

● EDUCAÇÃO

PEDOFILIA NA *INTERNET*: A LEI N.º 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008 E SUA EFETIVA APLICABILIDADE

Fernando Silvério da Cruz¹, Sueli da Consolação Silva Franco²

RESUMO: Os casos de pedofilia na *Internet* crescem a níveis assustadores nos últimos anos. Para reverter esse dado, foi criada a Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, que altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, "Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA", aprimorando o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizando aquisição, posse de material, além de outras condutas relacionadas à pedofilia na *Internet*. Entre as modificações, a tipificação da conduta de quem assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de natureza pedófila, possibilita responsabilizar o internauta que armazena este tipo de material. No entanto, existem alguns aspectos sobre a Lei que merecem uma análise mais detalhada. O objetivo deste artigo foi analisar a Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, seus efeitos no caso concreto, sua efetiva aplicação como norma de repressão no combate à pedofilia na *Internet*. A polêmica está na responsabilidade das empresas, em relação aos arquivos armazenados em suas máquinas pelos empregados, e quais atitudes podem ser tomadas para evitar uma possível repressão do Estado, além de avaliar se essas ações não infringem o direito à privacidade dos empregados. Outro ponto em discussão é se as empresas prestadoras de serviços de informática, as *Lan Houses*, os Provedores, os Portais e as Comunidades *On-line* podem ser responsabilizados pela utilização indevida de seus serviços. Por último, se o direito à liberdade de expressão e privacidade dos jovens pode ser mitigado.

Palavras-chave: Pedofilia na *Internet*. Responsabilidade empresarial. Privacidade dos empregados. Lei n.º 11.829/2008. Lei n.º 8.069/1990.

PEDOPHILIA ON THE INTERNET: LAW N.º 11.829 OF NOVEMBER 25, 2008 AND ITS EFFECTIVE APPLICABILITY

ABSTRACT: The cases of pedophilia on the Internet has risen to frightening levels in recent years. To reverse this finding, Law n.º 11.829 was created on November 25, 2008, amending Law n.º 8069 of July 13, 1990, "the Child and Adolescent Statute"- ECA", improving the fight against production, sale and distribution of child pornography and criminalizing acquisition, possession of material, as well as other behaviors related to pedophilia on the Internet. Among the changes, the characterization of the conduct of the ones who provide means or services for storing photographs, scenes or pedophile nature images as crime, as it also enables to charge the Internet user that stores this type of material. However, there are some aspects of the law that deserve a closer look. The objective of this study was to analyze Law n.º 11.829 of November 25, 2008, its effectiveness on concrete cases, its active application as repressive rule to fight pedophilia on the Internet. The controversy involves the responsibility of companies, regarding to files stored on their machines by employees, and what actions can be taken to avoid a possible State repression, and to evaluate whether these actions do not infringe the employees' right to privacy. Another point at issue is whether the companies that provide computer services, cyber cafes, Providers in general, websites and Online Communities can be held responsible for the misuse of their services. Finally, the right to freedom of expression and privacy of young people can be mitigated.

Keywords: Pedophilia on the Internet. Corporation responsibility. Employees' privacy. Law n.º 11.829/ 2008. Law n.º 8.069/ 1990.

¹ Tutor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (IFTM) *Campus* Patos de Minas, Patos de Minas, MG, Brasil. fernandosilverio@iftm.edu.br

² Discente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (IFTM) *Campus* Patos de Minas, Patos de Minas, MG, Brasil. suelimgt@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Diante da popularização e do fácil acesso à *Internet*, alguns internautas utilizam a rede como meio para praticar delitos das mais variadas espécies, causando enormes prejuízos tais como: desvios de dinheiro e divulgação de material pornográfico ou de caráter discriminatório.

No dia 25 de novembro de 2008, a sociedade brasileira passou a contar com mais um instrumento repressivo na luta contra os crimes eletrônicos: a Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008 que altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, aprimorando o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizando a aquisição, a posse de material, além de outras condutas relacionadas à pedofilia na *Internet*. Entre as modificações, a tipificação da conduta de quem assegura os meios ou os serviços para o armazenamento das fotografias, das cenas ou das imagens de natureza pedófila, cria a possibilidade de responsabilizar o internauta que armazena esse tipo de material.

A Lei provoca polêmica quanto à responsabilidade das empresas em relação aos arquivos armazenados em suas máquinas pelos empregados e, em relação às atitudes que podem ser tomadas para evitar uma possível repressão do Estado. Além de avaliar se essas ações não infringem o direito à privacidade dos empregados.

Outro ponto em discussão é se as empresas prestadoras de serviços de informática, *Lan Houses*, Provedores, Portais e Comunidades *On-line* podem ser responsabilizadas pela utilização indevida de seus serviços. Por último, se o direito à liberdade de expressão e privacidade dos jovens pode ser mitigado.

O objetivo deste artigo foi analisar a Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, seus efeitos no caso concreto, sua efetiva aplicação como norma de repressão no combate à pedofilia na *Internet*.

A INTERNET E O CRIME DE PEDOFILIA

Sabe-se da importância que a *Internet* exerce no relacionamento interpessoal, como meio facilitador da interação e comunicação. Redes sociais como o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* aproximam pessoas de diversos lugares no mundo.

Esse assunto ganha evidência jurídica, quando essa interatividade abre espaço para oportunistas que, por meio de atos ilícitos, tentam enganar os internautas inocentes em busca de vantagens pessoais.

Segundo Miranda (1999),

Uma das características mais marcantes do uso da *Internet* é sua instantaneidade, ou seja, a extrema rapidez e mesmo a fugacidade com que são mantidos os

contatos mais usuais, tal qual ocorre com as comunicações telefônicas, volatilizando-se seus registros tão logo sejam implementados tais contatos, com ainda um agravante: o usuário pode e em geral mantém-se mais facilmente no anonimato, não precisando de muitos recursos para preservar sua identidade em sigilo. Ora, naturalmente isso se afigura como um fator complicador quando o uso socialmente sadio é distorcido e o acesso à *Internet* se presta a servir de meio para a prática de condutas nocivas, algumas delas verdadeiramente criminosas. (MIRANDA, 1999, p. única).

Fundados na aparente sensação de anonimato e na popularidade da *Internet*, algumas pessoas utilizam a rede para a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos. Aliciamento, produção e difusão em larga escala de imagens de abuso sexual de crianças e adolescentes, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida e maus tratos contra animais são alguns crimes cibernéticos atentatórios a esses direitos presentes na *web*.

A pedofilia é uma das práticas criminosas que violam a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, afetando diretamente sua imagem.

Pedofilia é a designação da patologia (doença) que geralmente manifesta-se em adultos que, por sua vez, somente conseguem atingir o prazer sexual por meio de contatos com crianças ou adolescentes, contatos físicos ou visuais.

Pesquisa divulgada pelo *site* da ONG SaferNet Brasil (2008), informa que os casos de pornografia infantil são 75% dos crimes virtuais [...]. O número de investigações abertas no Ministério Público Federal (MPF) para apurar crimes na *Internet* cresceu 318% em 2008. Dos 1.975 procedimentos abertos no ano passado, 75% eram relacionados à pornografia infantil. Os outros 25% dizem respeito a crimes de intolerâncias raciais, ideológicas e *ciberbullying*, prática que consiste em humilhar alguém por meio de redes sociais, mensagens de celular e *e-mails*, entre outros. Em 2007, foram abertas 620 investigações, mas os tipos de crime não foram detalhados. De acordo com a ONG SaferNet Brasil e para o procurador da República Sérgio Suiama, que auxilia o MPF no recebimento de denúncias, [...] no ano passado foram registradas 91 mil denúncias sobre crimes cibernéticos, sendo 57,5 mil (62,3%) casos de pornografia infantil [...]. (DESTAK, 2009, p. única).

A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado que surgiu para materializar ações voltadas para o combate à pornografia infantil na *Internet* brasileira. Uma de suas principais finalidades e objetivos é desenvolver documentação, ferramentas e aplicações

de *software*, bem como realizar estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas e computacionais, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito à defesa, à orientação e à proteção dos Direitos Humanos, em especial, aos direitos das Crianças e dos Adolescentes, na Sociedade da Informação.

O Brasil carecia de políticas e de ações concretas de enfrentamento a esses fenômenos complexos que envolvem variáveis econômicas, sociais e culturais, com desdobramentos e implicações nos campos da ética, da moral, da educação, da saúde, do direito, da segurança pública, da ciência e da tecnologia. A Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008 veio suprir essa carência.

AS PRINCIPAIS MUDANÇAS PROVOCADAS PELA LEI N.º 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008

A Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, considera crime o armazenamento em computadores de material pornográfico em que apareçam crianças e adolescentes.

A nova lei também aumenta a punição para quem produzir e expuser (de 4 a 8 anos de prisão), distribuir (de 3 a 6 anos), armazenar (de 1 a 4 anos), fazer montagens e simulações e aliciar crianças e adolescentes (de 1 a 3 anos) para fins de exploração sexual.

O Art. 2.º da Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, incluiu no ECA, os seguintes Arts. 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2.º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1.º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha

cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo...

[...]

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constringer, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfico” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais... (BRASIL, 2008, p. única).

A conduta de quem produz pornografia infantil pode ser interpretada como sendo a produção de qualquer forma de pornografia envolvendo criança ou adolescente (artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 4 a 8 anos). Também pratica esse crime quem agencia, de qualquer forma, ou participa das cenas de pornografia infantil (artigo 240, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A pena deste delito é aumentada de $\frac{1}{3}$ (um terço) em diversos casos, em que o crime é mais grave (artigo 240, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Por exemplo, se o criminoso exerce função pública (professor, médico, etc.), ou se o criminoso se aproveita de relações domésticas (empregado da casa, hóspede, etc.), ou se o criminoso se aproveita de relações com a vítima (pai, mãe, tio, responsável, tutor, curador, empregador, etc.), ou se o criminoso se aproveita de relações com quem tenha autoridade sobre a vítima (pais ou responsáveis), ou se o criminoso pratica o crime com o consentimento de quem tenha autoridade sobre a vítima (pais ou responsáveis).

Outra conduta também punida é a venda de pornografia infantil considerada como sendo o ato de vender ou expor à venda, por qualquer meio (inclusive *Internet*), de foto ou vídeo de pornografia ou sexo explícito envolvendo criança ou adolescente (artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 4 a 8 anos).

O crime de divulgação de pornografia infantil seria a publicação, troca ou divulgação, por qualquer meio (inclusive *Internet*) de foto ou vídeo de pornografia ou sexo explícito envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 3 a 6 anos).

Também pratica esse crime quem (artigo 241-A, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) assegura os meios de armazenamento das fotos ou vídeos de pornografia infantil, ou seja, a empresa de *Internet* que guarda a pornografia em seus computadores para a pessoa que quer divulgar; ou que assegura o acesso à *Internet*, por qualquer meio, da pessoa que quer divulgar ou receber pornografia infantil.

Entretanto, os responsáveis pelo acesso à *Internet* somente podem ser culpados pelo crime se não cortarem o acesso à pornografia infantil, após uma denúncia e uma notificação oficial. Assim, em caso de verificação de pornografia infantil na *Internet*, devemos comunicar ao Ministério Público (Promotor de Justiça), à Polícia ou ao Conselho Tutelar, para que seja feita a notificação sobre a pornografia infantil (artigo 241-A, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Acrescenta-se, também, como crime, a posse de pornografia infantil que é ter em seu poder (no computador, *pen-drive*, em casa, etc.) foto, vídeo ou qualquer meio de registro contendo pornografia ou sexo explícito envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 1 a 4 anos).

Pune-se, ainda, o crime de produção de pornografia infantil simulada (montagem), sendo todo ato de produzir pornografia simulando a participação de criança ou adolescente, por meio de montagem, adulteração ou modificação de foto, vídeo ou outra forma de representação visual (artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 1 a 3 anos).

A lei tipificou, também, como crime, o aliciamento de criança, entendendo que o ato de aliciar, assediar, instigar ou constranger a criança (menor de 12 anos de idade), por qualquer meio de comunicação (pessoalmente ou a distância: pelo telefone, *Internet*, etc.), a praticar atos libidinosos, ou seja, passa a ser crime convidar ou “cantar” uma criança para relação libidinoso (sexo, beijos, carícias, etc.). É muito comum esse tipo de assédio pela *Internet*, por meio de salas de bate-papo (*chats*) ou programas de relacionamento. (artigo 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente – pena de 1 a 3 anos).

Também pratica esse crime quem (artigo 241-D, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente) facilita ou induz a criança a ter acesso à pornografia para estimulá-la a praticar atos libidinosos (sexo), ou seja, mostra pornografia à criança para criar o interesse sexual e depois praticar o ato libidinoso; ou estimula, pede ou constrange a criança a se exibir de forma pornográfica. O caso mais comum é o do criminoso pedófilo que pede a criança para se mostrar nua, seminua ou em poses eróticas diante de

uma *webcam* (câmera de *Internet*), ou mesmo pessoalmente.

Por fim, em seu artigo 241-E, a nova Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008 define a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfico” como sendo aquela que registra “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Abusar sexualmente de uma criança é atingir todos os seus direitos. A prática da pedofilia é considerada um desrespeito ao seu direito à saúde (uma vez que agredida fisicamente pelo abuso sexual), à vida, à dignidade, ao respeito e à liberdade. A criança que é vítima de pedofilia tem atacada drasticamente sua autoestima, via de regra se torna depressiva e apresenta sequelas para toda a vida, tendo atingidos, pois, seus direitos à saúde (também mental), à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura. Além disso, as estatísticas mostram que há enorme tendência de que o abusado na infância se torne um abusador na idade adulta.

A tipificação dessas condutas possibilitou os órgãos do poder judiciário punir as pessoas que praticam esse delito penal.

ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI N.º 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008

A referida Lei provoca polêmica quanto à responsabilidade das empresas em relação aos arquivos armazenados em suas máquinas pelos empregados. As empresas podem monitorar as correspondências eletrônicas de seus funcionários?

Primeiramente, os meios de comunicação, digitais ou impressos, estão protegidos pelo sigilo profissional, à luz do art. 5, incisos X e XII da Constituição da República Federativa do Brasil - CF/1988.

[...] Art. 5, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...] inciso XII - é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal... (PINTO; WINDT e CÉSPEDES, 2009, p. 8).

Esse inciso garante a privacidade das pessoas e faz parte do Título II da CF/1988 que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Segundo a doutrina mais

clássica, os Princípios da privacidade e da intimidade são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser modificados ou suprimidos por nenhuma outra norma.

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, regula o inciso XII, parte final, do art. 5º CF/1988.

[...] Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa... (PINTO; WINDT e CÉSPEDES, 2009, p. 1604).

A tipificação dessa conduta como crime, assegura o cumprimento desse direito e reprime qualquer violação.

Além do exposto, foi sumulada pelo STF a presunção de culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, ou seja, a empresa proprietária das máquinas ou mantenedora do serviço de *Internet*, da conta que permite a conexão e empregadora de quem está navegando ou mandando material pornográfico, é responsável pelos atos dessa pessoa.

“Súmula 341: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Nesse sentido, existe um entendimento de que seja direito do empregador o controle dos dados acessados pelos trabalhadores nas máquinas da empresa.

O Art. 2.º do Decreto-lei n.º 5.452/43, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, prevê o Princípio do poder diretivo do empregador para dirigir a prestação de serviço dos seus empregados, podendo regular como se utilizarão os recursos da empresa no ambiente de trabalho. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (grifo nosso).

Outro ponto que deve ser levado em conta é o Art. 444 do Decreto-lei n.º 5.452/43, por permitir que as empresas estipulem em seus contratos de trabalho o monitoramento das correspondências eletrônicas nos equipamentos da empresa, por meio do livre acordo.

[...] Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes [...] (PINTO; WINDT e CÉSPEDES, 2009, p. 907).

O monitoramento formal do *e-mail* do empregado faz parte do poder diretivo do empregador, ou seja, é mais do que viável que o empregador estabele-

ça os limites, seja por meio de bloqueio da página do provedor do *e-mail* do empregado, seja simplesmente proibindo o acesso durante a jornada de trabalho.

Segundo corrente doutrinária, não há ilicitude no ato da empresa que acessa caixa de correio eletrônico corporativo de empregado. Com esse entendimento, a 7ª Turma do TST (2008), (Número Único Proc.: AIRR - 1542/2005-055-02-40 Publicação: DJ - 06/06/2008), rejeitou agravo de instrumento de trabalhador contra decisão que manteve sua demissão por justa causa, por entender que, se ele utiliza o *e-mail* corporativo para assuntos particulares.

[...] Conforme o julgado, o acesso da caixa de mensagens eletrônicas, pelo empregador não representa violação de correspondência pessoal nem de privacidade ou intimidade do empregado, pois se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pela empresa para utilização no trabalho. A decisão do TST deve balizar a jurisprudência nacional [...].

[...] Segundo o relator do agravo no TST, ministro Ives Gandra Martins Filho, “o *e-mail* corporativo não se enquadra nas hipóteses previstas nos incisos X e XII do artigo 5.º da Constituição Federal (que tratam, respectivamente, da inviolabilidade da intimidade e do sigilo de correspondência), pois é uma ferramenta de trabalho” [...]. 7ª Turma do TST [...]. (Número Único Proc.: AIRR - 1542/2005-055-02-40 Publicação: DJ - 06/06/2008).

O ministro relata que o empregado deve utilizar o correio eletrônico da empresa de forma adequada e respeitando os fins a que se destina, porque, como assinante do provedor de acesso à *Internet*, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei.

Outro aspecto que também merece reflexão é a probabilidade que a nova Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, cria de punir as empresas de *lan house* e *cybercafé*, pela utilização ilegal de seus serviços.

A rotatividade dos usuários, a falsificação na identificação cadastral, a localização da residência do infrator e, o mais importante, a necessidade de capitalizar o negócio, criam nas *lan houses* e *cybercafé*s ambientes propícios para ação de criminosos, disfarçados em usuários normais.

Como consequência, a doutrina entende que o ECA defere ao Juiz a incumbência de poder de polícia na fiscalização de tais empresas. O empresário que permite a presença de menores em seus estabelecimentos deve se resguardar adotando os procedimentos necessários para obtenção do Alvará de Autorização. A diretriz é a do art. 149 do ECA:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

[...] d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;

E ainda:

§ 1.º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo. (PINTO; WINDT e CÉSPEDES, 2009, p. 1056).

A expressão “diversões eletrônicas” deve ter uma interpretação extensiva, pois o ECA é dos anos 1990 e, portanto, a *Internet* e os serviços prestados pelas *lan houses* e *cybercafés* não tinham ainda a popularidade que possuem atualmente. De acordo com Araújo (2008), em artigo publicado no *site Jus Navigandi* do dia 13 dezembro de 2008, foi o que fizeram os Juizes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro, em 2003, quando editaram a Portaria Conjunta n.º 001, atualmente, tacitamente revogada por força da Resolução Q2/06 do Conselho da Magistratura daquele estado. Mas foi ali que se estabeleceu, já no Art. 1.º da ordem, que eram proibidas a entrada e a permanência de criança ou adolescente, desacompanhado de responsável, salvo mediante alvará judicial, em casas que explorem comercialmente diversões eletrônicas, fliperamas, que utilizam computadores com acesso a redes do tipo BBS, *Internet*, *Intranet* e similares, parques temáticos, de diversões, aquáticos, de brinquedos eletromecânicos, kartódromo e similares.

A especificação impediu o falacioso argumento de que *lan houses* não se enquadrariam na letra do Art. 149.

A Resolução 30/06 do mesmo Conselho da Magistratura reinstituíu a possibilidade de edição de portarias normativas, apenas exigindo determinados ritos que dessem ao procedimento, dentro de limites, caráter de contraditório. Por isso realizam-se audiências públicas, o Ministério Público não só fiscaliza, mas também participa do processo, com sugestões. Com tais parâmetros a Juíza Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Teresópolis, foi pioneira na edição de nova portaria sobre o tema. É a de n.º 03/2006, baixada em Processo autuado como Pedido de Providências e tombado como “Procedimento para edição de Portaria Normativa”, sob o n.º 2006.061.006391-2. Ocorreu recurso do Ministério Público contra a decisão,

mas esta foi mantida pela 2ª Instância. Rejeitados o Especial e o Extraordinário, ocorreram Agravos ao STJ, que decidiu pela subida do Especial. Aguarda-se decisão. Mas este é outro debate.

O que nos interessa aqui são as disposições da Portaria inovadora, que revelam as cautelas exigidas do proprietário de *lan house* ou similar, que pretenda a presença de crianças e adolescentes desacompanhados em seu estabelecimento. Inicialmente, a Portaria reproduz a disposição do artigo 1.º da Portaria Conjunta 01/2003, fazendo a mesma leitura necessariamente ampliada do art. 149. No Art. 4.º, são estabelecidos os deveres dos estabelecimentos onde houver ingresso de menores, acompanhados ou não. Dentre eles:

XI - no caso de *Lan Houses* e similares, fica proibido o acesso de quem quer que seja a *sítios* eróticos, pornográficos, de divulgação ou apologia de atividades ilícitas, e de propaganda de substâncias que possam causar qualquer tipo de dependência [...]. (ARAÚJO, 2008, p. única).

Estudiosos do direito, resguardados pelo Princípio da prevalência do interesse público social sobre o direito à vida privada, entendem haver uma superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e do asseguarmento desse último (grifo nosso).

Será na inter-relação deste princípio com o direito à vida privada que encontraremos algumas prescrições positivas pela CF/1988 que relativizam a exclusividade do recato da privacidade.

Caso típico dessa espécie de prescrição está contido nos artigos: 136 § 1.º, I, alínea “b”, e no art. 139, III ambos da CF/1988. Eles asseveram que, havendo necessidade de defender o estado e as Instituições Democráticas, podem ser criadas restrições ao sigilo de correspondência e à inviolabilidade das comunicações.

Com efeito, em se tratando de segurança nacional, o indivíduo não pode se opor a que sua vida privada sofra ingerências.

Outra situação surge no art. 197 da CF/1988 que eleva à categoria de “relevância pública as ações e serviços de saúde”.

Nesse particular, o controle do conteúdo acessado na *Internet* pelas crianças é dever imediato de seus responsáveis e mediato dos órgãos públicos encarregados de assegurar os direitos da criança e do adolescente.

A análise do direito comparado reforça a ideia de relatividade dessas inviolabilidades. “O art. 72 da Constituição do Reino da Dinamarca, promulgada em 5/6/1953, expressamente prevê que qualquer violação do segredo de correspondência postal, telegráfica e telefônica somente poderá ocorrer se nenhuma

lei justificar exceção particular, após decisão judicial” (MORAES, 2007, p. 53).

Finalizando, discute-se o direito à privacidade da criança e do adolescente, segundo o artigo publicado no Portal de Notícias da GLOBO.

Um britânico de 38 anos foi condenado a quatro anos e meio de prisão na Inglaterra, no final de agosto, por manter um relacionamento com uma garota de 15 anos. A relação entre os dois foi descoberta depois que o pai da adolescente tomou uma atitude considerada polêmica: instalou um *software* espião no computador usado pela jovem, para monitorar sua navegação e conversas no ambiente virtual.

Segundo o site “The Register”, Nicholas Lovell foi técnico de hóquei da adolescente em 2006. O relacionamento entre os dois causou preocupação entre os familiares e Lovell concordou em assinar um termo na polícia, segundo o qual se comprometia em ficar longe da garota. O técnico mora em Guildford (Surrey, Inglaterra), e a jovem não teve seu nome divulgado por ser menor de idade. Apesar do termo, os pais da adolescente continuaram preocupados quando a filha se afastou e começou a mentir, diz o “Register”. Foi então que decidiram instalar o *software* espião no computador usado em casa, que monitorou *e-mails* e conversas instantâneas entre a garota e Lovell. Essas informações foram usadas como evidência de que o treinador não estava cumprindo o acordo que determinava distância da jovem.

O homem foi acusado pelo tribunal de Reading Crown de manter relações sexuais com uma menor de idade, mas negou as acusações. Segundo um jornal local, que acompanhou o caso, o treinador tentou colocar a culpa de seus atos na adolescente.

Esse mesmo jornal, citado pelo “Register”, entrevistou o pai da garota, que também não teve seu nome divulgado. “Antes disso acontecer, ela me contava tudo. Mas então se afastou e começou a dizer que estaria em lugares onde na verdade não estava”, disse. (G1, 2008, p. única).

Na CF/1988, a liberdade de informação, guardadas as particularidades de cada qual, está explicitada, não só nos seguintes incisos do Art. 5.º IV (liberdade de pensamento); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação), mas também, no Art. 220 § 1.º (liberdade de informação propriamente dita).

A regra contida no Art. 220 § 1.º, em particular, deve ser interpretada com temperamento, de forma sistemática e integrativa junto a outros princípios constitucionais.

Como vimos anteriormente, o direito ao resguardo da vida privada é regido, em uma de suas ma-

nifestações, pelo princípio da intimidade. Ora, o parágrafo primeiro do citado artigo 220 agasalhou, dentre outras, o respeito à privacidade do indivíduo como uma das limitações à liberdade de informação.

Disso decorre que, tomadas em si, a privacidade não é limitada pelo direito à informação.

Outra, porém, seria a solução se essa liberdade viesse impregnada de relevante interesse social, ocasião em que, consoantes vetores internos ao próprio ordenamento, o direito à vida privada, por subsunção hierárquica, deveria ser afastado em detrimento do interesse público-social de liberdade de informação plenamente identificado e definido.

Não se trata de uma *aporia* “igualdade de conclusões contraditórias” entre os princípios, mas, ao contrário, cuida-se da otimização desses jogos de princípios visando à ponderação de conflitos entre direitos fundamentais. As doutrinas pátrias e estrangeiras têm dado grande relevo ao princípio da proporcionalidade como fator e instrumento de interpretação na busca de solução conciliatória (grifo nosso).

Esses são alguns pontos que merecem uma reflexão mais profunda por parte dos operadores do direito.

Pedofilia na internet X Marco Civil: Incoerências e Desacordos entre as Leis 11.829/2008 e 12.965/2014

A Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida popularmente como Marco Civil na Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Entre suas normativas podemos destacar:

Art. 18. O provedor de conexão à *Internet* não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *Internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014, p. única).

Antes da normatização dessa Lei, os provedores podiam ser punidos por conteúdo gerado por terceiros sempre que se recusassem a retirar de circulação o conteúdo ofensivo a pedido do ofendido.

A nova regra obriga a parte ofendida recorrer primeiro ao Judiciário e só permite a responsabili-

zação do provedor em caso de descumprimento de ordem judicial. Nota-se que a proteção conferida aos provedores e *websites* pelo art. 19 da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, entra em conflito direto com o previsto na CF/1988.

Conforme previsto no artigo 5.º, X, da CF/1988, todo cidadão tem direito à honra e à preservação de sua imagem e, logo, tem o direito de exigir de um provedor de *Internet* que ele retire de circulação qualquer conteúdo ofensivo. Caso o provedor não o atenda, pode se tornar corresponsável pela circulação da ofensa e deve ser responsabilizado.

O Marco Civil da *Internet*, sancionado na forma da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, concretizou um grande avanço no sentido de garantir uma maior segurança nas relações na rede mundial de computadores, muito embora tenha, em muitos pontos, apontado somente diretrizes, sendo necessárias futuras regulamentações.

A Lei inovou de forma positiva quanto à responsabilidade civil dos provedores ao primar por garantir a liberdade de expressão e impedir censura, sendo que estabeleceu em seu Art. 19 que os provedores de aplicações de *Internet* só serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros na hipótese de, após determinação judicial, não promoverem as devidas medidas pertinentes. Assim, os provedores somente serão obrigados a promover a retirada de determinado conteúdo publicado na rede, mediante ordem judicial e se não o fizer no prazo estipulado poderão ser responsabilizados.

Tal normatização contraria o entendimento do judiciário que se posicionava no sentido de que os provedores teriam até 24 horas, a contar do recebimento da notificação extrajudicial da pessoa ofendida, para retirar a publicação da rede.

Quanto aos casos de configurem claramente crime, como pedofilia, os provedores estarão obrigados a retirar o conteúdo ofensivo, após simples pedido extrajudicial para tanto (Art. 21). Devido à velocidade com que os dados se espalham pela rede, é necessária uma maior celeridade para a retirada de tal tipo de conteúdo da rede, com a finalidade de diminuir e/ou evitar o agravamento do dano.

Não obstante a flexibilização da responsabilidade civil dos provedores sobre o conteúdo armazenado por seus usuários, há de se observar que tal lei não afasta a responsabilidade criminal prevista na Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, que trata dos crimes de pedofilia na *Internet*. Trata-se de leis distintas, mas que juntas coadunam com o mesmo objetivo.

A lei do Marco Civil da *Internet*, apesar de ser uma lei nova, representa um grande avanço no sentido de reconhecer a importância da *Internet* e, também, a existência de direitos e obrigações dentro da rede mundial de computadores, mas que ainda está em construção, pois a jurisprudência e as opiniões não estão totalmente formadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008, é considerada por especialistas como o principal avanço ocorrido nos últimos anos, no combate à pedofilia na *Internet*. Com ela, podem-se punir as condutas ilegais para as quais, antes, não havia tipificação.

A Lei inova na medida em que criminaliza a produção, a venda e a distribuição de pornografia infantil, bem como tipifica a aquisição, a posse de material, além de outras condutas relacionadas à pedofilia na *Internet*.

Entre as modificações, a conduta de quem assegura os meios ou os serviços para o armazenamento das fotografias, das cenas ou das imagens de natureza pedófila, inova criando a possibilidade de responsabilizar o internauta que armazena esse tipo de material.

A discussão em torno da Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008 está na aplicação das normas e seus efeitos quanto à responsabilidade das empresas, em relação aos arquivos armazenados em suas máquinas pelos empregados e quais as atitudes que podem ser tomadas para evitar uma possível repressão do Estado. Além de avaliar se essas ações, não infringem o direito à privacidade dos empregados.

A doutrina e a jurisprudência não está pacificada. Existe uma corrente que entende que o empregado tem o direito à privacidade e à intimidade de seus dados garantidos pela constituição, e que a empresa seria responsabilizada pelos atos culposos de seus empregados.

Porém, temos também posicionamentos que fundamentam o direito da empresa de regulamentar e até fiscalizar os dados de seus empregados nas máquinas e serviços eletrônicos disponibilizados a eles para uso em serviço. Entendemos ser o posicionamento mais correto.

A empresa tem o poder diretivo de dirigir a prestação de serviço dos seus empregados, podendo regular como utilizarão seus recursos no ambiente de trabalho. Além disso, esta pode negociar previamente a estipulação de normas e regulamentos para o uso de seus equipamentos e seus serviços, conforme dispõem o artigo 444 do Decreto-lei n.º 5.452/43.

Outro ponto em discussão é quanto às empresas prestadoras de serviços de informática, *Lan Houses*, Provedores, Portais e Comunidades *On-line*, se podem ser responsabilizados pelo uso indevido de seus serviços.

Acompanhando a opinião de parte da doutrina, entendemos que a empresa é responsável por todos os dados e imagens visualizados ou baixados pelos usuários em seus equipamentos e que a presença de menores deve ser monitorada conforme dispõem portaria dos juizados especiais.

Ainda, os usuários de equipamentos em empresas prestadoras de serviços de informática, principalmente os menores, não podem basear-se no direito à privacidade e à intimidade para praticar atos ilegais.

No entanto, temos defensores da ideia de que a empresa não deve ser responsabilizada pelos atos praticados por terceiros e que o direito à liberdade de expressão e privacidade dos jovens não pode ser mitigado.

Como vimos, ainda está longe a pacificação desses assuntos. O tema demanda ainda muitas pesquisas e análises por parte dos doutrinadores, pois somente assim a aplicação da Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008 proporcionará a efetiva proteção contra a pedofilia na *Internet*.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, D. C. de. Regina Casé, as lan-houses e o ECA. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1991, 13 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12073>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 28 nov. 2014.

BRASIL. *Lei n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008*. Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DESTAK. Casos de pornografia infantil são 75% dos crimes virtuais. *SaferNet Brasil*, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.safernet.com.br/site/noticias/casos-pornografia-infantil-s%C3%A3-75-dos-crimes-virtuais>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

ACÓRDÃO pai usa *software* espião para descobrir namoro secreto da filha. *G1*: o portal de notícias da Globo, São Paulo, set. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL754617-6174,00-PAI+USA+SOFTWARE+ESPIAO+PARA+DESCOBRIR+NAMORO+SECRETO+DA+FILHA.html>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

MIRANDA, M. B. Abordagem dinâmica aos crimes via internet. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1828>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

MIRANDA, R. R. de. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Direito, 1996.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PINTO, A. L. de T.; WINDT, M. C. V. dos S.; CÉSPEDES, L. *Vade Mecum*: obra coletiva de autoria da editora Saraiva. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÕES, F. S. de Q. Internet: direito do empregado x interesse do empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3049>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

TST. Acórdão inteiro teor número único proc.: AIRR - 1542/2005-055-02-40. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2189474/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1640408620035010051-164040-8620035010051/inteiro-teor-10418662>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

