

Direito penal da *internet*

O advento de novos fatos típicos

Jorge José Lawand

Sumário

1. O impacto da *internet* no direito penal. 2. O princípio da legalidade. 3. Projetos de lei acerca da temática. 4. Comportamento da jurisprudência – decisões dos tribunais brasileiros. 5. Conclusão.

1. O impacto da internet no direito penal

A *internet* é uma inovação tecnológica que provocou inúmeras transformações nas relações jurídicas entendidas como aquelas em que uma determinada pessoa pretende de outrem um bem anteriormente convencionado por meio de algum instrumento legal, como, por exemplo, os contratos, sejam de que espécies forem: venda e compra, doação, mandato etc.

Todavia, não podemos afirmar que há apenas uma única esfera da ciência jurídica envolvida, ou seja, conforme a doutrina clássica, costuma-se dividir o direito em vários ramos a fim de ser mais bem estudado, haja vista as especificidades da relação jurídica dominante, como fica evidente quando estamos diante de um direito público e outro privado, que possuem peculiaridades próprias.

Mas isso não há de ocorrer com a *internet*. Maria Helena DINIZ (2002, p. 12-13), quando entrevistada sobre o Novo Código Civil, assim ponderou:

“Não se poderá decretar a sua velhice precoce. É verdade que *nele não estão contidas questões sobre contratos ele-*

Jorge José Lawand é Advogado, Mestre em direito pela PUC/SP, Professor de direito na Universidade São Francisco e Doutorando pela PUC-SP.

trônicos, parceria entre homossexuais, experiência científica em seres humanos, direitos difusos, pesquisa com genoma humano, clonagem humana, efeitos jurídicos decorrentes da reprodução assistida, medidas sócio-educativas aplicadas à criança e ao adolescente, relações de consumo, entre outras. *Essas e outras matérias não são objetos de estudo do Direito Civil, por pertencerem a outros ramos jurídicos.* Então, em razão de suas peculiaridades, esses temas devem ser redigidos por normas especiais. O novo Código é obra legislativa de grande importância, apesar de não ser perfeito, pois nenhuma obra humana o será. Almejar isso seria uma utopia, ou melhor, pretender o irrealizável” [Grifo nosso].

Deveras, o legislador do novo estatuto civil não poderia ser compelido a fazer a regulamentação do microsistema jurídico relativo aos tipos contratuais eletrônicos e a suas respectivas implicações jurídicas, entre outras matérias relevantes como o biodireito e a reprodução assistida.

A cada novo fenômeno jurídico, haverá necessidade de uma nova lei a fim de serem estabelecidos os parâmetros essenciais do instituto jurídico a ser pesquisado, devendo guiar-se, principalmente, subsumido aos ditames mais elementares do princípio da justiça – expresso na Constituição Federal de 1988 como a impossibilidade de serem criados tribunais de exceção e também o acesso de todos ao sistema judicial estatal – para o caso a ser resolvido entre as partes envolvidas; assim sendo, o Poder Judiciário poderá solucionar o conflito, proferindo uma decisão equânime, colmatando eventuais lacunas na lei.

Isso se deve, conforme já tivemos a oportunidade de expor (LAWAND, 2003, p. 17), ao fato de que:

“Diante da incessante evolução da economia – e sua principal consequência, a tecnologia –, proporcionou o surgimento de novos tipos de acordos

de vontade, dentro da premissa de que as relações jurídicas contratuais refletem a própria essência do direito, que é dinâmico, prospectivo, e aberto”.

Um dos veículos a ser mais utilizados na construção de uma dogmática relacionada com o direito da *internet* será a analogia. Com efeito, conforme a Lei de Introdução ao Código Civil, comumente intitulada norma das normas, ficou estipulado que, em hipótese de lacuna da lei, esta deverá ser preenchida pelo juiz que se socorrerá da analogia, costumes e princípios gerais de direito, preferencialmente nessa ordem, pois consoante Silvio de Salvo VENOSA (2003, p. 48-49):

“O juiz não pode, em hipótese alguma, deixar de proferir decisão nas causas que lhe são apresentadas. Na falta de lei que regule a matéria, recorre às fontes subsidiárias, entre as quais podemos colocar a analogia. Na realidade, a analogia não constitui propriamente uma técnica de interpretação, como a princípio possa parecer, mas verdadeira fonte do Direito, ainda que subsidiária e assim tida pelo legislador no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

E, de acordo com posicionamento por mim defendido (LAWAND, 2003, p. 35),

“Verificamos o impacto do comércio eletrônico no direito, e o aparecimento de uma nova forma contratual, utilizadores de um novo meio de comunicação, especificamente a *Internet*. Sendo um novo instrumento de comunicação, produz perplexidade no ser humano, que possui medo do que não lhe é conhecido, optando em inúmeros casos por ignorar a realidade em vez de enfrentá-la. Tudo isso traz impactos sobre a ordem jurídica vigente, vez que deverá adaptar-se à realidade que exsurge, haja vista trazer questões que por ora não se encontram devidamente resolvidas, quer a nível legal ou jurisprudencial”.

Mas, e no direito penal, qual o caminho a ser seguido? O tratamento é diferente do aplicado ao direito privado, em que os negócios jurídicos podem ser feitos seguindo a autonomia privada, a qual apenas encontra limites na ordem pública, moral e nos bons costumes.

Ao revés, na seara criminal prevalece a vontade do Estado, que prima pela indisponibilidade no tocante aos seus atos, atualmente mitigado pela lei dos juizados especiais criminais, sendo o detentor do direito de punir, por força inclusive da Constituição Federal, que preconiza vários preceitos basilares estampado em seu artigo 5º, como quando diz no inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

No direito penal, fica evidente o que STAMMLER (1925, p. 40) afirma: “Law presents itself as an external regulation of human conduct”. O crime é uma conduta que afronta a ordem dos valores de uma determinada sociedade em certo tempo e espaço, ou seja, os ilícitos podem surgir em decorrência de novas condutas, as quais ontologicamente representam perigo às liberdades individuais e coletivas, haja vista a importância dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos nos problemas advindos com a contaminação do meio ambiente por elementos poluentes, o que recebeu pronta resposta do Estado brasileiro, tendo providenciado um arquétipo legislativo tendente a estabelecer punições no sentido de serem salvaguardados os bens colocados em risco, mediante a conduta ilícita, objetivando a preservação da fauna e flora, além do direito fundamental de se viver em um ambiente sem poluição quer do ar ou água.

Deveras, podemos afirmar que um crime é a ofensa a determinado bem jurídico, como a *internet*, em que os direitos decorrentes de transações eletrônicas podem sofrer a inter-

venção de pessoas mal intencionadas, que na gíria do *e-commerce* são designados de *crackers*, utilizando-se dos dados de outrem obtidos de modo fraudulento.

Corroborando esse posicionamento, Francisco de Assis TOLEDO (1994, p. 13-14) afirma:

“A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui se entremostra o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.”

Então como solucionar essas questões diante do direito penal vigente?

2. O princípio da legalidade

É clássico no direito penal o princípio da legalidade, em que não há crime sem lei anterior que o defina.

Foi alçado a princípio constitucional, esculpido no artigo 5º, inciso XXXIX.

Daí Celso DELMANTO (2002, p. 4) ter afirmado: “Somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional”.

Logo, não há como penalizar determinada conduta anti-social sem antes estar previsto especificamente em lei devidamente aprovada segundo a regulamentação do processo legislativo constitucionalmente estipulado.

Afirmei em artigo recentemente publicado:

“A tendência verificada é de controle, que para o Direito Penal é fun-

damental pois vislumbramos como seu primado essencial o fato de que não há crime sem lei anterior que o comine, não sendo outra a postura adotada por Júlio Fabrini Mirabete, para o qual: “Exige o princípio ora em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador. Assim, é difícil, senão impossível, delimitar, por exemplo, qual o fato incriminado pelo artigo 9º da Lei de Segurança Nacional, como definido: “Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país”. Diante disso, Gustavo Testa Correa afirma: “A tecnologia digital é uma realidade, e justamente por isso estamos diante da criação de lacunas objetivas, as quais o direito tem o dever de estudar, entender e, se necessário, preencher. Com a crescente popularização da Grande Rede, evidenciamos a criação de novos conceitos sobre tradicionais valores, tais como a liberdade, a privacidade e o surgimento dos ‘crimes digitais’” (LAWAND, 2003, p. 2).

Outrossim, não podemos olvidar o fato de que a legalidade gera inúmeras consequências entre as quais: não se pode aplicar a lei retroativamente a não ser em benefício do réu, e, também quanto à analogia, anteriormente mencionada, esta sofre sérias restrições, pois no crime apenas poderá ser utilizada quando for *in bonam partem*.

Neste sentido os tribunais brasileiros vêm decidindo, conforme inclusive podemos verificar a partir do aresto abaixo colacionado:

“LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3º) – PROGRESSÃO DE REGIME – APLICAÇÃO EXTENSIVA DA LEI Nº 9.455/97 – ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* – POSSIBILIDADE – O ordenamento penal encerra um sistema racional e simétrico de normas. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal assegura tratamento igualitário, considerando inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos; o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, mantendo esse regime comum, vedou a progressão de regime aos citados crimes; o § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 assegurou aos condenados por crime de tortura a progressividade prisional. Para manter a disciplina unitária estabelecida constitucionalmente, impõe-se a aplicação analógica *in bonam partem* da Lei nº 9.455/97, estendendo a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. (TJRO – ACr 99.000044-3 – C.Crim. – Rel. Des. Dimas Fonseca – J. 11.03.1999) JCP.157.3 JCP.157 JCF.5.XLIII JCF.5”.

“EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE ATRAVÉS DE INDULTO – MEDIDA CONSIDERADA IN CASU, COMO IMPRÓPRIA – TESE MINISTERIAL INSUSTENTÁVEL – ANALOGIA “*IN BONAM PARTEM*” – REJEIÇÃO DOS EMBARGOS OPOSTOS – IMPUGNAÇÃO DE ARESTO QUE MANTEVE DECISÃO A QUO CONCESSIVA DE INDULTO, RECORRIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL – REQUER O CHEFE DO PARQUET MILITAR PREVALÊNCIA DE VOTO VENCIDO, QUE CASSAVA O DECISUM MANTIDO PELO STM – A tese embargante sustenta pela impropriedade da manutenção “*in tela*, adu-

zindo, com pertinência ao *sursis* com o qual se beneficiava o ora indultado, ter a respectiva audiência admonitória se efetivado *a posteriori* de data estabelecida no decreto tomado por base para a concessão do indulto em foco. Não medra a proposição ministerial. Na *quaestio*, se observando por ocorrência, no 1º grau, de sério *error in procedendo*, que reverteu em detrimento do condenado, acordou-se, majoritariamente, na Instância Superior Castrense, que, como modo mais justo de sanar o feito atinente, via-se no exato sentido de se manter o indulto concedido “in prima intantia, desde que, a título de analogia “in bonam partem, se verificava aplicável, in casu, tal benefício, cuja concessão se traduz como uma “indulgentia principis” adequada, indiscutivelmente, à aplicação da boa justiça. Mantido íntegro o Acórdão embargado. Decisão por maioria. (STM – Embfo 1999.01.006603-2 – PR – Rel. Min. Carlos Eduardo Cezar de Andrade – DJU 30.06.2000)”.

Entrementes, a analogia, que é uma fonte do direito imprescindível para o magistrado colmatar as lacunas porventura existentes, não pode ser livre e largamente empregada no direito penal, pois, conforme Júlio Fabrini MIRABETE (1991, p. 48):

“Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada analogia *in bonam partem*, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto no já citado artigo 4º da LICC. Ressalte-se,

porém, que só podem ser supridas as lacunas legais involuntárias: onde uma regra legal tenha caráter definitivo não há lugar para a analogia, ou seja não há possibilidade de sua aplicação *contra-legem*”.

Assim sendo, fica evidente que haverá a necessidade de serem criadas normas incriminadoras daquelas condutas contrárias ao direito vigente, que aliás represente a forma mais elementar de se fazer justiça, pois, conforme STAMMLER (1925, p. 18): “And just law is positive law, the content of which possesses the quality of justice”.

Todavia, não se trata de posição unânime, como na ciência jurídica não podia deixar de ser, haja vista a sua natureza equívoca, ou seja, há várias formas de interpretação de determinado contexto dependendo do ponto de vista a ser tomado.

Nesta esteira, Vicente GRECO FILHO (2000, p. 35) afirma:

“A Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo direito, especialmente o penal. Evoluir, sim, mas sem querer ‘correr atrás’, sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea idéia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação”.

E mais adiante, sumarizando seu pensamento:

“A conclusão, portanto, salvo demonstração em contrário, é a de que devemos deixar o direito penal em paz, porque está ele perfeitamente apto a atender à proteção dos direitos básicos das pessoas e, se houver alguma modificação a fazer, deve ser feita dentro de uma perspectiva de proteção genérica de um bem jurídico e não porque eu tenho um Pentium II de 300 Mh, disco rígido de 4 Gb, 64 Mb de memória RAM, 4 Mb de memória de

vídeo e monitor de 20". (Esqueci: e modem de 56 K, CD-ROM de 32x e scanner de 1.200 dpi, além de outros cacarecos) ”.

Todavia, a tendência atualmente é no sentido da construção de legislações padronizadas, ou seja, que abarcam a problemática como um todo, tentando prever as condutas ilícitas mais corriqueiras, pois, conforme pudemos verificar em nossa obra, já citada anteriormente: “A tendência mundial é no sentido de regulamentar, e, além disso, controlar o acesso e utilização da grande Rede, diante de uma intervenção legislativa com base na publicização do direito” (LAWAND, 2003, p. 39).

O legislador brasileiro já iniciou esse processo legiferante, doravante, com a Lei do *Software* – Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 –, que, em seus artigos 12 *usque* 14, pune aquele que violar direito de autor de programa de computador, mas que se demonstra insuficiente.

Outrossim, introduziu no Código Penal, por meio da Lei nº 9.983, de 14/07/2000, dois artigos, respectivamente, 313-A e 313-B, em que pune a inserção de dados falsos em sistemas de informação e a sua modificação ou alteração não autorizada.

Contudo, como passaremos a verificar a seguir, a partir da análise dos principais projetos de lei no Brasil, não trata propriamente dos crimes perpetrados na rede mundial dos computadores, pois na realidade são fatos típicos que não são ocasionados em um ambiente digital, em que as atividades humanas são qualificadas pelo meio tecnológico, como o videotexto, radiodifusão, CD-ROM, mas sobretudo na *internet*, onde se procede ao intercâmbio de bens físicos ou digitais (LAWAND, 2003, p. 32).

3. Projetos de lei acerca da temática

Há inúmeros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, todos tendentes a proporcionar a devida e necessária segurança jurídica de *lege ferenda*, pois muito ainda

será discutido até o ato final da tramitação – promulgação e publicação.

Na seara penal, podemos elencar os seguintes projetos em tramitação na seguinte ordem cronológica:

1) PL 1.070/1995 – Dispõe sobre crimes oriundos da divulgação de material pornográfico através de computadores.

2) PL 3.258/1997 – Dispõe sobre crimes perpetrados por meio de redes de informação, caracterizando como crime a divulgação pela *internet* e demais redes de computadores de material pornográfico, instruções para fabricação de bombas caseiras e textos que incitam e facilitam o acesso a drogas ilegais.

3) PL 3.383/1997 – Acrescenta parágrafo único ao art. 241 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo entre os crimes em espécie, com pena de reclusão e multa, quem colocar à disposição da criança e do adolescente, ou do público em geral, por meio de redes de computadores, incluindo a *internet*, sem método de controle de acesso, material que contenha descrição ou ilustração de sexo explícito, pornografia, pedofilia ou violência.

4) PL 3.493/1997 – Acrescenta artigos no Código Penal, incluindo, no capítulo dos crimes contra a privacidade, a violação da intimidade, mediante processo tecnológico, e o abuso da informática, com a divulgação de dados pessoais alheios, fichário automatizado ou banco de dados.

5) PL 4.412/1998 – Acrescenta artigos à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre crimes de abuso sexual, incluindo a pena de reclusão para quem pratica conjunção carnal, atentado violento ao pudor, ato libidinoso, incluindo na mesma pena quem persuade, induz, atrai ou coage criança e adolescente a praticar o crime.

6) PL 84/1999 – Dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências. Caracteriza como crime os ataques praticados por

hackers e *crackers*, em especial as alterações de *home pages* e a utilização indevida de senhas.

7) PL 3.891/2000 – Dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à *internet*, obrigando os provedores de serviços da *internet* a manterem registros de seus usuários, e dados referentes a cada transação atendida pelo provedor, para solucionar o problema da identificação do usuário em caso de utilização ilícita da rede, cometidas, em geral, por *hackers* ou *crackers*.

8) PL 5.460/2001 – Altera os artigos. 240 e 241 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo como crime a produção de atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual utilizando-se de adolescente em cena de sexo explícito ou simulado; agravando a pena se o crime tem como vítima a criança.

9) PL 6.384/2002 – Acrescenta artigo 232-A e parágrafo único ao artigo 239; modifica os artigos 236, 241, 242 e 243 da Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, e dá outras providências. Agrava a pena para os crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, incluindo a exploração do menor para obtenção de vantagem patrimonial e a prática de pedofilia.

10) PL 480/03 – Dispõe sobre o cadastramento dos usuários de serviços de *internet* e disponibilização de dados à autoridade policial e dá outras providências.

4. Comportamento da jurisprudência – decisões dos tribunais brasileiros

A jurisprudência brasileira tem proferido decisões, quando surgem casos relativos a crimes da *internet*, orientando-se pela base legal existente atualmente.

O magistrado, em qualquer área da ciência do direito, não pode deixar de julgar, não se aplica o *non liquet*.

Aliás, Vicente GRECO FILHO (2000, p. 35) explicita a questão do seguinte modo:

“Assim, se se questiona a pornografia, adulta ou infantil, na Rede, a

discussão não é diferente da que se discute em função da televisão, revistas e, até, simples *outdoors*. Pode ocorrer uma maior, ou menor, dificuldade de coibi-las (se for o caso), dependendo do meio, mas, como se disse com relação ao homicídio, a pornografia com abuso de crianças ou adolescentes merece incriminação, qualquer que seja o instrumento utilizado para praticá-la”.

“Isso mostra que o direito penal, em geral, está perfeitamente aparelhado na missão de coibir condutas lesivas, seja, ou não, o instrumento utilizado a informática ou a Internet ou a ‘peixeira’”.

Deveras, enquanto não houver lei própria, aplicar-se-á o direito posto, com a observância e respeito aos ditames e princípios próprios estabelecidos na ciência jurídica criminal.

A seguir colacionamos alguns acórdãos, podendo ser denotado os seguintes bens jurídicos transgredidos: concorrência desleal, fraude e estelionato, crimes relacionados ao estatuto da criança e adolescente.

“PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – FRAUDES A INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E A SEUS CLIENTES – UTILIZAÇÃO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – INTERNET – REQUISITOS DO ART. 312 – ATENDIDO – 1. Paciente em liberdade provisória. Ocorrência de novas fraudes contra instituições financeiras. Prisão Preventiva decretada. 2. Prisão Preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. 3. Ordem denegada. (TRF 1ª R. – HC 01000105586 – PA – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Olavo – DJU 07.11.2002 – p. 90)”.

“PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET

- REGISTRO - ATRIBUIÇÃO DA FAPESP - FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO, POR DELEGAÇÃO DO COMITÊ GESTOR INTERNET DO BRASIL - PRIMAZIA DO DIREITO DO PRIMEIRO REQUERENTE - INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL - SENTENÇA CONFIRMADA - I - O registro de nome de domínio ou concessão de endereço ip na rede internet é função atribuída à fapesp - Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo, por delegação do comitê gestor internet do Brasil, órgão a quem incumbe coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços internet no país, consoante os termos da portaria interministerial mct/mc nº 147/95. II - Dessa forma, diante da especificidade da matéria que encontra fundamento na Resolução nº 001, de 15.04.1998, do comitê gestor internet do Brasil, à Resolução da lide é indiferente as disposições da legislação que cuida da propriedade industrial e do registro público de empresas mercantis e atividades afins, respectivamente, Leis nºs 9.279/96 e 8.934/94. III - Assim, é de se conferir proteção judicial a quem primeiramente registrou o nome de domínio no referido órgão, que na hipótese foi a apelada. IV - Sem comprovação a alegação de prática de ilícito penal, qual seja, concorrência desleal, é de rigor a rejeição de tal pretensão. V - Recurso improvido. (TJDF - APC 20010110139208 - DF - 3ª T. Civ. - Rel. Des. Jeronymo de Souza - DJU 11.09.2002 - p. 52)".

"HABEAS CORPUS DELITOS PRATICADOS VIA INTERNET CARTÕES DE CRÉDITO CLONADOS - MATÉRIA DE PROVA IMPOSSÍVEL EXAME NOS ESTREITOS LIMITES DO WRIT - Se a verificação da ocorrência, ou não, do flagrante prepara-

do, em face da prisão de agentes, a quem são imputados vários delitos, praticados pela internet, através de cartões de crédito clonados, depende do exame das provas colhidas na instrução criminal, isso não pode ser objeto de apreciação nos estreitos limites do Habeas Corpus. Ordem denegada. (TJRJ - HC 2542/2001 - 3ª C.Crim. - Rel. Des. Índio Brasileiro Rocha - J. 30.10.2001)".

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS - APELAÇÃO CRIMINAL - PUBLICAÇÃO DA FICHA NA INTERNET - DIVERGÊNCIA COM O ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJMT - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO QUE PODE E JÁ FOI FEITA PELO PRÓPRIO SERVIDOR - CONTRADIÇÃO INEXISTENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO - O resultado do julgamento, divulgado na Internet logo após a sessão, não é ato processual, e a divergência por acaso ocorrida com o que consta do acórdão publicado no DJMT pode ser corrigida pelo próprio servidor que se equivocou, razão pela qual não devem ser conhecidos os embargos de declaração, propostos para esse fim, por ausência dos requisitos de admissibilidade. (TJMT - RED 3.746/00 - Paranatinga - 2ª C. Crim. - Rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida - J. 10.10.2001)".

"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. (STF – HC 76.689 – PB – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 06.11.1)”.

5. Conclusões

No Brasil, tramitam centenas de projetos de lei que visam regulamentar a *Internet* – Rede Mundial de Computadores, tendo sido inclusive alguns referidos por Newton de Lucca (2000, p. 66), tais como os de nº 4.102/93, 1.070/95, 1.713/96, 3.173/97, 3.483/97, 234/96 e 84/99, além daqueles citados acima referentes propriamente ao direito penal.

Tudo isso diz respeito ao direito eletrônico, o qual em última instância envolve a utilização de todos os mecanismos tecnológicos existentes, sendo o mais expressivo a Grande Rede, pelos impactos advindos com o seu surgimento, principalmente no tocante a sua instantaneidade e rapidez de es-

praimento dos mais vários tipos de informações, sejam elas comerciais, financeiras, intelectuais etc.

Por isso a necessidade de ser criado e estudado enquanto ramo autônomo, haja vista não pertencer especificamente ao direito público ou privado, pois incide em todas as esferas, seja na penal, administrativa e civil.

Todo o arcabouço jurídico deverá ser focado para as relações estabelecidas na *Internet*, já que os códigos, atualmente em vigor, dispõem sobre os instrumentos eletrônicos tradicionais como o *fax* e telefone, este último amplamente explicitado no Estatuto Civil, quando trata da formação dos contratos, tanto no anterior como o atual de 2002, que recentemente entrou em vigor, o qual, no artigo 428, inciso I, traz a expressão *meio de comunicação semelhante*.

Todavia, não podemos olvidar o fato de que o grande entrave para uma maior expansão desse meio de comunicação é a questão da segurança. Com efeito, na justificativa do Projeto de Lei 3.891/2000 está exposto o seguinte:

“Não podemos ainda nos esquecer que uma das maiores marcas deste século tem sido a globalização das quadrilhas, que passaram a atuar em rede, quer para cometimento de crimes, como extorsão, quer para comunicação e troca de informações, quer ainda para legitimar valores resultantes de seus crimes, na denominada ‘lavagem de dinheiro’. E a *Internet*, especialmente a gratuita, por dispensar, no mais das vezes, informações cadastrais, passa a criar um ambiente favorável ao desenvolvimento das atividades dessas quadrilhas”.

O legislador pátrio, preocupado com essa realidade, pretende estipular uma regulamentação para a questão, por meio do Projeto de Lei nº 3.891, de 2000, que dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à *Internet*, e mais recente-

mente o Projeto de Lei nº 6.557/2002, que estabelece obrigatoriedade de identificação para participantes com acesso a salas de encontrados virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores.

Isso visa, num primeiro momento, cercear a atuação de *hackers* e *crackers*, sendo que estes últimos representam uma ameaça maior, pois, além de adentrarem os sistemas computacionais de empresas, acabam por incidir em infrações penais, geradoras de prejuízos enormes.

O órgão legislativo atentou para esse fato, tanto que consta como uma das justificativas do Projeto 3.891/2000, afirmando "... a *internet* potencializou os danos causados pelos chamados crimes de informática, que têm por objeto sistemas e bases de dados de computadores, cometidos, em geral, por *hackers* e *crackers*".

Haverá, sem dúvida alguma, os defensores da liberdade de expressão e da liberdade na *Internet*, ou seja, o Estado não deveria intervir nas relações jurídicas que nela se estabelecem, como inclusive denotado por Tércio Sampaio FERRAZ (2001, p. 242), para quem:

"Nesses cenários, que muito têm de um 'admirável mundo novo', coloca-se o foco de luz, vindo do futuro para o presente, sobre a necessidade atual de pensar (ou repensar) o tema da liberdade, na medida em que a proteção da espontaneidade individual (livre iniciativa, sigilo) contrapõe-se ao interesse público (transparência, direito à informação, repressão ao abuso de poder) de forma imprecisa, ora pendendo para o fechamento do círculo protecionista em torno do indivíduo (sigilo bancário, sigilo de dados como garantias radicais), ora para o devassamento por meio da autoridade burocrática (legitimação de investigações administrativas sem acompanhamento ou mesmo autorização judicial)".

Percebemos, portanto, um nítido conflito entre uma ampla e irrestrita autonomia

privada frente ao poder de fiscalização do Estado, tendo em vista sopesá-los, obviamente, com os direitos constitucionais referentes à liberdade do ser humano, expostos na Constituição Federal (FERRAZ, 2001, p. 242). Trata-se na realidade do exercício do poder de polícia, que, conforme Hely Lopes MEIRELLES (1992, p. 119):

"Através de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade e o Estado lhe retribui em segurança, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem-estar geral. Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade, o Estado utiliza-se desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas, se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder".

Nessa esteira vem o PL 3.891/2002 (art. 1º), o qual "obriga os provedores de serviço adicionado de acesso a redes de computadores, inclusive à *Internet*, a manterem registro dos usuários atendidos e dos acessos por eles realizados".

Com isso, será facilitado o rastreamento da pessoa que está acessando a rede, possibilitando uma punição mais rápida e eficiente, o que no direito comparado já vem sendo realizado com sucesso.

Deveras, podemos citar o recente caso de Peter Towshend, o *pop star* do rock inglês, que está sendo processado por práticas re-

lacionadas com a pedofilia. Conforme reportado pela BBC de Londres, em 14 de janeiro de 2003, está exposto o seguinte:

“When rock star Pete Townshend gave his credit card details to view indecent images of children, for what he claims was research, he left a trail found by the police months later. The card number – which had been scrambled but was decoded by the US Postal Information Service along with thousands of others – inevitably led back to him. Now card companies are using the same method to track down those providing the pornography. Visa has an internet monitoring programme costing hundreds of thousands of pounds a year” (TRACKING the credit card trail, 2003).

Logo, a empresa de cartões de crédito está desenvolvendo uma forma tecnológica no sentido de informar às autoridades competentes aqueles indivíduos que acessam *sites* com conteúdo relacionado à pornografia infantil, cuja pena na Inglaterra é severa, tendo sido inclusive reportado que o simples fato de acessar a página, na rede mundial de computadores, como inclusive tem alegado o referido cantor em prol de sua defesa, pode levar o “curioso” às barras dos Tribunais. Perante o direito inglês, não configuraria, em princípio, crime o fato de receber, uma única vez, um *spam* por *e-mail*, o que de regra não acarretaria sérias consequências.

Outrossim, mesmo que a pessoa tenha acessado alguma coisa ilícita, e tendo apagado os vestígios de seu computador, mesmo assim há possibilidade de ser detectado o que foi acessado por meio de perícia técnica, que já vem sendo utilizada pela justiça brasileira no combate ao crime organizado.

No Brasil, não há ainda legislação adequada a respeito, devendo ser aplicado analogicamente o Código Penal, promovendo assim a integração, conforme André Franco MONTORO (2000, p. 380): “Em síntese, podemos dizer que há ‘interpretação’, em sen-

tido estrito, quando existe uma norma prevendo o caso; recorre-se à ‘integração’, quando não existe norma explícita”. E, não podemos deixar de lado, concomitantemente o Estatuto da Criança e do Adolescente, dependendo de cada caso.

Ademais, ainda na linha do projeto em tela, mesmo tendo o usuário deixado de utilizar determinado provedor, o prestador de serviços é obrigado a manter os registros por no mínimo três anos, assim poderá ser por tempo superior, nunca inferior.

O projeto é bastante detalhista no sentido de quais dados devem ser mantidos, entre os quais estatui, em seu artigo 3º, os seguintes: a identificação do usuário atendido; o horário de conexão – *login*; o horário de desconexão – *logout*; o endereço atribuído ao usuário na transação – *IP Address* – *Internet Protocol Address*; o número de telefone ou identificação de ponto de rede utilizado para efetuar a conexão, salvo impossibilidade técnica.

Um ponto relevante é a defesa da intimidade, amplamente defendido no artigo 4º, em que os “dados e informações referidos (...) são confidenciais, não podendo ser divulgados a terceiros, a qualquer título, salvo requisição judicial, na forma da lei”.

Aqui houve um certo paralelismo com a lei de interceptações telefônicas, Lei nº 9.296/96, a fim de ser evitada a configuração da denominada prova ilícita, pois, conforme o artigo 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou como objetivos não autorizados em lei”.

O nosso direito incorporou definitivamente a teoria dos direitos da personalidade, como podemos perceber pelo Novo Código Civil, que entrou em vigor em meados deste ano. Dedicou um capítulo próprio, mais propriamente nos artigos 11 ao 21.

Inclusive, toda essa temática está proporcionado aos doutrinadores uma reestruturação de conceitos, pois, de acordo com José Adércio Leite SAMPAIO (1998, p. 492-493):

“Ainda que não se aceite uma relação necessária e suficiente entre o problema da informática sobre os direitos fundamentais e a solução adotada por diversos países, com a promulgação de leis consagradoras de princípio de boas práticas de coleta e tratamento de dados, há de se registrar o impacto produzido pelas novas técnicas de informação não apenas no plano das políticas, sobretudo legislativas, que passaram a ser adotadas desde então, mas principalmente na redefinição do sentido de intimidade, de sua identificação com posturas asépticas e isolacionistas, próprias do pensamento individualista reinante no final do século passado”.

Com efeito, advém disso a inédita responsabilidade civil na *Internet*, a qual, num primeiro instante, irá se perfazer dos conceitos já existentes quanto às áreas civil, criminal e administrativa. E Antonio LAGO JUNIOR (2001, p. 40) afirma não poder ser outro o posicionamento a ser adotado, pois:

“A interação de condutas humanas ocorrida por meio da *Internet* não poderia receber um tratamento diferente. As ações recíprocas que ocorrem no espaço virtual nada mais são do que condutas humanas que, em sua grande parte, são velhas conhecidas do direito. É bem verdade que deixa de existir o convívio pessoal, e as pessoas passam a ser reconhecidas por um *login*, seus endereços físicos passam a ser substituídos por endereços lógicos etc., e é justamente por isso que causa tanta perplexidade. Mas toda e qualquer evolução tecnológica, é preciso não descuidar desse importante detalhe, ocorre em razão do homem e deve para ele voltar-se. Não haveria sentido se assim não o fosse”.

O projeto traz imposições de sanções pecuniárias para o descumprimento no tocante à manutenção dos dados e respecti-

vos registros conforme nela estipulado, além de criar o crime de divulgação de dados e informações desconforme o artigo 4º, impondo uma pena corporal de um a quatro anos de detenção, o que implica, de acordo com a nossa Lei de Execução Penal, o cumprimento inicial em regime semi-aberto, mais multa.

Mais recentemente, o projeto 3.891/2000 foi apensado ao PL 6.557/2002, tendo sido determinada a mudança do regime de tramitação da matéria para Regime de Prioridade.

O PL 6.557/2002 tem por escopo estabelecer de modo compulsório a identificação para participantes com acesso a salas de encontros virtuais e troca de imagens na Rede Mundial de Computadores – *Internet*.

A intenção do legislador está focada, consoante a sua justificativa, no fato de que: “As recentes denúncias de prática de pedofilia e violência contra menores têm importante foco nas salas de *chat*, bate-papo ou encontro virtual e troca de imagens disponibilizadas na Rede Mundial de Computadores”.

A base é a mesma do projeto anteriormente comentado, mas com vistas mais específicas, ou seja, controlar o ambiente de comunicação virtual procedido através de *chat*, muito em voga para estabelecer, por exemplo, sala de conferências virtuais, para troca de idéias e informações, e inclusive imagens.

Em suma, todos os esforços são válidos, pois, de acordo com Gustavo TestaCORREA (2000, p. 44): “... a *Internet* é um lugar propenso ao desenvolvimento de fraudes, devido, sobretudo, ao anonimato que oferece aos seus usuários e à ‘imperfeição’ dos programas de computadores utilizados para o acesso a ela e seu desenvolvimento”. E a intenção do legislador é justamente desestimular práticas ofensivas, permitindo a quebra dessa sistemática e proporcionando uma eficiente identificação daquele que perpetra atividades ilícitas num ambiente digital multifacetado, ou seja, que viabiliza o acesso a um mundo de informações em nível global, em qualquer parte do planeta.

Bibliografia

- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil: inovações. *Jornal Tribuna da Magistratura*, São Paulo, jul./ago. 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco; MARTINS, Ives Gandra Silva. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 241-247.
- GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet. *Revista Direito Mackenzie*, [S.l.], n. 1, 2000.
- LAGO JÚNIOR, Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet*. São Paulo: LTr, 2001.
- LAWAND, Jorge José. Importantes aspectos de segurança jurídica na internet. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, [S.l.], a. 2, n. 55, 2003.
- _____. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000. p. 21-100.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MIRABETE, Julio. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1991. v. 1.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- STAMMLER, Rudolf. *The theory of justice*. New York: Macmillan, 1925.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TRACKING the eredit card trail. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2656-135.stm>. Acesso em: 24 jan. 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

