

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A ‘GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA’ COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatela como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a incutir na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS

CYBERCRIMINALITY AND IMMIGRATION: THE BUDAPEST CONVENTION AND ITS ADDITIONAL PROTOCOL FOR INCRIMINATING RACISM AND XENOPHOBIA PRACTICED THROUGH COMPUTER SYSTEMS

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth ¹

Resumo

O artigo aborda a cibercriminalidade e a imigração. A problemática radica na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Palavras-chave: Cibercriminalidade, Imigração, Convenção de budapeste, Racismo, Xenofobia

Abstract/Resumen/Résumé

The article addresses cybercrime and immigration. The problem lies in the need for mechanisms that hinder the transformation of the Internet into a territory for the spread of crimes of racism and xenophobia. Based on the hypothetical-deductive method and the bibliographic and documentary research technique, we analyze: a) the extent to which the Budapest Convention on Cybercrime enables coordinated responses to a form of criminality that requires criminal prosecution that permeates international cooperation; b) the importance of the Additional Protocol to the Budapest Convention in incriminating racism and xenophobia practiced by means of computer systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cybercrime, Immigration, Budapest convention, Racism, Xenophobia

¹ Doutor em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Direito Público pela UNISINOS; Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ.

1 Considerações iniciais

Não configura novidade a afirmação de que as novas tecnologias de informação – a exemplo da rede mundial de computadores (Internet) – marcam de modo indelével a sociedade contemporânea, estabelecendo novas formas de relação interpessoal e novos modos de compreensão – senão verdadeiras rupturas – das noções de tempo e espaço. Em tempos de pandemia (Covid-19), essas tecnologias têm demonstrado um grande potencial de mediar relações que outrora somente seriam possíveis no espaço físico e que, reconfiguradas/reterritorializadas virtualmente, cumprem exatamente com os mesmos propósitos, quiçá com um grau de eficiência ainda maior. Como todos puderam perceber nestes primeiros meses do ano de 2020, o espaço laboral físico das empresas, escolas, escritórios, agências bancárias, etc, foi perfeitamente trasladado para o espaço virtual, sem que com isso ocorressem grandes perdas na qualidade dos serviços e atividades realizados.

Tamanha é a importância das tecnologias da informação na sociedade contemporânea que os termos *ciberespaço*¹ e *cibercultura*² já integram nosso vocabulário cotidiano. Na expressão de Corrêa (2004), o ciberespaço potencializa agregações eletrônicas em torno de interesses comuns que conectam sujeitos que de outro modo talvez jamais se encontrariam pessoalmente. Com efeito, a cibercultura, de acordo com Lemos (2008), é responsável pela criação de uma maior conexão entre as pessoas, com trocas mais intensas não apenas entre as que estão próximas, mas também entre aquelas que estão próximas justamente em decorrência da possibilidade criada por esta cultura. O fato é que a internet, como destaca Antoun (2010), “é povoada [...] pelos movimentos sociais, hackers, grupos de ONGs, grupos de lutas sociais que começam a entender aquele lugar como um espaço que precisava ser povoado pela população e que não fosse restrito aos militares e universidades.” Na expressão de Castells

¹ Na definição de Pierre Lévy (1999, p. 17), o ciberespaço – também chamado de “rede” – é o “novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.”

² A expressão cibercultura constitui-se como o neologismo criado para designar “o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.” (LÉVY, 1999, p. 17). “A cibercultura mantém a universalidade ao mesmo tempo em que dissolve a totalidade. Corresponde ao momento em que nossa espécie, pela globalização econômica, pelo adensamento das redes de comunicação e de transporte, tende a formar uma única comunidade mundial, ainda que essa comunidade seja - e quanto! - desigual e conflitante. Única em seu gênero no reino animal, a humanidade reúne toda sua espécie em uma única sociedade. Mas, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, a unidade do sentido se quebra, talvez porque ela comece a se realizar na prática, pelo contato e a interação efetivos. Conectadas ao universo, as comunidades virtuais constroem e dissolvem constantemente suas micrototalidades dinâmicas, emergentes, imersas, derivando entre as correntes turbilhonantes do novo dilúvio.” (LÉVY, 1999, p. 249).

(2003, p. 287), “o que a Internet faz é processar a virtualidade e transformá-la em nossa realidade, constituindo a sociedade em rede, que é a sociedade em que vivemos.”

No ciberespaço, portanto, encontra-se uma espécie de “sociedade espelho” com benefícios e malefícios peculiares. Desse modo, assim como a criminalidade tradicional ainda desafia respostas, a preocupação com a cibercriminalidade tem sido responsável pela criação de um novo espaço de estudo e reflexão no campo das Ciências Criminais. De fato, com o desenvolvimento de um espaço de múltiplas relações virtuais, desenvolve-se um novo gênero de criminalidade que em boa medida é impulsionada justamente pela sensação de anonimato e de liberdade que a internet propicia.

De acordo com Castells (2007, p. 203), a criminalidade é um fenômeno que acompanha a humanidade desde os seus primórdios. No entanto, a formação de redes entre organizações criminosas e associados, com atividades em todo o planeta, fazem surgir o fenômeno do “crime global”, o qual “afeta profundamente a economia no âmbito internacional e nacional, a política, a segurança e, em última análise, as sociedades em geral.”

Segundo Vidaurri Aréchiga (2019, p. 198), é por meio da internet “que se perpetrán innumerables conductas ilícitas que afectan por igual a empresas, colectivos sociales y sujetos individuales.” Com efeito, “al uso indebido de datos personales, la intromisión en la intimidad, las vulneraciones a la propiedad industrial o a las finanzas personales”, por exemplo, somam-se “otras conductas que lesionan o ponen en peligro el libre desarrollo de la personalidad, especialmente de niñas, niños y adolescentes (NNA).” Logo, como assevera Morales Prats (2011, p. 821) na nova sociedade da informação, a segurança dos sistemas informáticos e das redes configura-se como “un bien jurídico de primer orden, a la vista de posibles ataques protagonizados por grupos terroristas o grupos de criminalidad organizada.”

Em termos conceituais – em que pese não haver consenso terminológico entre os autores que se debruçam sobre o assunto – pode-se definir um delito informático (ou cibercrime) como “toda conducta ilegal que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de estos.” (NAVA GARCÉS, 2016, p. 105). Téllez (1996, p. 104) conceitua esses delitos como “actitudes ilícitas en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”.

Este capítulo não pretende adentrar na discussão conceitual acerca dos delitos informáticos, tampouco realizar uma abordagem dogmática de legislações nacionais acerca do assunto. Seu escopo radica em relacionar dois temas que são próprios das sociedades complexas da contemporaneidade – a cibercriminalidade e a imigração – mais especificamente no que se

refere à necessidade de criação de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes relacionados ao racismo e à xenofobia.

Para tanto, o texto analisa, inicialmente, em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade tem contribuído para dar respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que não reconhece barreiras espaço-geográficas e que desafia, para o seu enfrentamento, novas formas de persecução penal, que perpassam pela cooperação internacional. Em um segundo momento, partindo da problematização da migração no cenário europeu, busca-se evidenciar a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste e a incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos, diante do crescimento dessa forma específica de criminalidade nos países centrais da União Europeia.

2 A cibercriminalidade e a Convenção de Budapeste: soluções globais para problemas globais

A preocupação com a cibercriminalidade – como não poderia deixar de ser – rompe barreiras geográficas e alcança um patamar global. No âmbito internacional, a Convenção sobre Crimes Cibernéticos, também conhecida como Convenção de Budapeste, é um tratado internacional de direito penal e processual penal firmado na Hungria, em 2001, no âmbito do Conselho da Europa, que tem por escopo definir, de modo harmônico, os crimes praticados por meio da Internet e as formas mais eficazes para a sua persecução (CONSELHO DA EUROPA, 2001)³.

No seu texto preambular, a Convenção preconiza “uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional”, sem deixar de reconhecer a necessária “cooperação entre os Estados e a indústria privada”, partindo

³ Embora originada no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade possui alcance mundial. O seu art. 37 marca a sua abertura à adesão de países que não integram o Conselho da Europa. Nesse sentido, ela já foi ratificada por países como Japão, Panamá, EUA, Costa Rica, Argentina, Chile, Paraguai, Austrália, República Dominicana, Canadá e África do Sul, dentre outros. De acordo com Nota Conjunta à imprensa publicada no sítio virtual do Itamaraty pelo Ministério das Relações Exteriores e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Governo brasileiro manifestou sua intenção de aderir à Convenção de Budapeste em julho de 2019. Segundo a nota, “o Brasil deverá tomar as providências legais internas necessárias à adesão à Convenção, podendo, contudo, desde já, participar, como observador, das reuniões sobre a Convenção e seus protocolos”. Inteiro teor da nota está disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21146-processo-de-adesao-a-convencao-de-budapeste-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-e-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

do pressuposto de que a “luta efectiva contra a cibercriminalidade requer uma cooperação internacional em matéria penal acrescida, rápida e eficaz.” (CONSELHO DA EUROPA, 2001).

De acordo com Lira Arteaga (2014, p. 125), um dos pontos mais relevantes da Convenção de Budapeste sobre cibercriminalidade radica na precisão terminológica, uma vez que o texto legal estabelece conceitos que permitem identificar de maneira objetiva aspectos relacionados à internet e provedores de serviços. A Convenção estabelece, em seu artigo 1º, as seguintes definições:

Para os fins da presente Convenção:

- a) “Sistema informático” significa qualquer dispositivo isolado ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados, em que um ou mais de entre eles, desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado dos dados;
- b) “Dados informáticos” significa qualquer representação de factos, de informações ou de conceitos sob uma forma susceptível de processamento num sistema de computadores, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informático executar uma função;
- c) “Fornecedor de serviço” significa: (i) Qualquer entidade pública ou privada que faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de comunicar por meio de um sistema informático e (ii) Qualquer outra entidade que processe ou armazene dados informáticos em nome do referido serviço de comunicação ou dos utilizadores desse serviço.
- d) “Dados de tráfego” significa todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efectuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajecto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente. (CONSELHO DA EUROPA, 2001).

Após abordar as medidas a serem adotadas no enfrentamento à cibercriminalidade em nível nacional – que envolvem temas de direito penal material (artigos 2º a 13⁴) e direito processual penal (artigos 14 a 21), a Convenção de Budapeste, em seu artigo 22, obriga os países signatários a estabelecerem jurisdição sobre os delitos previstos nos artigos 2º a 11 por meio de seus respectivos sistemas judiciais e administrativos, de modo a “poder declararse competentes, perseguir y procesarlos con base en el territorio, a bordo de buques y aeronaves matriculadas de un Estado y con base en la nacionalidad, independientemente del lugar donde se cometió la infracción.” (VELASCO SAN MARTÍN, 2012, p. 382).

No mesmo sentido, o art. 23 da Convenção estabelece, em relação à cooperação internacional, que

⁴ Cumpre salientar, a propósito, que a Convenção de Budapeste estabelece uma classificação dos cibercrimes a partir de quatro critérios, a saber: a) Delitos contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos; b) Delitos telemáticos ou informáticos/relacionados com computadores; c) Delitos relacionados com o conteúdo; c) Delitos relacionados com infrações à propriedade intelectual e direitos afins.

as Partes cooperarão entre si [...] em aplicação dos instrumentos internacionais pertinentes sobre a cooperação internacional em matéria penal, de acordos celebrados com base nas legislações uniformes ou recíprocas, e do seu direito nacional, na medida mais ampla possível, para efeitos de investigações ou de procedimentos relativos a infracções penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, ou para recolher provas sob a forma electrónica de uma infracção penal. (CONSELHO DA EUROPA, 2001).

Acompanha as medidas de cooperação judicial internacional previstas na Convenção a articulação de um procedimento padrão para as solicitações e trâmites de assistência transfronteiriça. No que se refere ao mecanismo de extradição, a Convenção estabelece princípios gerais de cooperação que obrigam, no que se refere à cibercriminalidade, a assistência mútua, a modificação legislativa para efeito de adaptação às exigências de cooperação internacional, a habilitação de comunicações e solicitações urgentes de cooperação (trâmites simplificados) e a facilitação de informação a outros Estados membros que contribua com a persecução e punição dos delitos informáticos. Além disso, o procedimento padrão prevê instrumentos de coordenação por meio de autoridades nacionais unificadas e centralizadas, assim como a solicitação urgente através da comunicação direta das autoridades judiciais, bem como as garantias de confidencialidade das informações/dados. Por fim, o procedimento padrão permite a solicitação de medidas cautelares relativas a dados existentes em outros países, o acesso direto e em tempo real a estes dados mediante a autorização correspondente, bem como a possibilidade de comunicação entre os Estados dos dados obtidos no curso das investigações (FLORES PRADA, 2012, p. 402).

Sobre o tema da competência e da cooperação internacional, uma crítica que se pode fazer à redação do art. 22 da Convenção ora analisada diz respeito ao fato de que não se estabelecem regras/critérios específicos para auxiliar os países signatários a determinar com maior precisão o lugar de comissão dos delitos praticados no ciberespaço. Por outro lado, a Convenção também deixa de dispor sobre “criterios específicos que permitan a los países establecer prioridades con relación a reclamaciones concurrentes sobre jurisdicción y competencia penal cuando están involucrados más de dos países”. Nesse sentido, o estabelecimento de critérios adicionais (domicílio das vítimas, lugar da prisão dos infratores, lugar no qual se originou e ocorreu o dado relacionado ao cibercrime) é um expediente que “sería de gran utilidad para países que no cuentan todavía con la experiencia práctica en la persecución de ciberdelitos.” (VELASCO SAN MARTÍN, 2012, p. 383).

Outrossim, não se pode deixar de considerar que

aspectos tales como la negociación, la debida coordinación, y el establecimiento de mecanismos ágiles para acordar y decidir la jurisdicción más conveniente entre los Estados conforme a los instrumentos y tratados internacionales jugarán un papel determinante en la ejecución, procesamiento y extradición de los presuntos infractores que cometen delitos en el ciberespacio y que tienen efectos reales sobre individuos localizados en un determinado país. (VELASCO SAN MARTÍN, 2016, p. 362).

Diante do exposto, é possível afirmar que, no que diz respeito à cibercriminalidade, coloca-se, de modo muito evidente, a questão sobre a possibilidade ou não de “enfrentar con leyes nacionales (internas) los retos criminales derivados del uso de las tecnologías de la información, o qué tanto deben ser atendidos desde una plataforma legislativa internacional, teniendo en cuenta la posibilidad de traspasar las fronteras territoriales mediante las modernas tecnologías.” (VIDAURRI ARÉCHIGA, 2019, p. 204).

Esse desafio, como se demonstrará em sequência, torna-se ainda maior quando se está diante de uma forma específica assumida pela cibercriminalidade contemporânea: o racismo e a xenofobia praticados através de sistemas informáticos – tema que assume especial relevância diante do incremento do número de migrantes e refugiados em circulação pelo globo nesta quadra da história.

3 O protocolo adicional à Convenção de Budapeste e a incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos

A partir da perspectiva histórica, os movimentos migratórios sempre existiram. Migrar constitui uma forma de comportamento que caracteriza as sociedades humanas. O continente europeu, particularmente, foi o cenário de numerosos movimentos migratórios, de modo que se pode afirmar que “no existe un pueblo o una nación que no sea heredero o resultante de una gran migración, pacífica o producto de la dominación bélica.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 281). Em um salto histórico relativamente “curto”, pode-se verificar que entre os anos de 1820 até o fim da Segunda Guerra Mundial, como consequência das profundas mudanças provocadas pela transição demográfica, das transformações na agricultura e na propriedade rural e, principalmente, em decorrência dos efeitos sociais da Revolução Industrial, aproximadamente cem milhões de pessoas mudaram de país, sendo que mais da metade migrou para o Continente Americano. Nesse período, o mundo vivenciou aquilo que se pode denominar de “idade da migração em massa”, dirigida a países com baixa população e abundantes recursos naturais (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007; MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000; LACOMBA, 2008).

Na contemporaneidade verifica-se um movimento de “retorno”, ou seja, os descendentes das pessoas que outrora partiram do Continente Europeu hoje deixam suas cidades superpovoadas na direção oposta, buscando nas grandes cidades europeias a mesma coisa que seus progenitores procuravam ao emigrarem. De acordo com Lacomba (2008), dados oriundos de informativo da Oficina de Estatística da Comissão Europeia (Eurostat) apontam que a imigração é o componente principal do crescimento populacional europeu desde 1992. E esses países de destino deparam-se, então, com o dilema de encontrar um jeito de “alojar” os imigrantes, administrando seus interesses com os interesses das suas superpopulações.

Neste contexto, a característica das migrações contemporâneas que mais inquieta reside nas respostas que os atores institucionais estão dando a este fenômeno, a qual se situa em uma perspectiva diametralmente oposta à abertura característica de outros momentos históricos. Os fenômenos da globalização e da desregulamentação da economia mundial fazem com que as forças do capitalismo global impulsionem de forma nunca antes vista os movimentos migratórios. Paralelamente a outros fatores de expulsão – a exemplo da repressão ideológica e religiosa, das catástrofes naturais e da pobreza, bem como dos conflitos armados que se alastram pelo mundo contemporâneo afora – as forças do capitalismo cada vez chegam a mais habitantes do planeta, seduzindo-os com seus produtos e com o modo de vida associado aos países desenvolvidos. Além disso, outros fatores como os avanços no transporte – que reduzem a distância física entre os países – e os progressos nas tecnologias aliadas à comunicação, o estreitamento de relações internacionais, a existência de redes sociais que estabelecem vínculos através dos países, a acentuação da diferença de crescimento demográfico entre as regiões desenvolvidas e em vias de desenvolvimento, a demanda pelas economias dos países desenvolvidos de mão-de-obra estrangeira para determinados setores, etc, podem ser vistos como fatores preponderantes para o incremento dos movimentos migratórios, que alcançam patamares outrora inimagináveis (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007).

Diante de um quadro tal, Martínez Escamilla (2008, p. 2) salienta que não se está exagerando “cuando se afirma que los actuales movimientos migratorios están llamados a producir en nuestra sociedad un impacto más profundo y significativo que cualquier otra cuestión social.” Nesse sentido, destaca Llinares (2008, p. 2) que, nos últimos vinte anos nos países centrais europeus, a imigração deixou o lugar minúsculo que ocupava no *ranking* de importância social atribuída às distintas políticas públicas para praticamente encabeçar esta lista hipotética. A intensificação da imigração irregular a partir da fronteira marítima no sul da Europa tem impregnado o debate político sobre o tema, o que tem contribuído para o enriquecimento tanto da reflexão teórica quanto da prática política sobre a imigração irregular

e os mecanismos de controle migratório. Isso porque o fenômeno em questão tem colocado em primeiro plano vários aspectos que são fundamentais para a compreensão dos motivos que impulsionam a imigração na região: as enormes desigualdades econômicas, a criação de uma espécie de “cultura” da imigração e da saída em diversos países africanos, as tensões crescentes na arena europeia entre os países que são fronteira exterior da área denominada “Espaço Schengen” e os que não são, bem como – e principalmente – as dificuldades de controle/gestão da imigração irregular.

Na observação de Santiago (2010, p. 138), cada vez mais se distinguem os espaços “europeus” dos “não-europeus” e a abertura criada pelo “Espaço Schengen” *ad intra* contrasta com as restrições que tem sido criadas *ad extra*. Efetivamente, a busca pela eficácia no controle dos fluxos migratórios tem transformado a ação política dos Estados por meio de diversas práticas que, para além do mero incremento da vigilância nas fronteiras, perpassa também pela extensão do controle migratório até mesmo para o exterior dos seus territórios. A resposta pode ser encontrada na forma por meio da qual os atores institucionais estão tratando a questão na contemporaneidade: enquanto que na “idade da migração em massa” acima mencionada os países de destino, antes de reprimir, fomentavam, por meio de políticas públicas, a imigração, na atualidade verifica-se exatamente o oposto. Com efeito, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes da União Europeia estão sendo construídas “de cima para baixo” e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração e da preservação/respeito aos direitos humanos dos imigrantes. Como asseveram López Sala e Sánchez (2010, p. 83), essas medidas acabam por truncar, de certo modo, “la tradicional identificación entre territorio y soberanía”, porque supõem “una extensión, un despliegue político del control migratorio, que empieza en los países de origen, continua en los de tránsito, incorpora acciones en la frontera e penetra el territorio de los países receptores.”

Como assevera Martínez Escamilla (2007, p. 16), “dos pilares fundamentales de cualquier política inteligente de inmigración, cuales son el desarrollo de los países emisores y la integración, parecen haber sido pasado a un segundo plano incluso en la retórica de política europea de inmigración.” A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares. Com isso, cada vez mais se assiste a um processo de “estrangeirização” do imigrante: ao se negar as possibilidades de que ele seja um migrante “de verdade”, livre em seu projeto migratório, acaba-se por estigmatizá-lo como “diferente” e a considerá-lo apenas como

um trabalhador (in)útil para o mercado de trabalho (DE LUCAS, 2003). “Mientras que se estigmatiza con el lenguaje y se persigue policialmente a las personas que no tienen su documentación ‘en regla’, se utilizan eufemismos y, generalmente, un amplio margen de tolerancia para aquel segmento de la economía que los emplea.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 263).

O crescimento econômico almejado pelos governos depende, em última análise, das empresas que se utilizam desse tipo de mão de obra para maximizar seus lucros. E as pressões desses setores da economia sobre os governos são muitas vezes atendidas por meio das supramencionadas “relativizações”. Recentemente, em virtude das sucessivas crises econômicas pelas quais tem passado a União Europeia, a influência da economia sobre as políticas de controle dos fluxos migratórios tem se mostrado ainda mais evidente. Analisando a questão a partir do momento em que começa a se verificar nos países da então Comunidade Europeia, em meados da década de 1970, a crise do modo de regulação fordista, Brandariz García (2011, p. 17) menciona que os migrantes passam paulatinamente a perder a centralidade produtiva e, em tal medida, também a centralidade social e política, “de modo que la inmigración deja de ser contemplada primordialmente como un factor de desarrollo, y pasa ser vista ante todo como un problema, como un hecho antitético al actual modelo de evolución social, que debe ser gestionado fundamentalmente desde la perspectiva del control.”

E, neste ponto, revela-se um outro aspecto que tem contribuído para a construção dos imigrantes enquanto “sujeitos de risco”: a questão do “parasitismo social”, ou seja, da sua consideração enquanto “parasitas” de um Welfare State cada vez mais cauíla no cumprimento de seu desiderato para com os cidadãos autóctones. Pode-se sintetizar o câmbio de perspectiva de análise do problema pelos líderes políticos europeus nos seguintes termos: a passagem de um modelo de “imigração econômica” para um modelo de “turismo de benefícios sociais”.

Ora, a condição de “estrangeiro”, por si só, conforme aduz Arnaiz (1998), traduz a ideia de uma pessoa que está ocupando ou usurpando um posto ou lugar que não lhe corresponde. E esse estranhamento é potenciado na medida em que a figura do migrante é construída a partir da lógica da “ameaça”. E isso, no contexto de desmantelamento dos resquícios de um Estado de Bem-Estar Social, é cada vez mais frequente, conduzindo a uma situação paradoxal: “quanto mais persistem – num determinado lugar – as proteções ‘do berço ao túmulo’, hoje ameaçadas em toda parte pela sensação compartilhada de um perigo iminente, mais parecem atraentes as válvulas de escape xenófobas”, o que decorre do fato de que os poucos países “que relutam em abandonar as proteções institucionais transmitidas pela modernidade sólida [...] veem-se como fortalezas assediadas por forças inimigas”, considerando “os resquícios de Estado social um

privilégio que é preciso defender com unhas e dentes de invasores que pretendem saqueá-los”. Em função disso, “a xenofobia – a suspeita crescente de um complô estrangeiro e o sentimento de rancor pelos ‘estranhos’ – pode ser entendida como um reflexo perverso da tentativa desesperada de salvar o que resta da solidariedade local.” (BAUMAN, 2009, p. 20-21).

Nos debates políticos travados acerca do tema, considera-se que os imigrantes – principalmente os oriundos da África – estariam abusando dos sistemas de proteção social europeus, o que demonstra, segundo Spire (2013) uma completa dissonância com a realidade social e jurídica das populações estrangeiras em todos os países europeus. Efetivamente, ao lado dos ciganos, os estrangeiros estão entre as pessoas mais vulnerabilizadas no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde. Por outro lado, a atribuição de benefícios de renda mínima exige condições severas relativas ao tempo de residência no território. Logo, os discursos “parasitários” cumprem, na ótica do sobredito sociólogo, com uma função ideológica que é decisiva em uma época de crise econômica e de pânico moral, qual seja: eles fornecem legitimidade simbólica para políticas de exclusão que de outra maneira não receberiam aprovação por parte da população.

Um outro fator que é decisivo para a “demonização” dos imigrantes na contemporaneidade e que está diretamente relacionado à questão do “parasitismo social” consiste na equiparação equivocada desses sujeitos à figura dos “terroristas”, o que faz com que recaia sobre todo e qualquer imigrante uma “fundada suspeita” de uma “potencialidade terrorista”. Bauman (2005, p. 71) ilustra de um modo bastante claro como o “parasita social” e o “terrorista potencial” acabam por se misturar no estereótipo que se estabelece coletivamente em relação à figura dos migrantes:

o novo medo dos terroristas foi misturado e cimentado com o ódio aos ‘parasitas’, sentimento bem entrincheirado, mas que precisa de constante alimento, matando dois coelhos com uma só cajadada e dotando a atual cruzada contra os ‘parasitas da previdência’ de uma nova e invencível arma de intimidação de massa. Enquanto a incerteza econômica não é mais preocupação de um Estado que preferiria deixar para seus súditos individuais a busca individual de remédios individuais para a insegurança existencial individual, o novo tipo de temor coletivo oficialmente inspirado e estimulado foi colocado a serviço da fórmula política. As preocupações dos cidadãos com seu bem-estar foram removidas do traiçoeiro terreno da precariedade promovida pelo mercado, no qual os governos dos Estados não têm capacidade nem vontade de pisar, e levadas para uma área mais segura e muito mais telefotogênica, em que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública.

Efetivamente, quando o Estado de Bem-Estar entra em crise e demonstra não mais poder exercer a sua função de proteção dos indivíduos em face dos acasos da vida, sua legitimidade

entra em declínio. Esse processo alcança, na contemporaneidade, um ponto de culminância que faz com que o Estado saia em busca de vias alternativas de legitimação. Nesse rumo, fomentar medos coletivos e demonstrar – ainda que simbolicamente – eficiência em ações relacionadas à tutela da segurança pessoal acaba sendo uma das estratégias utilizadas. E, para isso, é preciso ter um “inimigo” a combater, o que faz surgir um novo “papel” a ser desempenhado pelos “sem-papéis”: figurar como “inimigos” da opinião pública, sendo relacionados ao caos e à desordem.

Nesse sentido, observa-se que esses discursos políticos de associação dos migrantes ao “parasitismo social” e ao “terrorismo” produz um impacto no que diz respeito ao aumento do número de casos de crimes associados ao racismo e à xenofobia – muitos deles praticados por meio de sistemas informáticos. Por ocasião da apresentação do relatório anual do Alto-Comissariado no Conselho dos Direitos Humanos da ONU, em Genebra, em março de 2018, o Alto-Comissário da ONU para os Direitos Humanos, Zeid Ra’ad Al-Hussein, referiu estar alarmado com a expansão do discurso racista, xenófobo e de incitamento ao ódio na Europa, que chega a dominar a cena política em alguns países. Segundo ele, “mais de dois terços dos parlamentos nacionais nos países da União Europeia (UE) incluem atualmente partidos políticos com posições extremas contra os migrantes e, nalguns casos, muçulmanos e outras minorias.”⁵

Mesmo que a União Europeia tenha adotado medidas legais com o objetivo de evitar a discriminação, por meio de Diretivas que deveriam permear a legislação nacional de seus Estados membros – a exemplo da Diretiva da Igualdade Racial (Diretiva 2000/43/EC), da Diretiva da Igualdade no Emprego (Diretiva 2000/78/EC), da Diretiva de Gênero no acesso a Bens e Serviços (Diretiva 200/13/EC) e da Diretiva de Livre Circulação e Residência de Cidadãos da UE (Diretiva 2004/38/EC)⁶ – o número de ataques racistas e xenofóbicos a migrantes e refugiados não para de aumentar em solo europeu⁷.

Considerando a cibercriminalidade relacionada ao racismo e à xenofobia é que foi assinado, em janeiro de 2003, o Protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime relativo à incriminação de atos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos. De acordo com Melo (2010, p. 64), “o intuito dessa adição nada mais

⁵ Conforme notícia disponível em: <<https://observador.pt/2018/03/07/onu-alarmada-com-expansao-da-xenofobia-e-racismo-na-europa/>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

⁶ O texto integral de todos os documentos aqui citados está disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/discrimination/law/index_en.htm>. Acesso em: 28 jan. 2021.

⁷ Sobre o tema, consultar matérias disponíveis em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/28/denuncias-de-racismo-e-xenofobia-batem-recorde-em-portugal.ghtml>> e <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/08/28/discurso-xenofobo-volta-as-ruas-sem-censura-em-varios-paises-da-europa.ghtml>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

foi do que reconhecer e harmonizar o que no âmbito dos direitos humanos e dos ordenamentos jurídicos nacionais já se verifica: o repúdio ao racismo e suas vertentes com normas incriminadoras.”

O Protocolo destaca, em seu preâmbulo, “que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que “os actos de natureza racista e xenófoba constituem uma violação dos direitos humanos e uma ameaça ao Estado de Direito e à estabilidade democrática”. Salienta, outrossim, que “os ordenamentos jurídicos nacionais e o direito internacional devem dispor de respostas jurídicas adequadas à propaganda de natureza racista e xenófoba através de sistemas informáticos” e que há a “necessidade de harmonizar as disposições do direito substantivo relativas à luta contra a propaganda de natureza racista e xenófoba”. Assim, considerando “o risco de uso indevido ou de abuso de tais sistemas informáticos para efeitos de difusão de propaganda de natureza racista e xenófoba” e diante da “necessidade de garantir um equilíbrio adequado entre a liberdade de expressão e a luta eficaz contra actos de natureza racista e xenófoba”, o Protocolo visa à complementação da Convenção de Budapeste no que diz respeito a esta importante temática. (CONSELHO DA EUROPA, 2003).

O artigo 2º do Protocolo define, em seu primeiro inciso, que a expressão “material racista e xenófobo” designa:

qualquer material escrito, imagem ou outra representação de ideias e teorias que preconize ou encoraje o ódio, a discriminação ou a violência contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, em função da sua raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou ainda da sua religião na medida em que esta sirva de pretexto a qualquer um dos outros elementos ou incite à prática de tais actos. (CONSELHO DA EUROPA, 2003).

O capítulo II do Protocolo sob análise dispõe acerca das medidas a serem adotadas em âmbito nacional pelos Estados signatários. Essas medidas podem ser assim sintetizadas:

- *Artigo 3º*: versa sobre a difusão de material racista e xenófobo por meio de sistemas informáticos, salientando que as partes signatárias deverão adotar, em suas legislações internas, medidas para tipificar infrações penais relacionadas à difusão ou outras formas de colocação à disposição do público, através de um sistema informático, de material racista e xenófobo;
- *Artigo 4º*: versa sobre o delito de ameaça com motivação racista e xenófoba, salientando que as partes signatárias deverão adotar, em suas legislações internas, medidas para tipificar infrações penais de ameaça, através de um sistema informático, de cometer um crime grave conforme definido pelo

ordenamento jurídico interno contra: a) uma pessoa por pertencer a um grupo que se caracterize pela sua raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou, ainda, pela sua religião, na medida em que esta sirva de pretexto a qualquer um dos outros elementos; b) um grupo de pessoas que se distinga por qualquer uma das referidas características;

- *Artigo 5º*: versa sobre o delito de insulto com motivação racista ou xenófoba, salientando que as partes signatárias deverão adotar, em suas legislações internas, medidas para tipificar infrações penais relacionadas à conduta de quem pratica insulto público, através de um sistema informático: a) dirigido a uma pessoa por pertencer a um grupo que se caracterize pela sua raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou, ainda pela sua religião, na medida em que esta sirva de pretexto a qualquer um dos outros elementos; b) dirigido a um grupo de pessoas que se distinga por qualquer uma das referidas características;
- *Artigo 6º*: versa sobre a negação, minimização grosseira, aprovação ou justificação do genocídio ou dos crimes contra a humanidade, salientando que as partes signatárias deverão adotar, em suas legislações internas, medidas para tipificar infrações penais relacionadas à conduta de quem promover a difusão ou outras formas de colocação à disposição do público, através de um sistema informático, de material que negue, minimize de forma grosseira, aprove ou justifique atos constitutivos de genocídio ou de crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo direito internacional e reconhecidos como tal por uma decisão definitiva emanada do Tribunal Militar Internacional estabelecido pelo Acordo de Londres, de 8 de Agosto de 1945, ou de qualquer outro tribunal internacional estabelecido por instrumentos internacionais pertinentes e cuja competência tenha sido reconhecida pela Parte interessada;
- *Artigo 7º*: dispõe que cada Parte deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para tipificar, no seu direito interno, como infração penal, quando praticado intencional e ilegitimamente, o ato de auxiliar na prática de um crime conforme definido no Protocolo, ou de agir como cúmplice visando à prática efetiva de tal infração (CONSELHO DA EUROPA, 2003).

Este Protocolo representa, diante do exposto, um importante avanço na proteção internacional dos Direitos Humanos de migrantes e refugiados, representando um mecanismo importante para se evitar que o direito à liberdade de pensamento e expressão não encontre, na

internet, campo fértil para a proliferação de campanhas de ódio racista e xenófobo contra a população migrante.

Afinal, como destaca Melo (2010, p. 65), é necessária a “aplicação de medidas que contenham os riscos da utilização dessas redes para difundir ideias racistas e propagandas xenófobas”, uma vez que “a internet não pode ser um paraíso da impunidade para os criminosos praticarem condutas danosas e nocivas à sociedade”. Do mesmo modo, “é preciso manter o ambiente virtual sadio e livre para a manifestação da liberdade de pensamento e informação”, razão pela qual a Convenção de Budapeste e o Protocolo Adicional aqui analisado representam, de modo muito evidente, um esforço direcionado a proteger as liberdades civis e os direitos humanos na conservação de interesses legítimos da sociedade contemporânea e da cibercultura que a ela subjaz.

4 Considerações Finais

Como salientado ao longo do presente estudo, a cibercriminalidade apresenta muitos desafios às ciências criminais, na medida em que tensiona conceitos e categorias chaves do pensamento jurídico-penal tradicional. A persecução eficiente aos cibercrimes exige um esforço que transpassa as barreiras nacionais, exigindo cooperação internacional. O enfrentamento à cibercriminalidade é, portanto, um movimento que exige esforço global em face de um fenômeno que, por definição, assume essa dimensão.

Nesse sentido, o texto analisou a regulação internacional existente acerca da cibercriminalidade no âmbito da Convenção de Budapeste. Esta Convenção é, atualmente, o único instrumento internacional que versa sobre esta matéria, e visa a fazer com que os países signatários – mesmo aqueles que não integram a União Europeia – harmonizem suas legislações internas e melhorem os mecanismos de investigação dessa forma específica de criminalidade, destacando a necessidade de uma maior cooperação internacional para o enfrentamento da ciberdelinquência.

Uma das formas de cibercriminalidade que tem assumido grandes proporções no contexto europeu contemporâneo diz respeito aos discursos xenófobos e racistas direcionados aos migrantes por meio da internet. Nesse sentido, procurou-se demonstrar o papel desempenhado pelo Protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre a incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos, de 2003, para o enfrentamento dessa modalidade de cibercrime e a transformação do ciberespaço em um âmbito

de livre expressão de ideias e pensamentos mas também atento às práticas que atentem contra a dignidade humana.

Nesse sentido, a Convenção de Budapeste e o Protocolo Adicional aqui analisados apresentam-se – mesmo diante das fragilidades apontadas – como *standards* internacionais a serem seguidos, impondo aos países signatários e aos demais Estados a obrigação de atualização de suas legislações e cumprimento dos requisitos técnicos e institucionais previstos na Convenção.

Referências:

ANTOUN, Henrique. A Internet, sem anonimato, é uma prisão de segurança máxima. **IHU Online**, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/32185-a-internet-sem-anonimato-e-uma-prisao-de-seguranca-maxima-entrevista-com-henrique-antoun>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ARNAIZ, Graciano González R. La condición de extranjero del hombre (Apuntes para una ética de la difeencia). **LOGOS: Anales del Seminario de Metafísica**. n. 1, p. 121-141, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal**. Granada: Comares, 2011.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. In: MORAES, Denis. **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Fim do Milênio**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção de Budapeste**, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos**, 28 jan. 2003. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ed8cd>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CORRÊA, Cybthia Harumy Watanabe. Comunidades Virtuais gerando identidades na sociedade em rede. **C-legenda: Revista do Programa de Pós-graduação em Cinema e Audiovisual da Universidade Federal Fluminense**, Rio de Janeiro, vol. 1, 2004, p. 1-14. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/ciberlegenda/article/view/36730/21307>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DE LUCAS, Javier. Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, n. 1, 2003. Disponível em: <<https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2020.

FLORES PRADA, Ignacio. **Criminalidad informática: aspectos sustantivos y procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LACOMBA, Josep. **Historia de las migraciones internacionales: historia, geografía, análisis e interpretación**. Madrid: Catarata, 2008.

LEMOS, André. A utopia da sociedade em rede: Um mundo sem fronteiras? **IHU On-line**, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/16737-a-utopia-da-sociedade-em-rede-um-mundo-sem-fronteiras-entrevista-especial-com-andre-lemos>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Disponível em: <<http://informática.terra.com.br>> Acesso em: 6 set. 2013.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. (Trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2009.

LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 10, vol. 5, p. 05:1-05:31, 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

LIRA ARTEAGA, Óscar. **Cibercriminalidad: fundamentos de investigación en México**. 2. ed.. México, D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.

LÓPEZ SALA, Ana María; SÁNCHEZ, Valeriano Esteban. La nueva arquitectura política del control migratorio em la frontera marítima del suroeste de Europa: los casos de España y Malta. In: ANGUIANO, María Eugenia; LÓPEZ SALA, Ana María. **Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 75-102.

MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos. **Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad**. Madrid: Catarata, 2000.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La inmigración como delito**. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Barcelona: Atelier, 2007.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 10, vol. 6, p. 06:1-06:20, 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos Direitos Humanos pela internet: estudo da Lei nº 7.716/89**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_CELSO.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MORALES PRATS, Fermín. El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos (art. 197.3) y la proyección de la responsabilidad de las personas jurídicas a los delitos contra la intimidad: una primera acotación a la Reforma penal de 2010. In. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (coord.). **Un derecho penal comprometido**: libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 821-827.

NAVA GARCÉS, Alberto Enrique. **Delitos informáticos**. 3. ed.. México: Porrúa, 2016.

SANTIAGO, Jaime Ruiz. Movimientos migratórios y movimientos forzados de personas en el mundo contemporáneo. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Vol. 10, num. 10, p. 121-148, 2010.

SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2013. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/xenofobia-em-nome-do-estado-de-bem-estar-social/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

TÉLLEZ, Julio. **Derecho informático**. 2. ed. México: McGraw-Hill, 1996.

VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. **La jurisprudencia y competencia sobre delitos cometidos a través de cómputo e internet**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. **Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de cibercrimes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. Delitos informáticos. Los retos del Derecho Penal. In. NAVA GARCÉS, Alberto Enrique (coord.). **Cibercrimes**. México, D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2019, p. 197-220.