

**NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL.
O SÉCULO XXI E O SURGIMENTO DA
*INTERNET***

Letícia de Faria Sardas

IJC INSTITUTO JURÍDICO DA

COMUNICAÇÃO

2003

**“ NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL .
O SÉCULO XXI E O SURGIMENTO DA
INTERNET.”**

I – INTRODUÇÃO :

A sociedade formadora dos tipos penais;

II – A ORDEM PENAL NO SÉCULO XXI:

Descriminalização e neocriminalização.

**III - FUNDAMENTOS PARA UMA NOVA
REFLEXÃO.**

IV – FRAGMENTARIDADE :

V – A INTERNET:

Notícias históricas. Desenvolvimento. Importância no mundo moderno. Repercussão no campo jurídico.

VI – NEOCRIMINALIZAÇÃO ?

VII - ESTUDO DE *CASES*:

Interpretação dos Tribunais

VIII – NOTAS FINAIS.

IX – OBRAS CONSULTADAS



Todavia, este movimento de neocriminalização, fundado na irreprimível necessidade de responder às novas e constantes solicitações que a vida coloca, é tão-só uma vertente, uma face, daquilo que pode e deve ser concebido como um direito penal da comunicação. Com efeito, há todo um outro horizonte de problemas e situações normativas que também não pode, nem deve, deixar de ser



considerado como o
transfundo imprescindível
a um exacto recorte sobre
o campo de uma alargada
compreensão do **direito
penal da comunicação**".

(" *Direito Penal da Comunicação - sumário e
alguns tópicos* ")

Doutor JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA,
professor de Penal da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

I – INTRODUÇÃO :

No dia 18 de janeiro de 1890, o *Estado de São Paulo*¹ 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 trecho do relatório, S. E. pede severamente repressão da ociosidade e que sejam os libertos de 15 de maio² compelidos ao trabalho nas fazendas que abandonaram.

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 Fontain, 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 cōscios 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 cristão, 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 criminal³.”

O fato ocorrido no Brasil em 1890 ainda é de evidente actualidade na ordem penal, trazendo a debate um dos mais importantes princípios do 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 objecto 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 factor 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, tornou-se imprescindível estabelecer-se sanções àqueles 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 harmónico da sociedade.

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 Costa** ⁸,

“ 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 porque a vadiagem ⁹ ascendeu à categoria de ilícito penal, ocasionando o reclamo de “*um malandro*” a um órgão da imprensa, é uma complexa e controvertida questão, que vem sendo objecto 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 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 Luisi ¹¹, foi talvez o primeiro penalista a registrar o carácter fragmentário do direito penal, entendendo que esse ramo do direito não encerra um sistema exaustivo de protecção 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 milénio 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 protecção de bens jurídico-penais, da mínima intervenção penal e do accionamento subsidiário dessa intervenção, tem condições de sobrevivência no século XXI.

Com frequência 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

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

Oscar Wilde, na conhecida obra denominada *De Profundis*, ¹⁶afirmou, 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 artigo ¹⁸ publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, o professor **Cláudio Dell'Orto** ¹⁹, reflectindo sobre a **fragmentaridade** e a **subsidiariedade** ²⁰ do Direito Penal, afirmou:

" A tendência de desconsideração do bem jurídico como fundamental para a tipificação penal e o desenvolvimento de um sistema penal, visando a

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 abstracto, porque a tutela penal visaria a protecção de expectativas de comportamento."

Para o mestre brasileiro, - *preocupado com as consequências 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 a convivência pacífica e a harmonia dentro dela."*²¹

A intervenção *subsidiária*²² do Direito Penal é um postulado que se apresenta com um carácter 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.

Assim, neste amplo contexto, os postulados ideológicos (ideias, ideais e valores) fixam limites e objetivos para a acção 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 coacção 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, **Zaffaroni**²⁴, 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 :

“ ... 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 optimismo 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 actividades 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.

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 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 ideias com outros investigadores da comunidade científica, com notas publicadas na rede, foi outro instrumento importante no desenvolvimento e aprimoramento da *internet*.

Com o impulso académico, 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*.

Actualmente, 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 nas adaptações de certos institutos jurídicos ou mesmo da publicação de certas leis, a *internet* está mergulhada em direito por todos os lados.³³

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 protecção 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 professor **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 objecto 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 acção 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 :

" Novos Rumos do Direito Penal. O século XXI e o surgimento da Internet. "

" 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 objecto 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 infractora 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 protecção da sociedade, mas a da criança e do adolescente, de " per si ". concessão da ordem para trancamento da acção 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 acção 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 linguístico e jurídico, 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 facto não importa em *novo* comportamento proibido, afasta a figura da neocriminalização, afirmando:

“ 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 “objecto 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 excepção, se abra o acesso, do mesmo modo que não se exigiria, na hipótese de efectuar-se a publicação em “documento palpável”, em “objecto material corpóreo”, que todos, sem excepção, pudessem

“ *Novos Rumos do Direito Penal. O século XXI e o surgimento da Internet.*”

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 projectadas através da Internet. Nem se objecte que elas só atingem os donos de aparelhos receptores. A ser exacta, a objecção 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 actualidade, em sede de permanente reflexão.

Não se objecta, 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 factor 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 protecção efectiva 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 protecção à cargo de outros ramos do direito, ou quiçá, a outras esferas de controles sociais não-formais ?

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

Se é certo que todas as conquistas culturais do homem sempre exigiram actualização⁴², 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.

Efectivamente, no campo da *internet*, duas formas de acção ou omissão (delituosa) devem ser objecto de consideração: as acções ou omissões (criminosas) praticadas por *meio da internet* e as acções ou omissões (criminosas) praticadas *contra a internet*, conquanto bem jurídico autónomo.

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 acções ou omissões criminosas praticadas contra a *internet*, enquanto bem jurídico autónomo. A denominada *pirataria* – violação da propriedade intelectual de *software* - já se encontra correctamente incriminada e a protecção 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 protecção 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 factos 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 acções (omissões) praticadas através da *internet*

e das acções (omissões) praticadas contra a *internet* (enquanto bem jurídico autónomo).

O direito penal só deve ser utilizado como resolutor dos actos ou factos 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.

Pensamos que o actual 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 consequências 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 acções 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

Trabalho escrito por Letícia de Faria Sardas na cadeira de Direito Penal da Comunicação,

" Novos Rumos do Direito Penal. O século XXI e o surgimento da Internet."

ministrada pelo professor José Francisco de Faria Costa, no Curso de Direito da Comunicação, do Instituto Jurídico da Comunicação, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, em janeiro de 2003,

OBRAS CONSULTADAS

- * **ALVIM**, Rui Carlos Machado – “*A pena privativa de liberdade e a cadeia: um caso de incompatibilidade de gêneros*” – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 35 – 1991, pag. 229/259.
- * **ANCEL**, Marc – “*A nova defesa social: um movimento de política criminalista*” – Tradução do original da 2ª. edição, revista por Osvaldo Melo – Editora Forense – Rio de Janeiro – 1979.
- * **ASCENSÃO**, José de Oliveira – “*Sociedade da Informação*” – “*Direito da Sociedade de Informação*” – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Associação Portuguesa do Direito Intelectual – Coimbra Editora – 1999, pag. 163/184.
- “*Direito da Internet e da Sociedade da Informação*” – Editora Forense, Rio de Janeiro, Brasil – 1ª. Edição, 2002.
- * **BARATTA**, Alessandro – “*Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*” – Revista Brasileira de Ciências Criminais – São Paulo, vol. 2, n. 5 – 1994, pag. 05/24.
- * **BARBOSA**, Marcelo Fortes – “*Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988.*” – Malheiros Editora – São Paulo – 1993.
- * **BATISTA**, Nilo – “*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*” – Revan – Rio de Janeiro, 1996.
- * **BECCARIA**, Cesare – “*Dos delitos e das penas*” – Edipro – Bauru – Tradução de Flório de Angelis – 1997.
- * **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes – “*Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*” – Editora Coimbra – Coimbra, 1994.
- * **CASTRO**, Reginaldo Oscar – “*Direito dos Pobres/Pobres Direitos ou Novos Modelos de Solidariedade Social?*” – Studia Jurídica, n. 40,

Colloquia 2 – Portugal-Brasil ano 2000 – Universidade de Coimbra – Coimbra Editora – 1999.

* **FARIA COSTA**, José Francisco

– “*Direito Penal da Comunicação – alguns escritos*” – Coimbra Editora – 1998.

- “*O Direito Penal, a Informática e a Reserva da Vida Privada*” -

Comunicação e Defesa do Consumidor – Instituto Jurídico da Comunicação – Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993 – Coimbra, 1996.

- “*Quem é afinal o chefe da ALDEIA ?*” – Revista Maxtel, pág. 580/586.

- “*As Novas Solidões*” – Revista Maxtel, pág. 588/589.

* **FERRAZ**, Junior, Tercio Sampaio – “*Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*” – Saraiva, 2ª. Edição – São Paulo, 1997.

* **FREEMAN**, Michael – “*Direitos humanos universais e particularidades nacionais.*” – Cidadania e Justiça – Revista da AMB, ano 5, n. 11, pag. 90/109 – 2001.

* **GARCIA**, Marques/ **MARTINS**, Lourenço - “*Direito da Informática*” - Livraria Almedina – Coimbra, 2000.

* **GIDDENS**, Anthony

- “*Mundo em descontrolo : o que a globalização está fazendo de nós*” – Record – Rio de Janeiro/São Paulo, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 2000.

- “*A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*” - Editora Record, Rio de Janeiro/São Paulo, tradução de Maria Luiza X. De A. Borges – 4ª. Edição, 2001.

* **MIRANDA ROSA**, Felipe Augusto – “*Comportamentos de Desvio: Os Crimes e as Penas*” – Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – vol. 5, n. 19, pag. 23/26 – Rio de Janeiro, 2002.

* **PAESANI**, Liliana Minardi

- “*Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*” – Coleção Temas Jurídicos - Editora Jurídico Atlas – São Paulo, 1ª. Edição, 2000.
- * **PECK**, Patricia – “*Direito Digital*” – Editora Saraiva – São Paulo - Brasil, 2002.
- * **RABAÇA**, Clara Elete Gomes - “*O regime jurídico-administrativo da concentração dos meios de comunicação social em Portugal*” – Livraria Almedina – Coimbra, 2002.
- * **REBELLO**, Luiz Francisco
 - “*Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos*” - Editora Âncora – Lisboa – 2ª edição, 1998.
 - “*Introdução ao Direito de Autor*” – vol. I – Sociedade Portuguesa de Autores – Publicações Dom Quixote – 1994.
- * **RIEZO**, Barbosa – “*Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado.*” – Lexbook Editora – São Paulo – 1998.
- * **ROBERTI**, Maura – “*A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro.*” – SAFEEditores – Porto Alegre – 2001.
- * **SANTOS**, AndreMara - “*O sistema jurisdicional de garantia dos direitos individuais no Tratado da Comunidade Européia*” – Cidadania e Justiça – Revista da AMB, ano 5, n. 11, pag. 46/74 – 2001.
- * **SARTORI**, Giovanni – “*Homo Videns – televisão e pós pensamento*” – EDUSC – Editora da Universidade do Sagrado Coração – 1997.
- * **SMITH**, Martin Seymour – “*Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade – A História do Pensamento dos Tempos Antigos à Atualidade.*” – Tradução Fausto Wolff – Editora Bertrand Brasil Ltda. – Rio de Janeiro, 2002.
- * **TREDINNICK**, André Felipe Alves da Costa - “*A Internet e a liberdade de expressão*” - Cidadania e Justiça – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – ano 3, n. 7, pag. 115/122, 1999.
- * **VIEIRA DE ANDRADE**, José Carlos - “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*” - Livraria Almedina – Coimbra, 2ª edição, 2001.

* **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl – “*Entrevista*” – Revista Brasileira de Ciências Criminais – São Paulo, vol. 3, n. 9 – 1995, pag. 07/11.

leticiasardas@sapo.pt