somando ao restrito conceito de fotografar e publicar os de “apresentar”, “produzir”, “vender”, “fornecer” e “divulgar” tanto fotografias quanto quaisquer outras imagens com pornografia ou ainda cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. A idéia anterior do meio de veiculação de tais condutas era demasiadamente genérica e passou a ter especificidades: a conduta praticada por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet passou a ser coibida, afastando a idéia de que redes mundiais eram de acesso restrito ao público.

Finalmente, a nova e complexa versão do artigo 241. Pressionada e impressionada, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia, como foi apelidada, em reação, conseguir fazer aprovada a lei em tela. As modificações foram muitas.

O artigo 241 especialmente tipificou a conduta de venda ou exposição de fotografias e vídeos contendo cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Porém, ficasse restrita a tais duas espécies e a contenção de venda e exibição de fotos pela rede permaneceria impunível. Nesse sentido, o legislador foi mais além e apontou também como punível a conduta que envolva qualquer outra espécie de registro que contenha material inapropriado.

Isso porque em muitos casos, não há qualquer exposição gráfica do material na Internet mas tão somente a disponibilização de pedaços de arquivos que, sozinhos, não representam graficamente nada. Somente após o *download* de todos os pedaços e sua consequente unificação surge a representação multimídia contendo criança ou adolescente; assim, tendo-se em vista o princípio da legalidade e da taxatividade, a venda de dados – e, portanto, não fotografias ou vídeos propriamente ditos – fragmentados seria

fato atípico. Da forma como foi positivado o arquivo, todavia, cremos haver possibilidade de punição, mesmo com os métodos inventivos de burla do tipo utilizados pelos delinquentes.

Às figuras do agenciamento, autorização, facilitação ou intermediação da participação da criança ou adolescente em produção me material audiovisual pornográfico se estende o tipo.

No mesmo sentido, inovou o legislador em equivaler a conduta do 241 "caput" àquele que "assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas" bem como àquele que "assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas", respectivamente incisos II e III do §1º do artigo 241. Ocorre que, por força do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, não havendo disposição expressa na lei, o delito equiparado em tela somente existirá na modalidade dolosa.

Em outras palavras, os serviços informáticos de armazenamento somente poderão ser penalmente responsabilizados por terem seus serviços de armazenamento utilizado a favor da perversão sexual se e somente se intencionalmente assegurarem os meios ou serviços para armazenamentos de tal natureza. Não se poderá apontar para o provedor ou para a *lan house*, por exemplo, responsabilidade por imprudência ou negligência, por falta de previsão legal.

Sabe-se que os serviços em questão são amplíssimos; dessarte, a forma como a legislação se estabeleceu – e incluamos o tipo de assegurar o acesso à rede no mesmo sentido – leva a uma situação de difícil punição, tendo-se em vista que fica praticamente impossível a demonstração fática de que um serviço de hospedagem ou um web café tiveram o dolo, ainda que eventual, de desviarem-se de seus propósitos comerciais regulares para prestarem serviço à perversão sexual. Conseguirá, o judiciário, no máximo demonstrar que deixou o prestador de serviço de tomar certas diligências – como fiscalização da navegação do consumidor, fiscalização do material particular do consumidor do serviço de hospedagem de site ou disco virtual, cadastro do consumidor, varredura de arquivos movimentadas durante os usos, aplicação de ferramentas restrições a certos sites, etc – para evitar que tais delitos ocorressem através de seus sistemas. Caso contrário, ficará o magistrado de mãos atadas e será obrigado a absolver o estabelecimento[3].

Nos casos do "caput" e na equiparação do parágrafo primeiro, as penas são de reclusão, de quatro a oito anos.

Criou-se estranhamente, um tipo especial do artigo 241 que, pelas hipóteses apresentadas – cometimento do delito do artigo 241 prevalecendo-se do exercício de cargo

3 Importante notar que o Estado de São Paulo possui uma norma para regulação administrativa de estabelecimentos que colocam a disposição máquinas para acesso à Internet. A Lei Estadual nº 12.228/06 exige a manutenção de cadastros dos usuários. Porém, a lei não traz qualquer repercussão penal – mesmo porque o artigo 22, I da Constituição dá competência exclusiva à União para legislar sobre Direito Penal – tendo-se em vista que as sanções são de multa com valores entre R$ 3.000,00 e R$ 10.000,00 e, em caso de reincidência, também a suspensão das atividades do estabelecimento ou seu fechamento.

ou função e cometimento do delito com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial –, leva a crer ser um tipo qualificado. Aliás, é assim que ocorre no artigo 240, em que os especiais casos (inclusive o exercício do cargo ou função, mas nesse caso públicos) geram causa de aumento de pena. Assim também era no antigo parágrafo segundo do artigo 240 antes da promulgação da Lei 11.829/08: havia delito qualificado e a pena aumentava de dois a seis anos para três a oito anos, ambos de reclusão.

Porém, a pena mínima para os delitos do parágrafo segundo do artigo 241 é de três anos, concluindo-se que o legislador acreditou que a venda ou exposição de material fotográfico por agente que se prevalece no cargo ou função ou por agente que visa obter vantagem patrimonial é menos grave do que a conduta praticada sem o intuito de obter vantagem patrimonial ou não estando em exercício do cargo ou função. A nós, parece uma teratologia e uma violação ao Princípio da Proporcionalidade.

O artigo 241-A determina que as ações de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, efetuadas por qualquer meio e envolvendo peças gráficas ou registro com crianças ou adolescentes em cenas pornográficas merecem pena de reclusão de três a seis anos. O tipo assemelha-se muito ao seu antecessor. Isso porque os verbos utilizados terminam por ser muito parecidos ou serem consequência da conduta anterior, especialmente quando se leva em conta a predominância do meio informático nas condutas. Assim, exemplificativamente, não se vislumbra a venda de material pornográfico intanto-juvenil sem prévio oferecimento, divulgação ou publicação (ainda que restrita).

Acreditamos que o legislador, na criação desse tipo, tratou de tentar tipificar as condutas de modo especial por conta de se saber que o "mercado negro" da pornografia infantil não é necessariamente aberto e nem de fácil acesso, do mesmo modo como os de "*snuff movies*": não raro, ao invés de disponibilizar os materiais em tela na rede, os agentes trocam fotos, filmes e materiais sem necessariamente disponibilizá-los na rede e sem necessariamente vender. As tratativas podem ocorrer fora dos meios informáticos e estes comumente utilizados somente para a troca, por meio de emails ou mensagens instantâneas, sem que obrigatoriamente haja publicidade ampla. As divulgações em sociedades secretas, bem como as ofertas devem por si serem punidas, *ex ante*, evitando-se o alastramento da prática.

Especialmente no caso do artigo 241-A, seu parágrafo primeiro equivale às condutas do "caput" para aqueles que asseguram os meios ou serviços para o armazenamento das peças, bem como para os que asseguram, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens. Porém, diferentemente do artigo anterior, o legislador previu que essa condutas equivalidas somente terão relevância penal se o prestador dos serviços que asseguram meio de armazenamento ou acesso, devidamente notificado, não deixarem de cessar tais asseguramentos.

A redação do parágrafo segundo do artigo 241-A explanado acima é confusa. *In verbis*:

> *"Art. 241-A (...)*
>
> *§ 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"*

O uso de expressão com dois verbos com idéias negativas gera confusão, porquanto "deixar de desabilitar" passa inicialmente a idéia de habilitar. Porém, o intuito do legislador foi o de regrar no sentido de que o prestador de serviço já está em situação de habilitação e, inadvertidamente, está assegurando acesso ou armazenamento de material de cunho reprovável socialmente. Quer, então, o legislador, que o prestador de serviço saiba que sua conduta presente é irregular e pode ser punida (de acordo com o §1º) e tome providência positiva, qual seja, a de desabilitar o serviço que gera a conduta típica. A desobediência à desabilitação, ou seja, a conduta omissiva após a notificação geraria uma presunção de dolo.

Deu o legislador, pois, uma chance para que o prestador de serviço corrija a prestação de serviço viciada, levando em conta que a rede mundial de computadores é muito dinâmica e de controle dificílimo. Melhor seria, porém, que a redação do parágrafo primeiro ficasse assim:

> *"O responsável legal pela prestação do serviço que assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo e/ou assegura o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens a tais fotografias, cenas ou imagens, será notificado para desabilitar o acesso sob pena de, não o fazendo, incorrer nas mesmas"*

O artigo 241-B é preocupante, de constitucionalidade duvidosa e viola princípios como o da Ofensividade e da Presunção de Inocência. Pela tipificação, gerará punição a conduta de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Mesmo que o indivíduo não tenha qualquer intuito de divulgar, trocar, publicar, comercializar o material obtido, mesmo que o indivíduo não tenha produzido, participado, dirigido a peça, a mera conduta de curiosidade ou interesse pela sexualidade perversa, gerará o poder de punir ao Estado.

Em verdade, pareceu-nos que o que preocupava o Estado não era a fantasia ou o alastramento do material, mas sim as consequências e os estímulos gerados pelo material trocado. Como acima suscitamos, há uma lacuna entre o desejar e o praticar. Contudo, parece ter sido positivada a ideia de que imagens de natureza sexual com crianças ou adolescentes servem de estímulo para a continuidade de consumo e criação de tais materiais, bem como para o encorajamento de um seguinte passo que seria a prática sexual abusiva propriamente dita.

Apesar de compreendermos o intuito do legislador, discordamos. Não cremos que

a teoria criminológica da associação diferenciada seja capaz de, por si só, explicar o fenômeno criminoso. Pessoas que convivem (quiçá até sem conhecer tal preferência do colega) com a pedofilia ou a perversão sexual, não necessariamente tornam-se perversas. Assistir filmes de terror não torna o espectador um homicida. Não acreditamos que o Direito Penal seja instrumento apto para controle de pensamentos ou preferências bem como não cremos que o direito de obter informações possa ser restringido.

Interpretamos que a violação à liberdade de informação do artigo criou, num conceito exacerbado de sociedade de risco e direito penal do inimigo, uma espécie de presunção de periculosidade punível, visto que a posse de material pornográfico fica considerada como crime de perigo abstrato. Tais condutas podem ser descritas como sendo puníveis sem que haja necessariamente ocorrência de qualquer resultado de exposição ao perigo.

Em outras palavras, em sacrifício à liberdade para fantasiar, decidiu-se por punir a conduta no pretexto de que um mal maior será (*rectius*, seria) potencialmente gerado caso não se coíba tal prática de guardar mídias envolvendo material pornográfico infanto-juvenil. Considerou o legislador a posse de material alheio, mesmo que sem qualquer fito ou possibilidade de divulgação, conduta por si só perigosa. Por FRISCH, tais seriam "delitos de aptidão", pois a conduta "ex ante" produzirá com boa probabilidade conseqüência lesiva futura.

Seguimos a linha de KINDHÄUSER que afirma que a criação de delitos de tal natureza viola o princípio da presunção da inocência – em que não se considera ninguém culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, tendência dominante no STF hoje, inclusive – pois o devido processo legal é garantia absoluta para que o indivíduo possa defender-se subjetivamente da acusação. A punição objetiva da forma como apregoada faz com que o desvalor do resultado seja completamente menosprezado pois que a ação de armazenamento, p. ex., per si não gera qualquer resultado. A apontada tendência de migração para a responsabilização objetiva do Direito Penal mostra-se preocupante, especialmente frente aos debates de Direito Penal do Inimigo quanto aos descalabros praticados com base no *Patriot Act* dos Estados Unidos da América do Norte.

Na China há uma política ainda mais radical para reduzir a pornografia informática, sendo que já o fato de enviar mensagem com conteúdo sexual pela Internet ou telefone celular gera multa equivalente a trezentos euros[4] e seis dias de detenção; a venda de pornografia através da rede, por sua vez, é punida com condenação de seis meses a três anos de reclusão[5]. O mesmo tipo de proibição ocorre em países muçulmanos.

Não defendemos o consumo de material pornográfico, mas o direito constitucional de ser informado. Os ideais libertarianos devem prevalecer na constituição cidadã e o

4 Cerca de R$ 900, em cotação média de março de 2009, qual seja 1 Euro = 3,00 Reais

5 A China demonstra-se uma Soberania que admite limitar a liberdade de informação. Exemplo disso é o fato de que China fechou 44 mil sites ligados à pornografia em 2007, prendendo 868 pessoas. Site: http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL270740-6174,00.html. Acesso em 10.02.2008 às 11:04hs.

Direito Penal, subsidiário que é, não pode admitir ser usado como instrumento da ineficiência estatal.

Apesar de ser, analogamente, o usuário do entorpecente o estimulante para o traficante de drogas, o Poder Legislativo transformou o antigo artigo 16 da Lei 6.368/76 (antiga lei de tóxicos) que punia o consumidor do material proibido com detenção de seis meses a dois anos e pagamento de multa, no artigo 28 da Lei 11.343 (Nova Lei Antidrogas) que, em sentido oposto, pune o usuário primariamente com pena de advertência sobre os efeitos das drogas, enviesando os esforços da Administração Pública para o combate ao tráfico e seus estímulos.

O artigo 241-B confronta tal idéia, porém apresenta em seu parágrafo primeiro uma causa de diminuição de pena: caso o usuário armazene, adquira ou possua material contendo cenas de sexo ou pornográficas com criança ou adolescente em pequena quantidade – e aqui fica a dúvida acerca da expressão "pequena", porquanto frente à Internet qualquer quantidade é pequena –, terá ele direito de redução de sua pena de "1 (um) até 2/3 (dois terços)". Resta dúvida interpretativa quanto à expressão retro: quis o legislador dizer que a redução pode ser do intervalo entre 1 (um) inteiro – totalidade da pena – e 2/3 (dois terços) como se atém gramaticalmente, ou a redução seria de 1/3 (um terço) até 2/3 (dois terços) sob pena de gerar impunidade ao usuário? No caso da segunda linha interpretativa, por que não seguiu o legislador a tendência do Código Penal, escrevendo por extenso, como, p. ex. nos casos do art. 157, §2º.?

Os parágrafos segundo e terceiro do artigo apresentam casos especiais em que o delito do artigo 241-B não se tipifica por conta de haver-se dado uma permissão legal temporária para armazenamento de tal sorte de material para que a conduta seja devidamente apurada e os indícios de materialidade devidamente preservados. Assim, o agente público no exercício de suas funções, o membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes aqui discutidos e o representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, poderão proceder ao armazenamento para encaminhamento à Justiça.

O artigo 241-C, também preocupa, pois torna típica a ação de simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual, apenando o agente com um a três anos de reclusão e multa. O direito penal passa a considerar relevante e penalmente punível a conduta que não utiliza criança nem adolescente, mas insinua a participação, em cena de sexo explícito. Afrontando o Princípio da Ofensividade – pois não há vítima direta nem violação de bem jurídico material *per si* – torna punível a conduta de criação de pseudomídias, restringindo a liberdade de expressão, a produção artística, a produção literária e assim por diante. O tipo não discrimina qualquer tipo de mídia, englobando fotografia, vídeo ou

qualquer representação visual (leia-se, escultura, livros, quadros, revistas, gibis, etc) e cria uma nova regra na sociedade: há possibilidade de restrições de criação e, pois, restrições no direito de informar.

Destaque para a história ocorrida em 2007, em que um adulto, em um ambiente virtual adulto, criou um personagem virtual representado por uma criança de treze anos e permitiu que outras pessoas adultas, no mesmo ambiente virtual e com seus personagens virtuais representados por adultos a estuprassem. Teriam esses usuários cometido algum delito? De acordo com o artigo referido, a resposta seria afirmativa[6] e quaisquer pessoas que eventualmente venderem, expuserem à venda, disponibilizarem, distribuírem, publicarem, divulgarem, adquirirem, possuírem ou armazenarem tal material, por força do parágrafo único do artigo, também incorrerão nas penas.

O artigo 241-D também nos parece desvirtuar as funções do Direito Penal. Partindo-se da concepção de que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco assim como o mundo real, mas potencializado, cabem aos pais buscarem restringir o uso da informática quanto a seus filhos. Há notoriedade acerca do fato de que conteúdos pornográficos de todos os estilos permeiam a rede. Assim, a criança ou adolescente que ingressa em ambientes de sexualidade exacerbada como salas de bate-papo e comunidades virtuais será, como qualquer outro usuário, assediado e instigado. A anonimidade virtual leva o delinquente a buscar satisfação de sua sexualidade ou sua fantasia e a presença da criança em certos ambientes com consequente ofensa chega a poder ser interpretada como uma concorrência de culpas: do ofensor e do genitor que não cumpriu com deveres de cuidado quanto a seu filho.

Certamente que o intuito do legislador não foi o de punir todo e qualquer aliciamento no intuito da prática de ato libidinoso com menor, mas punir os atos preparatórios de um possível atentado violento ao pudor com violência presumida, reduzindo as chances de execução do delito. No caso, pode-se entender pela existência de certa potencialidade ofensiva. Note-se, especialmente, que o legislador não se incluiu como possível vítima do tipo o adolescente, por conta da lógica sistemática da *abolitio criminis* do delito de sedução, p. ex., e por conta do conhecimento criminológico do fato de que atos libidinosos diversos da conjunção carnal (e também o próprio) são praticados frequentemente no período da adolescência, por ser o momento da descoberta da sexualidade.

Ainda, é certo que esse delito é verdadeiro tipo de reserva porquanto a realização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal gerará o tipo do artigo 213 c.c. o artigo 224, ambos do Código Penal. A facilitação ou indução do acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso e qualquer das condutas do *caput* com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita são condutas que implicam nas mesmas penas do artigo 241-D.

---

6 Os Estados Unidos da América do Norte possuem desde 2003 e, seu ordenamento jurídico o Protect Act, que possuim um subtítulo denominado Da prevenção à Pornografia Infantil e à Obscenidade Infantil (Child Obscenity and Pornography Prevention) em que, em sua seção 502 se encontram proibições à pornografia infantil virtual, também no mesmo sentido.

2. O Conceito de Pornografia

Partido do pressuposto de que em verdade tratamos de crimes de pornografia e não de pedofilia, há que se levantar a difícil questão: o que é ser pornográfico?

É compreensível a confusão entre pedofilia e pornografia infantil. Entretanto, tais não são figuras necessariamente co-existentes. Enquanto que o ECA trata de delitos relacionados com pornografia infantil que gera punição para tipos relacionados a produção, armazenamento, divulgação entre muitos outros núcleos relacionados com a figura de crianças e adolescentes em práticas pornográficas ou de cunho sexual explícito, na pedofilia há a tara e desejo pela criança em si.

A palavra pornografia advém do grego "*pornographos*", e tem significado literal de "*escrito que tem por argumento a meretriz*" ou "*escrito sobre a prostituição*". Certamente este conceito em nada se aproxima do que procuramos apresentar neste trabalho. A conduta pornográfica envolvendo adolescentes ou crianças e que o legislador buscou coibir em nada se aproxima com a idéia de prostituição.

Jorge Leite Júnior prefere, numa visão mais antropológica, definir como encenação do "*sexo ilegal, ilegítimo, perigoso e desestruturador do 'estabelecido'".* É certo que o consumidor consciente do material (que possui a perversidade sexual) compreende a violência moral coletiva do ato mas sente-se agradado ou aceita e assume a idéia de perigo em prol do desejo.

Seja qual for a definição que buscarmos na doutrina, há concordância em especial no que concerne ao fato de ser a pornografia um conceito valorativo de índole cultural que deverá ser interpretado pelo aplicador do direito observando os parâmetros sociais e os sentimentos médios de moralidade no momento dado[7].

Ocorreu, porém, que o legislador teve a infeliz ideia de buscar uma definição e positivá-la, ignorando a valoratividade inerente ao conceito, e criou o artigo 241-E que apõe que:

> *"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."*

A definição acima apontada é teratológica. O legislador, além de fazer com que qualquer manifestação produzida pelo homem que envolva criança ou adolescente em cenas reais de atividade sexual explícita fosse coibida, denominou cena pornográfica toda aquela que simule a participação de uma criança ou adolescente; sendo assim, conforme citado supra, quadros, esculturas, desenhos, livros, filmes ou qualquer outra forma de expressão que utiliza ou utilizou representações de infantes, ou meras insinuações em qualquer atividade sexual seriam, em verdade, pura pornografia infantil.

7 Jorge E. Valência Martinez, Delitos de pornografia com menores y turismo sexual. El Penalista Liberal. Editorial Hamurabi SRL. Argentina. p. 355.

Na mesma toada, fotografias em que se retrata relação sexual entre dois adultos e que sofre modificação por programas de edição de foto e levam a mulher adulta a ficar semelhante com uma criança, ainda que nunca tenha utilizado do menor, poderão ser denominadas cenas pornográficas infantis. O mesmo se diga quanto a fantasias adultas em que um parceiro veste roupas infantis (até mesmo fraldas, no caso de *diapers fantasies)*.

A falta de senso lógico aliado à pressa de promulgar nova lei, também, faz nascer descalabros como a interpretação da parte final do artigo suprareferido que diz que são consideradas cenas de sexo explícito ou pornográficas aquelas que envolvam a "*exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais"(grifei).*

Afora a difícil compreensão de que o *animus* do agente passa a admitir classificações por ordens – dolo primordial, dolo não primordial – e que tal ordem torna-se fundamental para a tipificação da cena pornográfica, deixou o legislador de abranger, em seu conceito, partes do corpo da criança e do adolescente que é certamente relevante para as práticas de perversão sexual: o ânus e os seios.

A definição aponta que a repressão se dará quando da exibição de órgãos genitais somente. O vocábulo genital é adjetivo que se refere às genitálias. Por sua vez, genitálias são os órgãos de reprodução, mais especificamente o pênis e a vagina. Assim, tendo-se em vista que não admite o Direito Penal a interpretação extensiva prejudicial ao réu, fica o aplicador da lei em difícil situação quando a exibição não tratar das genitálias, mas sim de outras partes do corpo igualmente relacionadas com a sexualidade.

O Direito Penal ideal seria simplesmente a formalização da Teoria do Mínimo Ético de BENTHAM, garantindo valores mínimos e "*representando apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver*"[8].

Em sua essência, é a ciência penal a da "*ultima ratio*" que respeita um princípio de mesmo nome, declarador da estrita aplicação de tal ramo unicamente quando os outros ramos do Direito e o próprio Poder Executivo falharem em seu esforço – muitas vezes administrativo – de controle e harmonização social. As mudanças legislativas, porém, extravasaram o conceito de mínimo e alargaram de modo irresponsável as condutas consideradas pornográficas.

Não é possível escondermos que a iniciação sexual de uma adolescente feminina no norte e nordeste brasileiros, por exemplo, é feita comumente pelo próprio pai ou padrasto. No Japão, há a cultura dos *hentais* que são, em sua essência, desenhos (arte) com teor pornográfico muitas vezes com personagens virtuais representando colegiais ou crianças[9]. Enfim, sociedades diferentes têm valores diferentes. Valores de grupos são considerados éticos e não morais. A moral é a somatória dos valores mínimos que

8 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24a. Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

9 Curioso que a palavra HENTAI, no ocidente, significa metamorfose, anormalidade, pornografia ou perversão sexual. http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Japanese_sex_terms. Acesso em 13.02.2008. às 18:22

qualquer sociedade deve ter e a ética a parcela de valores aplicada por um grupo de pessoas comuns em algum ponto. Ocorre que não importando a prática de cada micro-sociedade, o Direito Penal criará regras para afastar comportamentos coletivamente reprimíveis, numa espécie de proteção de valores defendidos pela maioria.

Porém, exagerou o legislador, que levou a extremos inadmissíveis os conceitos relacionados a delitos de perigo abstrato, sociedade de risco e inimigo.

Certamente há um problema de difícil contorno que é o do impacto da rede mundial de computadores no conceito de moral – e, pois, no conceito de pornografia – uma vez que mais e mais difundido se torna o acesso informático à Internet.

Não há dúvidas que a juventude de hoje é precoce com relação há uma década. A sociedade pós-industrial da informação levou à forma de *bits* o conhecimento e socializou qualquer informação a todo e qualquer usuário da rede mundial. Cada vez mais novas, as crianças acessam e dominam a tecnologia informática, misturando-se em um meio de informação difusa, abundante, e de todo o gênero.

O que ocorre é que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco, em especial no que se refere ao conteúdo rotulado como impróprio para menores, tendo-se em vista ser composta 65% (sessenta e cinco por cento) por sites de conteúdo erótico, de simples acesso e conteúdo comumente livre. As crianças tão enfática e corretamente protegidas pelo legislador estão desenvolvendo um sentido de tolerância a certas pornografias, deixando de se incomodar com uma série de atividades prejudiciais a seu desenvolvimento.

O direito à liberdade de expressão (e o direito de informar) permite que se insira na rede qualquer modalidade de material, sem restrições. Sequer classificações indicativas são exigidas por parte do Ministério da Justiça Brasileiro[10], pela impossibilidade de se fiscalizar sites frente a um meio de comunicação tão dinâmico, por falta de órgãos de controle, e até mesmo por ausência de legislação adaptada às modernidades aliado a um conceito surgido na criação da rede mundial de computadores de liberdade máxima e autoregulação.

Aliás, nos Estados Unidos da América do Norte, o *Child Pornography Prevention Act* (Lei de prevenção à pornografia infantil) de 1996, visou aumentar a repressão à pornografia[11], especialmente infantil evitando a exploração ao proibir amplamente a pro-

10 Não há qualquer menção à Internet das portarias do Ministério da Justiça que tratam do tema (portarias 1100/2006 e 1220/2007). Os artigos 3º e 4º da Portaria 1100/06, inclusive, apõe que:

"Art. 3º O Ministério da Justiça realizará diretamente a classificação indicativa das seguintes diversões públicas:I - cinema, vídeo, dvd e congêneres; II – jogos eletrônicos e de interpretação (RPG). Art. 4º Não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo pelo Ministério da Justiça as diversões públicas exibidas ou realizadas ao vivo, tais como:

I - espetáculos circenses; II - espetáculos teatrais; III - shows musicais; IV - outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público."

11 O Child Pornography Prevention Act de 1996 (CPPA) expandiu a proibição relacionada à pornografia infantile, incluindo qualquer representação visual incluindo fotografia, filme, video, imagens geradas por computador que utilize ou pareça utilizar criança ou adolescente em conduta de sexualidade explícita, bem como qualquer imagem que propagandeie, promova, apresente, descreva ou distribua material que refira-se a cenas de sexualidade explícita envolvendo crinaça, adolescente ou assemelhados. Também,

dução e distribuição de material pornográfico infantil – inclusive simulado ou criado artificialmente –, entre outras medidas. A lei acabou abolida em 2002, por conta do caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234[12] que apontou a excessividade de rigor na lei aliada a termos muito amplos, vastos e de interpretação difícil. Não é outro o destino de parte da lei brasileira.

A pornografia infantil, especialmente, foi definida pela INTERPOL como:

> *"child pornography is created as a consequence of abuse of a child. It can be defined as any means of depicting or promoting the sexual exploitation of a child, including written or audio material, which focuses on the child´s sexual behavior or genitals"*[13]

Desta feita, há que se entender pela definição da organização policial internacional que se trata da retratação ou promoção da exploração sexual de crianças, especialmente quanto ao comportamento sexual e a genitália e tais condutas devem ser alvo de repressão mundial por serem valor coletivo geral que demanda proteção.

Uma vez que o princípio da legalidade impede nosso Poder Judiciário de punir atos meramente imorais, e, portanto, incoercíveis, resta somente a possibilidade de a iniciativa privada criar mecanismos que impeçam o cidadão ainda não maduro de acessar meios de risco em que seu conteúdo deturparia seu comportamento e levaria a influências negativas.

Pensando nisso, programas como CyberPatrol, CyberSitter, BESS, WebSENSE, Smart Filter, X-Stop, I-Gear, NetNanny e outros visam regular o conteúdo acessível[14] por crianças e adolescentes através da rede mundial de computadores como fotos, vídeos, sites com conteúdo inapropriado bem como blogs, bate-papos e outros[15]. Tal recurso visa afastar o contato com material que poderia em tese levar a jovem mente a enviesear-se para rumos considerados prematuros e desaconselháveis pela psicologia e outras ciências.

Cremos que o objetivo da lei, porém, não é reduzir tal natureza de lesão quando o

---

bane a pornografia infantil virtual que utilize pessoas adultas simulando serem crianças ou adolescentes, e até mesmo imagens geradas por computador que representem ficticiamente semelhança com infantes. Em ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL, *et al. vs.* FREE SPEECH COALITION *et al.*. Hoje está em vigor nos EUA o Protect Act que também coibe as condutas obscenas relativas à pornografia infantil. Em http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c108:6:./temp/~c108RplnyI:e99086:. Acesso em 16.03.09 às 02:37hs. No mesmo sentido o Protection of Children Act do Reino Unido em http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990014_en_1. Acesso em 16.03.09 às 02:39hs. Também , o Conselho da Europa, em 25 de outubro de 2007 gerou a Convenção para Proteção da Criança contra Exploração Sexual e Abuso Sexual. Disponível em http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm. Acesso em 16.03.09 às 02:40hs.

12 http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=535&page=234. Acesso em 11.02.2008 às 12:34hs.

13 *Apud* Juan Carlos Rojo Garcia. *La realidad de La pornografia infantil em internet*

14 "*Blocking programs*" são programas utilizados para impedir o acesso a sites considerados impróprios, e os filtra e bloqueia de acordo com a determinação de um usuário com controle de administrador. O novo sistema operacional Windows Vista, inclusive, já vem com programa de *Parental Control* no intuito de os pais tentarem evitar certos acessos.

15 Os meios de controle de acesso não são perfeitos contudo. O acesso de páginas por meios alternativos é possível, com o uso de Proxy, o acesso via IP, o uso da cachê do Google e até mesmo o uso de um anonymizer, dentre outros.

problema envolve inimputabilidade, mas sim quando o assunto advém da perversão sexual de indivíduos imputáveis.

Apresentado isso, e fazendo-se a leitura do tipo dos artigos 240 e 241 do ECA, é de se concluir que não é a pedofilia o alvo da repreensão penal, mas sim a pornografia infantil, opinando o legislador por coibir majoritariamente práticas que desviam impúberes do desenvolvimento natural humano e que, assim, em tese violam o conceito de moral geral.

Não é, pois, o desejo o alvo de repressão, mas sim o culto e o incentivo à prática desviante.

3. Criança, Adolescente e a Sexualidade

O ECA trata claramente, em seus artigos 240 e 241, de crimes de pornografia que podem envolver tanto crianças quanto adolescentes. Entretanto, é necessário que apresentemos algumas considerações.

A primeira trará da impropriedade do termo pornografia infantil. O termo infantil significa algo relativo à infância; e, por infância, há que se compreender a fase da vida humana que vai do seu nascimento ao início da adolescência. Isto posto, há que se concluir que há, cumulada ou alternativamente:

(i) uma irracionalidade entre o termo apresentado pelos meios de comunicação e o ECA; e/ou

(ii) uma tendência da sociedade condenar com muito mais força a pornografia que trata de crianças propriamente ditas[16] do que a que trata de adolescentes[17].

Opinamos pela somatória de ambos os fatores. A sociedade parece cada dia mais formada por crianças e adolescentes precoces, que mais cedo se relacionam sexualmente.

Pesquisa feita pela mundialmente conhecida Durex, fabricante de preservativos, apontou o Brasil como o segundo país em que mais cedo se inicia a vida sexual (17,3 anos)[18], dentre os pesquisados. Desta forma, a maturidade do adolescente frente à nova sociedade força e modifica valores e a rede mundial de computadores serve como

16 O ECA traz em seu artigo 2º que "*considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*."

17 A maior parte dos normativos internacionais utiliza-se da expressão CRIANÇA e não adolescente. Porém , a Convenção Européia para Proteção da Criança contra Exploração Sexual e Abuso Sexual apontou, em seu artigo 3º, que por "criança" se deve entender qualquer pessoa abaixo de 18 anos de idade. *In verbis*: "*Article 3 – Definitions - For the purposes of this Convention: a. "child" shall mean any person under the age of 18 years;".* Em http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm. Acesso em 16.03.09. às 02:45hs.

18 O conteúdo do The Face of Global Sex 2007 pode ser acessado em: http://www.businessfightsaids.org/documents/resources/additional/Face%20Of%20Global%20Sex%202007.pdf. Acesso em 13.02.2008 às 19:50. Pesquisa da mesma fonte em 2005 apresentou a idade média da primeira relação sexual como de 15,6 anos, na Islândia. Fonte: http://www.durex.com/cm/gss2005Content.asp?intQid=941&intMenuOpen=. Acesso em 13.02.2008 às 20:14.

catalisador. A criança, mas mais especialmente o adolescente de hoje, é mais tolerante e acostumado com certos ambientes.

Tendo-se em vista tal precoce diminuição de pudor e uma proativa luta da juventude por independência, certos valores coletivos têm experimentado uma transformação. O crime de sedução foi retirado do Código Penal pela lei nº 11.106/05, vez que previa que "*seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança*" era conduta reprovável.

A evolução social fez com que os conceitos de inexperiência e ingenuidade e a figura do sedutor fossem superadas pela doutrina e jurisprudência, clamando pela "*abolitio criminis*". Assim, o valor virgindade adolescente[19] perdeu a razão de clamar por proteção penal.

É certo, pois, que a virgindade está social e estritamente vinculada com o conceito de pureza e candura. Isto posto, o cidadão[20] de certa faixa etária que nunca manteve uma relação sexual seria intocado e, assim, objeto de necessária proteção responsável pela sociedade para conseguir manter seu desenvolvimento natural.

Ora, se o crime de sedução que tipificava a conduta da conjunção carnal e, portanto, a figura do contato físico, restou revogado, isso significa que a perda da virgindade pela mulher adolescente já não precisa da proteção penal, conforme os tribunais tanto repetiram[21].

Parece-nos, assim, que o artigo 241 do ECA e suas letras seguintes restaram por ficar parcialmente inócuos porque ilógica sua aplicação diante da realidade hodierna e da sistemática das leis penais. Há que se questionar se quis o legislador proteger adolescentes do mesmo modo com as crianças ou se deixará ao magistrado aplicador da lei penal a tarefa criminológica de apreciar caso a caso o estágio de evolução sexual da vítima. É de se lembrar que o legislador determinou que somente as violações dos artigos 213 e 214 permanecessem em vigor para proteger a liberdade sexual, dando ao adolescente maior autonomia na busca de sua sexualidade.

Some-se a isto o conceito de violência presumida que gera ao estupro e ao atentado violento ao pudor a classificação de ação penal pública. Somente os menores de 14 anos recebem a proteção legal – e a súmula 608 do STF reforça a tese – da persecução penal independentemente de provocação do judiciário, por força de haver uma consideração especial quanto a tal segmento da sociedade. Isto se dá pelo fato de que, por conta de sua fragilidade, clamam tais crianças por maior atenção da justiça tendo-se em

19 Curioso notar que apesar de o ECA apontar a fase adolescente como a partir dos 13 anos, o Código Penal presume a violência a partir dos 14 anos para os efeitos de presunção de violência.

20 O dicionário eletrônico Michaelis traz que virgem seria **"**a mulher no seu perfeito estado de pureza; diz-se da mulher que ainda não teve cópula carnal". Diante disto, a expressão estaria correta somente quando se trata da mulher que não manteve relação sexual. Cremos que a própria Constituição Federal, ao estabelecer a igualdade de sexos aponta para o fato de que há que se uniformizar a idéia de virgem tanto para homem quanto para a mulher.

21 http://conjur.estadao.com.br/static/text/31810,1. Acesso em 13.02.2008 às 20:57hs.

vista sua forte dependência e reduzido estado de desenvolvimento

Por que o adolescente de 14 a 18 anos incompletos não recebe tal amparo? Indubitavelmente a resposta está no fato de que a maturidade sexual começa a dar seus sinais a partir de tal idade.

Se há de certa forma respeito às escolhas feitas pelo adolescente no que se refere à sua individualidade sexual a ponto de se abolir o crime de sedução nos tempos modernos e também a ponto de dar a ele (e seus responsáveis) o condão de provocar ou não a justiça quando da violação de sua liberdade sexual, isso significa que o Direito Penal dá um recado: é diferente a forma com que se deve tratar uma criança e um adolescente quando se trata de condutas que envolvem sexualidade.

Parece-nos, assim, que o termo pornografia infantil quer dar o recado de que está mesmo a sociedade especialmente preocupada com um amparo à criança até os 12 ou 13 anos que pode ser contaminada e desviada de seu caminho e, portanto, deve haver punição àqueles que se utilizam destes para realizar suas perversões sexuais.

Não queremos de maneira alguma defender que há permissão para a pornografia adolescente, mas apenas refletir acerca da necessidade real de o Direito Penal ser paternalista neste sentido. Queremos apresentar um ponto de vista no sentido de que a moral social tende a reagir de forma tanto mais agressiva quando do uso de crianças ou materiais que as envolva para satisfazer desejos e que há uma mitigação da indignação quanto aos adolescentes envolvidos em tais materiais.

4. Conclusão

Este trabalho não visa incentivar a pedofilia, tampouco busca auxiliar na defesa de qualquer pessoa relacionada com o crime de pornografia infantil. O que se quer trazer são opiniões acerca de uma interpretação principiológica, lógica e sistemática do Direito Penal no que se refere a crimes existentes e que tratam igualmente a criança e o adolescente sem se preocupar com os estágios de maturidade e evolução da vida humana.

Também, se quer compreender o uso correto da nomenclatura.

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há lei que defina crime o desejo ou fantasia com crianças ou adolescentes. Logo, não há crime de pedofilia no Direito Penal brasileiro. O que existe é um tipo de pornografia infantil em que o praticante tem perversão voltada para crianças e adolescentes.

Há, também, uma incorretude em se tratar igualmente pessoas em estágios diferentes de evolução e maturidade. Nos tempos em que adolescentes matam e se quer repensar suas responsabilidades, é imprescindível que o Direito Penal também reflita sobre oferecer mesma interpretação para vítima diferentes.

Tem-se dito que há um crime de pedofilia por associar-se o crime de pornografia com tal predileção. A confusão, todavia, não pode ofuscar os olhos do operador do direito que tem obrigação de primar pela correta linguagem. Chamar de crime de pedofilia os

tipos dos artigos 240 e 241 é incorreto e impreciso.

Cada ano a rede mundial de computadores penetra mais nas residências e torna-se imprescindível seu uso e conhecimento. Os jovens dominam a tecnologia e navegam pelo ambiente desconhecido de muitos constantemente sob influência do material que ali prepondera, qual seja, o sexo.

Há que se compreender sociologicamente o fato de que os valores são modificados por conta da influência dos meios em que se está. A constância da pornografia na Internet tornará a juventude acostumada a lidar com provocações e assédios de cidadãos mal intencionados e que buscam usar a rede para satisfazerem suas próprias fantasias.

O Estado hoje não pode utilizar-se do Direito Penal para combater a pedofilia mas tão somente combater a pornografia infantil e atos que lesionam a criança ou adolescente. Assim, a consciência do meio é imprescindível e a educação acerca da linguagem também.

A fantasia não pode ser objeto de tutela penal, mas tão somente a conduta violadora de bens jurídicos que exigem proteção. Há que se cuidar de prevenir sobre riscos e avaliar a infância e adolescência já vítima diária de ações comerciais e mal intencionadas, numa prevenção primária fundamental conjunta com o Direito Penal repressivo, até que o risco da rede mundial de computadores seja corretamente compreendido e a sociedade aprenda melhor a lidar com esse novo segmento social.

A novel legislação traz avanços, porém algumas figuras criadas violam sistematicamente o sistema jurídico-penal, levando o Estado a criar uma legislação duríssima e presumir ofensividade em atitude inconstitucional. A punição às redes de pornografia infantil e a seus incentivadores é, certamente, necessária e fundamental ao bom desenvolvimento do Estado Brasileiro. O que se questiona é o custo constitucional de tal tarefa.

Bibliografia

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S/A,1998.

BINDER, Alberto M. Pornografia: dignidad humana y represión cultural in Doctrina Penal – Teoria u Prática em las Ciências Penales. Nºs 33 a 36. Ano 9. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1986.

GOTI, Jaime E. Malamud. La pornografia y el derecho penal (um ejemplo de paternalismo) in Doctrina Penal – Teoria u Prática em las Ciências Penales. Nºs 25 a 28. Ano 7. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1984.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do moderno Direito Penal. Revista de

Estudos Criminais -!TEC, Ano 02, n.sº 08, Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2001. p. 54/66.

KELSEN, Hans. O que é justiça? [tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow]. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

LEITE JUNIOR, Jorge. Das Maravilhas e Prodígios Sexuais – Uma análise da Pornografia Hard Core "Bizarra". Tese de mestrado em ciências sociais. PUC-SP. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição revisada, ampliada e atualizada. 2002.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24a. Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. Publicado em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/crimes.pdf. Acesso em 18.03.09 às 12:32hs.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997

SILVA, Tadeu Antonio Dix. Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005. J.H. Mizuno Editora. 2006.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Crimes Sexuais - Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Editora Quartier Latin. 2008.

Spencer Toth Sydow

Advogado, mestrando em Direito Penal pela USP, professor e coordenador do Núcleo Docente Estruturante da Universidade Bandeirantes nas cadeiras de Direito Penal e Processo Penal e professor de cursos de especialização da GV-Law.