

Novos Rumos do Direito Penal: Os Tipos Penais e a Internet

LETÍCIA DE FARIA SARDAS

Desembargadora do TJ/RJ

I – INTRODUÇÃO:

No dia 18 de janeiro de 1890, o Estado de São Paulo¹ publicou uma interessante carta, encaminhada por Marcos Valente, que, pelo simbolismo do tema, merece integral repetição:

“Janeiro de 1890, Carta de um malandro

Marcos Valente

Meu caro redactor – Ao velho órgão democrático da Paulicéia, inexpugnável baluarte das liberdades públicas (como ainda se usa dizer em momentos solenes como este em que tenho a honra de achar-me), ao Estado, ex-Província de São Paulo, é que eu de preferência dirijo a presente carta em que venho propugnar os meus sagrados direitos de cidadão ocioso.

Como sabeis, acha-se travada na imprensa desta capital, animada contenda a propósito de um trecho do relatório do cidadão Alberto Brandão, director da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, no qual (...) S. E. pede severamente repressão da ociosidade e que sejam os libertos de 15 de maio² compelidos ao trabalho nas fazendas que abandonaram.

¹ Jornal de grande circulação no Estado de São Paulo – Brasil – ano XVI, n.º 4.442

² O texto se refere à libertação dos escravos, assinada em 13 de maio de 1889 pela Princesa Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Gonzaga de Bragança e Bourbon, conhecida como a *redentora*, e que foi a única brasileira a governar o Brasil. Nasceu no Palácio de São Cristóvão, na cidade do Rio de Janeiro, em 29 de julho de 1846, filha de Dona Teresa Cristina e de D. Pedro II. Recebeu o título de princesa imperial pela Constituição do Império. A corte acertou a união de Isabel com o príncipe francês Luís Felipe Maria Gastão de Orléans, conde D'Eu. Embora a historiografia oficial trate com pouco destaque a regência da Princesa Isabel, o período em que ela esteve à frente do governo revestiu-se de grande importância. A princesa substituiu o imperador durante três viagens que ele fez ao exterior, tomando-se a única brasileira a administrar o país. Foi exatamente durante o seu governo que as principais leis do combate à escravidão foram promulgadas.

Ora, eu sou malandro e prezo-me disso.

A minha ocupação habitual é não me ocupar de cousa nenhuma; todos os meus afazeres resumem-se em não ter o que fazer.

Infelizmente não me sobra tempo para outra cousa.

Não trabalho; em primeiro lugar porque não gosto; em segundo, porque não preciso; em terceiro porque não quero.

Considero o trabalho cousa degradante. Orgulho-me de ser o rei da criação; sinto indizível orgulho em lembrar-me que fui feito à imagem e semelhança de Deus e não me canso de contemplar, embevecido, a estampa com que abrem as edições ilustradas das Fábulas de La Fontaine, no que se vê a figura nobre do homem elevando-se dominadora e soberana entre toda a bicharia congregada e humilde.

Quem trabalha suja, caleja as mãos, maltrata o corpo, deforma a obra mais bela e mais perfeita de Deus.

Ouçõ dizer que é pelo trabalho que se adquire riqueza; mas dou-me bem sem ela. Não tenho ambições.

Um naco de carne, um copo de água fresca, uma xícara de café, um bom cigarro, uma rede e um sorriso meigo de mulher – eis tudo o que desejo. Ora, todo este pouco eu o possuo e basta.

Para que trabalhar? perguntar-me-á a temerosa e sanhuda, a tutora da sociedade – a Lei.

De modo o mais simples e honesto; herdei quatro patacas de meus pais e sou feliz com o belo sexo.

Além disso, como tenho um grão de espírito e uma porta de fecundia, não há quem me convide para jantar e não me dê cigarros.

Assim tenho vivido os meus trinta e um anos e meio de existência planetar, e não pretendia – nem pretendo, louvado Deus – modificar tão agradável sistema de vida. Leio agora que se projecta obrigar-me a trabalhar.

Com que direito? Pergunto eu. Com que direito vem a sociedade meter-me nas mãos uma enxada e forçar-me a ganhar o pão com o suor do meu rosto, se não peso à sociedade, se não leso, se não ofendo, se não incomodo ?

Não ando bebendo pelas ruas; as poucas chuvas que apanho, enxugo-as em casa, em família, entre a minha amante e meu gato.

Não brigo, não furto, não jogo. (E que jogasse : jogaria o que é meu).

Não ofendo nenhum dos direitos dos meus cõscios de civilização, respeitando-lhes todos, como faço, tenho o direito de empregar o meu tempo e de dispor do meu bento corpinho como eu entender melhor. Logo – a sociedade, a Lei tem o dever de deixar-me cabular à vontade, de empregar o tempo e matá-lo e de dispor do corpo ... a descansá-lo.

Tenho, pois, o direito de ser malandro e exercito-o conscientemente.

Conseqüentemente, a Lei que viesse coagir-me ao trabalho seria iníqua e estúpida; iníqua porque atentaria contra a minha liberdade de acção; estúpida porque revelaria ignorar a ineficácia absoluta dos esforços humanos e que segundo a doutrina cristã, o próprio trabalho é vaidade, visto que só o não é amar e servir a Deus. Ora, eu sou cristão pela graça de Deus.

Advogue, pois, senhor redactor, a causa sacralíssima dos amigos do dolce far niente, garanta a vadiação aos vadios, como deve garantir – e aliás não garante – o trabalho dos trabalhadores.

A sociedade não tem o direito de impedir-me de fazer nada, como teria o de obstar a que eu fizesse alguma cousa.

Direito ao trabalho, direito à vadiação; são iguais e igualmente respeitáveis.

Protesto, pois, em nome da República, isto é, da liberdade, contra a projectada lei de repressão à vadiagem.

Deus nobilis hocc otia fecit.

Vede, senhor redactor, que além dos argumentos expendidos, tenho a meu lado o latim.

Saúde e fraternidade.

Um malandro.

Com propriedade, **Elizabeth Cancelli** ressaltou que “... quando **Marcos Valente** escrevia esta debochada carta ao jornal o **Estado de São Paulo**, o novo **Código Penal de 1890** ainda não havia sido aprovado, mas a vagabundagem, de longa data, e de maneiras diferenciadas, vinha sendo enquadrada como assunto criminal.”³

O fato ocorrido no Brasil em 1890 ainda é de evidente atualidade na ordem penal, trazendo a debate um dos mais importantes princípios do

³ **A cultura do crime e da lei: 1889 – 1930;** Edições Humanidades – Série Prometeu – Editora Universidade de Brasília – 2001 - p. 22.

direito penal – o *princípio da intervenção mínima do Estado* -, do qual decorrem duas características desse ramo do direito, a *fragmentaridade* e a *subsidiariedade*.

Crimes e criminosos sempre constituíram parte relevante da história da humanidade. Foram alvo de repressão, de punição, de controle. Com o advento da modernidade, no entanto, tornaram-se objetos de estudo.⁴

Sabe-se que as vicissitudes da vida fizeram com que os homens, que inicialmente viviam isolados e independentes, se unissem, formando as primeiras sociedades.

Se a união era fator de estabilidade e segurança do indivíduo, favorecendo o atendimento das necessidades básicas de sobrevivência, também é certo que as normas de conduta foram imprescindíveis para a manutenção daquela união.

As necessidades sociais, primitivamente expressas pela palavra oral, converteram-se em normas escritas – *leis* -, e a esse conjunto de normas escritas deu-se o nome de *direito*.⁵

Assim, *“na medida em que a tendência natural de cada integrante da sociedade é, e sempre foi, a de subsumir a vontade alheia à sua, as normas estabelecidas para o convívio em sociedade eram desrespeitadas e, para o cumprimento delas, tomou-se imprescindível estabelecer-se sanções àquelas que as infringiam.”*⁶

A partir daí, a história tem nos mostrado a evolução das normas penais restringindo a liberdade individual, na defesa do conjunto harmônico da sociedade.

⁴ “Primeiro, com o nascimento da criminologia propriamente dita, que se debruçará sobre os aspectos não legais do crime, suas causas, suas correlações e sua prevenção, e que terá, no século XVIII, seus primeiros representantes: Beccaria, Jeremy Bentham, Samuel Romilly, John Howard, etc. Depois, no século XIX, é muito importante frisar a existência de uma corrente bastante forte de pensadores – a da Escola Positiva e a da Antropologia Criminal - que se dedicará à especulação científica, basicamente no princípio da neutralidade de Comte – sobre a inscrição da predisposição ao crime nos diversos indivíduos.” Idem, idem – nota 03.

⁵ Conforme verbete contido no Dicionário Jurídico de Plácido e Silva, a palavra *direito* formou-se da junção latina *dis* (muito, intenso) mais *rectum* (reto, justo); donde, *disrectum* e, a seguir, *directum*, que significa “muito reto”, “muito justo”, o que não se desvia, seguindo uma só direção, entendendo-se aquilo que é conforme à razão, à justiça e à equidade.

⁶ *A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro* - Maura Roberti, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

O direito de punir surge e se fundamenta na defesa social.⁷

Certo, no entanto, é que a ordem jurídico-penal não protege todos os bens jurídicos.

Em 1789, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, fonte inspiradora dos direitos universais, proclamou no artigo VIII, que *"... a lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias (...)"*

Para o prof. Faria Costa⁸,

"O direito penal tem ou utiliza diferentes técnicas de construção do tipo legal de crime e ao empregar diversos modos de fabricar o crime está a assumir uma escolha. Está a decidir sobre as margens da punibilidade. Está, em síntese, a operar uma decisão político-legislativa."

Entender por que a vadiagem⁹ ascendeu à categoria de ilícito penal, ocasionando o reclamo de *"um malandro"* a um órgão da imprensa, é uma

⁷ Em *Lições de História do Direito*, Walter Vieira do Nascimento ressaltou que a evolução do Direito Penal na antiguidade pode ser dividida em três fases distintas: *"Na primeira fase, longe ainda estavam os homens de sentir ou interpretar esse direito como veículo de ação punitiva. Na vingança pessoal, violenta ou expressiva, buscava-se a justiça pelas próprias mãos. Em razão disso, o que seria ofensa a um único indivíduo passava a ser ao grupo a que ele pertencia, daí resultando contendas e até guerras etimizadas pelo ódio. Na segunda fase, prevalecia para o crime praticado na célula social a autoridade de um chefe, que chamava a si o direito de punir. Da mera vingança pessoal passou-se ao exercício de uma justiça privada. Na terceira fase, procurava-se estabelecer um equilíbrio entre a ofensa e a repressão, mediante sistema condicionado à regra de que ao mal praticado deveria corresponder um mal igual. Era a fase da Pena de Talião. Já predominava o princípio da justiça pública. Vale dizer: a lei penal entrava em fase a que Garraud denominou "période politique", considerando o crime como uma lesão à ordem social e a pena como um modo de prevenir e reprimir."*

⁸ *"As Telecomunicações e a Privacidade – o olhar (in)discreto de um penalista"* - Actas do Colóquio *As Telecomunicações e o direito na "Sociedade da Informação"*, promovido pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 23 e 24 de abril de 1998.

⁹ Um relatório apresentado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em 1909, comprova com dados estatísticos, que a maioria dos crimes praticados nesta época eram os chamados crimes comuns. Assim, foram registrados 1.664 crimes e 7.573 contravenções. Dentre as contravenções foram registrados 3.573 casos de embriaguez e 2.577 casos de desordem.

complexa e controvertida questão, que vem sendo objeto de estudo de juristas, historiadores, sociólogos e políticos.¹⁰

É, no dizer do supracitado mestre,

“... uma tarefa que na sua inescapável multiplicidade de aderências toca com as categorias da necessidade e do merecimento da pena e

¹⁰ No início do século XX, os jornais brasileiros, que já eram considerados veículos de comunicação de massa – no ano de 1911, só o Estado do Rio de Janeiro possuía 20 (vinte) jornais de circulação diária -, empregavam grande teatralidade às notícias de certos crimes, demonstrando que os chamados crimes de paixão (assassinatos e suicídios) chamavam a atenção do público. Neste contexto, o *Correio Paulistano*, na edição de 14 de setembro de 1905, reservou 1.137 linhas, em uma coluna, para a cobertura de um crime passionai que virara sensação na capital paulista, narrando: *“Há cinco meses, aproximadamente, às primeiras horas da manhã, circulou rápida, pela cidade, a notícia de um crime que, pelas suas circunstâncias, constituiu grande assunto das palestras de muitos e muitos dias. Foi precisamente o primeiro de abril e, por isso, a nova sanguinolenta era em toda parte recebida com a credulidade natural desse dia. Oito horas e 50 minutos da manhã, mais ou menos, quando o conhecido professor Manuel dos Passos, vindo de sua residência, na rua Carlos Gomes, número 24, caminhava despreocupadamente pelo Largo Sete de Setembro, a fim de dar as suas primeiras lições de música. Vinha pelo trecho da calçada existente fora do nível da rua, quando ouviu que alguém o chamava : - Maneco! Voltando-se, deparou diante de si o tenente Antão, fardado, e aparentando a mais extraordinária calma, disse apenas sacando um revólver Smith Weisson: - Ô Maneco, você vai morrer agora, por causa daquilo que bem sabe... E não tinha terminado a frase, quando o primeiro tiro partiu, indo o projétil encravar-se ao lado esquerdo do peito de Manuel dos Passos. Este, ou porque se sentisse impotente para reagir, dada a situação do momento, ou porque temesse encarar Antão, deitou a correr, banhado em sangue. Poucos passos mais e dois tiros certos foram desfechados pelo tenente, que só conteve a mão, quando viu rolar por terra, escabujando, a sua vítima. Os precedentes dessa cena de sangue são conhecidos de quase todos. Uma velha amizade ligava o tenente Antão Fernandes, maestro da banda de música da Força Policial, a Manuel dos Passos. Todas as noites este ia ter à residência do Tenente, na rua Galvão Bueno, e aí permanecia em palestra com o seu amigo, gozando de toda a liberdade da casa, como velho amigo que era da família. Muitas vezes, ao chegar o tenente Antão estava ausente, mas Passos, na certeza de que não era desconsideração para com ele, mantinha da mesma forma a palestra com a esposa e filhos do tenente, retirando-se muitas vezes antes que este se recolhesse à casa. Algum tempo antes do crime, notou o tenente Antão, que Manuel Passos se tornara esquivo, freqüentando com muito menos assiduidade a sua casa, razão por que o interpelou, recebendo sempre respostas evasivas. Era, entretanto, uma simples desconfiança do Tenente, pois Manuel dos Passos, ao que se dizia, continuava a freqüentar sua casa em horas, porém, que o sabia ausente. Era clara a traição do amigo, no modo de ver do Tenente, e daí teve como consequência a morte de Manuel dos Passos, alguns dias depois da cena de sangue, num quarto particular da Santa Casa. Momento antes de dar o último alento, Manuel dos Passos, que negou sempre com insistência o adultério que lhe era imputado, tomando de um crucifixo que lhe apresentou uma irmã de caridade, jurou em face dele e pela honra de suas filhas que não conspirara o lar do amigo.”* Elizabeth Cancelli, idem.

até com todo o processo de legitimação inerente à actividade incriminadora. É tarefa que tem que se desdobrar, que se desimplicar, na compreensão racional de muitas maquinarias político-sociais, nem sempre de fácil inteligibilidade para olhos socialmente menos perscrutadores."

Binding, citado por Luiz Luisi¹¹, foi talvez o primeiro penalista a registrar o caráter fragmentário do direito penal, entendendo que esse ramo do direito não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos, que decorrem da necessidade de criminalizá-los, para a garantia da estabilidade social.

Bom ressaltar que a carta citada no preâmbulo destas breves linhas, por seu evidente simbolismo, mostra claramente que o Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção na vida social, causando enorme desconforto e a clara indignação de um *malandro*.

À escolha dos bens jurídicos que merecem a tutela do direito penal denominamos de **fragmentaridade de 1º grau**, enquanto que a determinação do *modus aedificandi criminis* representa a **fragmentaridade de 2º grau**¹².

II – A ORDEM PENAL NO SÉCULO XXI:

No limiar deste novo milênio uma indagação se impõe, buscando saber se o paradigma penal estabelecido para o Estado Democrático e Social de Direito até o século XX, fundado no iluminismo, ou seja, nos princípios da exclusiva proteção de bens jurídico-penais, da mínima intervenção penal e do acionamento subsidiário dessa intervenção, tem condições de sobrevivência no século XXI.

Com freqüência ouvimos dizer que não existe lei regulando determinada matéria, ou que a que trata de determinado assunto está ultrapassada e precisa, urgentemente, ser modificada.

Em fase de globalização, fala-se, até mesmo, no surgimento de *"... uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida."*¹³

¹¹ **Os princípios constitucionais penais**, p. 26.

¹² *Idem, idem* – nota 7.

¹³ Jorge de Figueiredo Dias, "O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade de Risco" – *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

Apologistas falam da *neocriminalização*¹⁴, outros defendem a *descriminalização*¹⁵.

Oscar Wilde, na conhecida obra denominada *De Profundis*,¹⁶ afirmou, sem receio, que “... o eterno paradoxo da alma humana, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis.”

Se podemos viver sem o jugo das leis, é resposta que não se alcançou até este século.

Certo, no entanto, é que o direito penal, como inequívoca manifestação de um especial sentido histórico, tem que se mostrar “... como uma ordem de geometria variável, aberta e reintegradora dos desafios que o real verdadeiro da vida comunitária constantemente lhe põe.”¹⁷

Em recente artigo¹⁸ publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, o prof. Cláudio Dell’Orto¹⁹, refletindo sobre a **fragmentaridade** e a **subsidiariedade**²⁰ do Direito Penal, afirmou:

¹⁴ “É a fenomenalidade em que o legislador define comportamentos proibidos e impõe penas, criando um novo tipo legal de crime” - Doutor José Francisco de Faria Costa, obra citada.

¹⁵ “É a fenomenalidade em que o legislador faz desaparecer do mundo jurídico-penal uma determinada infração.” – idem, idem.

¹⁶ *A Alma do Homem sob o Socialismo e Escritos do Cárcere* – incluindo *De Profundis* e cartas para o *Daily Chronicle*, ed. L&PM, trad. de Maria Ângela S. Vieira de Aguiar, Júlia Tettamanzy e Heitor Ferreira Costa – Porto Alegre, 1996, p. 78.

¹⁷ Doutor Faria Costa, obra citada, p. 304.

¹⁸ “Assim caminha o Direito Penal” – Revista da Faculdade de Direito da UCP – v. I – 1999, p. 21.

¹⁹ Juiz de Direito, Professor da Faculdade de Direito da UCP, Mestre em Direito Penal pela UCAM/RJ

²⁰ “O princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de *economia social*, em que sempre haverá a opção a favor da intervenção menos lesiva, ou limitada dos direitos individuais, pois ao Direito Penal deve se reservar o lugar de último recurso para o uso de uma sanção.” Cf. nota 06.

“A tendência de desconsideração do bem jurídico como fundamental para a tipificação penal e o desenvolvimento de um sistema penal, visando à prevenção geral positiva, são o ponto de partida para a reflexão sobre as práticas penais no século XXI.”
“A concepção pós-moderna, sustentada por uma filosofia funcionalista, sugere que o Direito Penal proteja expectativas de bens jurídicos e não certos e determinados bens. Tornar-se-ia possível um incremento na tipificação de condutas omissivas e de perigo abstrato, porque a tutela penal visaria à proteção de expectativas de comportamento.”

Para o mestre brasileiro, - preocupado com as conseqüências advindas da mudança do conteúdo da fragmentaridade -, as novas concepções de bem jurídico não devem gerar o aumento da quantidade de comportamentos humanos incriminados e sim a formulação de uma nova Teoria do Estado, onde o Direito Penal representaria um novo papel, utilizando o mecanismo de valorização da pessoa, num mundo massificado, ao invés da simples aplicação de sanções punitivas.

Impossível esquecer que “... a vida social cria expectativas de comportamento para que se tornem possíveis à convivência pacífica e à harmonia dentro dela.”²¹

A intervenção *subsidiária*²² do Direito Penal é um postulado que se apresenta com um caráter limitador do *ius puniendi*, com fundamento político-criminal, sugerindo aos Poderes Públicos o uso cuidadoso dos recursos gravosos penais, salientando que o Estado de Direito dispõe de outros meios também eficazes, mas de menor custo social.

²¹ Felipe Augusto Miranda Rosa é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Brasil e professor de Sociologia do Direito – **Comportamento de Desvio, os Crimes e as Penas.**

²² Discorrendo sobre a *subsidiariedade*, o professor Nilo Batista afirmou que, no crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal Brasileiro, esse princípio tem aplicação *contra legem*, pois embora a lei não faça qualquer ressalva, doutrinadores como Nelson Hungria, Fragoso e Noronha, assim como os Tribunais têm entendido que se concorrer uma sanção administrativa ou civil para o fato (desobediência), não mais cabe a aplicação da pena.

Assim, neste amplo contexto, os postulados ideológicos (idéias, ideais e valores) fixam limites e objetivos para a ação humana na vida de relação.

As normas editadas segundo os preceitos anteriores configuram a ordem jurídica²³.

Importante ressaltar, no entanto, que a função geral negativa do tipo penal, baseado na coação psicológica, não tem se mostrado capaz de alcançar resultados práticos.

Da mesma forma, a prevenção geral positiva também não tem atingido os esperados resultados, vez que poucos casos chegam à apreciação do Judiciário.

No ensaio denominado *“Desafios do Direito Penal na era da globalização”*, publicado originalmente na *Revista Cidadania e Justiça*, da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, Zaffaroni²⁴, ao tecer comentários sobre os problemas atuais do Direito Penal, advertindo para o perigo decorrente da previsão para a profecia²⁵ e afirmando que não acredita no apocalipse, defendeu a radical tese da extinção do sistema repressivo penal, asseverando que:

²³ Para o professor Miranda Rosa, agir de acordo com a ordem jurídica, evitando transgressões, é imperativo para os indivíduos e para os grupos, vez que as ações desajustadas aos modelos preconizados nessas normas são comportamentos de desvios que podem ser agrupados, para efeito de análise, em dois campos: os desvios leves e os desvios graves. Os primeiros também se subdividem em comportamentos de pequeno valor ofensivo a direitos alheios e da própria coletividade e desvios aos quais se dirige uma censura social que pode resultar em medidas punitivas de caráter penal.

²⁴ Eugênio Raúl Zaffaroni é professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito e de Criminologia e da Faculdade de Psicologia da Universidade Nacional de Buenos Aires, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Nacional del Litoral (Santa Fé), pós-graduado no México e bolsista do Instituto Max Planck (Alemanha), coordenador da área penal da Maestria Latino-americana em Ciências Penais e Criminologia da Universidade de Zúria, Maracaibo (Venezuela) e ex-diretor-geral do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud).

²⁵ *“Mas, quando perguntamos quais serão os problemas do amanhã, isso envolve um grande risco. O passado e o presente são diagnosticáveis, isso é claro. Passado e presente são fatos verificáveis. A crítica também é verificável, uma vez que é motivo de discussão ideológica sobre fatos certos. Porém, quando falamos sobre o futuro, corremos um grande risco de cair na profecia e de virarmos profetas iluminados. Se fazemos um diagnóstico, é porque todo diagnóstico tende a seguir um prognóstico. Então, temos necessidade de falar com base numa perspectiva futura e, assim, corremos o risco de cair numa fala profética. Qual seria a regra para evitar essa propensão à profecia? Acho que a regra é partir do fato presente...”* - cf. p. 200.

“... O segundo milênio foi o do sistema penal e o terceiro milênio será o da quebra do discurso punitivo e do sistema penal. Não estamos falando em termos de um otimismo irresponsável. No terceiro milênio, a humanidade vai sobreviver, e para isso terá que acabar com o sistema penal, vai ter que acabar com o discurso punitivo e achar soluções reais para os problemas, não ilusões para solucioná-los.”

III – A INTERNET:

Neste contexto,

“... surge a Internet como um baluarte da liberdade de expressão, uma forma de buscar informações sem a obrigatoriedade de acessar os tradicionais meios de comunicação e de exprimir livremente o seu pensamento, sem sujeitar-se a qualquer forma de censura.”²⁶

Em pleno século XXI, nada é tão característico como a *internet*.²⁷

Com um desenvolvimento assombroso, este mundo virtual onde as pessoas *“navegam”* a fim de alcançarem diversos objetivos, sejam de cunho educacional, de diversão ou de curiosidade, vem se firmando como um autêntico e expressivo meio de comunicação.

Estatísticas afirmam que a rede está tirando aproximadamente 3% (três por cento) do público brasileiro da frente da TV, levando-o para a frente do monitor de um computador, na busca de novas atividades no mundo.

O mundo cibernético tem se mostrado fascinante.

Traçando linhas sobre a *Sociedade da Informação*²⁸, o professor **José de Oliveira Ascensão** afirmou que a *internet*, permitindo a experimentação de um tipo de comunicação de âmbito mundial, evoluiu rapidamente, de um estilo amadorístico e cultural, para um poderoso instrumento de negócios.

²⁶ *A Internet e a liberdade de expressão* - André Felipe Alves da Costa Tredinnick – *Cidadania e Justiça*, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 3, n.º 07, 2º semestre de 1999, p. 115/122.

²⁷ No Brasil, com a posse do novo Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, a imprensa deu grande destaque à política de desenvolvimento da tecnologia da informação. Sérgio Rosa, assessor do presidente ao longo da campanha eleitoral e que ajudou a formatar o programa do TI do Partido dos Trabalhadores – PT, em entrevista concedida ao *“O Globo”*, em 06 de janeiro de 2003, esclareceu que o ponto de partida é a valorização do capital humano, investindo em conhecimento e tecnologia. O Deputado Federal Miro Teixeira, empossado no cargo de Ministro das Comunicações, reforçou o discurso, afirmando que utilizará os recursos do FUST (Fundo de Universalização dos Sistemas de Telecomunicações) para levar a *internet* a todas as salas de aula, priorizando no Ministério das Comunicações a inclusão social através da inclusão digital, após ampla discussão com a sociedade.

²⁸ *Direito da Sociedade de Informação* – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Associação Portuguesa do Direito Intelectual – v. I – Coimbra Editora – p. 163/184.

Em **Informática e Direito**,²⁹ obra de autoria de **Garcia Marques**³⁰ e **Lourenço Martins**³¹, colhe-se a informação de que a *internet* tem origem em um programa implementado no ano de 1969, que visava a assegurar uma segura rede de comunicações para organizações ligadas à investigação científica na área da defesa.

A este programa precursor, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos denominou APARNET (*Advanced Research Projects Agency Network*).

Através do protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), uma espécie de língua comum que permite a comunicação entre as redes, a *internet* tem funcionado numa dupla finalidade (meio de comunicação e meio de publicação).

O *Request For Comments* – RFC, distribuindo e compartilhando idéias com outros investigadores da comunidade científica, com notas publicadas na rede, foi outro instrumento importante no desenvolvimento e aprimoramento da *internet*.

Com o impulso acadêmico, a *internet* cresceu rapidamente, a partir de 1983.

A *World Wide Web* (*www*), considerada uma enorme teia de aranha mundial, permite uma simples e intuitiva *navegação* pelos *sítios* da *internet*, sem que a localização geográfica do utente tenha qualquer influência.³²

Em termos práticos, o denominado *fornecedor de acessos*, assim como o *fornecedor de serviços*, utiliza-se de uma linha alugada ao *operador da rede*, para a ligação à *internet*.

Atualmente, a IRC – *Internet Relay Chat*, possibilita a comunicação em tempo real entre os assinantes da rede, permitindo a organização de reuniões *face a face*, assim como o intercâmbio de material de relevante interesse nas pesquisas científicas.

Na obra supracitada, os Conselheiros portugueses ressaltaram a questão que a todos aflige: "*A internet é uma zona de não direito?*", afirmando que não, vez que, apesar de implicar as adaptações de certos institutos jurídicos ou mesmo da publicação de certas leis, a *internet* está mergulhada em direito por todos os lados.³³

²⁹ Almedina, Coimbra – novembro de 2000.

³⁰ Juiz Conselheiro do STJ – Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - Secção Cível.

³¹ Juiz Conselheiro do STJ - Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – Secção Cível.

³² Para os autores da obra citada, a *World Wide Web* expandiu-se espetacularmente na década de 90, tornando-se na mais importante componente da *internet*, como meio de comunicação e interação entre as pessoas, bem como de transmissão de informações.

³³ Obra e autores supracitados, p. 54.

Em Portugal, o *Livro Verde* para a *Sociedade da Informação* – SI, editado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia em 1997, dispôs expressamente que a legislação, a par de assegurar proteção ao cidadão e às empresas, não pode impedir o aproveitamento da tecnologia.³⁴

IV - NEOCRIMINALIZAÇÃO?

Pergunta que não quer calar é a que se dirige à necessidade ou não da criação de novos tipos legais de crime, para abranger a fenomenalidade dos novos comportamentos no seio da Sociedade da Informação.

O prof. Faria Costa, em obra já referida neste estudo, afirmou que *as chamadas telecomunicações não trouxeram problemas substancialmente novos ao direito penal. Arrastaram, isso sim, densidades diferentes, fizeram com que o eventual desvalor do resultado aumentasse substancialmente, tornaram mais frágil o papel da vítima.*³⁵

Não houve qualquer modificação qualitativa e sim, meramente quantitativa, no entanto:

“As profundíssimas mutações que vão exigir resposta – mesmo que esta se configure na ausência de resposta – são aquelas que a Internet está, de maneira inescapável, a introduzir no nosso quotidiano.”

Um caso recente, com enorme repercussão na sociedade brasileira, ocupou as páginas dos jornais de grande circulação e foi objeto de diversas pautas televisivas, por envolver a hipótese de pedofilia na *internet*.

Levado a julgamento, a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concedeu, em *habeas corpus*, ordem para trancamento da ação penal intentada pelo Ministério Público contra várias pessoas a quem se imputava a transmissão, pela *internet*, de fotografias pornográficas que incluíam crianças e adolescentes.

Urge, pelo inusitado do tema, que se transcreva, na íntegra, a decisão proferida por aquela Corte de Justiça:

³⁴ Em nota de n.º 58, os professores Garcia Marques e Lourenço Martins consideraram que devem “... ser tomadas *cum grano salls*, neste capítulo do Livro Verde, as afirmações de que “o direito à liberdade de expressão e de escolha deve ser plenamente respeitado”, não havendo, pretexto que possa justificar qualquer tipo de censura prévia na rede nacional ou global de informação.” Acrescentaram os autores: “Na verdade, tem consagração constitucional o princípio da liberdade de expressão e de informação, sendo que tais liberdades não podem ser impedidas ou limitadas por qualquer tipo ou forma de censura.” Só que o mesmo preceito constitucional (art. 37º) dispõe que as infrações cometidas no exercício de tais direitos ficam submetidas aos princípios do direito criminal e agora também do ilícito de mera ordenação social.

³⁵ Ver nota 07.

“Habeas Corpus. A aplicação analógica de disposição penal atenta contra o princípio constitucional da legalidade ou reserva legal. “Divulgar” não é “publicar”: quem publica, divulga, certamente; mas nem todo aquele que divulga, publica. A divulgação pode ser por qualquer forma, até oral, mas a publicação não prescinde da existência de objeto material corpóreo. Assim é que a transmissão, pela Internet, e por solicitação ministerial, de imagens pornográficas envolvendo crianças (kids), pré-adolescentes (pre-teens) e adolescentes (teens), enquanto não definida adequadamente como crime, é conduta atípica, não se podendo afirmar infratora do disposto no art. 241 do ECA, sendo questionável possa o mesmo representante do M.P. obrar como “agente provocador”, substituindo-se à autoridade policial, para em seguida oferecer denúncia. Em cenas de pedofilia, é “conditio sine qua non” a identificação do titular do bem jurídico protegido, e a certeza ministrada por documento hábil da sua idade. O ECA não tem por escopo a proteção da sociedade, mas a da criança e do adolescente, de “per si”. Concessão da ordem para trancamento da ação penal, com extensão da medida aos co-réus. Vencido o Des. Salim José Chalub que concedia apenas a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois anos.”

O primeiro ponto que, de imediato e de maneira expressiva, se percebe, é que o órgão colegiado concluiu pela atipicidade do fato, por entender que os denunciados não se utilizaram de *“documento palpável, sensível – única forma de publicar”*.

Assim, se atípico o fato, não estando, portanto, configurado o tipo delituoso e sendo impossível recorrer à analogia, sob pena de se violar a um só tempo o *princípio da reserva legal* e a proibição da aplicação da analogia *in malam partem*, os julgadores trancaram a ação penal que, com fundamento no art. 241 do ECA³⁶ – Estatuto da Criança e do Adolescente, buscava a cominação de pena de um a quatro anos de reclusão.

É claro que o *case* não passou despercebido no mundo jurídico e, de imediato, diversas vozes se levantaram, apoiando umas, discordando outras.

Dentre as que dissentiram, avulta a do professor **José Carlos Barbosa Moreira**³⁷, que, demonstrando profundo equilíbrio lingüístico e jurídico,

³⁶ Art. 241- Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão de um a quatro anos.

³⁷ Desembargador (aposentado) do TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da Faculdade de Direito da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

partiu da análise da palavra **publicar**³⁸ em diversos dicionários da língua portuguesa e adentrou no exame dos dicionários de termos jurídicos³⁹, para discordar da decisão colegiada⁴⁰, afirmando que “... não estava em causa o princípio *nullum crimen sine lege*, nem era mister, para reconhecer como típica a conduta descrita na denúncia, fazer uso da analogia *in malam partem*.”

Chegados aqui, não se pode deixar de transcrever o trecho que se aplica como molde a este estudo, onde o respeitado jurista brasileiro, entendendo que o fato não importa em *novo* comportamento proibido, afasta a figura da neocriminalização, afirmando:

³⁸ “A gravidade do tema incitou-me a uma perquirição, com o fito de averiguar se estava correto o entendimento de a palavra “publicar” ter conotação necessariamente de “impressão ou edição”, como reza outro passo do acórdão. A fonte primária de consulta foram, naturalmente, os dicionários, dos mais autorizados que pude encontrar. Em alguns casos, o verbete “publicar” é sintético; em outros, é bastante extenso. *Em nenhum descobri a limitação semântica propugnada pelo relator*. Todos começam por uma acepção *geral* da palavra, que é a de “tomar público”; e só depois, particularizando, chegam a registrar aquele sentido *secundário* a que se refere o acórdão. Senão, vejamos, a principiar pelos que têm mais sucinto o verbete “publicar”.

CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 9ª ed., v. II Lisboa – Rio de Janeiro: “Publicar – Tomar público; proclamar; vulgarizar. Editar. Anunciar, proferir”.

ANTENOR NASCENTES, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 3º tomo, 1966: “Publicar – V. tr. Tomar público, afixar ou apregoar em lugar público, levar ao conhecimento do público. Proclamar. Afirmer publicamente. Divulgar, espalhar, assoalhar. Fazer imprimir, editar, dar à estampa”.(...)

Complete-se o giro com o *Dicionário de Verbos e Regimes* de FRANCISCO FERNANDES, 6ª ed., Rio de Janeiro – Porto Alegre – S. Paulo, 1947. Nele, igualmente, o primeiro sentido que se indica para o verbo publicar é o de “tomar público, notório”; o *quarto* é que especifica: “editar, fazer aparecer em público”.

³⁹ “Divergir da linguagem comum, neste ponto, a jurídica? Deverá porventura supor-se que, em direito, só se legitima o uso do verbo “publicar” para designar comportamento que empregue “objeto material corpóreo”, que se traduza em “impressão ou edição”?

Há, sem dúvida, dispositivos legais em que aquele verbo se vê empregado com o sentido de estampar, divulgar *por escrito*. Assim, por exemplo, o art. 564 do Código de Processo Civil: “lavrado o acórdão, serão suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez (10) dias.”

Mas nem sempre é o que acontece. Quando o juiz, na audiência, profere oralmente a sentença, *publicada* está ela, e incide o art. 463, *initio*, do estatuto processual civil, *verbi*: “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional ... : . Por óbvias razões, deve reduzir-se a escrito a sentença, oralmente publicada – o que em regra se faz pelo respectivo ditado ao serventuário ou funcionário incumbido da datilografia ou de outro meio de registro. (.....)

⁴⁰ “Parece desnecessário ir além para demonstrar que, tanto na linguagem comum, quanto na própria do direito, a significação de “publicar” de modo nenhum se prende necessariamente a este ou àquele modo de agir; em especial, ao que se vale de “documento palpável, sensível”, de “objeto material corpóreo”, menos ainda de instrumento *escrito, estampado, impresso*. Quem quer que torne pública alguma coisa, seja como for, *publica-a*.”

"De tudo isso ressaí uma conclusão seguríssima: para que se configure o tipo do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é preciso, em absoluto, que "a cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente" seja estampada, impressa, dada a lume em livro, jornal, revista, inserta em "documento palpável", em "objeto material corpóreo". Se a cena é divulgada por outro meio, de tal sorte que a ela possam ter acesso sectores indiscriminados do público, pessoas em geral, publicada está ela, e configurado o tipo. Não se exige, é claro, que a todos, sem exceção, se abra o acesso, do mesmo modo que não se exigiria, na hipótese de efetuar-se a publicação em "documento palpável", em "objeto material corpóreo", que todos, sem exceção, pudessem in concreto ver o livro, o jornal, a revista: bastaria, à evidência, que o veículo da publicação fosse acessível ao público em geral.

"Ora, é o que ocorre com as imagens projetadas através da Internet. Nem se objete que elas só atingem os donos de aparelhos receptores. A ser exata, a objeção provaria demais: também poderia lembrar a alguém dizer que, divulgadas pela imprensa, elas só atingiriam os adquirentes do livro, do jornal, da revista. Nem isto, nem aquilo é verdade. Primeiro, porque nada garante que assista à cena unicamente quem possua aparelho receptor: um só destes pode ser utilizado, simultânea ou sucessivamente, por número indefinido de pessoas. Depois, porque como já ficou dito, não há cogitar de uma divulgação, seja qual for o meio empregado, que apanhe a humanidade inteira. E, a propósito, valeria a pena indagar se a difusão pela Internet não tem, ao menos potencialmente, alcance até maior que a difusão por meio de livro, jornal ou revista."

V – CONCLUSÃO:

É tempo de conclusão, deixando o tema, por sua atualidade, em sede de permanente reflexão.

Não se objeta, como aquele que quer continuar a ser *malandro*, - por mero comodismo, ou por interesses individuais – a incursão no mundo da neocriminalização, com a criação de novos tipos legais de crimes, a cada avanço tecnológico da sociedade moderna.

Não se defende a extinção do princípio da intervenção mínima do Estado.

Evidente que a expectativa quanto ao comportamento do ser humano no uso (e no abuso) das tecnologias pertinentes à sociedade da informação, é fato de preocupação, quer no Direito Comunitário, como nos sistemas jurídicos nacionais.

As dificuldades que sempre são encontradas em fases de transição, exige o amplo debate dos operadores do direito.

*A conflitualidade é, sem dúvida, a pedra de toque da existência de todo o direito e muito particularmente do direito penal.*⁴¹

No histórico momento da libertação dos escravos, sendo grande o número de pessoas desocupadas, o direito penal deu solução conveniente através do legislativo, intervindo no tecido social, para a criação de um novo tipo legal de crime (contravenção) – *a vadiagem*.

O direito penal, no entanto, não é meio de resolução de todos os problemas sociais.

Neste século que se inicia, algumas perguntas se impõem.

Deve o Direito Penal renunciar à pretensão da *intervenção penal mínima*, ou apenas moderada, ou deve buscar o caminho de um direito penal de máxima intervenção, funcionalizando as exigências de proteção efetiva da humanidade diante dos riscos que se apresentam à sociedade moderna?

Ou, - buscando a tese dos que defendem o fim do Direito Penal -, o melhor caminho seria o reconhecimento da incapacidade de se tutelar estes novos riscos que assoberbam a sociedade moderna, deixando a proteção a cargo de outros ramos do direito, ou quiçá, a outras esferas de controles sociais não-formais?

Melhor seria a dicotomia do direito penal, adaptando-se, a par do direito penal clássico, um Direito Penal dirigido à proteção contra os novos e os grandes riscos, dando lugar a princípios de flexibilização controlada, fundados na proteção antecipada de interesses coletivos indeterminados, sem espaço, sem tempo, sem autores, sem vítimas?

Se é certo que todas as conquistas culturais do homem sempre exigiram atualização⁴², como ocorreu com a fotografia, com o avião, com o telefone, com o automóvel, também é certo que a tentativa de se ver uma dicotomia entre o real e o virtual não passa de publicidade para supervalorizar os modernos meios de comunicação.

Efetivamente, no campo da *internet*, duas formas de ação ou omissão (delituosa) devem ser objeto de consideração: as ações ou omissões (cri-

⁴¹ Idem, idem – nota 07.

⁴² Em artigo publicado na Revista Direito Mackenzie, denominado "Algumas observações sobre o direito penal e a internet", o professor Vicente Greco Filho, analisando o tema, afirmou que "Não existe a tal realidade virtual. A realidade não comporta qualificativos. A realidade é, e pronto. Não existe a menor razão para bajular os meios eletrônicos, atribuindo-lhes o poder de ter criado uma realidade diferente. Não são realidade virtual o cinema, a televisão e o milenar teatro? E a música? Trata-se de pura e vã exibição de vaidade dos que têm interesse em promover a "grande rede"."

minosas) praticadas por *meio da internet* e as ações ou omissões (criminosas) praticadas *contra a internet*, conquanto bem jurídico autônomo.

Ora, se, aproveitando-se o caso narrado neste breve estudo, se questiona a pedofilia na rede, a discussão não é diferente da que se discute em função da televisão, das revistas ou de qualquer outro meio de divulgação.⁴³

Melhor sorte não assiste às ações ou omissões criminosas praticadas contra a *internet*, enquanto bem jurídico autônomo. A denominada *pirataria* – violação da propriedade intelectual de *software* - já se encontra corretamente incriminada e a proteção aos bancos de dados informatizados pertence à esfera da intimidade do ser humano.⁴⁴

O direito penal, em geral, está perfeitamente aparelhado na missão de coibir condutas lesivas, quer sejam praticadas pela ou contra a *internet*.

Se, por exemplo, se quer discutir a proteção dos direitos dos utentes da rede, quer porque tiveram violada a intimidade, quer porque houve indevida utilização de um cartão de crédito, depois da captura de seu número e da sua senha, através da *internet*, os fatos já configuram crimes específicos, inseridos no ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico português, assim como o ordenamento jurídico brasileiro, já está adequadamente munido de instrumentos dogmáticos adequados para a defesa das lesões decorrentes das ações (omissões) praticadas através da *internet* e das ações (omissões) praticadas contra a *internet* (enquanto bem jurídico autônomo).

O direito penal só deve ser utilizado como resolutor dos atos ou fatos que tocam com o que é fundamental da comunidade.

Evidente que numa sociedade como a do século XXI, com elevado nível de problematicidade, mais do que a mudança de princípios, impõe-se um novo tipo de abordagem do Direito Penal.

⁴³ "Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei importa apenas o evento modificador da natureza, tal como, por exemplo o homicídio. O crime, no caso, é provocar o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que a causou. Na Europa conta-se que já ocorreu um homicídio por meio da Informática: um *hacker* invadiu os computadores da UTI de um hospital e, manipulando seus dados, provocou a morte do paciente. Este exemplo mostra bem o que queremos dizer no começo: homicídio é homicídio, não importa se praticado com arma de fogo ou pela *internet* e inexistente qualquer necessidade de se inventar figura especial para esta última. Tal situação vale para praticamente todas as condutas praticadas por meio ou com a *internet*." Obra e autor supracitados.

⁴⁴ "Tanto é violador o *hacker* que consegue acesso a banco de dados sem autorização, quanto o que dele tira uma cópia sem qualquer utilização de meio informatizado, simplesmente subtraindo disquetes. Igualmente não pode deixar de ser considerado violador aquele que subtrai (ou simplesmente tem acesso não autorizado) a minha caderneta de telefones (que também é um banco de dados) ou minha agenda eletrônica. Idem, idem.

Pensamos que o atual paradigma penal tem condições de afrontar, com sucesso, os novos riscos oferecidos por esta sociedade, em que o progresso científico e tecnológico possui velocidade acelerada, acarretando mudanças extremamente rápidas e conseqüências muitas vezes imprevisíveis em todas as áreas de conhecimento.

A tarefa primordial do Direito Penal é e continua sendo, a de intervir o mínimo possível, para assegurar o máximo de liberdade.

Exigir a criação de novos tipos legais de crimes para as ações ou omissões praticadas pela *internet* ou contra a *internet*, é erro grave e perigoso na política penal.

“Insistindo, ainda exemplificativamente, se se quer discutir a protecção à intimidade, não se deve fazê-lo especificamente para a internet, porque a protecção, se for o caso, deve ser genérica, porque tanto a intimidade pode ser invadida na utilização da rede, quanto por uma gravação ambiental ou pelos paparazzi.”⁴⁵ ♦

⁴⁵ Idem, idem – nota 34.