

**CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS,
TECNOLOGIA E INTERNET**

DIREITO PENAL E CIBERCRIMES

D598

Direito penal e cibercrimes [Recurso eletrônico on-line] organização Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet: Faculdade de Direito de Franca – Franca;

Coordenadores Ana Carolina Juzo, Clóvis Volpe Filho e Stephani Dettmer Di Martin
Viena – Franca: Faculdade de Direito de Franca, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-917-9

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

Tema: Desafios da Regulação do Ciberespaço.

1. Direito. 2. Políticas Públicas. 3. Tecnologia. 4. Internet. I. Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet (1:2023 : Franca, SP).

CDU: 34

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS, TECNOLOGIA E INTERNET

DIREITO PENAL E CIBERCRIMES

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os Anais do Primeiro Congresso Internacional de Direito, Políticas Públicas, Tecnologia e Internet, realizado entre os dias 12 e 15 de setembro de 2023, na Faculdade de Direito de Franca, composta por trabalhos apresentados nos Grupos de Trabalhos que ocorreram durante o evento, após rigorosa e disputada seleção.

Ditos trabalhos, que envolvem pesquisas realizadas nas mais diversas áreas do direito, mas primordialmente relacionados a temas centrados na relação entre o direito e o impacto das tecnologias, apresentam notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual e inovadora dos institutos próprios da área.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões que ocorreram no evento por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Coordenação do Evento:

Alexandre Veronese (UnB)

Felipe Chiarello de Souza Pinto (Mackenzie)

José Sérgio Saraiva (FDF)

Lislene Ledier Aylon (FDF)

Orides Mezzaroba (CONPEDI/UFSC)

Samyra Naspolini (FMU)

Sílzia Alves (UFG)

Yuri Nathan da Costa Lannes (FDF)

Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Realização:

Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Grupo de Pesquisa d Políticas Públicas e Internet (GPPI)

Correalização:

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)

Faculdades Londrina

Universidade Federal de Goiás (UFG)

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Mestrado Profissional em Direito da UFSC

RESPONSABILIDADE PENAL NAS PLATAFORMAS DIGITAIS: O PAPEL DE GARANTIDOR DOS ADMINISTRADORES DE GRUPOS PRIVADOS EM REDES SOCIAIS

CRIMINAL RESPONSIBILITY IN DIGITAL PLATFORMS: THE ROLE OF GUARANTOR OF ADMINISTRATORS OF PRIVATE GROUPS IN SOCIAL NETWORKS

Ana Julia Pozzi Arruda ¹
Otávio Augusto Mantovani Silva ²
Mariana Delgado Brites Rigacci ³

Resumo

O objetivo do trabalho é problematizar os limites da responsabilização penal por omissão dos usuários de redes sociais que administram grupos destinados ao cometimento de crimes. Utilizou-se o método dedutivo e de revisão bibliográfica, ilustrando as problemáticas apontadas por meio de casos concretos. Tal análise é relevante pela expressividade dos meios de comunicação na realidade contemporânea e a utilização destes canais para práticas criminosas. Diversos casos noticiados evidenciam que o fenômeno é mais recorrente do que se pode imaginar; alguns desses casos serão utilizados como paradigma de análise neste trabalho para elucidar a importância e a atualidade do tema.

Palavras-chave: Direito penal, Crimes omissivos, Redes sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to problematize the limits of criminal liability by omission of users of social networks that manage groups intended for the commission of crimes. We used the deductive method and literature review, illustrating the problems pointed out through concrete cases. This analysis is relevant for the expressiveness of the media nowadays and the use of these channels for criminal practices. Several reported cases show that the phenomenon is more recurrent than can be imagined; some of these cases will be used as a paradigm of analysis in this work to elucidate the importance of the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Omissive crimes, Social networks

¹ Bolsista CAPES. Doutoranda em Direito pela UNESP. Mestrado em Direito pela UNESP. Advogada.

² Mestrando em Direito pela UNESP. Pós-graduado em Direito Constitucional pela EPM/SP. Assistente de juiz (TJSP).

³ Bolsista CAPES. Mestranda em Direito pela UNESP. Graduada em Direito pela UNESP. Advogada.

O objetivo do presente trabalho é problematizar os limites da responsabilização penal por omissão dos usuários administradores de grupos em redes sociais, nos quais se verifica a sistemática ocorrência de delitos. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo e de revisão bibliográfica, ilustrando-se as problemáticas apontadas por meio de casos concretos. Tal análise se faz relevante tendo em vista a expressividade dos meios de comunicação na realidade contemporânea e a utilização destes canais para práticas ilícitas e, até, criminosas. Não são poucos os casos noticiados em veículos de informação, os quais evidenciam que o fenômeno é mais recorrente do que se pode imaginar; alguns desses casos serão utilizados como paradigma de análise no presente trabalho para elucidar a importância e a atualidade do tema.

Recentemente, foi divulgado por noticiários¹ casos de utilização da plataforma Discord - em que os usuários podem criar grupos e se comunicar através de áudios - para a reunião virtual de homens jovens com o intuito de ameaçar e estuprar vulneráveis, inclusive, com induzimento à lesões físicas graves, como a automutilação. Os membros do grupo diziam que as jovens mulheres deveriam ser suas “escravas sexuais”, armazenavam fotos de foro íntimo dessas mulheres para realizar ameaças posteriores e atraíam as vítimas para determinados locais com a intenção de estuprá-las e lesioná-las fisicamente. Os casos não são isolados e a prática se mostrou comum na internet, nos grupos desse aplicativo. Além disso, grupos também são criados para difundir pensamentos e falas racistas, homofóbicas e inclusive com cunho nazista.

Por certo que a fenomenologia dos crimes ocorridos no meio virtual, em razão da maior dificuldade para investigação e punição, pode suscitar relevantes problemas político-criminais quanto à utilização destas plataformas para levar a cabo atividades criminosas. Diante desta situação, problematiza-se se os usuários das plataformas que figurem como administradores de tais grupos constituídos com finalidade criminosa podem ser penalmente responsabilizados pelos crimes que ali foram cometidos.

A sociedade em que vivemos é marcada por inúmeros avanços tecnológicos e científicos, reflexos de algumas de suas características (globalizada, tecnológica, altamente complexa, movida por fatores econômicos), que fazem ser possível classificá-la como uma sociedade do risco (BECK, 2011, p. 22). Ora, é possível observar a existência de uma subordinação recíproca entre o Direito Penal e a sociedade, considerando-se que aquele é um “cartão de visitas” capaz de expressar, com precisão, a realidade de determinada configuração social, e, assim, em alguma medida, ele acaba por ser instado a empreender esforços na resolução de novos problemas sociais. Ademais, pode-se visualizar uma realidade na qual tanto

¹ G1, 2023a, online; G1, 2023b, online.

a sociedade influencia o Direito Penal como este influencia em sua configuração e formação (FERNANDES, 2003, p. 54); (JAKOBS, 1995, p. 19). Ou seja, a depender do momento histórico respectivo, bem como de sua dinâmica específica, a própria questão penal assume enfoques diversos, em especial em decorrência de sua construção, e respectiva complexidade, sendo, portanto, essencial uma perspectiva em conjunto capaz de oferecer os elementos necessários para a compreensão menos inadequada possível da questão jurídico criminal (FERNANDES, 2001, p. 9).

No âmbito criminal, de acordo com a doutrina brasileira, tem-se que, para o fato ser considerado crime, os elementos do conceito analítico do delito devem estar presentes, a saber, o fato deve ser típico, ilícito e ter sido praticado por agente culpável (NUCCI, 2020, p. 250). O fenômeno do crime sempre esteve presente ao longo de toda a história da humanidade, sendo intimamente relacionado com determinado contexto social no qual é praticado, de forma que, com o avançar dos tempos e a complexidade da vida em sociedade, a criminalidade e a forma como lidar com este fato social passaram a demandar maior complexidade.

Revelando um dos aspectos que elucidam esta mútua referência entre o fenômeno do crime e respectivo o contexto social, podem ser observadas algumas tendências normativas que são reflexos da estrutura da sociedade contemporânea, a exemplo do aumento dos crimes omissivos, notadamente comissivos por omissão. Isto porque a regulamentação de diversas áreas como forma de controlar o risco advindo de determinados setores implica na normatização de deveres e, conseqüentemente, no aumento das posições de garantes, enquanto indivíduos responsáveis por impedir o resultado. Dessa forma, o que impede o cidadão que seja submetido à intervenção punitiva não é apenas a não-ingêrência em esferas alheias de liberdade, mas o atuar positivo, consubstanciado no dever de agir e organizar-se para um comportamento minimizador do risco (GÜNTHER, 2000).

Neste sentido, com o avançar do pensamento contemporâneo no âmbito das Ciências Jurídico-Criminais, em especial, com o desenvolvimento da corrente *Funcionalista racional teleológica*, com a renormatização de determinados conceitos, passou-se a compreender que o Direito Penal deve se orientar com base em finalidades de política criminal, deixando que suas decisões valorativas possam fundamentar o desenvolvimento da dogmática e do Sistema Jurídico-Penal (ROXIN, 2000, p. 20). Assim sendo, para que o Sistema Jurídico-Penal seja capaz de oferecer respostas claras e objetivas aos problemas sociais, deve atender à sua finalidade valorativa (ROXIN, 1997, p. 217), no sentido de ser necessário haver um estado de interpenetração entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal, ou seja, o aspecto

valorativo do Direito Penal deve encontrar amparo em finalidades político-criminalmente justas.

A partir da vinculação, portanto, de proteção da dignidade da pessoa humana atrelada às finalidades político-criminais, pode-se compreender que, embora o Direito Penal possua a função de tutelar e proteger bens jurídicos e interesses socialmente entendidos como valiosos, também possui limites, vez que precisa ser contido em determinados limites, mais propriamente, no limite da necessidade (*juízo de necessidade*), que é fornecido, dentre outros, pelos escalões que integram o conceito de crime, e em esferas de liberdade, de modo a não violar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Com efeito, os estágios e barreiras de análise da responsabilidade penal podem ser compreendidos da seguinte forma:

1º) Imputação: verificar a satisfação dos critérios de imputação (a) criação de um risco juridicamente permitido, b) materialização do risco no resultado, c) resultado está no alcance do tipo. 2º) Responsabilidade: em contextos de mais de um agente atuando para a prática criminosa, nesse estágio será dosada a responsabilidade (quem será considerado autor, coautor, partícipe ou cúmplice). 3º) Reprovação: após os juízos de imputação e responsabilidade, será realizado um juízo valorativo de reprovação, para se verificar em qual medida cada sujeito deverá ser punido, de modo individualizado, a depender de sua culpabilidade. 4º) Punição ou condenação: sendo positivos os juízos de imputação, responsabilidade e reprovação, passa-se à última etapa, a saber, a punição, com a fixação adequada da pena a cada um dos intervenientes².

No contexto do presente trabalho, nos concentraremos no primeiro estágio do processo de responsabilização penal, ou seja, na análise da possibilidade de imputação. Para tanto, trabalharemos com um dos pontos de maior discussão e problemática no âmbito jurídico Criminal: os crimes omissivos.

Em um sentido funcionalista normativo, no qual o cerne está na valoração normativa do fato, parte-se, para a realização do juízo de responsabilização na esfera penal, da norma incriminadora, do que poderia ter sido feito para evitar a lesão e a forma e o modo da conduta que viola o bem jurídico. No crime de omissão, o que se evidencia é aquilo que o sujeito deveria e poderia fazer no caso concreto, portanto, sempre na relação entre sujeito e o dever, cuja base é normativa. (TAVARES, 2018). Pode-se falar de uma expectativa que se coloca no sujeito e é frustrada a partir de sua omissão.

Em linhas gerais, os crimes omissivos podem ser alocados em dois grupos cujas divisões estão vinculadas: “mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, o dever de impedir tal resultado.” (TAVARES, 2018, p. 294). Portanto, há

² Trecho da fala do Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, ao ministrar a Disciplina “Política Criminal e Cidadania”, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP, campus de Franca, no dia 25 de maio de 2021.

na ordem, a descrição dos crimes omissivos próprios, aqueles em que a abstenção do sujeito é típica, independente do que isso irá dar causa, por exemplo na omissão de socorro; e os crimes omissivos impróprios, quando a omissão do sujeito causa resultado típico, que ele teria o dever legal de evitar, devido a sua posição de garante, por exemplo, no caso da mãe que deixa o filho morrer de fome, ambas evidenciadas no artigo 13 do Código Penal Brasileiro.

Os crimes omissivos impróprios, que são regidos no ordenamento brasileiro pelo parágrafo 2º, do artigo 13, são definidos de forma ainda mais precisa por BOTINNI (2020, p.133) como: “aquela por meio da qual se imputa um tipo penal comissivo àquele que se omite, como se ele tivesse causado o resultado ou o risco previsto na norma”.

O garante é aquele que, devido ao papel que assume dentro da esfera social, detém deveres específicos diante de determinadas situações. Por exemplo, os pais em relação aos filhos, os filhos em relação aos pais idosos, o cônjuge em relação ao seu par, o presidente de uma empresa em relação a empresa, e assim por diante. Mais uma vez é BOTTINI (2020, p.135), quem nos traz clara exemplificação:

Se um cidadão comum observa passivamente uma criança a se afogar no mar, não será responsável pelo resultado morte, não responderá por homicídio, ainda que deseje o ocorrido e o salvamento fosse possível. Nesse caso, não existe o dever de impedir o resultado que legitime a imputação por omissão imprópria, sendo possível imputar ao omitente apenas a omissão de socorro. Por outro lado, se um salva-vidas se omite no mesmo contexto, responderá por homicídio por omissão imprópria. A diferença entre o cidadão comum e o salva-vidas é que o último tem o dever de garante, o dever de agir para impedir a produção do resultado

Salienta-se que princípio da legalidade impõe que não é possível a caracterização do garante apenas pela interpretação de normas extrapenais, sendo o fundamento da posição de garante as normas penais, que devem “fundamentar o dever especial de agir para evitar resultado que incumbe ao garantidor” (ESTELLITA, 2017, p. 87).

O artigo 13 do Código Penal, no seu parágrafo segundo, elenca as hipóteses da omissão imprópria, entendendo que tem o dever de agir aquele que: “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940). Assim, para a configuração da estrutura típica faz-se necessário que tais requisitos sejam identificados: a) conduta comissiva prevista no tipo penal; b) a posição de garantidor; c) o dever determinado de impedir o resultado; d) a omissão de uma ação impeditiva do resultado; e) a causalidade e; f) a equivalência da omissão à ação (TAVARES, 2020). Caso algum elemento não esteja presente, não há que se falar em crime omissivo e, portanto, não cabe atribuir responsabilidade criminal ao agente.

Ademais, frise-se que ao avaliar a posição do garante no caso concreto, todos os deveres a que estiver submetido precisam ser claros e de pleno conhecimento do agente, para que seja possível identificar o concreto dever de impedir o resultado. Além disso, a ação que deveria ser realizada para impedir a afetação do bem jurídico deve ser indicada com precisão, para impedir que deveres abstratos sejam aptos a fundamentar a responsabilidade penal. Uma tal situação certamente configuraria expansão desmedida da condição de garantidor.

Deve ser verificado também a relação de causalidade entre o dever exigido e a ocorrência do resultado, de tal forma que permita evidenciar, nos limites da certeza, que, se a ação omitida fosse realizada, seria capaz de evitar a deflagração do resultado. Por isso, para Zaffaroni et. al. (2010, p. 354), o nexó de causalidade corresponderia a um nexó de evitabilidade, porque “a ação não será típica sempre que, substituída hipoteticamente a conduta realizada pela devida, o resultado também se houvesse produzido”. A análise dogmática da causalidade, portanto, segue o inverso da verificação feita para os crimes comissivos, porque, ao invés de suprimir a ação do curso causal para verificar se deu causa ao resultado, é preciso introduzir uma ação no curso causal e verificar se seria apta a impedir a ocorrência do resultado.

Dessa forma, retornando aos casos ocorridos na rede social Discord, é possível identificar alguns pontos controvertidos ao se proceder com eventual responsabilização dos usuários administradores. O que se pretende buscar responder neste estudo é, a partir dos critérios dogmáticos acerca dos crimes omissivos, verificar se há a possibilidade da responsabilização criminal dos agentes administradores de tais grupos privados nessa plataforma, a partir da atribuição da condição de garante de tais administradores e de uma possível omissão imprópria. Ou seja, conforme a alínea “c” do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal: “c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”, se caracterizaria a conduta criminosa desses agentes, ao administrarem grupos virtuais para a prática reiterada de crimes. Diante do juízo de imputação, cria-se um risco penalmente relevante a criação de um grupo em rede social que será utilizado para fins de práticas criminais? Podem os administradores de grupos privados em mídias sociais, como o Discord, serem responsabilizados criminalmente por conteúdos criminosos publicados nesses espaços? É a partir dessa hipótese que se desenvolverá a análise do trabalho.

Referências Bibliográficas

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 22

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 171. ano 28. p. 131-151. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. 1. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, v. 01, 866 p.

G1 - Portal de notícias. **Justiça mantém prisão de suspeito de criar grupo no Discord para estupro de vulnerável**. Publicado em 06 de jul. 2023a. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/07/06/justica-mantem-prisao-de-suspeito-de-criar-grupo-no-discord-para-estupro-de-vulneravel.ghtml>. Acesso em 21 jul. 2023.

G1 - Portal de notícias. **Rede sem lei: no Discord criminosos violentam e humilham meninas menores de idade**. Publicado em 22 de jun. de 2023b. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/06/25/rede-sem-lei-no-discord-criminosos-violentam-e-humilham-meninas-menores-de-idade.ghtml>. Acesso em 21 jul. 2023.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un cambio de paradigma en el Derecho Penal? Traducción a cargo de Jesús-María Silva Sánchez. In: **AA. VV. La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000, p. 489-505.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de derecho penal funcional**. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal nº 9. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sanchez, Universidad Autónoma de Madrid, 1995

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. tradução. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 118p

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal / Claus Roxin; tradução de Luís Greco - Rio de Janeiro: Renovar, 2006**.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.