

22/09/98

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.689-0 PARAÍBA

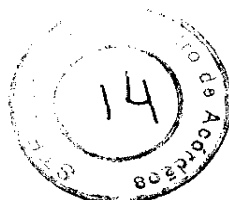
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: WILSON FURTADO ROBERTO
PACIENTE: LUIZ ALBERTO LEITE FILHO
IMPETRANTES: ANTONIO CARLOS MONTEIRO E OUTRO
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

EMENTA: "Crime de Computador": publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede **BBS/Internet** de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte.

1. O tipo cogitado - na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador.

2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.

3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial.



Supremo Tribunal Federal

HC 76689-0 - PB

71

A C Ó R D ã O

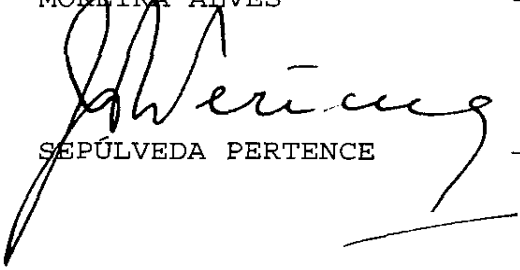
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, o pedido de **habeas-corpus**.

Brasília, 22 de setembro de 1998.

MOREIRA ALVES

-

PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE

-

RELATOR

22/09/98

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.689-0 PARAÍBA

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: WILSON FURTADO ROBERTO
PACIENTE: LUIZ ALBERTO LEITE FILHO
IMPETRANTES: ANTONIO CARLOS MONTEIRO E OUTRO
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Este o parecer do il. Subprocurador-Geral Edson de Almeida - f. 80:

"1. Aos dois pacientes, adolescentes de quinze anos de idade, foi imposta medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, por terem veiculado, através de uma rede BBS, imagens de crianças e adolescentes, completamente nus, em práticas sexuais diversas (art. 112, III, c.c. o art. 241 da Lei n° 8.069/90).

2. São estas as informações prestadas pelo ilustre Des. José Martinho Lisboa, Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (fls. 77-78):

"Os pacientes foram representados em 05 de dezembro de 1996, pela Promotora de Justiça Curadora da Infância e da Juventude da Comarca de Campina Grande/PB, como infratores do art. 241, da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, pelo fato de haverem feito inclusão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes na rede BBS (Internet) .

- Em acórdão do qual fui relator, o Conselho da Magistratura deste Tribunal negou provimento à apelação interposta pelos ora pacientes, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça. Descontentes com tal fato, interpuseram



recursos especial e extraordinário contra o retromencionado **decisum**, sendo ambos inadmitidos nesta Instância.

- Inconformados mais uma vez, impetraram junto a esse Excelso Pretório, ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, objetivando a rejeição da representação, trancamento do processo e arquivamento, ao pálio da inexistência de qualquer legislação específica pertinente ao fato tido como delituoso, imputado aos impetrantes.

- Argumentam que 'o pseudocrime vislumbrado pelo parquet e por ilógicas, confirmado pelo douto Magistrado em sua sentença de mérito, devidamente confirmado pelo Juízo ad quem, simplesmente não existe, que seja pelos motivos retro-enfocados, assim como por não inexistir em nosso ordenamento jurídico, qualquer previsão legal desse jaez, que coíba a inclusão de cenas pornográficas na rede BBS/Internet'.

Tomo a liberdade, Excelência, de dizer que não merecem agasalho tais argumentos.

A uma, por restarem sobejamente configuradas a autoria e materialidade delitivas, bem como, a previsão legal, insculpida no art. 241 do estatuto da Criança e do Adolescente e na jurisprudência dos nossos Tribunais Pátrios que, ao tratarem da matéria, assim têm decidido:

'Primeiramente, saliente-se que o núcleo do delito previsto no art. 241 do ECA, vem representado pelos verbos fotografar e publicar a reprodução e divulgação de imagem das cenas sexuais e pornográficas: a conduta criminosa revela-se em fotografar cena de sexo explícito envolvendo criança e adolescente, e, também, na publicação dessa cena. São, portanto, condutas independentes, consumando-se

a primeira com o simples ato de fotografar, tornando-se irrelevante a revelação das fotos ou a sua exposição. Caracterizando, portanto, o delito perpetrado pelo apelante e descrito na denúncia". (Ap. 96.003045-0 - Segredo de Justiça - 1ª Câm. - j. 18.06.1996 - rel. Des. Nilton Macedo Machado.)

A duas, porque a materialidade do fato está comprovada em forma de fotos e (02) disquetes (fl. 5, 6, 7 e 21, respectivamente)."

3. Lê-se na ementa do v. acórdão da Apelação 97.001558-0 (fls.36):

"REPRESENTAÇÃO - Adolescentes infratores - Procedência na 1ª Instância - Inconformação - Razões apelatórias - Inconsistência - Alegativa de conduta atípica - Pretensão descabida - Configuração da infração prevista no art. 241 do ECA - Materialidade e autoria comprovadas. REDE BBS - Troca de arquivos - veiculação de imagens de sexo explícito - Sentença mantida - Improvimento do recurso.

- Não há que se falar em reforma de sentença que impõe medida sócio-educativa a menores, quando a decisão está apoiada em provas contundentes contidas nos autos, inabaláveis, razão por que é de se **negar provimento** ao presente apelo."

5. Sustentam os impetrantes: (a) atipicidade da conduta atribuída aos pacientes; (b) ofensa ao princípio da reserva legal; (c) nulidade pela ausência do indispensável exame de corpo de delito.

6. Lê-se no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Título VII, Seção II, dos Crimes em Espécie): "**Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena: reclusão de um a quatro anos**".

7. Não há falar em atipicidade ou ofensa ao princípio da legalidade. Aquele que divulga, via transmissão por computador, imagens de sexo explícito ou pornográficas, envolvendo crianças e adolescentes, evidentemente que torna públicas tais cenas, assim incidindo na conduta proibida: "publicar significa tornar público, permitir o acesso ao público, no sentido de um conjunto de pessoas, pouco importando o processo de publicação (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, VII: 340). Em face disso, a divulgação dos sites via Internet constitui o núcleo da norma penal incriminadora ('publicar') e adequa-se à figura típica" (parecer do Prof. Damásio de Jesus a seguir transcrito). A lei se preocupa com o ato e não com o meio de tornar públicas as cenas proibidas, pelo que basta o emprego de qualquer meio visual eficaz (cfe. Nélson Hungria, na passagem acima, pouco importa o processo de publicação). Quanto ao aspecto temporal, tem-se que a transmissão de dados e imagens via redes de computação é anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que só se tenha popularizado posteriormente. De qualquer modo, nem por isso, cabe falar em analogia ("quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo", Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 382) Diz Sebastián Soler que a lei "está concebida necesariamente para comprender actos futuros. En consecuencia, es errado darle exclusivamente los valores (palabras, etc.) vigentes en la época de su formación, puesto que el legislador presuponía la aplicación futura de la ley" (*Derecho Penal Argentino*. 4a ed. 6a reimpr. Buenos Aires, TEA, 1973, v. I, p. 142). Enquanto observado, como limite da interpretação, o sentido literal possível dentro do escopo da lei, não haverá analogia, como ensina Winfried Hassemer: "La prohibición de la analogía es una cualidad del Estado de Derecho de rango primordial. Com ella el Derecho penal renuncia en favor del afectado no sólo a la realización del fin normativo, sino también a la posibilidad de que sea reelaborado por el juez má allá de lo que permite el tenor literal legal, siguiendo la dirección de la voluntad del legislador. (...) La aplicación del derecho es un proceso circular entre ley y caso, comparable a una espiral, que sube, se corrige y perfecciona en un proceso



mutuo de comprensión entre norma y supuesto de hecho. En esto está la cruz de la prohibición de la analogía." (Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1984, p. 334 e 337):

8. A propósito, cabe transcrever o d. parecer emitido pelo ilustre Professor Damásio de Jesus em resposta a consulta formulada pelos Membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil, sobre a "licitude ou ilicitude da conduta dos responsáveis pelos sites que estão divulgando, por intermédio da Internet, cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes":

"Aspectos Cíveis

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adotou, em seu art. 1º, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, estendendo-se a todas as suas necessidades e direitos, no sentido do pleno desenvolvimento de sua personalidade. E o seu art. 4º expressa que 'é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes... à dignidade e ao respeito'. Como corolário desses princípios, o art. 5º proíbe que a criança ou adolescente seja objeto de qualquer exploração, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado aos seus direitos fundamentais.

Evidentemente a divulgação via Internet de cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes constitui exploração e atentado contra os direitos da personalidade dos mesmos, incidindo na proibição legal. Realmente, o art. 17 do ECA dispõe sobre o direito à inviolabilidade física, psíquica e moral do objeto da tutela legal, referindo-se expressamente à preservação de sua imagem e de seus valores. Esse dispositivo não contém simples norma programática, uma vez que o art. 18 do mesmo diploma impõe a todos o dever de zelar pela dignidade dos menores contra situações constrangedoras e vexatórias,



significando que seus direitos são oponíveis *erga omnes*, ou seja, contra todos.

Os direitos e interesses da pessoa humana, ainda que criança ou adolescente, são difusos uma vez que transcendem a esfera individual, referindo-se à toda sociedade, que deles não pode dispor. Assim, o referido Estatuto estipula sua proteção judicial por via da ação civil pública, visando a impedir a veiculação de sites nocivos à sua imagem e personalidade via Internet, nos termos do seu art. 208, parágrafo único, sendo o Ministério Público, dentre outras, a instituição com atribuições para a propositura judicial (art. 210, I). De observar-se que qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público, conforme o art. 220 do mencionado Estatuto, representando e apresentando elementos para sua atuação.

Considerando que o ECA determina a competência funcional absoluta do foro do local onde ocorreu a ação, conforme seu art. 209, a representação deverá ser encaminhada ao Ministério Público com atribuição no domicílio do responsável pelo site. Caso o acesso seja difícil, ou os domicílios sejam de complicada localização, a representação poderá ser endereçada à Procuradoria-Geral de Justiça estadual, que a encaminhará à sua destinação específica.

Assim, por intermédio do Ministério Público é possível proibir-se a veiculação via Internet de cenas pornográficas envolvendo menores, responsabilizando-se civilmente os responsáveis.

Aspectos Penais

O art. 241 da lei n° 8.069/90 (ECA) tipifica como crime o fato de fotografar ou **publicar** cena de sexo explícito ou pornográfica



envolvendo criança e adolescente, cominada pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta como o dano à imagem abstratamente considerada.

A consumação do delito ocorre no instante e no local a partir do qual é permitido o acesso ao público que atua na Internet, ou seja, no endereço do responsável pelo **site** ('lugar da publicação').

A competência é determinada pelos arts. 69 e 70 do Código de Processo Penal, indicando o lugar da infração: aquele onde o crime se consumou. Portanto, no local do endereço do responsável pelo **site** ('endereço real').

No que se refere à representação sobre a prática do crime, aplica-se o que foi exposto sobre os aspectos civis, podendo ser deduzida perante a Promotoria de Justiça do Ministério Público Estadual, com atribuição no referido endereço do responsável pelo **site**, ou a Procuradoria-Geral de Justiça."

(Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (5):59-60, 1997)

9 Por outro lado, não têm razão os impetrantes quando procuram excluir os menores inimputáveis da conduta descrita no art. 241 da Lei 8.069/90 pois, como resulta claro do art. 103 dessa mesma lei, "**considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal**".

10. Finalmente, quanto à prova da **materialidade**, descabe exigir auxílio de peritos para que o juiz perceba ou avalie o conteúdo pornográfico da



documentação juntada aos autos. Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação à prova da autoria. De acordo com a sentença, pouco importava pesquisar se as tristes imagens foram ou não produzidas pelos pacientes (e certamente não foram), desde que evidenciado que eles, como operadores da rede BBS/Micronet, controlavam e selecionavam os documentos a serem distribuídos aos integrantes dessa rede, sendo portanto os responsáveis pela divulgação das imagens ilícitas, pois **"jamais tais imagens seriam acessadas sem antes os operadores da mencionada rede autorizarem"**. Lê-se na sentença (fls. 75 do apenso): **"falar que uma rede de computadores pode levar a que pessoas veiculem o que querem pode até ser uma verdade, entretanto quanto o acesso se dá a uma determina rede, que opera um sistema de códigos de acesso, fica demonstrado que só os operadores podem classificar e liberar aquilo que é dado como arquivo pelos usuários e para serem por estes utilizados"**. Mas, sem um exame por técnico em computação, não há como entender o funcionamento da rede operada pelos pacientes e, em consequência, concluir pela existência de um sistema de códigos que permitiria o acesso dos usuários apenas às informações liberadas pelos operadores. Tais as circunstâncias, está configurada a nulidade pela falta de requisição de exame pericial para comprovação da **autoria da infração** (art. 173-III do ECA), porquanto a imposição da medida prevista no art. 112-III (prestação de serviços à comunidade) **pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração** (art. 114).

11. Isso posto, opino pelo deferimento da ordem".

Acrescento que deferi a liminar para suspender a execução da sentença questionada e requisitei os autos do processo principal, vindos com as informações e apensados.

É o relatório.



22/09/98

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 76.689-0 PARAÍBA

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Estou em que o parecer da Procuradoria-Geral apreendeu com precisão as duas questões postas pelo caso e a ambas propôs a solução adequada.

A afirmação da criminalidade do fato não pressupõe colmatação por analogia de omissão da lei penal incriminadora, na qual o dogma da tipicidade não admite lacunas.

Não se trata, com efeito, de aplicar determinada norma a hipótese de fato nela não prevista, dada a similitude da **ratio legis**.

É que o tipo cogitado - na modalidade de "**publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente**" - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas.

Essa idoneidade parece indiscutível na inserção das fotos de sexo infantil ou juvenil em rede **BBS/Internet** de computador:



irrelevante a circunstância de o acesso à rede reclamar senha fornecida aos que nela se integrem, assim como o seria que a divulgação se fizesse por TV a cabo ou por veículo impresso endereçado apenas a assinantes.

Nem importa saber se, ao tempo do Estatuto da Criança e do Adolescente, já existia ou era do conhecimento do legislador a transmissão telemática de imagens. Uma vez que se compreenda na descrição típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode ser posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.

Correto, porém, é também o parecer da Procuradoria-Geral em reclamar prova técnica que sirva de alicerce à afirmação da autoria.

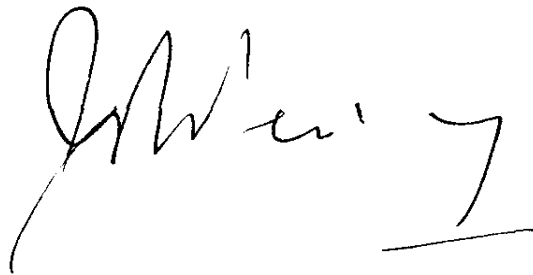
À conclusão positiva da sentença e do acórdão – que, afora a hipótese de ciência própria dos seus ilustres prolores, só tem nos autos as informações do usuário da rede, que delatou os menores, de sua vez, alegadamente obtidas de um terceiro (apenso, f. 65 e 76) – opõe-se a peremptória negativa dos pacientes, para quem a todo e qualquer usuário da rede seria dado, sem identificar-se, inserir nela as fotos questionadas e torná-las acessíveis aos demais.

É questão que aos iniciados pode parecer primária, mas que hoje ainda paira além dos conhecimentos do homem comum, mesmo do que começa a aventurar-se nos mistérios da telemática: prudente, assim, o alvitre do Ministério Público Federal, que acolho.



De tudo, defiro em parte o **habeas-corpus**, para que, anuladas as decisões, se proceda à perícia possível e a colheita das informações técnicas adequadas à verificação da autoria ou da participação dos pacientes no fato: é o meu voto.

EBS/

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'EBS', with a horizontal line underneath the final letter.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.689-0

PROCED. : PARAÍBA

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE. : WILSON FURTADO ROBERTO

PACTE. : LUIZ ALBERTO LEITE FILHO

IMPTE. : ANTONIO CARLOS MONTEIRO E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1^a. Turma, 22.09.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador