



UNIAnchieta

Revista de

DIRRETTO PENNAL E PROCCESSO PENNAL

ISSN 2674-6093

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Penal e Processo Penal ISSN 2674-6093, v. 4, n. 1, jan./jun. 2022

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Carlos Roberto Juliano Longo

Diretor Acadêmico

Profa. Dra. Ana Carolina Antunes Naime

Coordenadora Geral de Graduação

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. João Carlos José Martinelli (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Luiz Gustavo Fernandes (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Ma. Monika Padilha (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Faculdade de Direito Padre Anchieta, Tribunal de Justiça de SP)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (PUC/SP, USF e Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Jefferson Barbin Torelli (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

SUMÁRIO

Editorial.....	04
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>
Segurança Alimentar (Food Safety) e Políticas Públicas Preventivas e Repressivas às Zoonoses: As Epidemias e as Pandemias.....	06
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
Autoria Mediata por Meio de Aparatos Organizados de Poder	22
	<i>Edfre Rudyard da Silva</i>
Cibercrimes e o Enfrentamento Legislativo para Ocupar Espaços “Desconhecidos”: o Digital, os Eletrônicos e AaInternet.....	39
	<i>Vinícius da Silva Santos</i>
A Adesão do Brasil à Convenção de Budapeste e os Impactos para a Produção de Provas Digitais.....	55
	<i>Marcos De Lucca Fonseca e Juliana Caramigo Gennarini</i>
Liberdade de Expressão e as Redes Sociais: Tutela Penal da Honra e o Discurso de Ódio	71
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>

APRESENTAÇÃO

Esta é a sexta edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Direito Processual Penal do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

A edição conta com a participação do corpo docente e discente da FADIPA. Essa cooperação tem afirmado o compromisso da FADIPA – UNIANCHIETA, em especial, da atual gestão da coordenação acadêmica do curso de Direito, com a produção acadêmica e desenvolvimento em pesquisa dos docentes e discentes, o que a consolida com iniciativas de vanguarda educacional.

Apresentamos os artigos científicos desta edição:

O primeiro artigo, intitulado “Segurança alimentar (food safety) e políticas públicas preventivas e repressivas às zoonoses: As epidemias e as pandemias”, foi escrito por Sebastião Augusto de Camargo Pujol, Delegado da Polícia Federal. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade de Direito - FADIPA do UNIANCHIETA. O artigo traz uma reflexão acerca das viroses, zoonoses e infecções pandêmicas, sob a perspectiva do conceito de saúde, unificando as noções de saúde dos seres humanos, saúde dos animais não humanos e o meio ambiente. Também é analisada a questão dos hábitos alimentares e a juridicidade da eventual intervenção estatal proibitiva do consumo de proteínas de determinados animais silvestres, em nome da segurança alimentar, sob o viés do *food safety*.

O segundo artigo foi escrito por Edfre Rudyard da Silva, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal, professor universitário e autor de obras, sendo intitulado “Autoria Mediata por Meio de Aparatos Organizados de Poder”. O estudo busca, num primeiro momento, identificar a evolução do conceito de autoria, diferenciando-o da participação, a análise da teoria do domínio do fato de Hanz Welzel até alcançar os elementos indispensáveis da teoria de Roxin.

O terceiro artigo foi escrito pelo ex-aluno da FADIPA, Vinícius da Silva Santos, advogado e Pós-graduado em Direito e Processo Penal, no qual aborda “Cibercrime e o Enfrentamento Legislativo para Ocupar Espaços ‘Desconhecidos’: O Digital, os Eletrônicos e a Internet”. O autor faz uma análise objetiva quanto ao tema dos crimes cibernéticos, apresentando alguns conceitos objetivos, breve análise do comportamento social diante de uma mudança tecnológica que traz desafios legislativos e como as vulnerabilidades do mundo virtual e dos usuários impactam no mundo real.

O quarto artigo, intitulado “A Adesão do Brasil à Convenção de Budapeste e os Impactos para a Produção de Provas Digitais” foi escrito pelo acadêmico Marcos de Lucca Fonseca em conjunto com a professora da FADIPA Juliana Caramigo Gennarini. Marcos é aluno dedicado no curso de Direito, com grande interesse na disciplina de Direito Penal e suas interdisciplinaridades. O artigo abordará os impactos que a Convenção de Budapeste tem para a produção de provas no ambiente digital, visando a coibir o Cibercrime, após aprovação do Congresso Nacional em 15 de dezembro de 2021.

O quinto e último artigo desta edição foi escrito por Juliana Caramigo Gennarini, professora da FADIPA, Coordenadora adjunta do curso de Direito e Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal, ambos do Centro Universitário Padre Anchieta, com o título “Liberdade de Expressão e as Redes Sociais: Tutela Penal da Honra e o Discurso de Ódio”. No texto, a autora analisa a liberdade de expressão, decorrente do direito constitucional da livre manifestação do pensamento e de opinião, conforme artigo 5, incisos IV, V, IX e X da Constituição Federal, em meio as novas tecnologias de comunicação (redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e de relacionamento) empregadas na sociedade moderna, sua definição, limites e possibilidade da tutela penal àqueles que foram ofendidos por meio do exercício da livre opinião. O assunto tem tomado proporções de grande vulto atualmente, tendo em vista a pluralidade da sociedade brasileira e as inovações tecnológicas colocadas à disposição dos indivíduos.

Jundiaí, 02 de outubro de 2021.

Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal da FADIPA

SEGURANÇA ALIMENTAR (FOOD SAFETY) E POLÍTICAS PÚBLICAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS ÀS ZOOSE: AS EPIDEMIAS E AS PANDEMIAS

Sebastião Augusto de Camargo Pujol¹

RESUMO

Este artigo tem por *objetivo* analisar a questão das viroses, zoonoses e infecções pandêmicas, sob a perspectiva do conceito de saúde única em que são unificadas as noções de saúde dos seres humanos, saúde dos animais não humanos e o meio ambiente. Também é analisada a questão dos hábitos alimentares e a juridicidade da eventual intervenção estatal proibitiva do consumo de proteínas de determinados animais silvestres, em nome da segurança alimentar, sob o viés do *food safety*. A *metodologia* adotada neste artigo científico consiste na revisão bibliográfica, complementada pela investigação científica da dogmática jurídico-penal e a investigação científica zetética, com apoio nos conhecimentos epistêmicos das ciências biológicas. É adequada a aplicação de normas penais incriminadoras para reforçar a inibição e prevenção a condutas que coloquem em risco a saúde pública e bens jurídicos ambientais supraindividuais, notadamente o tráfico ilícito de animais silvestres

PALAVRAS-CHAVE: viroses, infecções, zoonoses, segurança alimentar, bens jurídicos ambientais supraindividuais, saúde pública e incidência penal.

ABSTRACT

¹ Delegado da Polícia Federal. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor

This article *aims* to analyze the issue of viruses, zoonoses and pandemic infections from the perspective of the concept of one health in which the notions of health of humans, health of non-human animals and the environment are unified. Also analyzed is the issue of eating habits and the legality of possible state intervention prohibiting the consumption of certain wild animal proteins in the name of food safety from the standpoint of food safety. A *methodology* adopted in this scientific article consists of a bibliographic review complemented by the scientific investigation of legal-penal dogma and zetethical scientific investigation with support from the epistemic knowledge of the biological sciences. The penal code application is adequate to reinforce the inhibition and prevention of conducts that endanger public health and supra-individual environmental legal goods, notably the illegal trafficking of wild animals.

KEY WORDS: viruses, infections, zoonoses, food safety, supra-individual environmental legal assets, public health and penal incidence.

INTRODUÇÃO

Os alertas sobre os riscos de novas epidemias ou pandemias a serem causadas por zoonoses têm sido noticiados por especialistas e cientistas há décadas. A segurança alimentar (*food security*) tem sido – para além de um direito fundamental – um problema de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo poder público.

Países com superpopulações, como a China, com mais de um bilhão de habitantes, têm que garantir a distribuição de proteína à sua

licenciado da Faculdade de Direito - FADIPA do UNIANCHIETA.

população. Por conta disso, alguns Estados toleram o consumo de carne proveniente de animais selvagens. É o caso da China, que sempre tolerou a realização de feiras livres para mercancia e consumo de carne de animais selvagens.

Essas “feiras de molhados” exibem animais selvagens comprimidos em espaços reduzidos, repleto de fezes e sangue, oriundo de abates para venda de “carnes frescas”. Esse ambiente não higienizado é favorável à proliferação de microrganismos, bactérias e vírus.

Tais hábitos alimentares são propícios ao surgimento de epidemias ou pandemias oriundas de zoonoses. A história da civilização é repleta de relatos de trágicas infecções causadas por viroses transmitidas por animais selvagens e domésticos. Essa tradição cultural pode comprometer a segurança alimentar (*food safety*).

O quadro da atual pandemia do novo coronavírus, causado pelo vírus SarsCov-02, corresponde a um momento dramático global em que milhões de pessoas foram infectados por uma virose respiratória, originada pela transmissão de morcegos, que foram capturados em cavernas e depois disso foram comercializados e consumidos em feiras livres em cidades da China.

Hoje em dia, há um consenso tanto no âmbito interno como na perspectiva internacional quanto à necessidade de políticas públicas preventivas às zoonoses. Nada obstante, o que se vê é um verdadeiro fracasso dessas ações governamentais na detecção e prevenção às zoonoses.

Os mecanismos protetivos sanitários internacional e nacional – ainda que na perspectiva de saúde única² – não se mostraram eficazes para evitar a intercorrência do *spillover*³ de inúmeras zoonoses.

O **objetivo deste artigo** é apresentar uma ponderada análise conjuntural dos riscos de zoonoses, abordando a questão da segurança alimentar e a tutela penal da saúde sanitária no que se refere à proibição da mercancia de animais silvestres e os riscos dessa atividade ilícita no que se refere ao perigo para a saúde ou integridade humana.

A Constituição Federal da República de 1988 estabelece no artigo 23, inciso VIII, que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.

E mais ainda. A Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 200, inciso II, que ao sistema único de saúde, SUS, compete, dentre outras atribuições, executar as ações de

² Saúde Única ou *One Health* é noção que unifica as noções de saúde humana, saúde animal e meio ambiente

³ Contágio

vigilância sanitária e epidemiológica. E de acordo com o artigo 30, incisos I e II, da CF/1988, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

No âmbito da legislação federal infraconstitucional convém pôr de resalto o disposto em 02 (duas) leis ordinárias, a dizer: a Lei ordinária 8.171 de 17.01.1991, que ao dispor sobre a política agrícola estabelece importantes disposições sobre a defesa agropecuária e ações de epidemiologia; e a Lei ordinária 8.080 de 19.09.1990, conhecida como *Lei Orgânica da Saúde*, que estabelece a inclusão na execução de ações de vigilância epidemiológica no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS.

Os 27 (vinte e sete) entes subnacionais e os 5.570 (cinco mil e quinhentos e setenta municípios) possuem, também, leis estaduais, lei distrital e leis municipais versando sobre defesa agropecuária e sistemas de vigilância epidemiológica.

Nada obstante a persistente existência de sistemas de defesa agropecuária e de vigilância epidemiológica, estabelecendo controles formais sobre as zoonoses, o fato certo é que a cultura alimentar e a mercancia de animais silvestres têm colocado em risco a saúde e a integridade física das pessoas.

A temática abordada neste estudo é tradicionalmente tratada pelas ciências biológicas, pela vigilância epidemiológica e pela defesa agropecuária, e o colima-se acrescentar um novo *approach* ao *mainframe* sublinhando a necessidade de incidência da tutela penal, tendo em vista a falência dos controles formais extrapenais.

É certo que o giro punitivo e a expansão do direito penal têm sido fortemente criticados pela criminologia crítica⁴. Todavia, no caso das zoonoses, epidemias e pandemias, o que se observa é que se trata de questões que afetam ao denominado *direito penal supraindividual*⁵.

E a *pergunta fundamental a ser respondida neste artigo científico* consiste na defesa da expansão da incidência penal para inibição de práticas criminosas voltadas à mercancia de animais silvestres, que configura, em tese, infração ao artigo 132 do Código Penal, cuja rubrica é *perigo para a vida ou saúde de outrem*, bem assim, outros ilícitos penas conexos de ação penal pública incondicionada, que podem ser considerados *outsiders* aos crimes de menor potencial ofensivo previstos na Lei 9.605/1998.

A hipótese dessa pesquisa é se aproximar das proposições da *green criminology*⁶, que ao se preocupar com questões ecológicas deste novo milênio, atravessa

⁴ Criminologia crítica é corrente zetética da criminologia que critica os pressupostos das leis penais na perspectiva das vulnerabilidades sociais dos indivíduos alocados numa sociedade desigual.

⁵ Direito penal supraindividual tutela os bens jurídicos coletivos e difusos.

⁶ Criminologia verde é movimento criminológico em construção derivado da criminologia crítica.

importantes indagações sobre os pressupostos teóricos do antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo e do antropoceno⁷.

Outra questão a ser enfrentada neste estudo é a possibilidade ou impossibilidade de o poder público proibir o consumo de determinados alimentos que façam parte da tradição cultural e que podem causar infecções graves. É o caso do consumo de carne de tatu, que pode transmitir hanseníase e, nada obstante, é frequentemente abatido e consumido como proteína.

Assim é que se apresenta o dilema entre a liberdade de escolha de alimentos e os limites da intervenção estatal, que pode tornar defeso o consumo de determinados alimentos. Indaga-se, pois, se a regulação estatal pode restringir ou impedir o consumo de determinados alimentos e se essa disciplina estatal seria legítima.

Salta aos olhos a relevância e importância do tema e do problema a ser discutido neste artigo. Basta atentar para a realidade da atual pandemia do novo coronavírus, causada pelo SarsCov-02, que exsurgiu do consumo humano de proteína de morcego na China.

Autores de importante publicação científica⁸ aduziram que:

“A cada ano do último século duas novas viroses têm sido transmitidas de animais que eram seus hospedeiros naturais para seres humanos. As epidemias MERS, SARS e H1N1 2009, e as pandemias HIV e a doença do coronavírus 2019 (COVID-19) comprovam os seus prejuízos. Viroses zoonóticas infectam pessoas mais diretamente mais frequentemente quando elas manipulam primatas vivos, morcegos e outros animais selvagens (ou consomem suas proteínas) ou indiretamente de animais de produção tais como galinhas e porcos. Os riscos são maiores (2,3) na medida em que as crescentes associações íntimas entre seres humanos e animais selvagens que são reservatórios de viroses aceleram o potencial de viroses que se espalham globalmente” (Andrew P. Dobson et alii, 2020, tradução nossa).

Em resumo: as pandemias têm colocado a humanidade em risco. O “inimigo emerge das matas”⁹. O desmatamento e os crimes contra o patrimônio ambiental biótico, notadamente os crimes contra a fauna, acarretam a perda da biodiversidade e, conseqüentemente, aumentam os riscos de zoonoses pandêmicas como a seguir será demonstrado.

⁷ Antropoceno é um novo período geológico pós-segunda guerra mundial em que a ação humana estaria alterando os fluxos naturais do planeta.

⁸ Texto original: For a century, two new viruses per year have spilled from their natural hosts into humans . The MERS, SARS, and 2009 H1N1 epidemics, and the HIV and coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemics, testify to their damage. Zoonotic viruses infect people directly most often when they handle live primates, bats,

and other wildlife (or their meat) or indirectly from farm animals such as chickens and pigs. The risks are higher than ever (2, 3) as increasingly intimate associations between humans and wildlife disease reservoirs accelerate the potential for viruses to spread globally.

⁹ UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco**. São Paulo: editora contexto. 2011, p.8

A *metodologia* adotada neste artigo científico consiste na revisão bibliográfica, complementada pela investigação científica da dogmática jurídico-penal e a investigação científica zetética, com apoio nos conhecimentos epistêmicos das ciências biológicas.

1. VIROSES, ZONOSSES, EPIDEMIAS E PANDEMIAS E A SEGURANÇA ALIMENTAR (*FOOD SAFETY*) E O DESMATAMENTO

Antes de aprofundar as considerações sobre as questões afetas às zoonoses, epidemias e pandemias, é imprescindível estabelecer noções e conceitos correlatos, a fim de viabilizar o correto entendimento dessas expressões.

Existem formas pré-celulares de vida.

Explica-se:

“a célula é organismo muito complexo que se desenvolveu por centenas de milhões de anos, depois que a primeira forma de via, um organismo similar ao dos vírus atuais, apareceu na Terra” (HALL, John E., 2017, p.18).

Os vírus constituem material genético desprovido de metabolismo próprio. São constituídos de um *ácido nucléico* revestido de uma camada de proteína. O mesmo autor acima citado esclarece que esse ácido nucléico é composto dos mesmos constituintes do ácido nucléico básico, ou seja, RNA e DNA, que são

encontrados nas células de mamíferos e são capazes de autorreprodução em condições adequadas.

Vale a pena aduzir outros conceitos sobre os vírus, colimando-se com isso captar esse necessário conhecimento técnico das ciências biológicas.

Vejam os:

“Os vírus são pequenos agentes infecciosos que infectam organismos celulares e que não podem se reproduzir fora das suas células hospedeiras. A maior parte das partículas virais, chamadas de vírions, consiste somente em dois ou três componentes: o material genético constituído por DNA ou RNA, uma carapaça proteica que protege o material genético e, em alguns casos, um envelope de lipídeos que cerca a carapaça proteica... os genomas virais possuem sequências que codificam proteínas reguladoras. Essas proteínas `sequestram` a maquinaria transcricional da célula hospedeira, permitindo que os vírus complementem seus ciclos reprodutivos” (SADAVA, 2020, p. 345-346).

Colimando apresentar uma explicação histórica sobre a descoberta do vírus, peço vênia para, doravante, apresentar os resultados das pesquisas do jornalista científico norte-americano David Quammen¹⁰, condensados em seu livro, intitulado *SPILOVER: Animal Infections and the Next Human Pandemic*.

Esse livro foi traduzido e publicado em diversos países, dentre os quais o Brasil, onde foi

¹⁰ QUAMMEN, David. **SPILOVER : Animal Infections and the Next Pandemic**. New York – London : W.W. Norton & Company. Edição do Kindle. 2013.

intitulado como *Contágio: infecções de origem animal e a evolução das pandemias*.

Vejamos:

Até o início do século XX, os vírus eram considerados um mistério. Há dissidência entre os especialistas quanto a saber se os vírus são seres vivos ou não. De qualquer forma, são considerados parasitas, que em busca de sobrevivida atacam células de outros organismos.

A palavra “vírus” significa etimologicamente “veneno”. Consta que tal palavra foi utilizada pela primeira vez em inglês em 1728, como agente causador de doenças. Vírus é termo vago, que pode ser aplicado a qualquer micróbio infeccioso.

O conhecimento desses micróbios infecciosos se desenvolveu ao longo do século XIX, até que nos confins desse século exsurgiram as denominadas “teorias dos germes” ou “teoria microbiana” das doenças.

E mais ainda. O conhecimento dos vírus desenvolveu-se com os estudos da agronomia e não da medicina como seria de se esperar. É que nos idos de 1890, o cientista russo Dmitri Ivanofsky, em São Peterburgo, estava a estudar a **doença do mosaico do tabaco**, que era um problema das plantações do império da Rússia.

O relatório do citado cientista russo aduzia que “a seiva das folhas infectadas com a doença do mosaico do tabaco mantém suas propriedades infecciosas mesmo após a filtração”. Essa assertiva constituiu a primeira definição

operacional de vírus, ou seja, uma infecção filtrável.

Essa noção do vírus foi logo em seguida ratificada pelo respeitado pesquisador holandês Martins Beijerinck, que constatou que o material infeccioso recuperava sua força mesmo após a diluição. Esse cientista equivocou-se ao sustentar que o vírus seria líquido. Malgrado esse equívoco foi dirimido pela descoberta do microscópio eletrônico na década de 1930, que demonstrou que os vírus são partículas minúscula sólidas.

David Quammen narra, também, que a febre aftosa foi o primeiro vírus descoberto, capaz de infectar, a configurar outro problema a ser enfrentado pela agricultura.

Alfim, vale a pena pôr de ressaltos, por todos, o conceito de vírus que se extrai do Dicionário Médico Ilustrado (Dicionário Médico Ilustrado Blakiston, 1973, p.637):

Vírus como:

“elemento de um grupo de agentes patogênicos menores que as formas bacterianas, algumas visíveis ao microscópio, outros, chamados ultravírus, não são suscetíveis de reconhecimento por esse meio. Sua reprodução no organismo animal é idêntica à das bactérias patogênicas. mas, ao contrário dessas, jamais foram cultivadas nos meios inanimados. As culturas podem ser obtidas com células sobreviventes ou com células embrionárias proliferantes ... Entre as doenças por vírus do homem encontram-se a raiva, poliomielite, encefalite letárgica, varíola, varicela, herpes fáial, herpes zoster, resfriado comum, influenza, sarampo, febre amarela e cachumba. As doenças por

vírus dos animais e plantas são, também, numerosas”.

No ano de 2012, um grupo de cientistas publicou artigo científico em revista internacional renomada¹¹ explicando, dentre outros aspectos, que há 219 (duzentos e dezenove) espécies de vírus aptos a infectar seres humanos. O primeiro desses vírus, descoberto em 1901, foi o vírus da febre amarela, sendo certo que de 03 (três) a 04 (quatro) novas espécies de vírus são encontradas a cada ano.

E mais ainda. Esses cientistas esclareceram que:

“uma proporção substancial de vírus de mamíferos pode ser capaz de cruzar a barreira da espécie para o homem... Parece quase inevitável que novos vírus humanos continuarão a surgir, principalmente de outros mamíferos e pássaros, no futuro previsível. Por essa razão, é necessário um sistema de vigilância global eficaz para novos vírus” (tradução nossa).

Outros cientistas¹² aduziram que “A cada ano do último século, ao menos dois vírus foram transmitidos de animais que eram seus

hospedeiros originais para populações humanas. Entre eles estão o HIV, o H1N1, o ebola e, é claro, o novo coronavírus” (tradução da BBC News Brasil em São Paulo de 12 .08.2020).

A figura penal da epidemia encontra-se na rubrica do artigo 267 do Código Penal Brasileiro, tipifica cuja conduta incriminada consiste em *causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos*, sendo cominado a esse delito a severa sanção penal de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, de acordo com a redação dada pela Lei n.º 8.072 de 25.07.1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

O §1.º do artigo 267 do CPB estabelece uma majorante, no sentido de que se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. E o §2.º do artigo 267 do CPB tipifica delito de epidemia culposa com cominação de pena de detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos, ou se resulta morte, prisão de 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

¹¹ Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3427559/>. Consulta feita em 28.05.2021. O fragmento traduzido foi recortado da seguinte assertiva no original : There are 219 virus species that are known to be able to infect humans. The first of these to be discovered was yellow fever virus in 1901, and three to four new species are still being found every year. Extrapolation of the discovery curve suggests that there is still a substantial pool of undiscovered human virus species, although an apparent slow-down in the rate of discovery of species from different families may indicate bounds to the potential range of diversity. More than two-thirds of human viruses can also infect non-human hosts, mainly mammals, and sometimes birds. Many specialist human viruses also have mammalian or avian origins. Indeed, a substantial proportion of

mammalian viruses may be capable of crossing the species barrier into humans, although only around half of these are capable of being transmitted by humans and around half again of transmitting well enough to cause major outbreaks. A few possible predictors of species jumps can be identified, including the use of phylogenetically conserved cell receptors. It seems almost inevitable that new human viruses will continue to emerge, mainly from other mammals and birds, for the foreseeable future. For this reason, an effective global surveillance system for novel viruses is needed.

¹² Disponível em <https://science.sciencemag.org/content/369/6502/379>. Consulta feita em 28.05.2021. Texto original traduzido : “For a century, two new viruses per year have spilled from their natural hosts into humans”.

O penalista Paulo José da Costa Júnior¹³ lecionou:

“Na Grande Guerra de 1914-1918, empregou-se como arma de combate a propagação de germes que provocassem epidemia. O emprego de meios bacteriológicos foi proscrito pelas convenções internacionais, não se tendo repetido a deplorável disseminação na última Grande Guerra. Nos tempos atuais, teme-se que terroristas se utilizem da chamada guerra biológica ... Germe patogênico é o microrganismo que produz ou dissemina a moléstia, penetrando pela pele, sangue, mucosas, sistema nervoso etc.”

E prossegue o referido penalista afirmando que epidemia é palavra que provém do grego *epidemein*, que significa espalhar pelo povo. **Epidemia** é doença acidental e passageira, que ataca ao mesmo tempo e no mesmo lugar grande número de pessoas.

Caso a difusão da moléstia seja extensa, compreendendo várias regiões do Planeta Terra, isso configurará **pandemia**, que é palavra que provém do grego *pandemei*, que significa em massa, por todo o povo. Destarte, pandemia é epidemia, porém a recíproca não é verdadeira.

Ampliando o conhecimento epistemológico da temática, afirma-se que:

*“A **endemia** é doença que se fixa e permanece em determinada localidade*

*ou região. Enquanto a **epidemia** resulta de uma causa acidental de efeitos transeuntes, de maior ou menor duração, a **endemia** provém de uma causa habitual, constante e periódica”* (Bento de Faria, Código Penal Brasileiro Comentado, v.6, p.253).

Nelson Hungria¹⁴ elucida que por epidemia se entende difusão de doença prejudicial à pessoa humana, o que se diferencia da **epizootia**, que é a difusão de doença em animais ou da **epifítia**, que é a difusão de doença em plantas, tipificado no artigo 259 do Código Penal Brasileiro.

Segundo o Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV¹⁵, “**zoonoses** são as enfermidades transmitidas naturalmente entre os animais e o homem, podendo ser causadas por vários agentes etiológicos”, dentre os quais destacam-se os protozoários, os vírus, as bactérias, os fungos, helmintos e rickettsias.

E segundo o mesmo CFMV, **arboviroses** “são enfermidades que também incluem zoonoses, só que causadas especificamente por arbovírus e transmitidas por artrópodes, como insetos e aracnídeos”.

As principais doenças causadas pelas zoonoses são raiva, leishmaniose, esporotricose, febre maculosa, teníase/cisticercose, hidatidose, brucelose, tuberculose e mormo. E as principais arboviroses seriam a febre amarela, dengue,

¹³ COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. São Paulo: DPJ Editora. 2017. p.826-827.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro : Edição Revista Forense. 1958, p.98.

¹⁵ Disponível em <https://www.cfmv.gov.br/zoonoses-e-arboviroses-conheca-mais-sobre-o-tema/comunicacao/noticias/2020/02/17/>. Consulta realizada em 28.05.2021.

Zika, Chikungunya, febre do Nilo, febre Mayaro e encefalites.

O CFMV dispõe que as principais medidas de prevenção às zoonoses e arboviroses são a vacinação, o saneamento básico, a higiene, a atuação dos órgãos de vigilância, a inspeção de alimentos, a defesa sanitária animal e a educação ambiental.

Países populosos, como a China, com população de mais de um bilhão de habitantes, enfrentam dificuldades de segurança alimentar, no sentido de *Food Security*, ou seja, há dificuldade de assegurar a disponibilização e distribuição de proteínas a toda a população.

Por conta disso e por razões culturais, o Estado da China tolerava até 2019 o consumo de proteínas procedentes de animais selvagens, comercializados e consumidos em “feiras de molhados” a céu aberto.

Nessas feiras livres, animais selvagens eram abatidos e amontoados com sangue e fezes para serem comercializados. Essa disposição não higiênica fomentava a dispersão de microrganismos, bactérias e vírus com risco para contaminação humana.

Essa foi a origem do novo coronavírus (COVID-19), que surgiu na cidade chinesa de Wuhan, que causou a atual pandemia que tanto sofrimento vem causando à humanidade, o que

nos leva de volta às cétricas reflexões de Elizabeth Kolbert, em sua obra denominada *A Sexta Extinção*, ou será que atingimos a reta ascendente rumo ao antropoceno?

Em recente palestra, o professor Ricardo Abramovay¹⁶ formula **a pergunta fundamental**, que agasalha as pretensões discursivas deste artigo científico, vazado nos seguintes termos:

“Como alimentar uma população que vai chegar em 2050 a quase 10 (dez) bilhões de habitantes e, ao mesmo tempo, preservar e regenerar as florestas e, mais que isso, reduzir as monotonias características das monoculturas e das grandes criações de animais; ou seja, temos hoje um modelo de oferta de alimento e de energia de oferta de fibras vindas da agropecuária, sobretudo de alimentos que está fundamentado na monotonia crescente das formas de produção?”

Na referida palestra, o professor Abramovay aduz que essa pergunta é fundamental para “o Brasil que é uma das 03 (três) ou 04 (quatro) maiores potências agrícolas do mundo e seu modelo de inserção global está apoiado numa grande concentração de culturas e de animais”.

E mais ainda. Esse vínculo estabelecido entre a agricultura, alimentação, saúde humana e saúde animal é um dos temas mais importantes da Agenda Global, sendo certo que haverá 02 (duas) grandes Conferências sobre isso, a dizer,

denominada “A Crise das Pandemias e as Oportunidades para a Construção de um Mundo mais Seguro, Menos Desigual e Sustentável – MÓDULO 2”. Disponível em <https://us02web.zoom.us/j/81294615988>. Consulta em 10.05.2021.

¹⁶ Palestra de 10.05.2021 intitulada “A economia da biodiversidade na luta contra as pandemias. Oportunidades para a reconstrução de uma agroindústria sustentável”. Palestra inserida na programação da disciplina da Reitoria da Universidade de São Paulo

“A Cúpula dos Sistemas Alimentares” programada para ocorrer em junho do corrente ano e a “COP sobre a Biodiversidade”

De acordo com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA¹⁷, a Cúpula dos Sistemas Alimentares foi convocada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas no contexto da Década de Ação, para alcançar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável até 2030, com 05 (cinco) linhas de ação, a saber:

- i. Garantia do acesso à alimentação saudável, segura, sustentável para todos;
- ii. Padrões de consumo saudáveis e sustentáveis;
- iii. Produção em escala de alimentos positivos para a natureza;
- iv. Promover o sustento e a distribuição de valor equitativo;
- v. Construção de resiliência contra vulnerabilidades, choques e tensões

Em pesquisa livre na internet¹⁸ consta que:

A 15ª Conferência das Partes (COP 15) da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) das Nações Unidas tem como objetivo estabelecer novas metas globais para a conservação da biodiversidade. O novo acordo deve substituir as 20 Metas de Aichi, estabelecidas em 2010,

durante a COP 10, em Aichi, no Japão, cujo prazo de validade expira em 2020.

Outro fragmento da exposição do referido professor:

*O primeiro fator importante quando a gente trata do vínculo entre a **pandemia** e a **biodiversidade** evidentemente é o **desmatamento**; a floresta armazena quantidade de microrganismos e insetos; principalmente as florestas tropicais; ocorre que 75% das doenças infecciosas emergentes são zoonóticas; das doenças infecciosas que surgiram nos últimos 50 anos, 75% originaram-se de vetores que vêm de seres vivos (AIDS, SARS, febres suínas, COVID-19 etc.); os vírus, as bactérias, os microrganismos (há mais microrganismos que seres vivos visíveis); alguns poucos microrganismos são nocivos aos seres vivos animais e seres humanos; quando estão nas florestas se reproduzem a partir dos animais selvagens que estão nas florestas; mas quando as florestas são destruídas, esses vírus e seus vetores (mosquitos, roedores) podem desaparecer com a extinção das florestas; daí sorte nossa os vírus desaparecem; mas pode ser que esses microrganismos, bactérias, vírus não desapareçam; e como eles têm nos mosquitos, roedores e ratos etc., vetores como transmissores e quando encontram seres humanos fazem a festa; “o restaurante chega na floresta” (João Moreira Sales, Revista Kewi); os vírus, por meio dos vetores dão um salto e alcançam os seres humanos e ganham um “prêmio da loteria”.*

¹⁷ Disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/cupula-dos-sistemas-alimentares>. Consulta em 29.05.2021.

¹⁸ Disponível em <https://cebds.org/ibnbio/cop-15-da-cdb-e-remarcada-para-maio-de-2021/?gclid=CjwKCAjwzMeFBhBwEiwAzwS8zGFkJU>

pU-
L1Ivr6PI4BWTpnjUtf3LL4vx7xOGTyb8H5FvHbop0w
WLBoCc8YQAvD BwE. Consulta em 29.05.2021

O desmatamento das florestas pelas atividades agropecuárias e de mineração traz para as bordas das florestas a presença de seres humanos com suas atividades de produção mercantil. E os microrganismos presentes nas superfícies das florestas podem infectar os seres humanos diretamente, sem vetores intermediários, causando o *spillover*.

E mais ainda. Os animais silvestres costumam ser hospedeiros imunes de microrganismos (dentre os quais, vírus) e expulsos de seu *habitat* natural, migram para outras regiões em busca de alimentos (*i.e.* frutos de árvores em outras localidades).

E assim é que em contato com animais de produção e seres humanos, esses animais silvestres podem contaminar os seres humanos, infectando-os com novas cargas virais, causando possíveis novas pandemias. ***Esse é o risco maior do desmatamento, nem sempre sublinhado na mídia.***

As Organizações Internacionais de Desenvolvimento estabeleceram um consenso acerca da necessidade de zerar o desmatamento, principalmente na Amazônia e no cerrado.

O professor Ricardo Abramovay ainda destaca que uma das formas de proteger a sociedade de novas pandemias é fortalecer a biodiversidade, ou seja, ampliar os hospedeiros naturais dos vírus, pois no caso reverso, ou seja, no caso de biodiversidade empobrecida, esses vírus vão encontrar hospedeiros humanos não imunes.

E o uso citado professor prossegue. A agricultura e a agropecuária também podem ser consideradas fatores complicadores. É que hoje a agropecuária no mundo é o mais importante vetor de erosão da biodiversidade. Em parte por causa do desmatamento, mas não é só isso. O problema transcende o desmatamento.

A agricultura e a agropecuária no mundo são cada vez mais homogêneas, o que reflete na alimentação contemporânea, a qual é concentrada numa quantidade escassa de alimentos, o que é perigoso para a saúde humana e prejudicial para a biodiversidade.

Essa monotonia e o consumo excessivo de carne, bem assim, o consumo de produtos ultraprocessados constituem o principal vetor de obesidade nos Estados Unidos da América.

Uma alternativa ao consumo de proteínas animais seria a produção de proteínas vegetais baratas. Mas o problema dessa alternativa é que se apoia em grandes extensões territoriais, monótonas e muito exigentes em produtos químicos.

Então a solução seria a agricultura autossustentável, com integração da lavoura, da pecuária, das florestas, sendo necessário ampliar a diversidade de plantas na agricultura. Ou a produção de carnes alternativas, que seriam carnes cultivadas em laboratório para obtenção de alimentação diversificada.

Colima-se com essas problematizações, considerações e hipóteses de pesquisa, alertar os especialistas, as autoridades e os interessados

acerca da necessidade de tomarem conhecimento do “estado de arte” da encruzilhada em que nos encontramos, em que os controles extrapenais não têm demonstrado eficiência na coibição do desmatamento desenfreado e do comércio ilícito de animais silvestres, possivelmente hospedeiros de víruses que podem contaminar seres humanos e gerar novas pandemias.

Além disso, com esses alertas colima-se romper com o ciclo cultural de alguns hábitos alimentares nefastos, que podem causar doenças tal como o consumo de proteína de tatu, apto a causar hanseníase.

E assim é que exsurge a hialina indagação acerca da plausibilidade de que o poder público possa proibir o consumo desses alimentos desprovidos de segurança alimentar, no sentido de *food safety*.

A proposição desta seção do artigo é defender a tese de que o poder público pode sim proibir o consumo dessas proteínas perigosas para a saúde, em nome da prevalência do interesse coletivo sobre o direito individual.

Essa opção, de tornar defeso o consumo de certos alimentos – notadamente proteínas oriundas de animais silvestres – é impulsionada, dentre outros aspectos, pela consideração de que a cultura alimentar pode ser transformada com

educação alimentar e aplicação de normas estatais.

E o vilipêndio a essas normas estatais autoriza a nosso juízo a incidência de normas penais incriminadoras, nada obstante a questão do giro punitivo e a expansão do direito penal sejam preocupações legítimas dos criminólogos.

É que quando o interesse público se sobrepõe tal como nas hipóteses ora vislumbradas, que dizem respeito ao denominado direito penal supraindividual, projeta-se o pensamento de Jair Leonardo Lopes¹⁹, no sentido de que “a norma de Direito Penal se sobrepõe a todas as outras normas jurídicas, porque a sua sanção é a que mais pode efetivar-se”

E assim é que, no próximo item deste artigo, serão articuladas algumas breves considerações sobre a justa causa para a incidência do controle formal do Direito Penal nessas questões ambientais, que envolvem a noção de saúde única ou *One Health* (saúde humana, saúde dos animais não humanos e meio ambiente), bem assim, questões afetas à necessidade de detecção e prevenção a novas pandemias.

2. A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PENAIS ÀS INFRAÇÕES AMBIENTAIS PARA PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E DO MEIO AMBIENTE:

¹⁹ Jair Leonardo Lopes, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, jurista, foi um dos coprojetistas

da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984, tendo escrito o sempre consultado livro de Direito Penal denominado Curso de Direito Penal.

DO ANTROPOCENTRISMO AO BIOCENTRISMO

Por muito tempo prevaleceu a concepção *antropocêntrica*, que enxerga os animais não humanos como meras coisas semoventes e objetos de direitos. Sucedeu-se a isso a visão *egocêntrica*, que sobrepõe as questões planetárias às questões humanas.

Como já se disse, a história se move em pêndulos, ora prevalecendo uma cosmovisão, ora outra oposta àquela. O pensamento aristotélico apregoa que a verdade se encontra no meio termo: *virtus in medio*.

Assim é que exsurgiu o *biocentrismo*, uma espécie de meio-termo entre o antropocentrismo e o ecocentrismo, em busca de equilíbrio na interpretação das questões ambientais, perpetrando-se verdadeiro sopesamento entre os interesses antropocêntricos e egocêntricos.

Desde o limiar deste século XXI tem prevalecido a visão de que não é possível divorciar as questões sobre a saúde dos homens das questões da saúde dos animais não humanos e das questões ambientais.

É a noção de saúde única, *one health*, acima citada e que já havia sido posta no direito positivo por ocasião da promulgação da Lei 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da

Saúde. Numa prospecção sumária da referida lei, observa-se que consta em seu bojo 10 (dez) citações expressas da locução “meio ambiente”.

A Organização Mundial de Saúde – OMS ou *World Health Organization – WHO* e o *Centers for Disease Control and Prevention – CDC* dos Estados Unidos da América (equivalente à nossa ANVISA) reportam à noção de saúde única com preocupações acerca da detecção e prevenção a zoonoses. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina Veterinária, que é uma autarquia federal integrante da Administração Pública Indireta, também adere à noção de saúde única.

Quando os controles sociais informais e as normas extrapenais mostram-se insuficientes para resolução dos problemas da sociedade, legitima-se a incidência do Direito Penal, haja vista o seu caráter fragmentário e o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Essa é uma das lições do professor Miguel Reale Júnior²⁰.

Embora a expansão do giro punitivo tenha sido alvo de severas críticas de criminólogos, o fato certo é que a expansão do direito penal é uma das inequívocas características da sociedade de risco pós-industrial do século XXI.

Jésus-María Silva Sánchez²¹ elencou 08 (oito) possíveis causas da expansão do Direito

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. Rio de Janeiro : editora forense.2020, p.03-09.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas*

Penal, dentre as quais o efetivo aparecimento de novos riscos, o descrédito de outras instâncias de proteção e os gestores atípicos da moral, com demandas de organizações em defesa do meio ambiente.

A própria *Criminologia Verde (Green Criminology)*, filha da criminologia crítica ou criminologia radical, também despertou para a necessidade de tutela penal das questões penais, postulando que os delitos ambientais supraindividuais deixem de ser tratados como meras infrações penais de menor potencial ofensivo.

Essa tendência político-criminal de expansão do direito penal na sociedade de risco foi objeto de acertada reflexão no voto do Ministro do STF, Cezar Peluso no HC 90.075-SC, Rel. Min. Eros Grau, Redator do Acórdão Min. Teori Zavascki, data de julgamento: 03.06.2014 em que se considerou:

Assim, as tendências político-criminais que revelam certa adequação do aparato penal aos novos problemas desta sociedade, sintentizados por HASSEMER sob a denominação de “criminalidade moderna”,⁴ giram em torno, conforme apontado por FIGUEIREDO DIAS,⁵ (i) da questão do bem jurídico: ampliação da proteção penal a bens jurídicos supra-individuais; (ii) dos critérios de imputação: alargamento e antecipação da tutela penal, abandonando-se a idéia de lesão ao bem jurídico como centro do sistema para criminalizar inobservâncias aos deveres de conduta, mediante recurso a tipo de perigo abstrato; e (iii) da

responsabilidade penal da pessoa jurídica: o conceito de culpabilidade é repensado.

Bem por isso, fulcrada nessas premissas teóricas e levando em conta o fato de que os traficantes de animais silvestres, que fazem da mercancia desses animais não humanos uma forma de vida e que são contumazes delinquentes, promovendo ou fomentando a caça, a coleta, cativo, transporte, venda, importação e exportação, merecem resposta penal severa por parte do Estado, por seus órgãos de persecução penal, notadamente a polícia judiciária e o Ministério Público.

Uma das formas de dar uma resposta mais severa é aplicar a norma do artigo 132 do Código Penal Brasileiro para a conduta daqueles indivíduos que promovem a venda massiva de animais silvestres, armazenando-os em condições deficitárias de higiene.

A rubrica de tal ilícito penal é *expor a vida ou a saúde de outrem a perigo*. O perigo no caso é o perigo de contágio de zoonoses capazes de causar pandemias. A eventual consideração de que se trata de crime de perigo concreto não afasta tal incidência penal, desde que se elabore uma informação técnica pericial específica, no caso concreto, acerca das condições de falta de higiene e de aglomeração usual de animais silvestres capturados e mantidos em cativeiros com dimensões reduzidas.

sociedades pós-industriais. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2011, p.33-89.

Em geral, tal conduta é acompanhada de outros ilícitos penais, que são praticados em concurso material ou em continuidade delitiva, tais como o delito de maus tratos (artigo 32 da Lei 9.605/1998), associação criminosa (artigo 288 do CPB), falsificação de sinal público (falsificações de anilhas – artigo 296 do CPB), falsificações de notas fiscais utilizadas para ocultar a origem espúria dos animais silvestres caçados e induzir a erro eventuais adquirentes (artigo 298 do CPB), receptação dolosa qualificada (artigo 180,§1.º do CPB) e organização criminosa (Lei 12.850/2013).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com apoio de José Eduardo Faria²², defende-se a orientação no sentido de que é crível a utilização da técnica hermenêutica da interpretação *praeter legem*, mais expansiva e adequada à aplicação de princípios constitucionais, como a necessidade de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente como direito de terceira dimensão, perspectiva essa que é somada à tutela penal da saúde (direito de segunda dimensão) no que se refere à antecipação da tutela do risco a novas pandemias.

O citado jurista sublinha que “(...) A adjudicação tradicional, baseada na interpretação *secundum legem*, cedeu vez a ponderações”. É

que a interpretação *praeter legem* permite a adequação melhor à ordem legal e à complexidade social. E mais ainda.

Colimando reforçar os argumentos favoráveis à interpretação *praeter legem* faz-se remissão ao artigo publicado pelo jusfilósofo Ronald Dworkin – docente de Oxford e Nova York, partidário da supremacia judicial – no jornal Estado de São Paulo, em 29.03.1997, em que foi apontada a incompatibilidade da visão garantista do direito com a dinâmica de sociedades complexas.

O autor norte-americano ainda “chamou a atenção para o risco de tensões institucionais nos casos difíceis – aqueles em que, quando a interpretação a ser dada a um texto legal não é clara, o juiz não tem outra opção a não ser inovar, fazendo um julgamento político.

Então a pergunta que poderia ser formulada nesta seção deste artigo científico seria: a textura legal penal atual sobre as questões ambientais seria suficiente para solucionar a problemática jurídica?

E a resposta seria afirmativa com base na interpretação *praeter legem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Palestra de 10.05.2021 intitulada *A economia da biodiversidade na luta contra as pandemias*.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/532773/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Consulta em 29.05.2021.

²² FARIA, José Eduardo. **Juízos políticos e garantias jurídicas**. Artigo publicado no jornal Estado de São Paulo n. 45087 em 28.03.2017. Espaço aberto, p.A2. Disponível em

Oportunidades para a reconstrução de uma agroindústria sustentável. Palestra inserida na programação da disciplina da Reitoria da Universidade de São Paulo denominada “A Crise das Pandemias e as Oportunidades para a Construção de um Mundo mais Seguro, Menos Desigual e Sustentável – MÓDULO 2”. Disponível em <https://us02web.zoom.us/j/81294615988>. Consulta em 10.05.2021.
Andrew P. Dobson, Stuart L. Pimm, Lee Hannah, Les Kaufman, Jorge A. Ahumada, Amy W. Ando, Aaron Bernstein, Jonah Busch, Peter Daszak, Jens Elgelmann, Margaret F. Kinnaird, Binbin V. Li, Ted Loch-Temzelides, Thomas Lovejoy, Katarzyna Nowak, Patrick R. Roehrdanz, Mariana M. Vale. **Ecology and economics for pandemic prevention.** *SCIENCE* 24 JUL 2020: 379-381.

BENTO DE FARIA, Antonio. **Código Penal Brasileiro Comentado.** Rio de Janeiro: Récord Editora. 1959.

COSTA JR., Paulo José da. **Código Penal Comentado.** São Paulo: DPJ Editora. 2007.

Dicionário Médico Ilustrado Blakiston. São Paulo: Organização Andrei Editora S.A. 1973.

HALL, John E. **Tratado de fisiologia médica.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Vol. IX.** Rio de Janeiro: Editora Revista Forense. 1958.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal : Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

OSTERHOLM, Michael T. e OLSHAKER, Mark. **Inimigo mortal: nossa guerra contra os germes assassinos.** Rio de Janeiro: Intrínseca. 2021.

QUAMMEN, David. **SPILLOVER: Animal Infections and the Next Pandemic.** New York - London: W.W. Norton & Company. Edição do Kindle. 2013.

_____. **Contágio: infecções de origem animal e a evolução das**

pandemias. São Paulo: Companhia das letras. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal.** Rio de Janeiro: editora forense. 2020.

SADAVA, David. **A ciência da biologia.** Porto Alegre: Artmed. (2020).

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental.** Rio de Janeiro. Forense. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco.** São Paulo: editora contexto. 2011.

Woolhouse M, Scott F, Hudson Z, Howey R, Chase-Topping M. Human viruses: discovery and emergence. *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci.* 2012;367(1604):2864-2871. doi:10.1098/rstb.2011.0354

AUTORIA MEDIATA POR MEIO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

*Edfre Rudyard da Silva*²³

RESUMO

Com o presente artigo pretende-se estudar a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, a partir de alguns referenciais teóricos relacionados ao estudo da autoria, destacando os conceitos de Hanz Welzel até o traçado pelo penalista alemão Claus Roxin, dando especial atenção ao domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, como forma independente de autoria mediata, categoria jurídico-penal criada pelo referido penalista no ano de 1963 e, posteriormente, parcialmente reconhecida pela doutrina e jurisprudência alemã, ganhando relevo no âmbito internacional. O estudo busca, num primeiro momento, identificar a evolução do conceito de autoria, diferenciando-o da participação, a análise da teoria do domínio do fato de Hanz Welzel até alcançar os elementos indispensáveis da teoria de Roxin. Sob esse aspecto, foram demonstrados e estabelecidos os pressupostos necessários para a identificação da autoria mediata por aparatos organizados de poder, delineados pelo jurista alemão; teses favoráveis e contrárias à sua aplicação, para ao final, demonstrar como, em um caso penal julgado por tribunal brasileiro, a teoria do domínio do fato, em que pesem as críticas apontadas, se mostrou acertadamente aplicada ao caso estudado.

PALAVRA-CHAVE: Penal, autoria mediata, domínio do fato.

ABSTRACT

With the present article we intend to study mediate authorship through organized

apparatuses of power, from some theoretical references related to the study of authorship, highlighting the concepts of Hanz Welzel until the traced by the German penalist Claus Roxin, giving special attention to the domain of the will, through organized apparatuses of power, as an independent form of mediate authorship, legal-criminal category created by the aforementioned criminalist in 1963 and, later, partially recognized by German doctrine and jurisprudence, gaining prominence in the international scope. The study seeks, at first, to identify the evolution of the concept of authorship, differentiating it from participation, the analysis of Hanz Welzel's fact domain theory until reaching the indispensable elements of Roxin's theory. Under this aspect, the necessary assumptions were demonstrated and established for the identification of mediate authorship by organized apparatuses of power, outlined by the German jurist; theses favorable and contrary to its application, in order to, in the end, demonstrate how, in a criminal case judged by a Brazilian court, the theory of the domain of fact, despite the criticisms pointed out, proved to be correctly applied to the case studied.

KEYWORDS: Criminal, mediate authorship, domain of fact

INTRODUÇÃO

Ao estudarmos os sujeitos relacionados ao fato criminoso, é fundamental o estabelecimento de parâmetros necessários para definir a que título será responsabilizado o agente que pratica a conduta descrita no tipo penal. Sob esse aspecto, o artigo 29 do Código Penal dá verdadeiro sentido à aplicação do princípio da proporcionalidade ao estabelecer que “quem, de

²³ Professor universitário, Especialista em Direito Penal, Processo Penal e autor de obras coletivas.

qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*".

Com efeito, em obediência ao mencionado princípio e demais normas, a doutrina penal traz consigo critérios pelos quais a conduta de cada um dos agentes que praticam a infração penal deve responder dentro dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico. Por meio desses critérios os infratores são classificados em autores, coautores e partícipes.

Nesse diapasão, com a finalidade de buscar a objetividade do presente trabalho, não esmiuçaremos a participação, somente a autoria, para ao final estudarmos questões relevantes relacionadas à autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Trata-se de tema importante, vez que amplamente utilizado para a apuração de condutas relacionadas ao crime organizado.

1. DAS TEORIAS PARA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A distinção entre autor e partícipe é indispensável ao tratarmos do tema *concurso de pessoas*, contudo trata-se de análise nada simples, considerando que o Código Penal não estabeleceu seus conceitos, cumprindo à doutrina fixar os seus termos.

Ao longo do tempo, surgem diversas

teorias nas quais ora reúnem autores e partícipes, ora fazem distinção entre ambos, que são classificadas em dois grandes grupos: unitárias e diferenciadoras.

As *teorias unitárias* são aquelas que não distinguem autor e partícipe, enquanto as chamadas *teorias diferenciadoras* fazem plena distinção entre eles. Contudo, mesmo entre elas há diversos pontos em comum, o que nos leva a perceber que não se trata de tema pacífico.

Assim, temos a *teoria subjetiva ou unitária*: que considera autor todo aquele que em certa medida contribui para a produção do resultado, portanto não faz qualquer distinção entre autor e partícipe.

Já a *teoria extensiva*, apesar de não distinguir os personagens que praticam a conduta criminosa, permite estabelecer gradações entre eles para fins de aplicação da pena, como causas de diminuição na medida da atuação de cada um dos agentes.

Temos ainda a chamada *teoria objetiva ou dualista*, que ao contrário das duas primeiras, faz plena distinção entre autor e partícipe. Está subdividida em *objetiva-formal* e *objetiva-material*.

A primeira estabelece que autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal, enquanto partícipe é aquele que de qualquer forma concorre para o crime. Por sua vez, para a segunda, autor é o agente que contribui de forma destacada para o resultado, não apenas pratica o núcleo do tipo penal; o partícipe atua com menos

relevância, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.

Apesar da distinção estabelecida pela teoria objetiva, a dúvida ainda pairava em relação a uma distinção clara entre autor e partícipe.

Hans Welzel, na década de 1930, buscou estabelecer os parâmetros da chamada *teoria do domínio do fato*, de modo a conciliar as teorias objetiva e subjetiva, cujos parâmetros serão analisados mais à frente.

No entanto, cumpre salientar que a expressão *domínio do fato* não foi cunhada por Welzel, mas já vinha sendo trabalhada anos antes.

No ano de 1915, August Hegler cunha a expressão “volle Tatherrschaft” apresentando-a ao Direito Penal, hoje conhecida como “domínio do fato” ou “domínio sobre o fato”. Para o jurista se tratava de um elemento da personalidade do agente, pressuposto material da culpabilidade, ou seja, à época não se referia a um critério relacionado à autoria ou participação, situação posteriormente modificada pelo próprio Hegler ao inseri-la na teoria da autoria.

Pablo Rodrigo Alflen afirma, ao citar Roxin, que o insigne jurista esclarece que:

“Hegler utilizou a terminologia para fundamentar também a ideia de autoria mediata, referindo que a essência da autoria mediata está na

preponderância do homem de trás e que quando o executor atua sem culpabilidade ou culposamente, aquele é o causador ou porque era o “senhor absoluto do fato” ou porque tinha o “domínio mais acentuado do fato”²⁴.

Por sua vez, ainda dentro de uma percepção histórica, diversos autores foram trazendo novas concepções à teoria do domínio do fato. Nesse ponto, destaca-se Adolf Lobe, pois apresentou, pela primeira vez, um conceito de domínio do fato, considerando que:

“a autoria determina-se de acordo com elementos objetivos e subjetivos, a saber, o querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o animus domini e o respectivo dominare realmente a execução”. Porém, Lobe descuidada do conceito de autoria mediata e apresenta uma concepção puramente formal, pois considera que existe autoria mediata quando o agente imediato não pode ser observado como autor.”²⁵

Em que pese a tentativa dos mencionados autores em elaborar uma teoria definitiva do chamado domínio do fato, somente com Welzel esta foi estabelecida.

Ele vincula sua teoria ao conceito de ação final ou também chamada de “relação final da vontade com o resultado”. Nesse aspecto, para o jurista alemão, a vontade estaria integrada à própria ação, assim como a realização da vontade, de modo a configurar elemento

²⁴ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

²⁵ Ob. Cit. p. 85.

essencial da autoria. Assim, conclui que “a autoria final é a mais ampla forma de domínio do fato”²⁶.

Sob a égide do finalismo, para Welzel, autor é quem controla “finalisticamente” o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e condições envolvidas no contexto fático. Por outro lado, partícipe será aquele que, ainda que de alguma forma colabore dolosamente para a ocorrência do resultado, não exerça o domínio sobre a ação.

Percebe-se que Welzel faz distinções em relação aos crimes culposos e dolosos. Em relação ao primeiro, deve ser considerado autor todo aquele que pratica a conduta prevista no tipo penal, não pretendida, porém violadora do dever de cuidado. Conseqüentemente, a discussão do “domínio final do fato” é transportada exclusivamente para os crimes dolosos. Nesse ponto, vale a lição de Bitencourt:

“A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Segundo Welzel ‘autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico.’²⁷

Assim, para a concepção finalista, a autoria estaria dividida em três espécies: autoria direta (individual), autoria mediata e coautoria.

2. DA AUTORIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES

Ainda com base em Welzel e na teoria do domínio do fato, para chegarmos à autoria, devemos analisar três aspectos: o *domínio da ação*, o *domínio funcional* e o *domínio da vontade*.

O primeiro aspecto tem por referência o chamado *autor imediato*, sujeito que por sua vontade pratica o núcleo do tipo penal.

Já o segundo aspecto, o *domínio funcional*, tem por característica a ideia de uma realização conjunta da atividade criminosa, situação em que os criminosos possuem funções específicas relacionadas à empreitada criminosa, atuando de forma colaborativa entre si para um fim único: a prática do crime por eles planejado.

Nesse sentido, leciona Rogério Sanches Cunha: “retrata a situação em que, a partir de uma decisão conjunta de cometer a infração penal, duas ou mais pessoas atuam em colaboração, sendo que cada uma delas tem uma espécie de domínio sobre o todo.”²⁸

Logo, não restam dúvidas que no caso estamos diante da chamada *coautoria*, ainda que

²⁶ Ob. Cit. p. 88.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 13. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva. 2008. p. 422.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2001, p. 489.

os agentes tenham praticado apenas parcela da conduta típica, ambos responderão pelo fato típico como um todo.

Em relação ao *domínio da vontade*, temos que o agente se utiliza de terceira pessoa para a prática do delito. Alcançamos assim a chamada *autoria mediata*.

Dessa espécie de autoria podemos extrair três situações específicas, que podem levar (ou não) a punição do terceiro utilizado como instrumento para prática do delito: a *coação moral irresistível*; *erro determinado por terceiro* e *domínio da organização*.

No primeiro caso, a vontade do terceiro é subjugada por meio do medo, consequência da violência moral praticada pelo agente, não havendo alternativa senão a prática do delito.

Já em relação ao *erro*, o instrumento pratica a conduta criminosa em razão da provocação do agente.

Por fim, no *domínio da organização*, o detentor dessa qualidade emite ordens aos subordinados que, amparados por essa estrutura, praticam as infrações penais, o que nos leva ao cerne do presente trabalho: a *autoria mediata por meio de aparatos de poder organizado*.

Nesse diapasão, temos que a autoria se refere à realização da ação típica, com detenção do domínio do fato, de modo que será *direta ou individual*, em *coautoria* ou *mediata*, espécies

que merecem maiores aprofundamentos.

2.1 AUTORIA DIRETA OU INDIVIDUAL

A autoria direta se refere à realização pessoal da ação típica, com detenção exclusiva do domínio do fato. Aproveitando as lições de Welzel, *o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão de vontade*.²⁹

O autor pratica o núcleo/verbo do tipo penal de forma pessoal. Nesse caso, ao tratarmos de autoria direta, somente aquele que pratica o verbo da figura típica é o autor do crime, de tal modo que há somente um autor.

2.2 AUTORIA COLETIVA OU COAUTORIA

Para que seja definida a coautoria ou também chamada de autoria coletiva, esta variará de acordo com o conceito de autor com o qual se maneja. Atualmente, prevalece que autor é aquele detentor do domínio do fato, de modo que partícipe é todo aquele que colabora para a ocorrência do crime sem deter o domínio do fato.

Ao adotarmos o conceito de autoria lastreado no domínio do fato, coautor é todo aquele que pratica a conduta criminosa de modo compartilhado por várias pessoas, ou seja, haverá

²⁹ Ob. Cit. p. 89.

coautoria quando cada coautor praticar uma parte essencial do plano.

Não há a necessidade de que o agente pratique o núcleo do tipo penal para que haja a coautoria, basta que seja responsável por uma parte essencial do plano, sem a qual não se realizará. Há a necessidade da chamada resolução comum para o fato, de modo que os delinquentes decidam em conjunto a prática criminosa, cada uma delas responsável por uma parte essencial do crime. Há uma relação horizontal entre os agentes. Ex.: o motorista de fuga, que aguarda o coautor que irá realizar o assalto ao banco.

2.3 AUTORIA MEDIATA

Diferentemente do que ocorre na coautoria, em relação à autoria mediata, há a presença de dois personagens: o autor mediato e o instrumento. A relação havida entre essas duas personagens, ao contrário do que ocorre na coautoria, é vertical, apresenta uma posição de dominação entre o autor mediato e o instrumento, que por alguma razão está subordinado ao autor mediato, em regra, por alguma fragilidade daquele (por não saber o que faz, ou por estar sendo utilizado, porém abarcado por uma excludente da ilicitude forjada pelo autor mediato etc.).

Importante destacar que para que haja a autoria mediata, é fundamental que o instrumento realize uma **conduta**, do contrário

não haverá autoria mediata, mas sim autoria direta. É o caso em que a coação física irresistível excluirá a conduta, logo, não haverá autoria mediata. Ex.: o agente empurra uma pessoa, para que esta, ao chocar-se com terceiro, o lesione (não haverá conduta típica por parte da pessoa empurrada).

Nesse exemplo, a pessoa está amparada por causa excludente da conduta, de tal modo que sequer deve ser considerada instrumento, por consectário não haverá autoria mediata, mas, autoria direta.

Para a doutrina tradicional, temos os seguintes casos de autoria mediata:

a) Instrumento atua sem tipicidade (dolo ou elemento subjetivo especial) - o mais comum é o caso em que o instrumento atua em erro (de tipo). Ex.: agente que induz o instrumento, numa caçada, a efetuar um disparo contra um suposto animal, que em verdade trata-se de pessoa que é um inimigo do agente (erro de tipo provocado). Nesse caso, o instrumento não responderá pelo crime, mas o indutor responderá pelo crime de homicídio (CP, art. 20, § 3º).

b) Instrumento atua sem ilicitude: é o caso em que o agente forja uma situação de excludente de ilicitude. Ex.: agente que instiga seu desafeto a agredir terceiro, sob o pretexto de que aquele havia flertado com o cônjuge do desafeto, caso em que o autor mediato tem ciência de que o terceiro (instrumento) anda armado e é extremamente violento, que acaba por matar o desafeto (do autor mediato),

resguardado pela legítima defesa.

c) Instrumento atua sem culpabilidade: hipótese mais comum. O autor mediato se utiliza de inimputáveis (menor, deficiente mental), ou de instrumento que age em razão de coação moral irresistível ou mesmo obediência hierárquica entre eles.

d) instrumento responsável: trata-se de situação diferenciada em relação ao que a doutrina normalmente leciona, vez que, tradicionalmente, ao tratarmos de autoria mediata, o instrumento, além de se encontrar numa situação de verticalidade em relação ao autor mediato, também se encontra numa relação de fragilidade em relação àquele. Nesse caso, o instrumento é plenamente responsável pela prática da infração penal, assim como o autor mediato. Circunstância que nos leva à chamada autoria mediata por aparato organizado de poder.

3. DA AUTORIA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Trata-se de teoria cunhada por Claus Roxin, em seu artigo intitulado *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, na qual o insigne jurista analisa a autoria de uma forma completamente diversa das teorias relacionadas à autoria mediata, por meio da qual permite ao autor um domínio total do acontecimento, apesar da plena responsabilidade

do executor.

Também conhecida como autoria de escritório, fundamental trazermos à colação a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

“Esta forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que rompeu com toda a ilegalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização).”³⁰

Ao contrário do que a doutrina tradicional enfrenta, o instrumento é plenamente responsável por seus atos, respondendo por dolo, da mesma forma que o autor. Nesse caso, o que caracteriza a autoria mediata é a manutenção da relação vertical entre o autor e o instrumento, verticalidade essa mantida em razão do domínio de aparatos organizados de poder (amplamente utilizada na Justiça Federal para o julgamento de grandes organizações criminosas).

Essa nova forma de enxergar a autoria mediata calcada por Claus Roxin não é analisada com foco nas hipóteses de fragilidade do instrumento (excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade).

³⁰ ZAFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro –

Parte Geral. Vol. 1. 8.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 682-3.

O insigne jurista, ao analisar essa espécie de autoria, propõe que o domínio da vontade do instrumento pelo autor mediato se dê em três hipóteses: a) por coação; b) por erro; e c) por meio de um aparato organizado de poder.

Assim, para sistematizar essa última hipótese, Roxin nos apresenta quatro pressupostos: o poder de comando; a desvinculação do direito pelo aparato de poder; a fungibilidade do executor direto; e a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

3.1. DO PODER DE COMANDO

Claus Roxin ao definir esse pressuposto faz referência ao *homem de trás*, que para figurar como autor mediato deve possuir domínio pleno do fato, sob pena de se tornar mero instigador ou indutor³¹.

Logo, para que esse *homem de trás* detenha o poder de comando é necessário que componha uma organização rigorosamente estruturada e hierarquizada, voltada para o cometimento de infrações penais. Se não bastasse, deve esse personagem se valer dessa estrutura por ele profundamente conhecida para a prática dos ilícitos criminais. Como exemplo, Roxin menciona o comandante de um campo de concentração nazista, sendo ele, o autor mediato dos homicídios ali praticados, ainda que sob

ordens de outros *homens de trás*, o que nos leva a concluir que a autoria mediata também é possível em níveis hierárquicos sucessíveis entre si.

3.2. DESVINCULAÇÃO DO DIREITO PELO APARATO DE PODER

O segundo pressuposto estabelecido por Roxin aponta que o aparato de poder deve estar alheio ao ordenamento jurídico vigente, o que não significa que sua atuação se dê completamente desvinculada do Direito.

Nesse diapasão, o insigne jurista traz como exemplo:

“as medidas tomadas pela DDR³² e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém, os âmbitos de atuação, como o ‘impedimento de fuga da República atrás de disparos mortais’, bem como ‘a solução final para o problema relativo aos judeus’, ‘caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito’³³.”

Podemos concluir que, ainda que a organização atue dentro do ordenamento jurídico, é possível que parte dela, agindo como um todo apartado atue em completa afronta ao Direito, cabendo ao *homem de trás* garantir o resultado pretendido pela organização, tornando-se autor mediato.

³¹ Ob. Cit. p. 94.

³² Deutsche Demokratische Republik (DDR). República Democrática da Alemanha (Alemanha

Oriental), na época controlada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

³³ Ob. Cit. p. 141.

Em relação aos exemplos apresentados, Roxin complementa o pressuposto ao afirmar que o aparato, em relação ao Estado, se divide em dois grupos, sendo o primeiro relacionado ao *detentor do poder estatal* que comete infrações penais por meio de organizações a ele diretamente vinculadas, ou seja, dependentes; enquanto o segundo grupo, por outro lado, *não está diretamente vinculado ao Estado*, são formados de modo clandestino, sub-repticiamente caracterizados por representarem um “Estado dentro do Estado”, infringindo as normas penais.

3.3. FUNGIBILIDADE DO EXECUTOR DIRETO

O terceiro pressuposto tem por característica a ampla gama de pessoas pertencente à organização que podem executar as determinações do *homem de trás*, circunstância em que a impossibilidade do cumprimento da ordem não impede a execução do delito, tendo em vista a imediata substituição por outro que também se encontra à disposição.

Denota-se a fungibilidade do executor direto, tendo em vista que a substituição do agente para a prática do delito, em favor do aparato organizado de poder, ocorre de maneira praticamente automática, certo de que sempre haverá alguém que irá atuar na execução da

infração penal, tornando irrelevante “quem” irá executar a tarefa, mas apenas que ela será executada de modo a garantir o integral funcionamento do aparato.

3.4. DISPOSIÇÃO ESSENCIALMENTE ELEVADA DOS EXECUTORES AO FATO.

Originalmente, Roxin não fazia referência a esse pressuposto, sendo mencionado somente em 2006 em uma de suas palestras, ao afirmar que o executor

“está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam «mais disposto ao fato» que outro potencial delinquente”, e, nesse sentido, “aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás”³⁴

Com efeito, Claus Roxin faz verdadeira distinção entre o executor que age isoladamente e aquele que atua perante um aparato organizado de poder, considerando que o último está envolto em uma estrutura que o leva à prática da conduta delituosa, cujas circunstâncias o faz aderir conscientemente à organização. Tem como fatores de motivação a ascensão hierárquica, a ideologia representada pelo aparato, questões financeiras, ostentação, etc.

³⁴ Ob. Cit. p. 142.

Ademais, o aparato faz o executor crer sem sombra de dúvidas de que se ele não fizer, qualquer outro membro o fará, o levando a temer pela perda de sua posição junto ao sistema no qual integra.

Nessa senda, conclui o insigne jurista que todos esses fatores conduzem o executor “a uma disposição condicionada dos membros da organização ao fato” que, conjuntamente com a fungibilidade, formam “um elemento essencial de segurança”, com base no qual o homem de trás pode confiar no cumprimento de suas ordens”.³⁵

Apenas quando do preenchimento de todas essas condições, para Roxin, é possível a identificação da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Essa teoria traz contornos modernos à autoria para o Direito Penal, considerando a complexidade da prática criminosa e os avanços das organizações que se valem do crime e de suas próprias estruturas, cada vez maiores e hierarquizadas para o alcance dos seus objetivos.

Contudo, o insigne jurista manifestou-se em sentido contrário à aplicação dessa teoria aos crimes praticados por meio de empresas, ainda que o *Bundesgerichtshof* (BGH)³⁶ a utilize

em relação aos delitos praticados por meio da atividade empresarial.

4. CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE EMPRESAS E A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA

A teoria fundamentada por Claus Roxin, segundo o próprio autor, não deve ser aplicada aos crimes praticados por meio de organizações empresariais, de modo que fundamenta sua tese nos seguintes argumentos: a) os fins originários da concepção; b) vinculação ao direito por parte do aparato; c) impossibilidade de substituição do executor; e d) falta de disposição elevada ao fato.

Em relação ao primeiro pressuposto, a teoria da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder foi pensada por Roxin voltada às hipóteses de crimes praticados por aparatos estatais ou paraestatais, tendo como exemplo o caso Eichmann³⁷, considerando que “apenas no injusto do sistema estatal, no «Estado criminoso dentro do Estado», na Máfia e em formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada, não se pode transferir esta figura jurídica aos fatos puníveis em

³⁵ Ob. Cit. p. 143.

³⁶ Bundesgerichtshof, BGH – Tribunal de Justiça Federal da Alemanha. É a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária na Alemanha.

³⁷ Otto Adolf Eichmann, pertencente ao SS-Obersturmbannführer, no posto de tenente-coronel da Alemanha Nazista. Foi um dos principais organizadores do Holocausto. Eichmann foi designado pelo SS-Obergruppenführer

(general/tenente-general) Reinhard Heydrich para organizar a logística das deportações em massa dos judeus para os guetos e campos de extermínio das zonas ocupadas pelos alemães no Leste Europeu durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1960, foi capturado na Argentina pela Mossad, o serviço secreto de Israel. Após um julgamento de grande publicidade em Israel, foi considerado culpado por crimes de guerra e enforcado em 1962.

empresas econômicas”³⁸.

Veja-se que apesar do criador da teoria rechaçar por completo a aplicação aos crimes praticados por meio de empresas, os pressupostos adotados pelo jurista, por si só, não eliminam a possibilidade de sua aplicação a outros entes não estatais, ao mencionar a organização mafiosa como exemplo de materialização da teoria.

O segundo argumento apresentado é a *vinculação ao direito por parte do aparato*, o que contraria o pressuposto cunhado pelo jurista, tendo em vista que, a princípio, as empresas estariam desde sua constituição calcadas no direito, sendo o contrário fundamental para caracterizar a autoria mediata nos termos criados por Roxin. Portanto, a empresa se move nos termos do Direito e qualquer prática contrária a ele se torna uma prática contra a própria empresa, caindo por terra a vinculação da teoria aos crimes cometidos por meio da atividade empresarial.

O insigne jurista apresenta como terceiro argumento a *impossibilidade de substituição do executor*, de modo que não seria possível a fungibilidade do instrumento que leva a cabo as condutas criminosas. Entretanto, limita-se no fundamento de que o executor teria conhecimento específico para a execução de determinadas tarefas, o que não nos aponta um caminho capaz de afastar a aplicação do domínio do fato por organização aos crimes praticados

por meio de empresas.

Por fim, Claus Roxin argumenta a *inexistência de disposição elevada ao fato* pelos integrantes da instituição, considerando o risco de punição e de perda do lugar na empresa.

Observa-se que, em verdade, estaria o jurista preocupado com a desmedida ampliação da aplicação de sua teoria. Contudo, em que pesem as advertências elencadas, a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão tem comumente aplicado essa espécie de autoria aos casos relacionados aos crimes cometidos por meio de organizações empresariais econômicas.

Nesse sentido, Pablo Rodrigo Alflen nos traz como exemplos o “caso da farmácia veterinária”, em que foi mantida a condenação pelo BGH, aplicando-se a autoria mediata pelo domínio da organização sob os seguintes fundamentos:

(...) pode ser autor em razão do domínio do fato, também aquele que cria determinadas condições básicas por estruturas de organização, que provocam processos regulares, se ele utiliza estas condições para causar a realização do tipo penal pretendido. De acordo com este critério, o BGH afirma a autoria mediata também em relação às atividades empresariais independentemente se os autores imediatos atuavam culpavelmente (no caso: a aplicação à prática da atividade de veterinária).³⁹

O doutrinador nos traz ainda o “caso da eliminação de resíduos” (“Abfallbeseitigung”)

³⁸ Ob. Cit. p. 145.

³⁹ Ob. Cit. p. 149

em que o BGH assinalou a condenação dos acusados se valendo da teoria de Roxin nos seguintes termos:

“os acusados realizaram a eliminação punível de detritos na condição de autores mediatos, pois eles não depositaram os detritos por si mesmos” e, para esclarecer a questão, o tribunal referiu que “os pressupostos sob os quais um fato punível é ‘cometido por meio de outrem’ (§ 25 Abs. 1 StGB) é um problema de valoração que está aberto”, bem como “no juízo de valoração não é decisivo que o intermediador atue de forma culpável”, mas sim “se o homem de trás não tem apenas o interesse no fato, senão também tem domínio do fato orientado pela vontade de autor”, sendo que no caso “não há dúvidas sobre a vontade do autor e o domínio do fato dos acusados”, pois na condição de “gestores da empresa deveriam tomar cuidado para que os detritos fossem eliminados de forma apropriada”⁴⁰

Em ambas as decisões, o BGH sofre críticas da doutrina, pois o Tribunal Alemão não teria aplicado corretamente os pressupostos fixados por Claus Roxin, especialmente quanto às organizações empresariais econômicas.

No primeiro caso, o BGH havia ignorado a hipótese de coautoria, considerando que o proprietário da farmácia veterinária também praticou por diversas vezes e de modo direto a venda ilegal dos medicamentos, de modo a incidir sobre o tipo penal previsto no ordenamento alemão, bem como a estrutura da empresa não permitia afastamento do agente dos fatos, contrariando a relação vertical entre o autor

mediato e imediato, conforme delineada por Roxin.

Por sua vez, em relação ao caso dos resíduos, a crítica doutrinária se dá em razão da ausência de relação hierárquica entre os envolvidos e a empresa gerida, não foi demonstrada a substituição automática entre os agentes dispostos à prática criminosa.

Com efeito, a teoria elaborada pelo jurista alemão, em razão dos próprios pressupostos por ele mesmo criados leva a diversas barreiras teóricas quase intransponíveis, de maneira que ainda que tenha, numa primeira análise, um alcance convincente em desfavor da criminalidade moderna, nos releva teoricamente a uma aplicabilidade diminuta, considerando a comum utilização das estruturas empresariais como aparatos organizados de poder para a prática das infrações penais.

5. A TEORIA DE ROXIN E SUA APLICAÇÃO PELA JUSTIÇA BRASILEIRA

No Brasil, especialmente em relação à Justiça Brasileira, a teoria do domínio do fato ganhou repercussão quando mencionada pelo relator da Ação Penal 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, relativa ao “Caso Mensalão”, por meio da qual 40 pessoas foram acusadas de participarem de um mecanismo de

⁴⁰ Ob. Cit. p. 150-51.

compra de votos de parlamentares, com a finalidade de que as pautas do governo da época fossem aprovadas, em busca de eventual manutenção daquele no poder.

Ao longo do julgamento, a expressão *domínio do fato* foi largamente utilizada na modalidade *domínio da organização*, levando assim à autoria mediata por aparatos organizados de poder, por meio da qual se buscava a adequação da teoria pensada por Roxin às organizações envolvidas: Casa Civil da Presidência da República, os partidos políticos, as empresas de publicidade e a instituição financeira.

No caso, a conduta dos envolvidos culminaram na prática dos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção passiva e ativa, gestão fraudulenta e evasão de divisas e para que o esquema delituoso tivesse o adequado funcionamento, se dividia em três núcleos principais: *i. político; ii. operacional; e iii. financeiro*. Ao final, dos 40 acusados, apenas 25 foram condenados por diferentes crimes e penas distintas.

A transposição da teoria de Roxin ao Caso do Mensalão, até então, é severamente criticada pela doutrina, tendo em vista que a descrição do esquema criminoso estaria mais adequada à coautoria do que à autoria mediata.

Outro ponto destacado, seria o fato de que o entrelace dos núcleos envolvidos não apontava uma estrutura hierárquica desvinculada do direito e fungibilidade dos autores imediatos.

Em que pese o quanto a doutrina aponta, sem adentrar ao mérito do acerto ou erro das absolvições ou condenações, tampouco à análise das provas produzidas no processo, haja vista que o presente trabalho tem viés puramente acadêmico, aqui fazemos coro ao defendido pela Suprema Corte⁴¹, à época com uma composição bastante diferente da atual, ao afirmar que o caso deve ser analisado de forma contextualizada, de modo que ao se alinhar os fundamentos apresentados em favor da condenação dos envolvidos e os pressupostos apresentados por Roxin, seja possível extrair-se perfeita adequação.

Temos assim *o poder de comando do homem de trás*, na época representado pelo Chefe da Casa Civil quanto ao núcleo político, que era pleno conhecedor das estruturas da organização, aproveitando-se das condições básicas determinadas pela estrutura da qual fazia parte. Era detentor do poder de comando não apenas pelo cargo, mas também pela atividade e rede de acesso, e por meio dela fazia desencadear processos regrados. Aproveitava-se da disposição incondicional do instrumento, apesar

⁴¹ AP 470, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011 - "o extenso material probatório, sobretudo quando

apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro," p. 5830.

de não o dominar diretamente, mas o fazia por meio do aparato.

Em relação à *desvinculação do direito pelo aparato de poder*, o próprio Roxin afirma que esta exigência é discutida entre os partidários de sua teoria, que ainda é sustentada por ele, mas o próprio jurista alemão faz temperamentos, senão vejamos:

*Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele. As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o «impedimento de fuga da República através de disparos mortais» ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a «solução final para o problema relativo aos judeus», caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. E, em segundo lugar, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual. Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Então os assassinatos em massa do regime nazista, evidentemente, também teriam sido atos desvinculados do direito se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas «legalmente».*⁴²

⁴² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Disponível em: https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%AADnio_por_organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata – Acesso em 30.mar.2022.

Pela leitura atenta das explicações do próprio Roxin, temos que a desvinculação do aparato em relação ao Direito, no caso em análise, não se refere ao órgão da República e sua atividade finalidade, mas ao marco dos tipos penais perpetrados por seu integrante máximo, tendo a estrutura do órgão como meio para prática dos delitos pelos quais foram condenados. Claramente é possível neste caso, evidenciar um “Estado dentro do Estado”, como bem leciona o insigne doutrinador.

Ainda, parafraseando o jurista alemão, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual, ou seja, a *corrupção ativa (p. ex.)* era e é crime previsto no Código Penal⁴³.

No que concerne à *fungibilidade do executor direto*, está intimamente vinculada ao interesse de todos os envolvidos em ascender na escalada do Poder ou mesmo na manutenção de seu *status* perante o “chefe” da organização. Ainda mais no âmbito político, no qual prevalecem os “jogos de poder”, muitos são os potenciais executores que se encontram à disposição do autor mediato, para providenciar, por exemplo, a prática do delito de corrupção ativa. A não aceitação de um agente leva à sua fácil substituição por outro que o faça as vezes.

⁴³ BRASIL, Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

No que concerne à *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, estaria essa intimamente relacionada a diversos fatores motivadores dos envolvidos à prática dos crimes julgados na AP 470. No entanto, no caso em concreto, considerando o envolvimento de partido político, não poderia deixar de destacar o *interesse ideológico* comungado por todos os envolvidos.

Nesse ponto, não nos olvidemos das cenas em que alguns dos condenados, quando levados ao cárcere, bradavam com o braço esquerdo levantado e punho cerrado, de modo a simbolicamente fazerem-se crer como prisioneiros políticos.

Aliás, aqueles que venham manifestar-se contrário à ideologia como elemento motivador para a *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*, não podem se esquecer que o próprio Roxin menciona tal fator:

Espera-se que os membros se adaptem concretamente. Isto pode levar a uma adesão irrefletida a condutas que jamais passariam pela cabeça de pessoas incorporadas a tal organização. Porém, um fenômeno típico da organização é também o obsequioso zelo excessivo, seja pela ambição na carreira, pela ostentação, pelo deslumbramento ideológico ou também em razão de impulsos sádicos ou mesmo criminosos, os quais o membro de uma tal organização acredita poder fornecer impunemente.⁴⁴

Desta forma, ao fazermos a correlação

dos pressupostos necessários ao reconhecimento da *autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder*, a Ação Penal 470, independentemente das respeitáveis críticas doutrinárias apresentadas, surge como verdadeiro exemplo e possibilidade de sua aplicação no Brasil.

CONCLUSÃO

A análise profunda da autoria em sede de concurso de pessoas, nos revela um caminho de inúmeras possibilidades, que até então são passíveis de discussão entre aqueles que se debruçam sobre o tema.

A autoria mediata por aparatos de poder organizado, em que pese a resistência do insigne criador da teoria, surge como uma ferramenta efetiva para o combate dessa criminalidade invisível (ainda que perceptível), complexa, calcada em inúmeros anteparos estruturais ou mesmo burocráticos.

Nesse aspecto, um aparelho organizado de poder refere-se a uma organização criminosa de grandes dimensões, em que a base dela é constituída por tantas pessoas que se tornam fungíveis entre si, de modo que se alguém dessa base se recuse a cometer o crime, uma outra qualquer será escalada para isso.

Segue uma estrutura hierarquizada rígida, de modo que se o “chefe” da organização der o comando para determinar a prática de

⁴⁴ Ob. Cit. p. 86.

algum crime, ele irá movimentar as engrenagens dessa organização, cuja ordem perpassará as gradações de poder dentro da organização, de cima para baixo, até alcançar aquele agente final que irá executar a ordem.

Trata-se de verdadeiro domínio do “chefe” da organização em relação à engrenagem montada para a prática do crime, passando por várias esferas de poder da organização. Desse modo, a autoria mediata decorre do domínio que o agente tem em relação ao aparelho da organização criminosa.

Com efeito, para que seja possível a responsabilização penal do autor mediato por meio de aparatos organizados de poder, o “homem de trás” deve conhecer as estruturas da organização (aparato); se aproveitar das condições básicas determinadas pelo aparato; possuir poder de comando capaz de desencadear processos regrados, aproveitando-se da disposição incondicional do instrumento (executor), que apesar de não o dominar diretamente, o faz por meio da organização.

Por sua vez, o instrumento é um sujeito responsável que atua automaticamente; facilmente substituível (fungível). Nesse aspecto, para verificar-se uma efetiva fungibilidade do instrumento, implica possuir a organização uma certa dimensão.

Logo, a organização deve ser de grande porte, de modo que a base será composta por inúmeras pessoas e se uma delas se recusar à prática da conduta criminosa, será

imediatamente substituída por outra. No caso dos aparelhos de poder, sequer é necessário que as pessoas envolvidas se conheçam, tampouco há uma decisão conjunta para a prática do fato (do contrário, estaríamos diante da coautoria).

Essa visão de Roxin auxilia em muito no tratamento penal de cada um dos agentes nos casos de grandes organizações criminosas em que a cúpula e a base sequer se conhecem, cujo executor possui disposição elevada para a prática do fato em favor da organização.

Em relação ao próprio aparato, concluímos que este deve ser totalmente desvinculado do direito no que concerne ao marco dos tipos penais. O aparato pode ser estatal, paraestatal, do tipo “mafioso”, ou mesmo empresarial (ainda que se tenham ferrenhas discussões sobre o tema), porém constituído por uma estrutura hierarquizada, de modo que o comportamento do instrumento é coordenado na vertical.

Considerando a evolução da criminalidade, que com o passar do tempo vai se tornando cada dia mais complexa em busca da impunidade, temos que há a necessidade de encontrarmos mecanismos (no melhor dos sentidos) capazes de proteger a sociedade, fazer valer o Direito em busca da verdadeira Justiça.

Todos os dias chegam aos nossos ouvidos “esquemas”, “mecanismos”, “manobras”, “aparatos”, etc., cuja finalidade é tornar a prática delituosa imperceptível, fazendo com que a aplicação da lei penal, nos moldes

mais tradicionais, torne-se quase impraticável a essas organizações, que se valem de sua própria estrutura “burocrática”, seja ela governamental, paraestatal ou mesmo empresarial (algumas até com departamentos específicos para prática delituosa), como verdadeiro anteparo em busca da impunidade, em que o detentor da “mente criminosa” atua veladamente e dificilmente será penalmente alcançado, tendo por base filigranas jurídicas.

É certo, no entanto, que o Direito Penal deve evoluir sem tornar-se arbitrário, como verdadeiro limitador da atuação estatal em relação ao indivíduo, sempre dentro dos limites do texto constitucional. Contudo não pode ele olvidar-se de seu aspecto principal: a proteção da sociedade por meio da imposição de pena àqueles que violam os bens jurídicos por ele protegidos.

Nessa senda, tendo em vista à mencionada complexidade e proporções que vêm tomando a criminalidade organizada, temos a figura de um “novo autor”, que comumente não pratica o núcleo do tipo penal, não “põe a mão na massa”, mas se revela como verdadeiro detentor do domínio da ação praticada pelo instrumento, que ao implementar a conduta descrita no tipo penal (especificamente em relação ao tema aqui proposto), deve ser criminalmente responsabilizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo R. Teoria do domínio do fato, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BITENCOURT, Cezar Robert. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral – 13. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva. 2008

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2001, p. 489.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Disponível em:

https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%ADnio_por_Organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata – Acesso em: 30.mar.2022.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro – Parte Geral. Vol. 1. 8.ed. São Paulo: RT, 2009.

**CIBERCRIMES E O
ENFRENTAMENTO LEGISLATIVO
PARA OCUPAR ESPAÇOS
“DESCONHECIDOS”: O DIGITAL, OS
ELETRÔNICOS E A INTERNET**

Vinícius da Silva Santos⁴⁵

RESUMO

O presente artigo tem como escopo propiciar ao leitor uma análise objetiva quanto ao tema dos crimes cibernéticos. Assim, apresentamos alguns conceitos objetivos a fim de entender o alicerce fundamental que envolve o tema proposto. Em síntese, de forma humilde e objetiva, trazemos alguns dos conceitos básicos envolvendo a matéria do direito penal. Após, faz-se necessário apresentar ao leitor uma breve análise do comportamento social diante de uma mudança tecnológica, que trouxe desafios legislativos e como as vulnerabilidades do mundo virtual e dos usuários impactam no mundo real. Além disso, visualizamos as formas de aplicação e entendimento da lei penal quanto ao tema dos cibercrimes e como foram importantes as últimas alterações legislativas, baseadas num comportamento criminoso de pessoas que passaram a atuar por meio da internet e outros meios eletrônicos. Por fim, refletimos sobre como podem ser aplicados os métodos de prevenção e educação digital.

PALAVRA-CHAVE: Cibercrimes. Impacto Social. Alteração Legal. Educação Digital. Prevenção.

ABSTRACT

This present article aims at providing the reader na objective analysis regarding the cibercrimes. Considering this, we approached to some concepts in order to understand the basis of what is related to the aimed topic. To sum up, we led

our ideas to some basic concepts related to the Criminal Law. Also, it is necessary to bring up the analysis of the human behavior before the technological progress which leads to legal challenges and how the vulnerabilities of the virtual world impact the real one. Besides that, we made na analysis of the criminal law enforcement regarding the cibercrimes e how importante the last updates and legal changes were in order to adjust to the criminal behavior over the internet and other eletronic devices. To conclude, we also thought through the methods of prevention and digital education.

KEYWORDS: Cibercrimes. Social Impact. Legal Updates. Digital Education. Prevention

INTRODUÇÃO

É bem verdade que durante toda a evolução da sociedade, sempre foi necessário um olhar cuidadoso para que houvesse uma organização social, bem como uma determinação de regras que estabelecessem o convívio.

Há, contudo, uma dificuldade para que essas regras sempre estejam alinhadas e definidas para todo o momento social. Assim, notamos uma certa limitação para alcançar as exigências e as expectativas impostas pelos novos momentos.

Atualmente, o avanço tecnológico nos faz refletir sobre a dificuldade que a norma tem para acompanhar a enxurrada de informações que inundam o cotidiano das pessoas. É bem verdade

⁴⁵ Advogado. Graduado pelo Centro Universitário Padre Anchieta e especialista em Direito Penal e Processual Penal.

que o salto social demanda adaptações e ajustes na norma, entretanto, a complexidade trazida pela tecnologia, e todos os meios digitais, faz com que o operador debruce sobre o tema com uma maior atenção para o que, muitas vezes, ainda é desconhecido por muitos.

Ontologicamente, o Direito Penal visa à proteção e garantia daqueles bens que não são abarcados ou protegidos por qualquer outro ramo do direito. É a última *ratio*. É o mais gravoso. Assim, ao se falar de Direito Penal, é muito comum o pensamento quanto às condutas delituosas mais reconhecidas, tais como: roubo, furto, homicídio etc.

Apesar disso, vemos uma adaptação, também, quanto às práticas delituosas. O que antes podia ser compreendido apenas como condutas do “mundo real”, passou a ser praticado de forma reiterada e cada vez mais “profissional” dentro do “mundo virtual”.

Diante disso, temos uma consequente impulsão aos delitos conhecidos como *cibercrime*, que demandam, portanto, uma educação digital com o intuito de minimizar os danos e a vulnerabilidade trazida pela mera exposição à rede.

À luz disso, o presente artigo pretende demonstrar ao leitor, em síntese, como o avanço tecnológico e os crimes digitais, conhecidos também com cibercrimes, demandam um olhar

cuidadoso do legislador, a fim de sanar os pontos que não puderam ser anteriormente pensados, visto que àquela época sequer existiam as inúmeras possibilidades de acesso ao mundo digital. Ademais, o tema é importante para refletir e entender os meios de prevenções e combate ao avanço desses crimes.

1. CIBERCRIMES: AFINAL, O QUE SÃO?

1.1 CONCEITO

No intuito de tentarmos enfrentar o tema aqui proposto, é importante destacar que, inicialmente, tentaremos trazer um conceito simples e objetivo quanto à ideia do que seriam os crimes *cibernéticos*.

Conforme já abordamos, a nossa legislação penal tipificou as condutas que deveriam ser reprimidas para a manutenção da segurança pública. Contudo, diante do advento da era tecnológica, o legislador passou a se deparar com os ajustes e modernização dos meios para a concretização das práticas delituosas.

Diante disso, podemos interpretar os crimes *cibernéticos*, como “as condutas ilícitas cometidas no ciberespaço ou a utilização desse meio para atividades criminosas”⁴⁶. Ora, é dizer que tudo o que fora previsto para ser evitado num

⁴⁶ JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Manual de Educação Digital e Cibercidadania – Um guia para

Jovens, Adultos, Empresas, Instituições e Autoridades. São Paulo: Editora JusPodivam, 2021, p. 139.

“mundo real” também passou a ser praticado por intermédio dos meios e “mundo virtual”.

Todavia não podemos ignorar a predominância da tecnologia, portanto, é dizer que “Cibercrime é o nome dado aos crimes cibernéticos que envolvam qualquer atividade ou prática ilícita na rede. Essas práticas podem envolver invasões de sistema, disseminação de vírus, roubo de dados pessoais, falsidade ideológica, acesso a informações confidenciais e tantos outros. O cibercrime compreende também os crimes convencionais realizados por meio de dispositivos eletrônicos ou que incluam a utilização de alguma ação digital como instrumento para a prática do crime”⁴⁷.

Vale ressaltar que os crimes cibernéticos não podem ser confundidos ou definidos como os crimes que apenas ocorrem na internet. Esses crimes são resultantes de um avanço e espaço tecnológico que, apesar de seus benefícios, trouxeram também alguns efeitos colaterais. Portanto, é possível compreender que os crimes cibernéticos se referem a uma “modalidade de conduta, na qual ocorre a utilização de algum recurso da tecnologia da informação como meio de realizar a ilicitude”⁴⁸.

Ainda, é importante salientar que, muito embora a prática ocorra pelos meios virtuais ou

eletrônicos, não raro “é no mundo real que se concretizam os danos, riscos e perigos, que tiveram suas tratativas iniciais em ambientes virtuais”⁴⁹.

Como exemplo, podemos citar a venda fraudulenta de qualquer produto pela internet. A efetivação da compra de um produto que não exista de fato acarreta danos econômicos para a vítima da fraude.

1.2 A VULNERABILIDADE DO CYBERESPAÇO E INTERNET

Considerando que vivemos num ambiente transacional de extrema rapidez e sem fronteiras, muitas vezes, temos uma enorme exposição de pessoas que aderem ao ambiente virtual e à tecnologia. Ademais, trata-se de um espaço que cada vez mais aumenta a sua diversidade, ou seja, é um ambiente frequentemente visitado por crianças, adolescentes, jovens, adultos e idosos.

É bem verdade que a facilidade de acesso aos computadores, smartphones, ou qualquer outro meio eletrônico que possibilita a conectividade entre as pessoas, traz consigo uma preocupante vulnerabilidade do ambiente frequentado por seus aderentes.

⁴⁷ CANAL TECH. O que é cibercrime? Disponível em <https://canaltech.com.br/seguranca/O-que-e-cibercrime/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

⁴⁸ BOMFATI, Cláudio Adriano; JUNIOR, Armando Kolbe. *Crimes cibernéticos*. Curitiba: Intersaberes, 2020, p. 61.

⁴⁹ FAVERO, Bruno de Oliveira; FAVERO, Altamiro de Oliveira. *Cibercriminologia: os meios eletrônicos e o policiamento em ambientes digitais*. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2021, p. 23.

Vivemos um momento em que as informações são disseminadas de maneira quase que instantânea. Por isso, é possivelmente um ambiente hostil àqueles que carecem de uma certa maturidade para lidar com eventuais práticas delituosas ou com as malícias da rede.

Diferentemente dos crimes em que há o emprego da violência, muitos dos *cibercrimes* estão tapados por uma ilusão. A maioria das vítimas acabam por serem persuadidas e enganadas pelos criminosos, uma vez que o ambiente virtual acaba propiciando o anonimato. É importante ressaltar que “a flexibilidade da identidade, o anonimato e a ausência de contraestímulo nos ambientes digitais consubstanciam condições propícias para a prática do ciberdelito”⁵⁰.

Diante disso, é possível que “a sensação de impunidade trazida pelo anonimato pode, como já dito, expor os demais usuários a diversos perigos, desde a exposição a conteúdos impróprios e vírus até o furto de dados e outros delitos”⁵¹.

Nesse sentido, é importante a adoção de medidas para a conscientização e prevenção dos crimes em ambientes virtuais.

É necessária a compreensão do ambiente hostil e vulnerável que a internet pode ser, assim,

é importante que a educação digital alcance o maior número de usuários.

1.3 A VULNERABILIDADE DO USUÁRIO

Como já dito, entendemos que muitas vezes o ambiente virtual pode oferecer riscos aos seus usuários quando não tomadas as devidas cautelas quanto à sua utilização. É notório que, cada vez mais, a adesão de novos usuários aos meios virtuais só aumenta.

É oportuno destacar que muito se diz que houve uma antecipação de alguns planos tecnológicos por consequência do momento pandêmico enfrentado por todo o mundo.

No Brasil, muitas foram as empresas que passaram a adotar o sistema “home-office” que, até pouco tempo, poucas exerciam. A antecipação tecnológica trazida pela pandemia, refletiu num aumento de usuários, bem como de pessoas expostas à rede.

Além disso, o efeito colateral causado pela pandemia gerou uma vulnerabilidade ao usuário. Consequentemente, aumentaram os crimes virtuais, uma vez que o tempo dedicado à internet e ao mundo digital passou a ser infinitamente maior devido às próprias iniciativas das regras de isolamento social.

⁵⁰ Câmara Arroyo, Sergio. La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente. Derecho y Cambio Social, Lima, Peru, n. 60, p. 470-512, abr./jun, 2020. ISSN 2224-4131. Disponível em : <https://bit.ly/3nuDILT>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁵¹ JORGE, Higor Vinícius Nogueira . Op. Cit., p. 146.

Nesse sentido, os usuários passaram a ser mais ativos. Muitos acabaram sendo autores e vítimas dos chamados discursos de ódio. Outros, tomados por uma compulsão consumerista, tornaram-se vítimas de fraudes. Ainda há aqueles que sofreram violações quanto às suas imagens.

Ao que concerne os *cibercrimes*, pontuamos que as práticas delituosas ocorridas num ambiente virtual, ou por intermédio de qualquer outro meio digital, afetam a pessoa de fato. Contudo é evidente também que alguns fatores reais também podem contribuir para que ocorram os delitos no ambiente digital.

Ademais, a vulnerabilidade do usuário, seja em razão de pandemia, de condição social, de idade, ou até mesmo de peculiaridade pessoal, pode aumentar seus riscos de se tornar uma vítima

É válido destacar aqui, também, a potencialidade dos crimes envolvendo crianças e adolescentes, uma vez que demonstram ser mais inocentes e acabam facilitando ainda mais o contato com anônimos por meio das redes.

Indubitavelmente, o crescente avanço da tecnologia, do uso de inúmeros meios eletrônicos, bem como do próprio uso da internet, trouxe consigo uma necessidade de o Legislador começar a focar na necessidade de haver regulamentações para que proporcionasse maior segurança ao usuário.

Desse modo, abordaremos de forma sucinta alguns pontos relevantes quanto à regulamentação no Brasil das relações no

ambiente virtual, bem como o comportamento legislativo quanto à matéria criminal.

2. AS NECESSIDADES LEGISLATIVAS QUANTO AO DIREITO DIGITAL

É incontestável que o fenômeno tecnológico trouxe diversas transformações para o cotidiano das pessoas. A facilidade para se conectar com o outro, bem como o acesso à internet, por exemplo, permitiram maior integração das mais diversas origens, intenções e vontades.

No Brasil, assim como em maior parte dos países globalizados, as pessoas passaram a conviver mais no ambiente virtual, visto que é propício para se relacionar, fazer compras, trabalhar, estudar, entre outras atividades. Entretanto, há também a possibilidade de serem vítimas de eventuais delitos praticados por criminosos cada vez mais especializados.

Diante disso, o Legislador Brasileiro entendeu que seria necessário tomar algumas medidas para que pudesse ocorrer uma regulamentação legal no Brasil, a fim de tornar as relações no ambiente virtual um pouco menos vulnerável.

Assim, diante da carência de uma regulamentação para o uso da internet no Brasil, foi aprovada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual passaremos a fazer uma breve análise quanto à importância.

2.1 MARCO CIVIL DA INTERNET (Lei nº 12.965/2014)

Com o intuito de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, foi aprovada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

Inicialmente, é possível afirmar que a internet era vista como uma “terra de ninguém”. Contudo a necessidade de regulamentação era motivada pelas crescentes relações que passaram a ter impactos para além do mundo virtual. Portanto a regulação passou a ser necessária.⁵²

Vale ressaltar que “a situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, gera uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas *ad hoc*, ou de acordo com as suas próprias convicções, resultando em inúmeras decisões judiciais contraditórias”.⁵³

Assim, é possível compreendermos que o Marco Civil é resultado de uma necessidade de interpretação dos direitos já protegidos por outros ramos do Direito, contudo, dentro do ambiente digital. Por exemplo, como fica a responsabilização de quem comete um crime de injúria pelas redes sociais? Ou, ainda, quando verificada a existência de um fato delituoso, como proceder para obtenção de provas para identificação da materialidade e autoria do crime?

Embora o Marco Civil vise, primordialmente, à tutela de direitos civis na internet, é possível sua aplicação no Direito Penal, uma vez que estabelece conceitos fundamentais, bem como disciplina formas de obtenção de provas quanto à materialidade e à identificação da autoria delitiva.⁵⁴

Nesse sentido, é importante destacar a necessidade de uma maior conciliação entre as regulamentações e as demandas sociais. É inegável “a urgência de uma legislação que esteja muito mais sintonizada com a realidade atual. A justiça brasileira tem conseguido caminhar, ainda que com passos tímidos, diante do crescimento exponencial da internet.”⁵⁵

Ademais, ainda que o Marco Civil tenha tido o seu papel dentro do avanço legislativo

⁵² PORTAL DA AURUM. Tire suas dúvidas sobre o Marco Civil da Internet. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁵³ LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet. Parte 1. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-11.

⁵⁴ BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. *Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Bradspport, 2016. p 8

⁵⁵ BOMFATI, Cláudio Adriano; JUNIOR, Armando Kolbe. *Crimes cibernéticos*. Curitiba: Intersaberes, 2020, p. 164

brasileiro, ainda não exerce um esgotamento da matéria, por isso, é importante que o legislador sempre mantenha uma atenção à realidade que estamos enfrentando. É fato que há uma busca incessante do equilíbrio entre a liberdade e segurança dentro de um contexto virtual.

À luz disso, tentaremos fazer uma breve reflexão acerca do comportamento da legislação criminal.

2.2 AS ADAPTAÇÕES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL NA ERA DIGITAL

Partindo da premissa que estamos estabelecidos quanto ao conceito de crime e, assim, evitando de nos aprofundarmos no tema, é válido apenas reforçarmos um dos principais pontos.

O Direito Penal, essencialmente, busca garantir e tutelar os bens jurídicos que não podem ser protegidos por outros ramos do Direito, assim, preceitua condutas que são consideradas como reprováveis para o convívio social, tipificando-as como crime.

Quando pensamos no Direito Penal dentro da era digital, não questionamos a tipicidade de uma conduta tida como criminosa ou não, as nuances trazidas pelo mundo digital estão muito mais relacionadas ao *modus operandi* do que o fato criminoso em si.

É bem verdade que, lá em meados de 1940, o legislador não poderia prever todos os avanços ou modernidades que seriam abarcadas pelo crime. Assim, ao que concerne matéria criminal, o legislador precisou pensar sobre os ajustes e adaptações para que pudesse coibir ou minimizar os danos causados no ambiente virtual ou até mesmo pelo acesso a várias possibilidades de dispositivos eletrônicos.

Ademais, outro relevante tema é o enfrentamento pelos órgãos investigativos e judiciário no combate aos crimes cibernéticos. Ainda “carecem de uma preparação adequada para lidar com essa criminalidade, pois a internet, bem como todas as tecnologias vinculadas, é muito recente e está em franco desenvolvimento”⁵⁶.

Para que ocorra uma otimização dos meios de investigação, faz-se necessário que as instituições em geral (notadamente as polícias e o Ministério Público – que detém poder de investigação) renovem seus métodos de apuração de delitos, por meio de investimento em novas tecnologias, sistemas informatizados – modernos e dinâmicos, que permitam, de forma integrada, uma rápida análise de bancos de dados diversos, inteligência artificial e, principalmente, na capacitação de seus servidores, agentes e membros.⁵⁷

⁵⁶ Idem, p. 166

⁵⁷ JURISTAS. A era digital e os novos paradigmas da investigação criminal. Disponível em

2.3 AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PARA O COMBATE DOS *CIBERCRIMES*

Cumpramos ressaltar que, entendemos que nem sempre é preciso “criar” um novo tipo de crime, contudo, é necessário entendermos a dinâmica do mundo virtual e como as práticas dos conhecidos *ciber Crimes* podem impactar o convívio real das pessoas.

Ademais, a rigidez quanto à formalidade de legislar sobre matéria penal poderia criar um distanciamento ainda maior entre o ordenamento jurídico e a nossa sociedade. Por isso faz-se necessários alguns pequenos ajustes legislativos para que o operador do Direito também possa compreender como as atividades delituosas, que ocorrem dentro do campo virtual, podem impactar e gerar danos ao mundo real, bem como a maneira de conduzir as investigações de eventuais práticas delituosas no ciberespaço.

Muitos dos crimes virtuais ou aqueles que ocorrem por meios eletrônicos são facilmente ajustados a um tipo penal. Embora tenham sido pensados dentro de um cenário não tecnológico, não contava o legislador com a evolução para um convívio em que as pessoas pudessem estar conectadas ao mesmo tempo em que estão separadas.

No ano de 2021, houve importantes alterações no Código Penal, todas relacionadas

aos impactos sofridos por conta de um avanço tecnológico.

Nesse sentido, abordaremos de maneira simples e objetiva alguns dos crimes mais recorrentes e comuns, que passaram a ter um tratamento diferenciado pelo legislador quando ocorrem em ambientes virtuais.

Evidentemente, não pretendemos esgotar todos os conceitos e peculiaridade relacionados aos tipos penais, todavia, tentaremos demonstrar a importância das recentes e atuais alterações trazidas ao Código Penal.

3. *CIBERCRIMES*

Inicialmente, gostaríamos de reiterar a nossa intenção quanto a uma abordagem ao que concerne apenas às alterações e principais implicações da análise jurídica, diante de uma crescente migração dos crimes aos ambientes digitais e eletrônicos, conhecidos como *ciber Crimes*.

Abordaremos algumas das mais conhecidas e comuns práticas delituosas que exigiram um novo posicionamento e olhar do legislador aos tipos penais que serão tratados aqui.

3.1 CRIMES CONTRA HONRA: INJÚRIA, CALÚNIA E DIFAMAÇÃO

<https://juristas.com.br/2019/03/19/a-era-digital-e-os-novos-paradigmas-da-investigacao-criminal/>
Acesso em 18 nov. 2021

Conforme já abordamos em outro momento, a conectividade das pessoas faz com que cada vez mais haja um crescimento de usuários das chamadas redes sociais.

Oportuno destacar que as redes sociais acabam desempenhando um papel importante quanto à oportunidade de interação e troca de experiências entre pessoas que, eventualmente, nunca se encontrarão na vida real. Além disso, as redes sociais permitiram um acesso rápido e instantâneo a diversos conteúdos e informações.

Contudo assim como em qualquer ambiente no qual haja a presença de vários indivíduos, é necessária atenção e cautela quanto aos riscos que podemos assumir quando utilizamos as redes sem responsabilidade.

O Código Penal Brasileiro, em seu Capítulo V, tipificou condutas reprováveis conhecidas como os “crimes contra a honra”, dispostos nos artigos 138 a 145.

Apenas para uma breve explicação, a postulação pela proteção à honra trazida pelo direito penal é justamente para inibir as condutas delituosas contra as perspectivas subjetivas e objetivas, sendo essas perspectivas de honra subjetiva como o próprio conceito que cada um tem de si. Por outro lado, a concepção objetiva é relacionada à reputação que o indivíduo tem perante a sociedade.⁵⁸ Assim, são os crimes contra a honra a calúnia, difamação e a injúria.

Dito isso, retomando um pouco o aspecto que as redes sociais propiciaram, verificou-se que redes com a finalidade de interação social, tais como Twitter, Facebook e Instagram, tornaram-se palco dos crimes que antes eram cometidos fora de um ambiente virtual.

Infelizmente, a sensação de uma certa impunidade somada a uma percepção do anonimato, fez com que pessoas mal-intencionadas começassem a encorajar-se para a prática de condutas delituosas dentro do ambiente virtual. Além disso, a falsa sensação de “descolamento da realidade” faz com que as pessoas externem suas frustrações, intenções e maldades de maneira irresponsável.

Ademais, é válido ressaltar aqui que, nem sempre, o infrator compreende a gravidade dos crimes cometidos por meio das redes sociais, por exemplo. Muitos entendem que o que acontece na internet ficará na internet.

Ainda, há aqueles que nem criminosos são, mas por uma certa ignorância e carência de educação digital, podem incorrer nas mesmas práticas,

Conforme já abordamos anteriormente, as condutas delituosas praticadas dentro do ambiente virtual impactam no mundo real, por isso, devem ser rechaçadas e combatidas.

Nesse sentido, diante de uma crescente de usuários das redes sociais, o legislador

⁵⁸ DIREITO NET. *Crimes contra a honra: Breves considerações sobre os crimes de calúnia, injúria e difamação*. Disponível em

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11940/Crimes-contra-honra>> Acesso em: 18 nov. 2021.

preocupou-se em dar uma resposta às condutas praticadas na internet.

Por isso, em 30 de abril de 2021, foi promulgada a lei 13.964, a qual incluiu o § 2º ao Art. 141, do Código Penal, que dispõe: “se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se a pena em dobro.”⁵⁹

Tal artigo é exemplo do que abordamos quanto à necessidade de ajustes e adaptação do direito penal ante aos avanços e mudanças no *modus operandi* relacionados aos *cibercrimes*.

É importante destacar que, infelizmente, tal proposição legislativa não soluciona o aumento dos crimes contra à honra praticados nas redes sociais, contudo é uma importante medida, a fim de tentar inibir tais condutas delituosas.

Evidentemente, a educação digital, bem como a conscientização de que o ambiente virtual não é correlacionado à impunidade, poderão auxiliar no combate aos mencionados crimes.

Vejam que, conforme falamos, o tipo penal sempre existiu, contudo o momento atual da sociedade fez com que demandasse uma adaptação para uma maior eficácia em sua aplicação.

3.2 O CRIME DE “STALKING” - (Lei 14.132, de 2021)

Outra importante alteração, no ano de 2021, foi a tipificação do crime de perseguição. O crime de *stalking* é definido como perseguição reiterada, por qualquer meio, como a internet (cyberstalking), que a ameaça integridade física e psicológica de alguém, interferindo na liberdade e na privacidade da vítima.⁶⁰

Conforme falamos, a internet muitas vezes é um ambiente hostil e de extrema vulnerabilidade, por isso, outra prática delituosa que tomou grandes proporções nas redes é o crime de “*Stalking*”.

A ideia aqui é coibir as ações que possam trazer riscos à integridade física e psíquica das pessoas. Infelizmente, é uma prática muito comum dentro de relacionamentos abusivos. Muitas vezes, a vítima conhece o seu agressor, contudo não consegue desvencilhar-se dele.

Importante destacar que, diferentemente da alteração e adaptação quanto aos crimes contra a honra, aqui, a intenção do legislador foi trazer um novo tipo penal. Ademais, é importante dizer que o legislador tomou o cuidado de não especificar qual o meio de perseguição. Assim, impõe uma ampla interpretação ao operador mediante o termo

⁵⁹ BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Vade mecum 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

⁶⁰ SENADO NOTÍCIAS. Lei que criminaliza stalking é sancionada. Disponível em

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>> Acesso em: 19 nov. 2021.

“qualquer meio”, assim, podendo ser carros, motos, a pé, inclusive, internet.

É, portanto, essencial a aplicação da lei penal, a fim de evitar que a perseguição possa se tornar algo pior.

3.3 FRAUDES ELETRÔNICAS (Lei 14.155)

Apenas para contextualizarmos, as fraudes eletrônicas ou os conhecidos “golpes” têm sido cada vez mais recorrente no cotidiano do brasileiro, infelizmente. Não é novidade. É possível que todos nós conheçamos alguém que já foi vítima de algum golpe ou quase.

Nesse sentido, “as fraudes ou golpes eletrônicos podem ser definidos como o uso da tecnologia da informação para prática de fraudes e golpes.”⁶¹

Como exemplos, podemos citar a grande quantidade de condutas criminosas que visam a um prejuízo financeiro à vítima, induzindo-as a erro. É dizer, o crime de estelionato eletrônico, infelizmente, tem ganhado força, vez que há inúmeras maneiras de se operar por intermédio da internet ou por meios eletrônicos, a fim de ludibriar as possíveis vítimas.

3.3.1 DO ESTELIONATO COMO FRAUDE ELETRÔNICA

É notório que desde a formação da sociedade, de alguma maneira, o indivíduo sempre buscou por algumas vantagens. Infelizmente, muitas vezes, utilizando-se de meios ilícitos ou pelo próprio convencimento da vítima em “cooperar” com a entrega de uma vantagem indevida.

Não é incomum as histórias de inúmeras pessoas que foram enganadas ou foram vítimas de golpes pelo repasse de “cheques sem fundo”, bilhetes premiados, entre outros.

Consequentemente, a internet também se tornou um espaço de extensão dessas práticas, visto que as pessoas interagem o tempo todo.

Dentro das interações do próprio cotidiano, o usuário da internet muitas vezes busca por informações, interações, mas também, por produtos.

Uma das relações mais fortalecidas durante a pandemia, por exemplo, foi o aumento do consumo pela internet e pelas plataformas digitais. Não são raras as famílias que passaram a comprar uma diversidade de produtos pela internet.

Todavia há de se considerar que, por mais facilidades que a internet possa trazer, se não são tomadas as devidas cautelas, a internet pode criar um ninho de atrações irreais.

Prova disso é a quantidade absurda de pessoas que muitas vezes ao pesquisar algum produto desejado, acabam sendo atraídas para

⁶¹ JORGE, Higor Vinícius Nogueira . Op. Cit., p. 221.

sites e/ou plataformas utilizadas para criar uma falsa relação de consumo. Muitas vezes o estelionatário se apresenta como proprietário da loja, faz as negociações, oferece inúmeras ofertas, propõe pagamentos de maneira digital (PIX, boletos bancários) e, quando recebem os valores indevidos, bloqueiam as vítimas de suas redes, causando-lhes prejuízos financeiros e nunca entregando-lhes o produto que inicialmente estava sendo negociado.

Não são raras as pessoas que, diariamente, são vítimas desses golpes. Muito se dá por conta de uma carência da própria educação digital, bem como da falta de supervisão das vítimas em proceder com pesquisas para confirmarem a procedência das lojas virtuais, bem como suas transações.

Diante disso, o art. 171 também sofreu uma alteração legislativa trazida pela Lei 14.155 de 27 de maio de 2021, incluindo o § 2º-A, que prevê a aplicação da pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro, induzido a erro por *meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento*, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo⁶². (grifo nosso).

⁶² BRASIL. Lei Federal nº 14.155, de 27 de maio de 2021. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 mai. 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm#art1> Acesso em: 19 nov. 2021.

Ademais, o § 2º-B. do mesmo artigo, prevê um aumento de pena para um resultado gravoso e se o crime for cometido mediante utilização de servidores fora do território nacional.

Resta demonstrado a preocupação do legislador em buscar preencher os espaços deixados pelo vácuo causado ante a era digital.

3.4 REVENGE PORN

Não é novidade que os relacionamentos modernos, muitas vezes, permitem uma troca e envio de fotos ou vídeos íntimos e, ainda que tal conduta não encontra óbice legal, é possível haver outras consequências.⁶³

À luz disso, como consequência de um relacionamento malsucedido, em que se permitia a prática de troca de fotos ou vídeos íntimos, temos mais um dos relacionados *ciber Crimes* conhecido como pornografia da vingança, *revenge porn*.

A pornografia da vingança (*revenge porn*) ocorre, geralmente, ao final de relacionamentos amorosos. Assim, aquele que não se conformar com término da relação, ameaça ou realiza a divulgação do conteúdo íntimo do casal.

⁶³ Aqui, é importante destacar que, mesmo que por uma denotação óbvia do tema, inferimos como uma consequência a o próprio crime de *revenge porn*. Entretanto, vale frisar que tal conduta pode ter consequências criminais se envolver criança ou adolescente.

Nesse sentido, também pondera Marcelo Crespo que a pornografia da vingança “é uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma, tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo”⁶⁴

Sobre o tema, o Código Penal preceitua em seu artigo 218 – C uma preocupação em penalizar o sujeito que incorrer na divulgação de “cenas de sexo, nudez ou pornografia”. Ainda, o § 1º impõe um aumento de pena quando o crime é praticado por agente que “mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação”.

Ora, é inegável que mesmo aos inúmeros eventos desastrosos e complexos causados pela criminalidade virtual, há uma preocupação por parte do nosso ordenamento jurídico em coibir e prevenir esse tipo de ilícito.

Dentre os *ciber Crimes* aqui trazidos e refletido, entendemos e temos uma grande

preocupação com relação aos conteúdos pornográficos.

É bem verdade que o estrago moral e as consequências emocionais e psicológicas acarretadas às vítimas não poderão ser minimizadas ou curadas pelo Direito Penal. O impacto social que gera na vida de qualquer vítima de um *revenge porn* é, muitas vezes, irreversível.

No Brasil, esse tipo de crime causa relevante comoção moral e emocional, uma vez que além da vítima já estar abalada pelo término de um relacionamento, muitas vezes abusivo, esta acaba sendo submetida a um julgamento moral e social das pessoas que a cercam. Tamanho é o transtorno causado que muitas vítimas acabam optando pelo suicídio.

Paralelamente, ainda com relação ao tema de “vazamento de conteúdos íntimos”, em 2012, o Brasil teve a primeira comoção nacional ao saber que a atriz Carolina Dieckman havia sido vítima de um *ciber crime*, que culminou no vazamento de fotos íntimas que ela mantinha consigo em seu computador.

Tamanho foi a repercussão do caso do acesso indevido e posterior vazamento das fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, que o legislador brasileiro decidiu agir. Naquele momento, tanto a vítima quanto a sociedade em geral reconheceram a insuficiência dos crimes

⁶⁴ JUSBRASIL. *Revenge porn: a pornografia da vingança*. Disponível em <<https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>>

<[3948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca](https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca)> Acesso em: 20 nov. 2021

existentes até então para a punição de conduta considerada tão séria. Como era possível alguém ter sua intimidade violada desta forma e o Direito não possuir meios adequados para punir o ofensor? Nasceu aí a Lei 12.737/2012, informalmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann.⁶⁵

Importa destacar que a já mencionada Lei 14.155/2021, também trouxe alteração importante que, em virtude da magnitude do caso Carolina Dieckman, fez-se necessário a tipificação dos crimes relacionados à invasão de dispositivos informáticos ou eletrônicos, art. 154-A, do Código Penal.

4. A EDUCAÇÃO DIGITAL COMO MEIO DE CONSCIENTIZAÇÃO E COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A maneira como a tecnologia passou a fazer parte do cotidiano de todos e engoliu as interações e relações sociais, demonstra a importância de uma efetiva educação digital.

Evidentemente, quando falamos de educação digital, não é no âmbito técnico de como lidar com os aparelhos eletrônicos ou como criar contas nas redes sociais. Na verdade, quando falamos do tema, estamos tentando trazer à reflexão de como as pessoas podem estar cada vez mais vulneráveis enquanto não

conhecerem e entenderem de fato os riscos apresentados pela vida virtual.

É importante destacar que o objetivo se correlaciona, inclusive, com as boas práticas de segurança do dia a dia em ambientes não digitais.

Por exemplo, quando as pessoas caminham pela rua, é recomendado que não façam isso enquanto usam aparelhos celulares. Ademais, quando estamos em lugares de muita aglomeração, devemos nos certificar de que estamos portando e cuidando de todos os nossos pertences.

Diante disso, ao passo que as pessoas começam a ter consciência da prática deliberada de condutas delituosas que podem ser facilitadas pelo ambiente virtual, possivelmente, haverá boas práticas para evitar o aumento das vítimas. Por exemplo, considerando as fraudes eletrônicas e outros possíveis golpes, como citamos, a confirmação da idoneidade das lojas virtuais por meio de uma boa pesquisa, é um dos métodos seguros para se evitar um prejuízo financeiro e de se tornar uma vítima.

Não obstante, não podemos ignorar o quanto a tecnologia, a internet e o mundo virtual influenciaram para que as pessoas vivessem num mundo imediatista. A sensação de que tudo precisa acontecer de forma acelerada, nos leva a perder a noção ou até mesmo o nosso juízo de valor para evitarmos consequências indesejadas.

⁶⁵ IRIS – INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE. *Punição de crimes cibernéticos em 2021: efeitos das alterações na “Lei Carolina Dieckmann”* Disponível em

<https://irisbh.com.br/punicao-de-crimes-ciberneticos-em-2021-efeitos-das-alteracoes-na-lei-carolina-dieckmann/>> Acesso em: 5 dez. 2021

Nesse sentido, Miranda afirma que “de maneira paradoxal, o homem continua um ser social. Vive no coletivo. Entretanto, está no coletivo, afastando-se do valor, do interesse, da importância da coletividade. O homem perde, aceleradamente, o sentido da sociabilidade. Ser social é mais do que estar em grupo: pressupõe sentir-se parte dele, preocupando-se e atuando para o bem.”⁶⁶

Portanto, à medida que as pessoas vão se distanciando do próprio convívio social, mais aumentam suas vulnerabilidades, uma vez que a própria informação, necessária para prevenir os delitos, começam a ficar distantes. Assim, dificulta o processo de conscientização e educação digital.

Por isso é de suma importância o cuidado do Estado.

De certo modo, o Estado pode contribuir na conscientização das pessoas por meio de políticas públicas, da motivação nas escolas para trabalharem a educação digital de seus alunos, das propostas legislativas que possam cooperar ainda mais para uma maior proteção contra os crimes praticados, bem como por meio de programas e apoio da própria mídia, jornais e plataformas digitais.

Certamente, poderemos alcançar um equilíbrio para dificultar a vida do “cibercriminal”.

CONCLUSÃO

Neste artigo, buscamos examinar o impacto da evolução tecnológica nos tempos atuais. Porquanto abordamos de maneira objetiva as questões que ao nosso julgamento foram mais importantes para tal compreensão.

Diante disso, concluímos que o Direito e seus operadores ainda caminham de forma tímida quando aos necessários enfrentamentos dos chamados *cibercrimes*.

Entretanto, no que tange à matéria Penal, o Legislador tem se comportado de maneira contundente. Mesmo as questões adversas que ainda permeiam o campo do mundo virtual, é notório que no Brasil, tais práticas delituosas têm sido muito bem observadas e consideradas pelo nosso legislador.

Desde o advento do Marco Civil até o presente momento, não víamos movimentações relevantes quanto aos temas dos crimes digitais. No último ano, tivemos importantes alterações legislativas que passaram a interpretar muito melhor o Direito Penal, num Universo que ainda é pouco conhecido pela Lei.

Ao lado do posicionamento legislativo contundente, no que tange à criminalidade virtual, é importante a conscientização da população, bem como a cautela e vigilância das vulnerabilidades, sejam do próprio ambiente virtual, sejam dos usuários.

⁶⁶ MIRANDA, José Eduardo de. Sustentabilidade emocional: atitude para ganhar altitude. 2. ed.

Multifoco: Rio de Janeiro, 2019, p. 137 apud JORGE, Higor Vinícius Nogueira. Op. Cit., p. 27

Nesse sentido, é necessário melhor observância, principalmente, às crianças, adolescentes e idosos, seja pela vulnerabilidade da idade, pela pouca experiência de vida, pela enorme exposição diária ou pela carência de não dominarem as ferramentas. Todas essas nuances influenciam para que potencializem as vítimas dos crimes cibernéticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. *Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Bradsport, 2016.

BOMFATI, Cláudio Adriano; JUNIOR, Armando Kolbe. *Crimes cibernéticos*. Curitiba: Intersaberes, 2020.

BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Vade mecum 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 15 nov. 2021

BRASIL. Lei Federal nº 14.155, de 27 de maio de 2021. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 mai. 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm#art1> Acesso em: 19 nov. 2021

CANAL TECH. *O que é cibercrime?* Disponível em <<https://canaltech.com.br/seguranca/O-que-e-cibercrime/>> Acesso em: 12 nov. 2021.

DIREITO NET. *Crimes contra a honra: Breves considerações sobre os crimes de calúnia, injúria e difamação* Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11940/Crimes-contrahonra>> Acesso em: 18 nov. 2021

FAVERO, Bruno de Oliveira; FAVERO, Altamiro de Oliveira. *Cibercriminologia: os meios eletrônicos e o policiamento em ambientes digitais*. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2021.

IRIS – INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE. *Punição de crimes cibernéticos em 2021: efeitos das alterações na “Lei Carolina Dieckmann”* Disponível em <<https://irisbh.com.br/punicao-de-crimes-ciberneticos-em-2021-efeitos-das-alteracoes-na-lei-carolina-dieckmann/>> Acesso em: 20 nov. 2021

JORGE, Higor Vinícius Nogueira. *Manual de Educação Digital e Cibercidadania – Um guia para Jovens, Adultos, Empresas, Instituições e Autoridades*. São Paulo: Editora JusPodivam, 2021.

JURISTAS. A era digital e os novos paradigmas da investigação criminal. Disponível em <<https://juristas.com.br/2019/03/19/a-era-digital-e-os-novos-paradigmas-da-investigacao-criminal/>> Acesso em 18 nov. 2021

JUSBRAZIL. *Revenge porn: a pornografia da vingança*. Disponível em <<https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>> Acesso em: 20 nov. 2021

PORTAL DA AURUM. Tire suas dúvidas sobre o Marco Civil da Internet. Disponível em <<https://www.aurum.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>> Acesso em: 12 dez. 2021

SENADO NOTÍCIAS. Lei que criminaliza stalking é sancionada. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>> Acesso em: 19 nov. 2021.

**A ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO
DE BUDAPESTE E OS IMPACTOS
PARA A PRODUÇÃO DE PROVAS
DIGITAIS**

*Marcos De Lucca Fonseca⁶⁷ e Juliana
Caramigo Gennarini⁶⁸*

RESUMO

O presente artigo abordará os impactos que a Convenção de Budapeste tem para a produção de provas no ambiente digital, visando a coibir o Cibercrime. O Brasil aderiu ao documento após aprovação do Congresso Nacional em 15 de dezembro de 2021. Além do Brasil, a Convenção foi assinada por 66 países e, em outros 158, é usada como orientação para suas legislações nacionais. O documento criminaliza condutas, prevê normas para investigação e produção de provas eletrônicas e meios de cooperação internacional. Em apertada síntese, o texto aborda o acesso indevido e não autorizado a sistemas de computador, fraudes, material de abuso sexual infantil, violação de direitos autorais e de segurança de redes.

PALAVRAS-CHAVE: crimes virtuais; provas digitais; Convenção de Budapeste; Marco Civil da Internet; redes sociais.

ABSTRACT

This article will address the impacts that the Budapest Convention has on the production of evidence in the

⁶⁷ Marcos De Lucca Fonseca, Perito Digital; Membro da Associação Nacional de Profissionais de Proteção de Dados Pessoais (ANPPD); Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) – ITS; Aluno cursante da 9ª Edição do Curso de *Copyright* da Faculdade de Direito de *Harvard* em parceria com a UERL. Graduando do 9º Semestre em Direito pela Universidade Padre Anchieta (FADIPA) – Jundiaí; Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Membro do Laboratório de Ciências Criminais (IBCCRIM – 2019/2020). Trabalha no setor de Telecomunicações há 10 anos.

digital environment, in order to curb Cybercrimes. Brazil adhered to the document, after approval by the National Congress on December 15, 2021. In addition to Brazil, the Convention was signed by 66 countries and, in another 158, it is used as a guideline for their national legislation. The document criminalizes conduct, provides rules for investigation and production of electronic evidence and means of international cooperation. In a tight summary, the text addresses improper and unauthorized access to computer systems, fraud, child sexual abuse material, copyright infringement and network security.

KEY WORDS: cybercrimes; Budapest Convention; Civil Rights Framework for the Internet; digital evidence; social networks.

INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação, especialmente a internet, ocasionou profundas alterações nas relações sociais dos indivíduos, trazendo novos contornos às atividades laborais, comerciais, profissionais, culturais, lazer e até às relações afetivas. Inclusive, em razão do cenário propiciado pela Pandemia do COVID-19, a digitalização e virtualização das atividades humanas cresceram exponencialmente. No Brasil, o número de horas de uso da internet para trabalho de casa passou de 3h41m para 6h44m por dia, ou seja, um aumento de três horas por dia, devido à Pandemia⁶⁹.

⁶⁸ Juliana Caramigo Gennarini. Advogada criminal. Mestre em Direito Político e Econômico e Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal, ambas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Universitária em Direito Penal e Processo Penal. Coordenadora adjunta do curso de Direito e Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal, ambos do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí/SP.

⁶⁹ Fonte: <https://olhardigital.com.br/2021/05/13/coronavirus/durant-e-a-pandemia-consumo-de-internet-dobra-no-brasil/>. Acesso em 20 em dezembro de 2021.

Somado a tal crescimento, segundo dados de pesquisa da Roland Berger, no primeiro semestre de 2021, o Brasil já tinha ultrapassado o volume de ataques cibernéticos do ano de 2020, com um total de 9,1 milhões de casos – isto levando em conta os crimes de sequestro digital (*ransomware*). Com tais números, o Brasil fica na 5ª colocação no ranking mundial, atrás de EUA, Reino Unido, Alemanha e África do Sul⁷⁰. O cibercrime é um dos tipos de crime transnacional que mais cresce nos países membros da INTERPOL⁷¹, e as ameaças cibernéticas estão em constante evolução, adaptando-se aos comportamentos dos usuários e às tendências online para aproveitá-las, especialmente com o aumento da utilização da internet devido ao cenário da pandemia da COVID-19.

Devido ao cenário da pandemia da COVID-19, os “cibercriminosos” diversificaram os ataques, adotando novas estratégias e utilizando-se do termo COVID-19 para

impulsionar ataques. De acordo com dados da INTERPOL⁷², o termo “COVID” ou “corona” foi utilizado em 2.022 domínios malignos, e em 40.261 com alto risco, o que aumenta o risco de exposição a *Malware*⁷³ em dispositivos telemáticos. Os “cibercriminosos” estão criando sites falsos relacionados a COVID-19, para atrair as vítimas a abrir anexos maliciosos ou clicar em links de *phishing*⁷⁴, o que leva ao sequestro de informações e dados pessoais.

Nem o recém-criado “Metaverso”⁷⁵ está imune aos cibercrimes. Em dezembro de 2021, a empresa META (nova denominação do *Facebook*⁷⁶) abriu para usuários uma versão de teste de seu aplicativo de realidade virtual. A experiência teve a presença de 20 *avatars* que interagiram com o novo “universo”, que está em fase de construção. De acordo com a empresa META, em 26 de novembro uma usuária beta

⁷⁰ Fonte: <https://canaltech.com.br/seguranca/brasil-e-o-5o-maior-alvo-de-crimes-digitais-no-mundo-em-2021-195628/> Acesso em 20 de dezembro de 2021.

⁷¹ Fonte: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Ciberdelincuencia/Desarrollo-de-Capacidades-de-Lucha-contra-la-Ciberdelincuencia/Desarrollo-de-capacidades-de-lucha-contra-la-ciberdelincuencia-en-las-Américas> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷² Fonte: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Ciberdelincuencia/Ciberamenazas-relacionadas-con-la-COVID-19> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷³ *Malware* é um termo genérico para qualquer tipo de “malicious software” (“software malicioso”) projetado para se infiltrar em dispositivos sem o seu conhecimento. Fonte: <https://www.avast.com/pt-br/c-malware#graf> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷⁴ *Phishing* é um termo originado do inglês (*fishing*) que em computação se trata de um tipo de roubo de identidade

online. Essa ação fraudulenta é caracterizada por tentativas de adquirir ilicitamente dados pessoais de outra pessoa, sejam senhas, dados financeiros, dados bancários, números de cartões de crédito ou simplesmente dados pessoais. Fonte: <https://canaltech.com.br/seguranca/O-que-e-Phishing/> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷⁵ Espaço coletivo e compartilhado na internet associado a tecnologias que recriam a experiência física no ambiente digital, formando relacionamentos que são, ao mesmo tempo, online e offline. Fonte: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/05/metaverso-tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-a-tecnologia-que-integra-os-mundos-real-e-virtual/> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷⁶ Fonte: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/facebook-muda-nome-para-meta/#:~:text=Em%20meio%20%C3%A0%20crise%20do%20WhatsApp%20e%20a%20Oculus.> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

relatou que havia sido vítima de assédio sexual quando passou pela experiência do Metaverso⁷⁷.

Doutrinadores especialistas em Segurança Digital e Crimes Informáticos (tais como Spencer Toth Sydow e Roberto Chacon de Albuquerque) dividem os crimes informáticos em 02 grandes grupos: i) Crimes Informáticos Específicos; e ii) Crimes Informáticos Comuns. Dentro destas distinções, os Crimes Informáticos Específicos “seriam aqueles em que o sistema tecnológico é o alvo da conduta”⁷⁸ delitiva. Nesse tipo de crime, a internet é definida como um “objeto de consumo” e são adquiridos serviços de rede (tais como provedor de conexão e aplicação), e o delinquente tem a rede ou o equipamento de informática como objetivo da ação delitiva. Já os Crimes Informáticos Comuns “são aqueles em que a informática é o meio de violação de bens jurídicos”⁷⁹. Ou seja, a informática ou a internet seria apenas o meio de adquirir ilícitamente e/ou fraudar dados pessoais e financeiros. A internet ou o equipamento informático seria apenas o meio de consumo – e não o objeto de consumo, como no caso dos crimes informáticos específicos.

Uma das mais valiosas garantias constitucionais estabelecidas em nossa Magna Carta é o Devido Processo Legal, preconizado no Artigo 5º LIV - “ninguém será privado da

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em sentido processual, basicamente, é garantir aos litigantes o acesso à justiça, igualdade de tratamento, publicidade dos atos processuais, regularidade do procedimento, contraditório e ampla defesa, realização das provas, julgamento por juiz imparcial, julgamento de acordo com provas obtidas lícitamente, fundamentação das decisões judiciais etc. (NERY, 2019).

A garantia do contraditório preserva ao autor a possibilidade tanto de alegar quanto de provar os fatos que ele deduz ser de seu direito, e ao réu, de ser ouvido, poder reagir e apresentar a sua ampla defesa.

Tal garantia constitucional do contraditório judicial é pormenorizada no artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que dispõe que o juiz não pode fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos contidos na investigação criminal. As alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 no Código de Processo Penal, incluindo os artigos 158-A até 158-F, positivaram os princípios básicos da cadeia de custódia da prova judicial.

A apreciação da prova, que é produzida em contraditório judicial, deve formar a sua convicção no julgamento do caso concreto. Ou seja, a prova como atividade probatória consiste

⁷⁷ Fonte: https://mittechreview.com.br/o-metaverso-ja-tem-um-problema-de-assedio-para-lidar/?utm_source=LinkedIn&utm_medium=Social&utm_campaign=artigo-o-metaverso-ja-tem-um-problema-de-assedio-para-lidar Acesso em 20 de janeiro de 2022.

⁷⁸ SYDOW, Spencer Toth. Crimes informáticos e Suas Vítimas. Ed. Saraiva, 2ª Edição p. 67.

⁷⁹ SYDOW, Spencer Toth. Crimes informáticos e Suas Vítimas. Ed. Saraiva, 2ª Edição p. 68.

no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Ocorre que até dezembro de 2021, o Brasil não havia aderido à Convenção sobre Crime Cibernético (mais conhecida como “Convenção de Budapeste”), cujo objetivo é facilitar a cooperação internacional entre os países adeptos para o combate aos crimes cometidos na internet.

Esta Convenção foi celebrada em novembro de 2001, na cidade de Budapeste (Hungria), elaborada pelo Comitê Europeu para os Problemas Criminais, e o primeiro tratado internacional sobre cibercrimes. Até junho de 2021, 66 países tinham assinado a Convenção e 158 a utilizam como orientação para suas respectivas legislações nacionais.⁸⁰

Os principais objetivos da Convenção são criminalizar as condutas, determinar normas para investigação e produção de provas eletrônicas e meios de cooperação internacional. O presente artigo analisará as implicações, e a importância da adesão do Brasil a esta Convenção, e as consequências na investigação dos cibercrimes.

1. BREVE HISTÓRICO DOS ANTECEDENTES DA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

⁸⁰ Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/15/aprovada-adesao-do-brasil-a-convencao-sobre-o-crime-cibernetico> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

Em 13 de setembro de 1989 foi realizada a 428ª Reunião do Comitê dos Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa, que publicou a Recomendação Nº R (89) 9⁸¹. Este Documento, ao considerar a característica transfronteiriça da criminalidade informática e a necessidade de aumentar a cooperação jurídica internacional para combater estes delitos, recomendou aos Estados membros do Conselho da Europa revisarem suas respectivas legislações, levando em conta as recomendações do Relatório Sobre Crimes Informáticos que fora elaborado pelo Comitê Europeu. Além disso, tal Recomendação orientava sobre a importância de os Estados trocarem experiências sobre práticas judiciais para cooperação jurídica internacional sobre estes crimes.

Ainda sobre o contexto anterior à Convenção de Budapeste, em 11 de setembro de 1995 a 543ª reunião dos Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa publicaram a Recomendação Nº R (95) 13, relativa à problemática de direito processual penal e tecnologia da informação⁸². Foi observado que as leis processuais penais dos Estados-Membros do Conselho da Europa tinham ausência de instrumentos investigatórios para cumprir suas tarefas, dado o contínuo desenvolvimento tecnológico do ambiente digital, principalmente

⁸¹ Fonte: <https://rm.coe.int/09000016804f1094> . Acesso em 19 de janeiro de 2022.

⁸² Fonte: <https://rm.coe.int/16804f6e76> Acesso em 20 de janeiro de 2022.

quando as provas eletrônicas precisavam ser coletadas em territórios estrangeiros. Ou seja, foi destacado a necessidade dos países membros do Conselho da Europa fortalecerem a cooperação internacional, por meio de normas processuais penais compatíveis, para as investigações de crimes ocorridos na internet, bem como coleta de provas eletrônicas.

Sobre as provas eletrônicas, um dos principais avanços da Recomendação Nº R (95) 13 foi a necessidade de os países criarem normas com a finalidade de coletar, preservar e apresentar as evidências eletrônicas, de forma a assegurar a integridade e autenticidade necessária para a cadeia de custódia da prova – tanto para fins processuais em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, quanto para fins de cooperação internacional. Desta forma, estaria garantida a compatibilidade entre os Estados-Membros do Conselho da Europa, em matéria de provas eletrônicas. No entanto, com o objetivo de evitar possíveis violações à soberania dos Estados-Membros, foi destacada a necessidade de os Estados negociarem acordos internacionais, para balizar as condições de obtenções de tais provas.

Em novembro de 1996, o Comitê Europeu para os Problemas Criminais (CDPC) criou um comitê específico para tratar da temática da “cibercriminalidade”, em termos gerais, este comitê definiu os conceitos basilares iniciais sobre os crimes que ocorrem no “ciberespaço”, cujas infrações são cometidas

contra a integridade, disponibilidade e confidencialidade dos sistemas informáticos e redes de telecomunicações. Um dos principais desafios, elencados desde o início dos trabalhos, foi a questão da territorialidade e o caráter transfronteiriço das infrações cometidas pela internet, e o conflito de competência com as autoridades nacionais para a aplicação da lei. Importante destacar que estas questões estavam sendo debatidas em meados da década de 90, antes do Big Data, ocorrido nos anos 2.000, que ampliou, significativamente, a utilização da internet e dos dados pessoais dos usuários.

Devido ao fato de os crimes cometidos no ambiente digital ignorarem as fronteiras das nações, o trabalho do Comitê foi um esforço de cooperação internacional para fazer frente à transnacionalidade dos delitos cometidos devido à utilização indevida dos dispositivos informáticos existente àquela época. O grande desafio foi justamente construir um instrumento jurídico que, de forma vinculativa, pudesse garantir que os Estados combatessem tais delitos – inclusive com as limitações processuais penais que os crimes transnacionais são característicos.

Um dos trabalhos deste Comitê criado pelo CPDC foi o relacionado à determinação da territorialidade do cibercrime e qual a jurisdição aplicável, evitando, assim, a ocorrência de *bis in idem*. Além disso, havia a necessidade de definir infrações penais que ocorriam no ambiente digital, especialmente aquelas cometidas nas redes das operadoras de telecomunicações

(Internet). Demais temas, como aplicações de sanções e responsabilidades no uso da internet, violações de direitos autorais na Internet, também fora objeto de análise. Os trabalhos do Comitê resultaram em propostas de instrumentos jurídicos vinculativos, com maior ênfase nas questões internacionais relacionadas aos tópicos supra.

Em 4 de fevereiro de 1997 foi criado o “Comitê de Especialistas sobre a Criminalidade no Ciberespaço (PC-CY) que, utilizando-se do histórico dos trabalhos dos Comitês anteriores, iriam concentrar esforços para a produção de um projeto de convenção internacional sobre cibercrime. Os trabalhos deste Comitê se alongaram até o ano 2000, e finalizaram com a aprovação de um Memorando Explicativo preliminar e a revisão de um projeto de Convenção.

2. A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

Os objetivos centrais do documento foram, além de harmonizar os elementos do direito penal relacionados às infrações cometidas no ciberespaço, definir matéria processual interna nos países adeptos sobre investigações dos crimes cometidos por meio dos sistemas informáticos, bem como as ações necessárias para obtenção da cadeia de custódia das provas eletrônicas. Desta forma, a Convenção traz recomendações para os países que a ela aderirem criarem, ou adaptarem, em seus respectivos

ordenamentos jurídicos, além de dar relevo à urgente necessidade de implantação de um regime de cooperação internacional entre os países signatários.

A Convenção está dividida em 04 capítulos, e são eles: (I) Utilização de terminologias; (II) Medidas a serem implementadas a nível nacional; (III) Cooperação Internacional; (IV) Disposições Finais. No presente artigo serão analisados apenas temas relacionados aos Capítulos II e III desta Convenção. Sobre as questões de direito penal material, a Seção 1 do Capítulo II da Convenção define 9 condutas que cada país deverá estabelecer, de acordo com o seu ordenamento jurídico interno, como infração penal. São elas:

- i. Acesso intencional e ilegítimo à totalidade ou a parte de um sistema informático;
- ii. Interceptação intencional e ilegítima de dados informáticos;
- iii. Interferência em dados informáticos (apagar, danificar, deteriorar, alterar ou eliminar tais dados);
- iv. Interferência em sistemas, através de introdução, transmissão, danificação, eliminação, deterioração, modificação ou supressão de dados informáticos;
- v. Utilização indevida de equipamentos, essencialmente para

- realização das condutas delitivas mencionadas nos itens anteriores;
- vi. Falsidade informática, relacionado à produção de dados informáticos não autênticos;
 - vii. Perda de bens de terceiros devido à intervenções nos sistemas e dados informáticos, cujo objetivo é obter vantagem econômica para si ou para terceiros;
 - viii. Infrações relacionadas à pornografia infantil;
 - ix. Direitos autorais

Em relação às questões de direito processual penal, que constam na Seção 2 do Capítulo II da Convenção, ocorre a divisão em cinco títulos, sendo eles:

- i. Provisões comuns;
- ii. Preservação antecipada de dados e de computadores armazenados;
- iii. Ordem de produção;
- iv. Busca e apreensão de dados armazenados em computadores;
- v. Coleta de dados em tempo real e interceptação de dados;

O Capítulo III da Convenção será analisado de forma mais acurada, uma vez que ele trata das disposições relativas à assistência mútua e cooperação internacional, dividindo os temas em princípios gerais e as provisões específicas.

O Título 3 do Capítulo III da Convenção trata sobre os princípios gerais relativos ao auxílio mútuo entre os países, em matéria de investigações relacionadas às infrações penais de sistemas e dados informáticos.

A Convenção trata da assistência mútua em duas situações. A primeira relacionada à inexistência de tratado ou legislação específica recíproca entre os países para cooperação internacional em matéria de investigação penal, e as disposições da Convenção devem ser aplicadas. A segunda está relacionada ao fato de já existir uma base jurídica que possibilita a investigação entre os países, e caberá à Convenção ser aplicada igualmente a tais acordos. Uma das principais inovações da Convenção foi justamente a possibilidade de acesso transfronteiriço a dados informatizados armazenados, que não requer assistência mútua, que ocorre quando existir consentimento ou estiverem publicamente disponíveis.

Em relação à assistência mútua, de acordo com o artigo 25 da Convenção, a cooperação entre os países deve ser a mais abrangente possível, tanto para os delitos relacionados com os sistemas informáticos, quanto aqueles relacionados a acesso a dados informatizados, bem como às provas eletrônicas de outros delitos - mas sempre respeitando o ordenamento jurídico interno dos respectivos países. Destaca ainda a Convenção que a assistência mútua entre os países deve ser realizada sempre em conformidade com os

acordos, legislações e demais tratados de assistência jurídica aplicáveis, uma vez que cada Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras necessárias para cumprirem com tais assistências, mas cada Parte deverá dispor de uma base jurídica para poder atender às demandas de assistências mútuas relacionadas à cooperação internacional para investigação de crimes cibernéticos. Do contrário, a assistência mútua ficaria inofensiva.

No caso de urgência, poderá uma Parte signatária solicitar à outra, mediante envio de comunicação eletrônica ou outro meio mais eficaz, a solicitação de auxílio mútuo, ou seja, sem a necessidade de emissão de cartas rogatórias entre as autoridades judiciárias dos países.

No Brasil, os artigos 783 a 786 do Código de Processo Penal dispõem sobre a necessidade de remissão de cartas rogatórias ao Ministério da Justiça, para pedido de cumprimento da carta rogatória, por via diplomática, às autoridades estrangeiras, vide:

Trata-se de meio de comunicação entre órgãos jurisdicionais brasileiro e estrangeiro, podendo ter por objeto a realização de citação, intimação, notificação, colheita de provas ou realização de outras diligências necessárias à instrução do processo submetido a seu julgamento (...). No entanto, se houver previsão legal em tratado firmado pelo Brasil e o país requerido (ou requerente), é

*perfeitamente possível a execução de medidas coercitivas no território nacional (ou estrangeiro)*⁸³.

Em relação às provas digitais, a celeridade para a obtenção é de suma importância, uma vez que elas são de altíssima volatilidade. Ademais, o fato de que as provas terem que ser obtidas seguindo as boas práticas da cadeia de custódia da prova relacionada à computação forense realça, ainda mais, o quanto a assistência mútua entre os países é fundamental nas investigações dos crimes cibernéticos. Ainda sobre o processo de obtenção e acesso às provas, de acordo com o artigo 25 da Convenção de Budapeste, caberá a cada Estado definir como assegurar a validade do envio das informações solicitadas pela Parte demandante – inclusive, se necessário, adotando técnicas de boas práticas de segurança de informações, como a criptografia. De toda forma, a Convenção de Budapeste determina que cada Parte deverá dispor sobre as formas de cooperação e assistência mútua de preservação, recolha de dados em tempo real, busca e apreensão relacionadas às provas digitais.

Outro aspecto importante da Convenção é a criação de um sistema para condições e motivos de recusa para o envio das informações solicitadas pela outra Parte. Estas disposições constam no artigo 27 da Convenção, as quais

⁸³ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Código de processo penal comentado*. 5ª edição. Ed. Juspodivm. 2020. p. 1671

serão analisadas pelo presente artigo, mas importa destacar que, das infrações elencadas entre os artigos 2º a 11 da Convenção de Budapeste, uma Parte não poderá recusar o envio de uma informação, alegando, para tanto, que se trata de dados de natureza “fiscal”.

Um ponto que deve ser destacado é que a Parte requerida poderá condicionar a assistência mútua à existência da dupla incriminação da conduta, ou seja, o fato relacionado à obtenção das provas deve ser considerado delito em ambos os países – mesmo que a categorização da conduta delitiva esteja inserida em outra classificação de infrações, no ordenamento jurídico deste país. Do contrário, a recusa a assistência mútua poderá ser alegada pela Parte requerida.

O artigo 26 da Convenção dispõe sobre a possibilidade de as Partes atuarem na chamada “Informação Espontânea”, que é justamente quando uma das Partes, ao efetuar determinada investigação de cibercrime, obtém informações relevantes de que o caso investigado poderá ser interesse da outra Parte – que, até aquele momento, não dispõe de informações sobre o referido caso. Mesmo sem o requerimento do outro Estado, aquele que possui as informações está autorizado a comunicar à outra Parte. Importa destacar que não existe uma obrigatoriedade de envio destas informações, mas sim a discricionariedade do Estado, que está

em posse das informações enviar à outra Parte, se assim decidir.

3. ARTIGO 27 DA CONVENÇÃO E *FAKE NEWS*

O Capítulo 27 da Convenção de Budapeste trata dos procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis. Caso as Partes requerentes e requeridas não tiverem tais acordos internacionais, caberá a cada Parte, quando da necessidade de solicitação e envio de informações, designar quais serão as autoridades encarregadas de enviar (ou responder), executar ou transmitir os pedidos de auxílio mútuo. Mas o ponto de maior importância do artigo 27 da Convenção é que a Parte poderá recusar o pedido de assistência mútua, caso entenda que se trata de uma infração de caráter político, ou se considerar que o cumprimento de tal assistência pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial para o seu país.

Importante aqui a reflexão sobre como as Partes irão proceder no caso de uma investigação de uma conduta de divulgação de desinformação, calúnia ou difamação de (ou por) uma personalidade política. É notório que as tão faladas *fake news*, que inclusive são objeto de um Projeto de Lei nº 2630/2020⁸⁴, têm causado

⁸⁴ O PL 2630/2020, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet,

já foi aprovada no Senado Federal, e encontra-se na Câmara dos Deputados e está aguardando constituição de

grande impacto em nossa sociedade. Segundo dados do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, sigla em inglês), o alcance das *fake news* é 70% mais veloz do que uma informação verdadeira. Outro dado desta mesma pesquisa é que um fato verdadeiro demora, aproximadamente, 06 vezes mais para chegar a 1.500 pessoas do que no caso de *fake news*. Se na análise for levado em consideração o reenvio de mensagens (os chamados “RTs”⁸⁵, na linguagem dos usuários das redes sociais), as falsidades atingem os demais usuários entre 10 e 20 vezes mais rápido do que os fatos verídicos⁸⁶.

Se as redes sociais, cujas plataformas e *data centers* estão localizada na maioria das vezes em territórios alienígenas, como as Partes devem proceder no caso de uma investigação de *fake news* entre personalidades políticas, ou seus respectivos partidários? Deveriam as Partes, com fundamento no artigo 27 da Convenção de Budapeste, decidir por não proceder com a assistência mútua, no caso de uma requisição? Como proceder para separar o que é fato, substancialmente político, de um crime *fake*

news com finalidade eleitoral?⁸⁷ Dificilmente tal decisão não fica prejudicada sem o devido acesso às provas digitais armazenadas nos *data centers*, plataformas das redes sociais e demais provedores de aplicação da internet.

A prova digital pode ser fragmentada e separada em locais diferentes no mesmo sistema operacional. A dispersão pode ser inclusive geográfica, uma vez que os arquivos podem ser fragmentados e dispersados em várias localidades geográficas diferentes. Os próprios servidores onde as informações estão localizadas podem estar em países diferentes daqueles em que o delito ocorreu⁸⁸, uma possibilidade bem grande de ser verificada nos casos concretos de crimes contra a honra ocorridos nas redes sociais. Desta forma, é salutar que as Partes cooperem para que seja garantido o acesso à prova digital, mesmo que esta esteja localizada em território alienígena.

Evidente que, de acordo com o que prevê o parágrafo 6 do artigo 27 da Convenção de Budapeste, antes da Parte recusar o envio da requisição de assistência mútua, poderá consultar

comissão especial pela Mesa da Câmara. Fonte:

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735> Acesso em 21 de janeiro de 2022

⁸⁵ “RT” é a abreviação da palavra “ReTweet”, termo oriundo do Twitter. Na rede social, a ferramenta é usada quando um usuário deseja compartilhar em sua rede alguma mensagem interessante publicada por outra conta. Fonte: <https://www.techtudo.com.br/listas/2020/06/o-que-significa-tbt-no-whatsapp-conheca-7-gurias-do-app-de-mensagens.ghml> Acesso em 21 de janeiro de 2022

⁸⁶ Para acessar os dados desta pesquisa do MIT <https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308> Acesso em 21 de janeiro de 2022

⁸⁷A Lei n. 13.834, aprovada em 04 de junho de 2019 tipificou o crime de denúncia caluniosa com

finalidade eleitoral, alterando o Código Eleitoral ao incluir o art. 326-A, cujo objetivo foi incriminar as chamadas “*fake news* com finalidade eleitoral”. Fonte: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1735/1541> Acesso em 21 de janeiro de 2022

⁸⁸ FONSECA, Marcos de Lucca. PUJOL, Sebastião Augusto de Camargo. *Perícia digital e teoria da correlação entre acusação e sentença: diferenciando fake news e calúnia nas redes sociais*. Revista de Direito Penal e Processo Penal, ISSN 2674-6093, v. 2, n. 2, jul./dez. 2020. p. 26

a Parte requerente para confirmar se é possível atender apenas parcialmente o pedido, ou se propor certas condicionantes para que a cooperação seja realizada. Mas fato é que os sistemas democráticos ainda não decidiram como irão tratar os temas relacionados à moderação de conteúdo na internet, principalmente quando o conteúdo é divulgado por personalidades ou ativistas políticos, e com indícios de ser considerado como *fake news*.

4. A CONSERVAÇÃO DOS DADOS ARMAZENADOS: CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E O MARCO CIVIL DA INTERNET

A Convenção de Budapeste, em seu artigo 29, discorre sobre a conservação dos dados informáticos armazenados. Ele dispõe que a Parte requerente solicite à requirida a manutenção de determinados dados informáticos, uma vez que a Parte requisitante prevê solicitar um pedido de auxílio mútuo de busca, acesso, apreensão, ou obtenção por meio similar ou divulgação sobre tais dados.

Vejamos as implicações do artigo 29 da Convenção em relação à lei federal brasileira nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). De

acordo com o artigo 13 do Marco Civil da Internet,

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

(...)

§ 2º § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput.

Ou seja, caso uma Parte solicitar ao Brasil dados informáticos de um provedor de conexão à internet⁸⁹ localizado no território nacional, e estes dados estiverem no prazo superior a 01 (hum) ano, tal pedido da Parte requisitante poderá estar prejudicado, uma vez que os provedores de conexão localizados no território brasileiro não têm obrigatoriedade de manter tais dados por prazo superior.

Vamos a um caso hipotético. Se um estrangeiro natural de um país que é Parte da Convenção de Budapeste, ao acessar um *website* de um provedor de aplicações⁹⁰ brasileiro, e for vítima de um cibercrime devido a uma falha no sistema de segurança da informação deste provedor, caso a autoridade estrangeira solicitar ao seu par brasileiro acesso mútuo para conhecer,

⁸⁹ De acordo com o art. 5º, V do Marco Civil da Internet, considera-se conexão à internet “(...) V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; Ex: operadoras de telecomunicações

⁹⁰ De acordo com o art. 5º, VII do Marco Civil da Internet, considera-se conexão internet “(...) VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Ex: redes sociais; plataformas de *marketplaces*

por exemplo, os dados informáticos de registro de conexão⁹¹ do provedor de conexão para obter o número do IP (*Internet Protocol*)⁹², e tal solicitação for há mais de 01 (hum) ano do caso objeto da investigação, o provedor de conexão brasileiro não tem a obrigação de fornecer tais dados.

Mesmo que o art. 13, §2º do Marco Civil da Internet preveja que “(...) A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput (...)” – ou seja, pelo prazo superior a 01 (hum) ano, a requisição do caso hipotético supra teria que ocorrer antes deste prazo. Logo, a Parte requisitante deveria solicitar a assistência mútua à autoridade brasileira em um lapso temporal, em que esta pudesse redirecionar ao provedor de conexão dentro do prazo de 01 (hum) ano - mesmo que aquela (a Parte requisitante) solicitasse apenas a manutenção/conservação dos dados informáticos (como determina o artigo 29 da Convenção da Budapeste).

Isto porque, de acordo com o artigo 11 do Marco Civil da Internet, qualquer operação de

coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet, em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros – desde que os dados coletados em território nacional e o conteúdo das comunicações estejam, pelo menos um dos terminais, localizados no Brasil. E como a própria Convenção de Budapeste dispõe que as legislações internas dos respectivos países Parte devem ser mantidas, o Marco Civil da Internet deve ser respeitado.

Um aspecto importante que precisa ser destacado foi a recém decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deliberou que é válido o pedido de congelamento de dados telemáticos antes da autorização judicial⁹³. No caso, foi considerado válido o pedido feito pelo Ministério Público – sem autorização judicial – para que provedores de internet congelassem dados telemáticos de usuários, preservando-os para fins de investigação criminal. A defesa

⁹¹ De acordo com o art. 5º, VI do Marco Civil da Internet, considera-se conexão internet “(...) VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;”

⁹² O IP é uma expressão bastante popular, embora nem todo mundo saiba exatamente o seu significado. O termo é a sigla para Protocolo da Internet, ou Internet Protocol, em inglês. Esse protocolo funciona de forma semelhante ao CPF de uma pessoa física, permitindo que conexões e

dispositivos sejam identificados a partir de uma sequência numérica. Fonte: <https://canaltech.com.br/software/o-que-e-ip/> Acesso em 21 de janeiro de 2022

⁹³ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022022-E-valido-pedido-de-congelamento-de-dados-telematicos-antes-de-autorizacao-judicial--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 15 de abril de 2022

sustentou a tese de nulidade das provas obtidas por meio da quebra de dados telemáticos, uma vez que o *Parquet* teria, antes de apresentar um pedido à autoridade judicial, enviado ofícios às empresas Apple e Google, a fim de impedir a livre disposição, por parte de seus titulares, dos dados telemáticos que estivessem armazenados com elas.

No entendimento do relator, o Marco Civil da Internet tornou mais eficiente o acesso a dados para fins de investigação criminal, ao possibilitar que o Ministério Público requiera diretamente ao provedor a sua guarda, em ambiente seguro e sigiloso, evitando o descarte dos conteúdos pelos usuários, vide:

O pedido de congelamento do Ministério Público, contra o qual se rebelam os impetrantes, e diversamente do que advogam, não precisa necessariamente de prévia decisão judicial para ser atendido pelo provedor, mesmo porque – e esse é o ponto nodal da discussão, visto em face do direito à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes (artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigo 10 da Lei 12.965/2014) - não equivale a que o requerente tenha acesso aos dados congelados sem ordem judicial.

No entendimento do relator, o congelamento do conteúdo telemático nos provedores de internet recebe tratamento específico da Lei 12.965/2014, que afirma ser dever jurídico do administrador do respectivo

sistema autônomo manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano; e, no caso do provedor de aplicações de internet, pelo prazo de seis meses.⁹⁴ A autoridade policial ou administrativa, ou, ainda, o Ministério Público, poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto, devendo, em até 60 dias após o requerimento, ingressar com o pedido de autorização judicial para o acesso aos registros (artigos 13 e 15 da Lei 12.965/2014).

Por fim, ponderou o magistrado que quanto à disponibilização dos conteúdos, "(...) deve sempre ser precedida de autorização judicial devidamente fundamentada, o que ocorreu no presente caso".

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi trazer à luz do debate os impactos que a Convenção sobre Cibercrime (Convenção de Budapeste, da qual o Brasil ratificou sua adesão em dezembro de 2021) terá sobre o ordenamento jurídico brasileiro. A adesão do Brasil à esta Convenção é de fundamental importância, uma vez que garante maior celeridade para a cooperação internacional nas atividades relacionadas à

94
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao>

[/Noticias/18022022-E-valido-pedido-de-congelamento-de-dados-telematicos-antes-de-autorizacao-judicial--decide-Sexta-Turma.aspx](#). Acesso em 15 de abril de 2022

persecução penal dos crimes cometidos no ambiente digital.

Evidente que a cadeia de custódia da prova dos crimes digitais requer atividades especializadas de computação forense e perícia digital. Fato é que, devido às estratégias comerciais das empresas de tecnologia e segurança da informação, as informações relacionadas às possíveis evidências digitais nem sempre estão localizadas no mesmo país em que tais crimes ocorrem. Logo, a cooperação internacional entre os Estados é de fundamental importância para garantir que o acesso às provas, bem como as garantias do direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sejam exercidas nos processos judiciais – em especial no direito processual penal, evitando, assim, a punição de eventuais inocentes e a impunidade de culpados por tais crimes digitais.

Por outro lado, é necessário que os países, ao aderirem à esta Convenção, procedam com os ajustes necessários em seus respectivos ordenamentos jurídicos, evitando, assim, o conflito aparente das normas infraconstitucionais com os dispositivos da Convenção de Budapeste.

Evidente que o texto da própria Convenção dispõe que as normas infraconstitucionais devem prevalecer frente a este conflito de normas – tal como abordado no texto do presente artigo. Mas esta situação de conflito de normas poderá suscitar um cenário de insegurança jurídica, como no caso do prazo

máximo necessário para a manutenção das informações sobre a operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet (em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional), caso a persecução penal de um crime digital, ocorrido em outro país, demore além do prazo estipulado no Marco Civil da Internet brasileiro. Sendo assim, caberá às autoridades judiciárias brasileiras alertarem os legisladores quanto à esta possibilidade, bem como sobre potencial atualização legislativa para adequar a legislação brasileira para esta realidade normativa, que resultou com a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste.

De fato, os crimes cometidos no ambiente digital, principalmente os cometidos na internet, cresceram de forma substancial desde a década de 1990 - e de forma vertiginosa, com o *Big Data*, a partir dos anos 2000. Uma das necessidades dos países membros do Conselho Europeu foi, desde as Recomendações oriundas das reuniões dos Comitês de Ministros, criar regulamentações para obtenção dos dados informáticos obtidos no ambiente cibernético. A Convenção de Budapeste foi o resultado da construção destes trabalhos, desde o fim da década de 1980 e meados dos anos 1990.

A Convenção de Budapeste é de fundamental importância para a assistência mútua entre as Partes, especialmente no que diz respeito à obtenção de provas digitais dos crimes

cibernéticos – ainda mais no cenário atual, em que as redes sociais, e utilização de plataformas digitais na internet, tornaram-se uma potente ameaça à Democracia, ao Estado Democrático de Direito, e aos valores republicanos, ainda mais na propagação de desinformação sobre a triste realidade da pandemia da COVID-19.

De toda forma, como a própria Convenção de Budapeste dispõe, os Estados devem exercer a cooperação internacional - no que diz respeito às atividades de investigações dos crimes cometidos no ambiente digital – sem ameaçar seu ordenamento jurídico pátrio. Evidente que isto não resulta em um cenário de ausência de assistência mútua entre os países signatários, mas a questão da cooperação internacional para as investigações dos cibercrimes perpassa a atuação estatal, ou seja, cabe aos agentes privados – como as redes sociais e as plataformas digitais – estabelecerem medidas que colaborem na obtenção das provas digitais, independentemente da localização geográfica em que estas se encontram. Do contrário, corre-se o risco do ordenamento jurídico interno dos países, ao garantir o devido processo legal e demais garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, servir de justificativa jurídica para que tais agentes privados não forneçam informações que podem, substancialmente, colaborar com a resolução dos crimes que ocorrem no ambiente digital – especialmente devido à grande utilização das redes sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ASTURIANO, Gisele. *Direito à imagem na internet e a responsabilidade civil: A (re)significação do homo virtualis*. São Paulo: Boreal, 2017.

BAUMAN, Z. RAUD, Reins. A *individualidade numa época de incertezas*. ed. Zahar. 2015

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra. 2018

COLI, Maciel. *Cibercrimes. Limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos*. Ed. Juruá. 2010

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet*. ed. JusPodivm

_____. *Os direitos da personalidade no código civil*. ed. Renovar. 2002.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 37/2021, que aprovou o texto da Convenção sobre o crime cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001.

<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/12/2021&jornal=515&pagina=7&totalArquivos=188>.

FRAJHOF, Isabella Z. *O direito ao esquecimento na internet*. ed. Almedina. 2019.

FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito*. SP: RT. 2019.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*. ed. Almedina. 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Ed. Juspodivm. 2020

MORAES, Maria Celina Bodin de. KONDER, Carlos Nelson. *Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. ed. Processo. 2016.

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. Ed. Saraiva. 2ª edição. 2015

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS REDES SOCIAIS: PROTEÇÃO PENAL

*Juliana Caramigo Gennarini*⁹⁵

RESUMO:

O presente artigo analisa a liberdade de expressão, decorrente do direito constitucional da livre manifestação do pensamento e de opinião, conforme artigo 5, incisos IV, V, IX e X da Constituição Federal, em meio às novas tecnologias de comunicação (redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e de relacionamento) empregadas na sociedade moderna, sua definição, limites e possibilidade da tutela penal àqueles que foram ofendidos por meio do exercício da livre opinião. O assunto tem tomado proporções de grande vulto atualmente, tendo em vista a pluralidade da sociedade brasileira e as inovações tecnológicas colocadas à disposição dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Direito a livre manifestação do pensamento e de opinião. Tutela Penal da honra e discurso de ódio.

ABSTRACT:

This article analyzes freedom of expression, resulting from the constitutional right of free expression of thought and opinion, according to article 5, items IV, V, IX and X of the Federal Constitution, in the midst of new communication technologies (social networks, applications instant messaging and relationship) used in modern society, their definition, limits and possibility of criminal protection for those who were offended through the exercise of free opinion. The subject has taken on great proportions nowadays, in view of the plurality of

Brazilian society and the technological innovations made available to individuals.

KEY WORDS: Freedom of expression. Right to free expression of thought and opinion. Penal protection of honor and hate speech.

INTRODUÇÃO

A tecnologia, ao longo das últimas três décadas, tem proporcionado à sociedade vários avanços, não só no que diz respeito ao estudo do homem e de onde ele vive, como também nas relações sociais e atividades praticadas no dia a dia.

Se por um lado o avanço tecnológico proporciona benesses a vida moderna, por outro, ele tem levado a sociedade à reflexão de algumas condutas.

Uma das inovações trazidas pela tecnologia foi a criação das redes sociais, dos aplicativos de mensagens instantâneas, os de relacionamento e demais formas de comunicação digital, que facilitaram – e muito – a troca de informações entre a sociedade. A rapidez com que a informação caminha e as variadas formas de sua disponibilização, não só democratizaram o saber e o conhecimento sobre os mais variados temas, como também, deu voz a muitos homens e mulheres.

Com o advento da internet, as relações entre os indivíduos acabaram por ser atingidas frontalmente, vez que passa a sensação de ser

⁹⁵ Juliana Caramigo Gennarini. Advogada criminal. Mestre em Direito Político e Econômico e Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal, ambas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora

Universitária em Direito Penal e Processo Penal. Coordenadora adjunta do curso de Direito e Coordenadora da Revista de Direito Penal e Processo Penal, ambos do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiá/SP.

terra de ninguém, sem qualquer regulamentação e, muitas vezes, dando azo ao anonimato nas declarações por ela efetuadas.

Nesse sentido, afirma Gonçalves:

“A Internet é um meio de comunicação sem mediador, onde: “[...] ao mesmo tempo em que abrem exponencialmente as possibilidades de exercício das liberdades públicas e de participação democrática, acentua o risco de abuso dessas liberdades sob a forma de difusão de conteúdos ilícitos, difamação e ofensa ao bom nome e reputação, e outras práticas de caráter fraudulento”⁹⁶”.

O direito digital tem tido avanços importantes, não só no que se refere à atividade legislativa na criminalização destas condutas, mas em âmbito processual, para dar efetividade a investigação e a eventual processo.

Tal avanço iniciou com a lei do marco civil da internet⁹⁷, bem como por meio das complementações da legislação penal a delitos já existentes, os quais incorporaram o meio digital como a forma de execução para o ato delitivo, não só caracterizando como típica a conduta, mas, em alguns outros casos, prevendo um aumento de pena quando o autor assim agir.

Atualmente, todos se sentem aptos a opinar sobre tudo. Isso não é ruim, pois a liberdade de expressão está ligada ao direito da

livre manifestação do pensamento, que constitui a possibilidade de o indivíduo emitir suas ideias e opiniões ou expressar atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, sem interferência ou eventual retaliação do Estado⁹⁸.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, da qual o Brasil é signatário, prevê a liberdade de emissão de opinião, com acesso e transmissão de informações e ideias, por qualquer meio de informação.

Porém o exercício destes direitos não é absoluto, vale dizer, todo o excesso e abuso são passíveis de gerar responsabilidade penal ou civil⁹⁹.

Na Constituição Federal há um elenco de *direitos de liberdade específicos como a liberdades de expressão, de reunião e manifestação, bem como de um direito geral de liberdade*¹⁰⁰.

Importante ressaltar que o direito fundamental de liberdade tem origem na ideia geral de liberdade, prevista no art. 4 da Declaração do Homem e do Cidadão, que assim preceitua: *“a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro”*.

Diante desta introdução, uma reflexão se impõe. Com a sociedade moderna rodeada de novos aparatos tecnológicos – as mídias sociais,

⁹⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda. Informação e Direito na era digital: um novo paradigma jurídico? Dez. 2012.

⁹⁷ BRASIL. Lei 12.965/2014. DOU 24/04/2014. Página 01.

⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal. DOU de 05/10/88. Pág. 1. Art. 5, IV.

⁹⁹ BRASIL. Constituição Federal. DOU de 05/10/88. Pág. 1. Art. 5, V e X.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo, W. et al. Curso de direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2020.

que ampliaram sobremaneira o jeito de obter, passar informações e refletir sobre os mais diversos assuntos – ainda assim, a liberdade de manifestação do pensamento e de opinião é limitada?

A resposta continua a ser afirmativa.

1. O DIREITO A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE OPINIÃO

A constituição Federal de 1988 não tutelou, de forma expressa, a liberdade de expressão. Contudo, apesar de não constar expressamente do texto constitucional, ela tem a tutela do Estado, já que configura gênero das liberdades especiais, quais sejam, do direito da livre manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença, da liberdade de comunicação, da livre expressão artística, intelectual e científica.

Além do texto constitucional, a liberdade de pensamento e de expressão estão previstos em diversos documentos internacionais, conforme ressalta Sarlet:

“(...) apenas para referir os documentos mais importantes, com ênfase, além da Declaração Universal, nos principais tratados ratificados pelo Brasil, verifica-se que, de acordo com o art. 19 da Declaração, “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por

quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Já o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil, mediante sua incorporação ao direito interno em 1992, dispõe no seu art. 19.1 que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha”. Por derradeiro, cita-se o art. 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – igualmente ratificada pelo Brasil –, de acordo com o qual “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”¹⁰¹.

Nesse passo, tem-se que as liberdades de manifestação de pensamento e a de expressão constituem direitos fundamentais do indivíduo, os quais se fundamentam na dignidade da pessoa humana, não só no que se refere à autonomia, ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, bem como a garantia da democracia e do pluralismo político.

Podemos, portanto, concluir do estudo da liberdade de expressão, no plano constitucional, que ela consiste na liberdade de

¹⁰¹ Inbidem. Pág. 509.

expressar opiniões e juízos de valor, não só no que se refere aos fatos e ideias, mas, às pessoas.

Conforme menciona Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz, citado por Sarlet,

” Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo ‘gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs etc.’¹⁰²”

Mesmo com a tutela constitucional da liberdade de expressão, não se atribui à condição de direito absolutamente imune, ou seja, impeditivo que haja restrições ou limites de sua atuação. Muito pelo contrário. A liberdade de expressão não contempla “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal¹⁰³”.

2. O DIREITO À HONRA

¹⁰² Inibidem. Pág. 514.

¹⁰³ STF. HC 82.424 (Caso Ellwanger). Item 13 do acórdão.

¹⁰⁴ Inibidem.

Importante ressaltar que a honra é um dos bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, no artigo 5, inciso X que assim prevê:

“art. 5: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação¹⁰⁴”.

Veja, portanto, que o direito à honra está alçado a direito fundamental. Na verdade, mais que isso, posto que atinge a dignidade humana.

Nos ensina Bulos que a dignidade humana é “*um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da pessoa por interligar-se às liberdades públicas em aspectos individuais e coletivos do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais e metaindividuais¹⁰⁵*”.

Mas o que é honra?

“significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal. Quando entendida unicamente no primeiro sentido, a honra está subtraída às ofensas de outrem e é alheia, por consequência, à tutela jurídica; entendida no segundo e terceiro significado, está pelo contrário, exposta às referidas ofensas¹⁰⁶”.

¹⁰⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 32.

¹⁰⁶ CUPIS, Adriano de. Os direitos da Personalidade. 2º ed. São Paulo: Quorum, 2008, pg. 121.

A honra, portanto, pode ser vista sob dois ângulos: o objetivo, como a pessoa é vista em sociedade; subjetivo, quando os ataques dizem respeito à percepção do que a pessoa acha de si mesma.

Eventuais ataques à honra são, portanto, considerados crimes previstos no Código Penal, mais especificamente, no Capítulo V – Dos Crimes contra a Honra, que será objeto de análise.

3. DA TUTELA PENAL

As redes sociais, os aplicativos de mensagens instantâneas e de relacionamento, são sim meios aptos a ofender a honra de terceiro e, com isso, passível à responsabilização civil e criminal.

Por conta dos avanços tecnológicos, os meios de comunicação já não são os mesmos do século passado. Cartas, telegramas, bilhetes já caíram no desuso. Chamadas telefônicas estão indo para o mesmo caminho. O que sobra? O uso dos aplicativos de mensagens, como WhatsApp, Telegram, Messenger, dentre outros, bem como os aplicativos das redes sociais, como o Facebook, Instagram, LinkedIn, Twitter e os de relacionamentos, como o Tinder.

Nas redes sociais, a comunicação pode ser pública, com as postagens e comentários no perfil do usuário, ou por meio das mensagens

privadas. Tanto uma como outra ensejam a responsabilidade civil e criminal.

Os atos que maculam a honra de outrem, por meio das mídias digitais, podem configurar um crime: a calúnia, difamação ou injúria, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal, respectivamente, mas não só. O *hater speech*, também chamado discurso de ódio, tem sido cada vez mais comum nas redes sociais, em especial, em uma sociedade polarizada.

Mas você deve estar se perguntando: O que são cada um desses delitos?

O agente pode ser responsabilizado pelas infrações penais de calúnia, difamação ou injúria. Guilherme de Souza Nucci nos ensina que na difamação:

“[...] significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação; Injúria [...] ofensa ou insulto (vulgarmente, xingamento); Calúnia [...] atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime¹⁰⁷”.

Para configurar a difamação, no entanto, deve haver um ato ofensivo à sua reputação (renome, estima, fama) – verdadeiros ou não - e não se tratar de qualquer ato inconveniente ou negativo atribuído a uma pessoa.

Na injúria, a ofensa deve atingir a dignidade, entendida como respeitabilidade ou amor-próprio, ou o decoro, vale dizer, a correção

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, pg. 675.

moral ou postura. A mácula atinge o conceito que a vítima tem de si mesma.

Então é preciso cuidado quando se fala ou se escreve algo, ou para alguém, seja nas redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas ou nos apps de relacionamento.

Para a calúnia e a difamação, é necessário que haja o conhecimento público das ofensas, uma vez que atinge a honra objetiva do indivíduo, vale dizer, aquilo que a sociedade pensa dele. Mas na injúria, não há a necessidade de se levar a ofensa ao conhecimento de outras pessoas. O crime ocorre quando a pessoa se sente ofendida em seu interior, porque a honra aqui é subjetiva, como explicado acima. Por isso, você que mantém conversa privada com alguém no whatsapp, por exemplo, cuidado com o que escreve ou fala (!).

Além dos delitos contra a honra, já acima delineados, uma outra conduta tem sido muito utilizada pelos meios de comunicação digital, a do *hate speech* ou discurso de ódio.

Mas o que são discursos de ódio?

“são compreendidos como toda expressão que visa insultar ou intimidar pessoas em função de sua raça, cor, credo, sexo ou nacionalidade, com finalidade deliberada de desqualificar e inferiorizar um grupo de pessoas, cuja dignidade se vê aviltada por aquele que profere esse tipo de discurso”¹⁰⁸.

Portanto o racismo, xenofobia, homofobia e antissemitismo são alguns dos exemplos que abrangem a expressão.

O discurso de ódio apresenta duas características bem marcantes, quais sejam, o insulto e/ou ofensa a um indivíduo, incluindo um grupo socialmente vulnerável ao qual ela pertence; e o uso de fala, gesto, expressão que instigue a violência – qualquer forma – seja de maneira implícita ou explícita na fala de quem agride.

A não admissão ao discurso de ódio tem tutela internacional no Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969/65), no Pacto Internacional para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Xenofobia e Intolerância Correlata (2001), todos instrumentos ratificados pelo Governo Brasileiro, passando a integrar o nosso ordenamento jurídico, inclusive, com status constitucional, conforme prevê o parágrafo 3, do artigo 5 da Constituição Federal.

A legislação infraconstitucional, todavia, ainda padece de regulamentação mais moderna e afeta os dilemas decorrentes das relações sociais, porém tem certo parâmetro trazido pela Lei 7.716/89, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, com

¹⁰⁸ MEYER-PFLUG, S. R. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

alteração promovidas pelas Leis 6.459/97, 12.288/10 e 12.735/12.

Não é a melhor legislação para tratar do assunto – pelo menos atualmente – mas cria uma tutela mínima para os que sofrem pelo *hate speech*.

Em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS), atualmente Cidadania, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão junto ao Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁹ face a inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, que “*estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTT+*”.

Em 2019, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa e deu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a sua forma de manifestação, como espécies do gênero racismo, ajustando-se à incriminação definida nos termos da Lei nº 7.716/89 e demais implicações penais.

É importante fazer uma distinção, o discurso de ódio, com base na Lei 7.716/89, é diferente do crime de injúria preconceituosa, prevista no parágrafo 3º, do art. 140 do Código Penal.

Confiram os textos:

“Art. 140: (...)”

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa¹¹⁰”.

“Art. 20, Lei 7.716/89: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa¹¹¹”.

Veja que o parágrafo 3, do art. 140 do Código penal, possui requisitos diferentes do discurso de ódio decorrente do preconceito de raça, de cor ou de orientação sexual.

A injúria preconceituosa tem por objeto um xingamento ou gesto racista, de forma pública ou particular, contra pessoa específica, ou seja, o ato ofensivo tem por objetivo atacar um único indivíduo, seja por sua cor, etnia, religião, origem, idade, orientação religiosa ou deficiência.

Quando, porém, o agressor insulta, publicamente, todo um grupo do qual a vítima faz parte, deixa de enquadrar na injúria preconceituosa e passa a ser um discurso de ódio, passível de enquadramento no crime de racismo/preconceito, qual seja, o previsto no art. 20 da Lei 7.716/89.

¹⁰⁹ STF. ADO 26/2013 (proc. N.º9996923-64.2013.1.00.0000).

¹¹⁰ BRASIL. Decreto-lei 2.848/40. Código Penal. DOU 31/12/1940. Pág. 2391.

¹¹¹ BRASIL. Lei 7.716/89. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. DOU de 05/01/89. Pág. 01.

Exemplos de discurso de ódio: “Faça um favor, mate um XXX afogado!”; “XXX não é gente!”.

Tanto a injúria preconceituosa quanto o *hate speech* em razão da cor, religião ou orientação sexual são condutas imprescritíveis, ou seja, podem ser processados e julgados a qualquer momento, não importando o tempo entre a conduta praticada e o seu processamento.

No que se refere, porém, a manifestação expressa da vítima (indivíduo que sofreu o ato), só é exigida para a injúria preconceituosa, ou seja, para a vítima individualizada que sofreu a agressão especificamente. Para ela, portanto, que quer que o fato seja apurado, é necessária a manifestação expressa. Diferente do discurso de ódio, que não exige manifestação expressa da vítima para que a conduta seja investigada.

Não importa o meio utilizado para a prática do *hate speech*, seja pela internet ou fora dela. Se presentes os requisitos do delito, cabível a responsabilização. Tem-se visto que o meio mais comum para a sua prática tem sido o virtual (redes sociais, etc.) e é assim porque a internet apresenta uma falsa sensação de anonimato, servindo de blindagem e incentivo para a prática de crimes – e não só do discurso de ódio.

Infelizmente, as pessoas acabam por se sentirem blindadas não só pelo anonimato, mas, pela invocação indiscriminada da liberdade de expressão, decorrente do direito da livre manifestação do pensamento e de opinião, sem levar em conta que tais liberdades apresentam

limite, qual seja, o da dignidade da pessoa humana em suas várias vertentes.

CONCLUSÃO

A internet e os meios digitais não são terra de ninguém ou não estão livres de responsabilização judicial. Muito pelo contrário.

Importante deixar claro que, até para os perfis fakes, é possível rastrear e ter acessos a determinadas pistas, chamados rastros digitais, que são deixados por quem navega na internet.

Necessário que sejamos cuidadosos ao explanar nossas opiniões e críticas para que não se lese direito de terceiro.

A liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento não é um direito absoluto!

E o que pode ser feito caso sejamos vítimas de um crime contra a honra ou discurso de ódio, praticado pelos meios digitais?

Primeiro, é importante fazer prova disso. Vá ao cartório de notas mais próximo levando seu celular ou dispositivo informático e faça uma ata notarial. A ata é um documento por meio do qual o tabelião – a pedido de parte interessada – lavra um instrumento público formalizado pela narrativa fiel de tudo aquilo que verificou por seus próprios sentidos, sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão, servindo esta de prova pré-constituída para utilização nas esferas

judicial, extrajudicial e administrativa, de modo que a verdade (*juris tantum*) dos fatos ali constatados, só pode ser atacada por incidente de falsidade por meio de sentença transitada em julgado. Esses “prints” junto com a ata notarial serão utilizados como prova em medida judicial.

Segundo, tire “prints” (fotos) das conversas, postagens ou outros atos ofensivos e os archive numa pasta em seu computador. Para que a mensagem possa figurar como meio de prova, importante que o armazenamento possua todos os dados da ofensa, como cabeçalho da mensagem, link, data de acesso etc.

Caso a mensagem não tenha sido direcionada a você diretamente, mas chegou ao conhecimento de um amigo, oriente-o a salvar e encaminhá-la a você.

Terceiro, importante a contratação de um perito que certificará a autenticidade da conversa, produzindo um laudo, também meio de prova.

Por fim, a vítima poderá lavrar um boletim de ocorrência em uma delegacia especializada em crimes cibernéticos, se houver em sua cidade, ou em uma delegacia comum. Nos casos de injúria preconceituosa (art. 140, § 3 CP), como se trata de uma ação privada, na qual o Ministério Público não atua diretamente, o indivíduo ofendido pode ajuizar a ação judicial imediatamente, sem a necessidade de anterior boletim de ocorrência ou investigação preliminar (inquérito policial), desde que os fatos estejam bem delineados e com provas robustas.

Se condenado, o agente pode receber pena mínima de 1 mês e máxima de dois anos, a depender do crime, bem como aplicação de multa. Possível o agravamento da pena em 1/3, caso seja um dos crimes realizado na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Para o discurso de ódio, basta a comunicação da conduta por meio de boletim de ocorrência para que a autoridade policial, se assim entender pela prática de crime, determinar a investigação por meio de instauração de inquérito policial.

A maioria das redes sociais, como o Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, Telegram, Youtube etc., possuem um campo específico para denúncias. Esses mecanismos permitem que o conteúdo seja retirado ou até mesmo que o agressor seja bloqueado ou banido da plataforma.

A vítima também pode acionar as plataformas mediante notificação extrajudicial ou via judicial, requerendo a retirada do conteúdo agressivo, caso os mecanismos administrativos não forem atendidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição Federal. DOU de 05/10/88. Pág. 1.

BRASIL. Decreto-lei 2.848/40. Código Penal. DOU 31/12/1940. Pág. 2391.

BRASIL. Lei 7.716/89. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. DOU de 05/01/89. Pág. 01.

BRASIL. Lei 12.965/2014. DOU 24/04/2014. Página 01.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 32

CUPIS, Adriano de. Os direitos da Personalidade. 2º ed. São Paulo: Quorum, 2008, pg. 121.

GONÇALVES, Maria Eduarda. Informação e Direito na era digital: um novo paradigma jurídico? Dez. 2012

MEYER-PFLUG, S. R. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, pg. 675.

SARLET, Ingo, W. et al. Curso de direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2020

STF. ADO 26/2013 (proc. N.º9996923-64.2013.1.00.0000).

_____. HC 82.424 (Caso Ellwanger). Item 13 do acórdão.