



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS GUARABIRA
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO

MALLENA CÂNDIDO DA SILVA LEITE CARDOSO

**CRIMES CONTRA HONRA NA INTERNET E O DUPLO SOFRIMENTO DA VÍTIMA
(REVITIMIZAÇÃO): IMPUNIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO.**

GUARABIRA

2017

MALLENA CÂNDIDO DA SILVA LEITE CARDOSO

CRIMES CONTRA HONRA NA INTERNET E O DUPLO SOFRIMENTO DA VÍTIMA
(REVITIMIZAÇÃO): IMPUNIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito
Área de concentração: Direito penal e direito digital.

Orientadora: Profa. Me. Kilma Máisa de Lima Gondim

GUARABIRA

2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C268c Cardoso, Mallena Candido da Silva Leite.
Crimes contra honra na internet e o duplo sofrimento da vítima (revitimização) [manuscrito] : impunidade e o direito ao esquecimento. / Mallena Candido da Silva Leite Cardoso. - 2017.
32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.

"Orientação : Profa. Ma. Kilma Máisa de Lima Gondim, Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Direito digital. 2. Crimes contra honra. 3. Princípio da proporcionalidade. 4. Direito ao esquecimento.

21. ed. CDD 341.757

MALLENA CÂNDIDO DA SILVA LEITE CARDOSO

CRIMES CONTRA HONRA NA INTERNET E O DUPLO SOFRIMENTO DA
VÍTIMA (REVITIMIZAÇÃO): IMPUNIDADE E O DIREITO AO
ESQUECIMENTO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de
Bacharelado em Direito do Centro de
Humanidades da Universidade
Estadual da Paraíba, Campus III,
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito

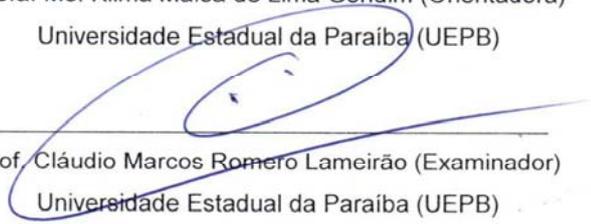
Área de concentração: Direito penal
e direito digital.

Aprovada em: 12/12/2017.

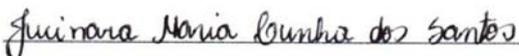
BANCA EXAMINADORA



Profa. Me. Kilma Maisa de Lima Gondim (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Cláudio Marcos Romero Lameirão (Examinador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Jucinara Maria Cunha dos Santos (Examinadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

E hoje o sentimento transborda a alma e se resume em GRATIDÃO!

Primeiramente a Deus, meu maior guia, refúgio e controle. Por me manter firme em seu caminho e por jamais ter desistido de mim.

À meus pais, que incansavelmente fazem o impossível para me ver bem, a eles todo o meu amor.

Às minhas irmãs, que me demonstram que os melhores amigos estão em casa, e que não há nada que mude isso.

À minha amada Vó Nancy e ao meu amado Vô Luiz, que representam um pedaço do céu aqui na terra e que me deram a oportunidade de conviver com anjos, que hoje vibram minha vitória ao lado do Pai Celestial.

Ao meu melhor amigo e amor, que nunca me deixou sozinha, presenciou meus fracassos e me manteve de pé.

Aos meus familiares, tios e primos, que acreditaram e confiaram em mim.

Aos meus amigos, a família que pude escolher, meus irmãos de alma, que estão ao meu lado, independente de tudo.

Aos mestres, em especial à minha orientadora Kilma Maísa, que sempre foi exemplo de garra e determinação.

Aos amigos de curso, que fizeram a caminhada ser prazerosa, apesar de árdua.
GRATIDÃO!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DIGITAL	7
2.1 Noções Gerais	7
2.2 O Direito Penal Digital.....	8
3 CRIMES CONTRA HONRA.....	10
3.1 Calúnia	12
3.2 Difamação	13
3.3 Injúria.....	13
3.4 Crimes Contra Honra na Internet.....	15
4 A IMPUNIDADE COMO CONSEQUÊNCIA DA INSEGURANÇA JURÍDICA DIGITAL	17
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	18
4.2 Princípio da Proporcionalidade	19
4.3 A Finalidade da Pena e a Impunidade.....	21
5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA À IMPUNIDADE E À REVITIMIZAÇÃO.	26
5.1 Aplicabilidade em Favor da Vítima	27
6 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

CRIMES CONTRA HONRA NA INTERNET E O DUPLO SOFRIMENTO DA VÍTIMA (REVITIMIZAÇÃO): IMPUNIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO.

Mallena Candido da Silva Leite Cardoso¹

RESUMO

Neste trabalho serão abordados, através de uma pesquisa bibliográfica, os crimes contra honra cometidos em ambiente virtual, no que se refere à impunidade do acusado e a aplicação do direito ao esquecimento como solução alternativa deste conflito. Primeiramente é importante destacar a revolução tecnológica e suas peculiaridades, criando assim uma linha lógica entre o direito digital e o direito penal. A respeito do tipo penal estudado, os crimes contra honra (calúnia, injúria e difamação), serão abordados de forma sucinta, diferenciando-os nos seus principais aspectos. Partindo para o foco da pesquisa, a impunidade do acusado se revela quando a aplicação da pena prevista torna-se desproporcional, não sendo capaz de surtir efeito diante do caso concreto estudado. Assim concluiremos que a solução alternativa seria a aplicação do direito ao esquecimento minimizando, com isso, os efeitos da revitimização.

Palavras-chave: Direito digital. Crimes contra honra. Princípio da proporcionalidade. Direito ao esquecimento.

1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica alterou completamente a vida em sociedade. As relações sociais se resumem em um único aspecto, o informacionismo virtual, criando novos caminhos para o cometimento das infrações penais. Tratar da era digital requer, sobretudo, entender as especificidades que a envolve e a dificuldade do universo jurídico em enfrentá-la.

Não há um código específico que regulamente os anseios da sociedade digital, tampouco o legislativo será capaz de consolidá-lo, uma vez que a era da informação faz surgir novas problemáticas a todo tempo, devido a sua internacionalização. Com isso, o direito digital surge para abarcar tais situações e tentar solucioná-las de forma prática e eficaz.

O presente trabalho tem como finalidade a abordagem dos crimes contra honra cometidos em meio virtual. Tal estudo trata sobre a impunidade do acusado frente à

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba
E-mail: mallenacandido@hotmail.com

insuficiência da pena aplicada e o direito ao esquecimento como forma alternativa para dirimir esse conflito.

Os crimes contra honra estão presente no capítulo V, título I do Código Penal, subdividindo-se em calúnia, difamação e injúria. Tais delitos violam a honra do agente em seu aspecto objetivo e subjetivo, sendo a sua reputação perante à sociedade e seu julgamento sobre si mesmo, respectivamente. Assim, tal código os considera como de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima não ultrapassa 02 (dois) anos, ressalvando as modalidades qualificadas dos crimes de calúnia e injúria.

No entanto, partindo para a problemática abordada, as formas de represália dos crimes de menor potencial ofensivo não se enquadrariam nos casos específicos dos crimes contra honra praticados na internet. Divulgar informações que maculem a honra de um indivíduo em meio virtual recai sobre ele uma série de consequências gravosas, causando-lhe o efeito da revitimização.

A impunidade se revela como decorrência de tal aplicação. Utiliza-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade, pois no momento que a cominação da norma vigente não é suficiente para coibir a futura prática de um ato delituoso, assim como tentar reparar a vítima do dano que lhe foi causado, a pena torna-se insuficiente em razão da prática criminosa.

Uma possível alternativa para atenuar as consequências causadas às vítimas de tais crimes é a utilização do direito ao esquecimento. Será abordado este instituto em conjunto com a sua aplicabilidade em favor da vítima, exemplificando-o com os casos ocorridos no Brasil, e deixando claro a sua subjetividade, sendo a nomenclatura “esquecimento” uma consequência da remoção de conteúdos advindos da internet.

No entanto, como determinar o “esquecimento” de um fato ante as inúmeras formas de propagação de notícias que a internet proporciona? Como sobrepesar o interesse público no caso concreto de forma que justifique a aplicação deste instituto? Essas indagações deverão despertar no leitor um pensamento crítico sobre o atual momento do direito, pois cabe ao julgador a resposta para tais questões.

Por tais razões, esta pesquisa buscou reunir as especificidades do direito penal digital, através de pesquisa bibliográfica, como também legal, reunindo um amplo e notório saber jurídico sobre os temas abordados.

É fundamental a discussão sobre os aspectos do direito digital, afinal este alterou a forma de viver em sociedade. Esse debate deve ir além das entrelinhas científicas. É uma realidade que bate na porta do judiciário constantemente, o qual se vê preso a um direito penal estagnado e uma doutrina digital morosa.

2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DIGITAL

2.1 Noções Gerais

A tecnologia da informação se apresenta como um instrumento ramificador de Direitos. Atualmente toda relação humana, seja ela política, econômica ou social, está baseada em tecnologia e em sua capacidade de inovação. E nesse sentido, tratar do Direito Digital significa reconhecer, preliminarmente, a sua amplitude e suas diversas áreas de atuação uma vez que não está consolidado em uma codificação singular, apresentando ligação com todas as áreas já existentes no Direito.

Nota-se que a realidade não se concentra apenas no campo digital, e sim no mundo real, e que a conduta do indivíduo está regrada independente do meio que esta se materialize. O que antes chamava-se de Revolução Industrial, hoje conceitua como Evolução Digital ou Era da Informação, pois o mundo como um todo está mais conectado, acessível e exposto.

Tratando-se de conceito, não há, no Direito Digital, consolidação doutrinária e jurisprudencial sobre este, o que se busca insistentemente são instrumentos capazes de atender os anseios da sociedade digital, que exige informação e inovação em qualquer lugar e a qualquer tempo. Está claro, no entanto, que esse novo ramo jurídico se apresenta como a evolução do próprio Direito, sendo responsável por englobar princípios e dispositivos jurídicos preexistentes.

Neste contexto, Patrícia Peck (2016, p. 78) acrescenta que:

Historicamente, todos os veículos de comunicação que compõe a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação de massa, pois a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob pena de criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade.

As normas jurídicas surgem para acompanhar e regular os fatos juridicamente relevantes em busca de se adequar efetivamente às transformações sociais, tendo o

intuito de proporcionar maior segurança aos indivíduos. No campo informático, o Direito se instrumentaliza no dever de disciplinar tais situações em tempo real.

Assim, diante das especificidades e desafios do Direito Digital, cabe ao Estado tentar regulamentar tais relações. Porém, é sabido que é utópico imaginar que o Direito consiga acompanhar a velocidade dos avanços tecnológicos, e mais, que os nossos legisladores apresentarão soluções práticas para solucionar os imprevisíveis e incontáveis desdobramentos dos fatos.

Com intuito de evoluir neste aspecto, o Estado deu o primeiro passo com a normatização da internet no Brasil, o chamado Marco Civil da Internet, regulamentado pela lei 12.965/2014. A referida norma jurídica busca garantir a liberdade, a neutralidade e a privacidade dos usuários e serviços por meio da internet.

A liberdade descrita pelo Marco Civil se revela como garantidora de produção, acesso e compartilhamento de qualquer tipo de conteúdo, assim, apenas o judiciário poderá interferir nos conteúdos compartilhados pelos usuários. A neutralidade como a imposição da obrigatoriedade que os encarregados pela transmissão, comutação ou roteamento possuem de tratar de forma isonômica os pacotes de dados, sem qualquer distinção. Por fim, a privacidade, responsável pela confidencialidade dos dados e mensagens, ficando as empresas compelidas à armazenar o histórico por seis meses, porém, o acesso a estes conteúdos só serão feitos por investigação judicial, a valer do caso concreto.

2.2 O Direito Penal Digital

O advento da informática, e sua relação direta com a internet, desencadeou avanços na vida social, econômica e política do indivíduo. São inegáveis os seus benefícios: a quebra de barreiras geográficas e a disseminação de bens e serviços, etc. No entanto, dada a falsa sensação que o meio virtual não possui regras, os usuários ultrapassam cada vez mais os limites do lícito, fazendo com que a prática de condutas criminosas se torne uma atividade corriqueira.

Desta forma, existe a necessidade de um direito que proteja essa esfera corrompida no campo da tecnologia do meio virtual. O direito penal digital surge então como forma de tentar solucionar tais questões. Legislar sobre determinada matéria é extremamente difícil, pois constantemente são praticadas novas condutas ilícitas por

meio informático, porém torna-se necessário, para evitar que estas se propaguem causando ainda mais danos às vítimas e a impunidade do acusado.

Uma norma codificada em 1940 não poderia imaginar a revolução tecnológica presenciada nos dias atuais, mas como tal pensado anteriormente, as alterações feitas em leis já criadas ou as novas tipificações deverão visar a vida como bem juridicamente protegido. Assim, de acordo Marcio Soares (2002, p. 31):

Com esta visão genérica, o Direito Criminal da Informática deve ser desenvolvido com extrema rapidez e segurança, de modo a serem sistematizadas normas que atinjam os crimes empiricamente tipificados, que são cometidos com o emprego de computadores e sistemas, desenvolvendo proteção à privacidade, a instrumentalização da produção de provas, inclusive reciclando os conceitos de provas, principalmente aquelas provas técnicas.

Acrescenta, com isso, que estamos vivenciando a primeira fase de um novo delito, e que o legislador pátrio deve buscar-se dos meios, quase que inexistentes, para codificá-lo, redigindo assim o Direito Criminal Brasileiro da Informática.

Considera-se como estrutura do crime, segundo a Teoria Clássica de Franz von Liszt, todo fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. Assim, para adequar-se ao contexto dos crimes digitais, tal definição deveria abranger o fato de que estes são cometidos contra ou através do uso de sistemas informatizados, classificados como crimes virtuais próprios ou impróprios, especificamente.

Conforme preceitua Vianna e Machado (2012, p. 29), quando afirma que:

Para que um delito seja considerado de caráter informático, é necessário que o bem jurídico por ele protegido seja a inviolabilidade de informações e dados, corolário do direito fundamental à privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CR).

Nesse sentido, apenas os crimes cometidos com o uso do computador seriam considerados informáticos, no entanto, o mundo digital é bem mais abrangente, e àqueles que utilizam as máquinas para realizar tais condutas criminosas também se encaixariam na seara dos crimes informáticos.

É importante distinguir as duas classificações, para que assim fique clara as suas peculiaridades. Os crimes informáticos próprios são cometidos com o uso do computador, ou seja, o ambiente digital é o alvo em especial, ora o dispositivo (máquinas) ou o conteúdo (informações). A grande problemática é o fato de que o Direito não é capaz de acompanhar as inúmeras alterações trazidas pela Era da Informática, e não havendo tipificação adequada para punir condutas, não há como configurá-las como crime.

Por outro lado, existem os crimes impróprios, que se utilizam do ambiente digital como meio para executar um tipo penal já existente, o seu alvo, diferentemente dos crimes próprios, pode ser uma pessoa e não há necessidade de abrangente conhecimento técnico informático para realizá-lo. O agravante, por sua vez, é a internacionalização da internet, pois as penalidades das leis vigentes não são suficientes para lesividade provocadas às vítimas.

Como forma de instituir uma política comum por meio da aplicação de uma legislação apropriada específica que possibilitasse os crimes informáticos de forma delimitada, alguns países se reuniram em novembro de 2001 formando a Convenção de Budapeste, representando o primeiro acordo internacional sobre os crimes cometidos pela internet.

O referido tratado internacional trata especificamente da violação dos direitos autorais, da pornografia infantil, da segurança de redes de computadores e das fraudes cometidas por meio desta. Obriga seus signatários a adoção de poderes suficientes para combater eficazmente essas infrações, facilitando a detecção, a investigação e o procedimento criminal relativamente às referidas infrações, tanto ao nível nacional como internacional, e estabelecendo disposições materiais com vista a uma cooperação internacional rápida e fiável.

3 CRIMES CONTRA HONRA

Os Crimes Contra Honra possuem previsão legal no capítulo V, título I da parte especial do Código Penal, estão elencados do art. 138 ao 145, e subdividem-se em calúnia, difamação e injúria. Para tanto, falar de tais condutas requer de antemão conceituar a honra em seu pilares normativos.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) já previu, em seu artigo 11 à proteção da honra e dignidade do indivíduo, vindo a firmar esse direito fundamental na Constituição Federal, em seu art. 5º, X, que assegurou a sua inviolabilidade, atribuindo indenização contra quem ofendê-la. Segue o texto de lei:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua **honra** e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (CADH, 1969, grifo nosso)

Art. 5º São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Contudo, apesar do Pacto de São José da Costa Rica garantir o reconhecimento à honra e a Constituição Federal prever sanções cíveis a quem violá-la, o Código Penal vem tipificar tais condutas, evidenciando tal importância, pois segundo Rogério Greco (2016, p. 317):

Sabemos que a honra é um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente. Por essa razão, embora a menção constitucional diga respeito tão somente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, tradicionalmente, os Códigos Penais têm evidenciado a importância que esse bem merece, criando figuras típicas correspondentes aos crimes contra honra.

Dada a sua importância, a honra, por sua vez, fragmenta-se em dois aspectos, o subjetivo e o objetivo. De acordo com Guilherme Nucci (2016, p. 199) a honra objetiva “é o julgamento que a sociedade faz do indivíduo, vale dizer, é a imagem que a pessoa possui no seio social”, já a honra subjetiva, para esse doutrinador “é o julgamento que o indivíduo faz de si mesmo, ou seja, é um sentimento de autoestima, de autoimagem”.

Tal distinção é responsável para identificar a classificação da figura típica, como também para visualizar, com maior segurança o momento de consumação do delito. No entanto, para Rogério Greco “são conceitos que se interligam, gerando, na verdade, um conceito único” (2016, p. 318), isso acontece pois, uma palavra poderá atingir tanto a honra objetiva do agente quanto a sua subjetiva.

Ademais, vale lembrar em quais subdivisões estão cada tipo de crimes contra honra previsto no ordenamento jurídico. A calúnia e a difamação se enquadram nos crimes de honra objetiva, pois afetam a imagem do indivíduo no seio social, enquanto que a injúria caracteriza-se como crime de honra subjetiva, pois como ofensa dirigida, relata algo desonroso e prejudicial ao agente perante à sociedade.

Por fim, o dolo configura-se como elemento subjetivo dos Crimes Contra Honra, podendo ocorrer em quaisquer de suas modalidades, seja ele direto ou mesmo eventual. Há necessidade, portanto, da intenção do agente em atingir a honra objetiva (calúnia e difamação), ou a honra subjetiva (injúria). Não há previsão, portanto, da modalidade culposa neste delito.

3.1 Calúnia

O crime de calúnia está previsto no art. 138 do Código Penal, e é definido como a falsa imputação de fato definido como crime. Com isso, o próprio texto da lei deixa claro que para caracterizar o tipo penal é necessário que haja as circunstâncias capazes de identificar o fato criminoso, que deve obrigatoriamente ser falso, e além disso, ser definido como crime.

Nesse sentido, Rogério Greco (2016, p. 324) acrescenta que “também ocorrerá o delito de calúnia quando o fato em si for verdadeiro, ou seja, quando houver, realmente, a prática de um fato definido como crime, mas falsa à sua atribuição à vítima”. Conclui-se, portanto, que tanto ocorrerá calúnia quando o fato imputado for falso, como também, na hipótese do fato ser verdadeiro, mas for atribuído falsamente à vítima.

A doutrina majoritária considera que as contravenções penais e a ausência da verossimilhança da imputação não configuram o delito de calúnia, pois a lei prevê expressamente a figura do crime, e o que diverge deste, não será sabiamente enquadrado como tal.

A consumação do delito de calúnia, de acordo com Guilherme Nucci (2016, p. 206) ocorre “quando a imputação falsa chega ao conhecimento de terceiro, que não a vítima. Basta uma pessoa estranha aos sujeitos ativo e passivo para se consumir a calúnia”. Merece destaque, ainda, pois segundo Rogério Greco (2016, p. 330) “para a consumação do delito de calúnia a vítima não precisa ser atingida em sua honra objetiva, bastando que o agente atue com essa finalidade”.

O referido tipo penal admite exceção da verdade, que significa a possibilidade do suposto autor do fato provar que realmente, os fatos narrados por ele, constituíam crime, livrando-se da sua imputação. No entanto, esse instituto possui exceções, previstas no art. 138, § 3º do Código Penal, sendo elas:

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

3.2 Difamação

A difamação está prevista no art. 139 do Código Penal, e é definida como a falsa imputação de fato ofensivo à sua reputação. Portanto, para caracterizar-se esse tipo penal é necessário que o agente narre um fato desonroso de conduta da vítima, que não deverá constituir crime, sob pena de se enquadrar no tipo penal de calúnia, visto anteriormente.

A honra violada nesse tipo penal é a objetiva, ou seja, a reputação do indivíduo no meio social. Para Fernando Capez (2012, p. 292) “a reputação concerne à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. É o respeito que o indivíduo goza no meio social”.

Nesse aspecto, uma das principais características do delito é que não há discussão acerca da veracidade do fato narrado pelo suposto autor, pois mesmo se verdadeiro, considera-se como conduta criminosa, uma vez que o que está em questão é a preservação da boa fama do indivíduo perante à coletividade, no intuito de preservar a paz social. Assim, o bem juridicamente protegido por esse tipo penal é a honra.

Diferentemente da calúnia, na difamação não é admitida a exceção da verdade, uma vez que mesmo verdadeiro os fatos narrados, não é afastada a tipicidade da conduta do agente. No entanto, em caso excepcional, conforme previsto no parágrafo único do art. 139, é admitida se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Por fim, a consumação do delito se efetiva quando chega ao conhecimento de terceiros, que não a vítima, os fatos ofensivos à reputação desta. Nesse caso, segundo Rogério Greco (2016, p. 350-351), é importante deixar clara a questão do prazo prescricional, pois de acordo com o Código Penal em seu art. 111, inc. I, a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença final começa a correr do dia que o crime se consumou. No caso dos crimes de calúnia e difamação, especificamente, tal prazo terá contagem diferenciada, tendo início apenas quando a vítima tomar conhecimento do fato.

3.3 Injúria

A injúria está presente no art. 140 do Código Penal, e é definida como a ofensa à dignidade de outrem. A letra da lei deixa claro que, diferentemente do que ocorre na

calúnia e na difamação, esse tipo penal não precisa de fato para se constituir, basta apenas a utilização de atributos pejorativos à conduta do agente.

A honra protegida na injúria é a subjetiva, ou seja, o conceito em sentido amplo que o indivíduo tem de si mesmo. Sendo assim, para que haja a consumação deste tipo penal, é necessário o conhecimento da vítima das palavras proferidas contra a sua dignidade ou decoro, mas isso não exige sua presença física, conforme esclarece Rogério Greco (2016, p. 362):

Não se faz necessária a presença da vítima no momento em que o agente profere, por exemplo, as palavras que são ofensivas à sua honra subjetiva. Assim, se alguém, em conversa com terceiro, chama a vítima de mau-caráter e esta vem a saber disso pouco tempo depois, o delito de injúria se consuma quando ela toma conhecimento, mas não exige sua presença no momento em que a agressão à sua honra é proferida.

O referido tipo penal aduz em seu § 1º as duas possibilidades de perdão judicial como sendo quando o ofendido, de maneira reprovável, provocar diretamente a injúria ou quando, no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. Sendo assim, o primeiro caso apresenta a figura do agente que, insistentemente, provoca a vítima até lhe tirar do controle da situação, fazendo com que cometa atos criminosos contra esta. A segunda hipótese, no entanto, é classificada por Nucci (2016, p. 221) como “legítima defesa”, pois a vítima, após receber o insulto, o revida, como sendo a compensação pelo dano sofrido.

De acordo com o Código Penal, podemos classificar três tipos de injúria: simples (caput) e as modalidades qualificadas, real (§ 2º) e preconceituosa (§ 3º). A chamada injúria real define-se quando se utiliza da violência ou das vias de fato com o nítido propósito de injuriar à vítima, ultrajando sua honra. Ausente esse elemento subjetivo, Fernando Capez (2012, p. 312) considera como qualificação o crime de lesão corporal, contravenção de vias de fato ou crime de perigo.

A segunda modalidade qualificadora, considerada dentre os crimes contra honra, o mais grave do tipo, é a chamada injúria preconceituosa, que foi inserida pelo art. 2º da Lei nº 9.459/97. Grande parte da doutrina considera a pena como excessiva, pois é mais grave, por exemplo, que a do homicídio culposo. No entanto, Nucci (2016, p. 225) sustenta que “há épocas em que o Estado vê-se levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade.”

3.4 Crimes Contra Honra na Internet

O Direito deve ser estar em constante mudança, de forma a acompanhar as atualizações da sociedade, como forma a permitir que esta se sinta segura diante de fatos que venham a violar algum bem jurídico. Na era digital a internet se compara com uma grande praça pública, reflexo de uma sociedade heterogênea, sendo um espaço sobretudo democrático, que possibilita a relação entre pessoas em diversas partes do mundo.

Nesse sentido, as redes sociais se tornaram um canal informático que viabiliza tal interação. Porém, a constante exposição dos usuários, e sua consequente vulnerabilidade, tem feito o número de ações relacionadas aos crimes contra honra aumentarem, causando desrespeito a sua imagem e privacidade, afinal, a sociedade e a imprensa não buscam o verdadeiro, e sim o novo.

Assim, o Direito está tentando regular constantemente os limites entre o público e o privado, muito embora não consiga acompanhar a velocidade das alterações proporcionadas pelos novos meios de comunicação. Contudo, fica evidente a existência de colisões de direitos fundamentais, especialmente entre o direito da liberdade de expressão e o da personalidade do indivíduo. Pois, se por um lado o agressor defende a liberdade de expressar seu pensamento como garantia dada pela Constituição Federal, esbarra no direito da vítima em preservar a sua imagem, honra e privacidade, também expressos na Carta Magna.

A Constituição Federal restabeleceu as liberdades, reservando um capítulo inteiro para a comunicação social, deixando claro que todos os direitos e liberdades ali estruturados possuem deveres e limites, de caráter individual e coletivo. Assim, ao tempo que o art. 5º, inc. IV, prevê a livre manifestação de pensamento, vedou o anonimato; assim como também garantiu o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido à vítima, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; assegurou a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; porém, considerou como inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O SFT julgou, em 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face do considerado caráter antidemocrático da Lei nº 5250/67, conhecida como “Lei

de Imprensa”. Os ministros decidiram, majoritariamente, pela não recepção da integralidade da lei, considerando plena a liberdade de imprensa, proibindo qualquer tipo de censura prévia.

No caso concreto, houve colisão de direitos, tendo prevalecido à liberdade de imprensa, concomitantemente, a liberdade de expressão, em detrimento dos direitos da personalidade. Na decisão, considerou-se a liberdade de expressão como um “sobredireito”, devendo preponderar sobre os demais, que sentindo-se lesados, poderão requerer o direito de resposta e a reparação ao dano sofrido, porém, não deverá ocorrer excessos na indenização, para que não ocorra a inibição da liberdade de imprensa, que deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de expressão e pensamento.

No entanto, de acordo com Liliana Paesani (2014, p. 22) “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito.” Sendo assim, confirma-se que os limites da liberdade está na própria Constituição Federal, de modo a garantir que nenhum direito se sobreponha em detrimento de outro, como forma de garantir o desenvolvimento da sociedade e os direitos fundamentais.

Assim, essa fixação de limites ocorre em nível concreto, não devendo o sobre-tamento da liberdade de um indivíduo interferir nos direitos individuais do outro. Com base no texto da ADPF 130, Luziane de Figueiredo (2015, p. 99), explica que:

Nota-se, portanto, que as técnicas de solução de conflitos e colisões entre direitos fundamentais são as formas indicadas pelo Supremo Tribunal Federal para dirimir as questões que tratam dos direitos estudados neste trabalho. Vê-se que essa ponderação de valores entre liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade pode resultar na redução de um direito e na ampliação de outro. O entendimento é subjetivo por parte dos julgadores, afinal, o livre convencimento do magistrado é um princípio. Contudo, a linha de raciocínio apresentada pelo Supremo Tribunal Federal mostra que a alternativa de sopesar valores define o direito de litigantes de maneira mais harmônica, preservando ambos tanto a liberdade de expressão quando a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas.

Tendo por base a ADPF 130 nota-se que há uma sobreposição de direitos. Afinal, mesmo que os ministros considerem os preceitos constitucionais como inibidores da liberdade de expressão, a classificação do segundo como um sobredireito e sua veiculação direta com a democracia, o faz ter status supremo.

Por fim, nota-se que apesar da decisão ora citada, ainda há inconsistência quanto a colisão de direitos fundamentais, sobretudo em matéria de Direito Digital. Os

crimes contra honra, por mais que já estejam tipificados no Código Penal vigente, possuem uma nova face, e com isso, novos questionamentos em relação a impunidade do acusado diante da insuficiência da pena relacionada a imensurável consequência à vítima, que serão abordados posteriormente como objeto específico de estudo do presente trabalho.

4 A IMPUNIDADE COMO CONSEQUÊNCIA DA INSEGURANÇA JURÍDICA DIGITAL

A violência, em suas diversas formas, está cada vez mais crescente e nítida na sociedade e isso decorre da impunidade, uma vez que os criminosos por muitas vezes não são punidos verdadeiramente. A pena possui a finalidade de mostrar à sociedade que o Estado está agindo para coibir a propagação de condutas criminosas com a aplicação de sanção ao agente que contrariou as normas jurídicas.

No entanto, para entender a finalidade da pena e a sua aplicação no caso concreto, deve-se pontuar a importância dos princípios que a regem, como forma de garantir justiça para ambos os sujeitos da relação jurídica. Assim, para objeto de estudo, conceituaremos as duas importantes e principais normas principiológicas: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o basilar de todo ordenamento jurídico, em todas as matérias que o regulem. É um valor inerente ao ser humano, que não pode ser suprimido, em razão de sua natureza. Está previsto na Carta Magna em seu artigo 1º, quando prevê os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Embora considerado como princípio reitor, tal princípio não possui caráter absoluto. Isso se deve ao fato que em determinadas circunstâncias deve-se, obrigatoriamente, utilizar outros princípios como forma de interpretação, considerando a ponderação de interesses e bens dado o caso concreto, prevalecendo um em detrimento do outro.

Com isso, vale citar o princípio da proporcionalidade, que neste caso serve como ponderação da conduta em relação à punição. Assim, se por um lado a vítima deve ter compensado o mal que lhe foi causado, por outro; o agente do fato não poderá receber punição excessiva, causando-lhe danos mais gravosos que o fundamental para resguardar o interesse público.

Assim, diante o exposto, será abordado com mais especificidade tais princípios, assim como a finalidade da pena e a sua aplicabilidade nos casos dos crimes contra honra na internet, para que se possa justificar a abordagem da impunidade nos casos descritos.

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Lidar com princípios requer, sobretudo, entender a sua importância no ordenamento jurídico, assim como, sua aplicabilidade diante das leis já vigentes. Antes de analisar os princípios inerentes do Direito Penal, é válido destacar a relevância dessa matéria no âmbito da Constituição Federal.

A Carta Magna de 1988, elaborada após um conturbado período de limitação de direitos fundamentais, buscou a primazia dos direitos sociais, individuais e coletivos. Em seu texto, apresentou clareza quanto à importância da dignidade humana, classificando-a como direito fundamental, previsto expressamente em seu artigo 1º, inc. III.

Este dispositivo aduz, em seu parágrafo único, que todo poder emana do povo, e como tal, deixa claro que os fundamentos citados anteriormente são inerentes ao ser humano, devendo ser respeitados e priorizados dentro das relações humanas como um valor supremo.

Nesse sentido, ninguém pode ser desprezado ou humilhado por suas crenças, valores, etnias, ou qualquer outra característica e valor. Cada cultura ou sociedade tem sua própria noção de dignidade, mas em todas elas, esse valor tem que ser respeitado como um valor fundamental, cabendo ao direito atuar de forma democrática e dinâmica para garanti-la.

No entanto, no que concerne a sua conceituação a doutrina está longe de definir, uma vez que este advém da sua origem e está em constante processo de construção, encaixando-se no rol dos conceitos abertos. Assim, em muitas situações, é através da análise do caso concreto que se pode chegar à conclusão se houve a violação da dignidade humana.

Apesar da supremacia dada ao mencionado princípio, não podemos considerá-la como majoritária aos demais existentes. Dentro do ordenamento jurídico pátrio não

há norma principiológica absoluta, e sim norteadora para resolução de conflitos, cabendo ao judiciário ponderar a sua aplicação no caso concreto. Nesse sentido, Marcelo Novelino (2014) destaca que:

Os princípios nos quais esses fundamentos se materializam desempenham um importante papel, seja de forma indireta, atuando como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação de outras do ordenamento jurídico, seja de forma direta, quando utilizados como razões para a decisão de um caso concreto. Apesar de esses princípios fundamentais não possuírem qualquer tipo de hierarquia normativa em relação às demais normas constitucionais, o elevado grau axiológico de que são dotados e a posição de destaque atribuída pelo Poder Constituinte Originário conferem um peso elevado às razões por eles fornecidas, a ser considerado diante de uma eventual colisão com outros princípios constitucionais.

No entanto, para objeto de estudo, este servirá como norteador para os demais conteúdos abordados, como também para os próximos princípios citados. E embora sirva também como razão para decisão nos casos concretos, é importante ressaltar a sua importância na elaboração e interpretação das normas que compõe o ordenamento jurídico como um todo.

4.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é considerado um fundamento de caráter instrumental, pois não funciona de maneira autônoma, servindo como instrumento para permitir a solução de conflitos que se estabeleçam entre direitos humanos e fundamentais. Notadamente, é utilizado quando não há legislação infraconstitucional específica abordando a temática objeto de conflito.

Há divergência doutrinária a respeito da inserção deste princípio no ordenamento jurídico pátrio. Existem doutrinadores que defendem tal como uma norma inerente ao Estado Democrático de Direito, enquanto outros o consideram como derivado de outros princípios preexistentes, como é o caso do princípio da isonomia.

Efetivar a proteção dos direitos humanos é a principal função dos princípios ora citados, e a proporcionalidade surge como derivada da isonomia pois esta garante a justa distribuição de direitos e deveres sociais. Confirmando esse posicionamento, Guerra Filho (1999, p. 63) afirma que:

Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a ideia

aristotélica – ou, antes, ‘pitagórica’, como prefere DEL VECCHIO – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens, ali, igualdade de relações.

No entanto, vale ressaltar a importância da proporcionalidade como um princípio formalizado, inerente ao Estado Democrático de Direito. Pois, na prática, é uma forma de controle das normas, que obrigatoriamente deverão ir de encontro à Constituição Federal para ser válida. Ademais, exige o amparo do indivíduo em contraposição aos atos excessivos praticados pelo Estado, que venham a gerar danos em tamanha proporção que lhes cause violação dos interesses coletivos.

Há um consenso doutrinário, oriundo da doutrina alemã, que divide o princípio da proporcionalidade em três aspectos necessários: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, e o último, por sua vez, a ponderação jurídica destes.

A adequação busca insistentemente a verdade em conformidade com o meio escolhido para tal, como sendo capaz de atingir o objeto pretendido. Sendo assim, o meio deve ser inviável para caracterizar a conduta como inidônea. André Ramos (2016, p. 640) acrescenta que, nesse sentido “não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) com o emprego do meio selecionado”.

Por necessidade significa a adoção da medida restritiva de direito humano ou fundamental, somente sendo legítima se indispensável na situação em concreto e se não for possível outra solução menos gravosa. Neste caso, não há preocupação com o fim pretendido, e sim com o meio utilizado para tal, e segundo André Ramos (2016, p. 640), “o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão”. A necessidade busca coibir uma das críticas relacionadas a este princípio, que seria a falta de parâmetro, pois fica a cargo do legislador/aplicador as decisões de meio de criação e aplicação das normas, respectivamente.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que tem o sentido de máxima efetividade e mínima restrição a ser guardado com relação a cada ato jurídico que recaia sobre um direito humano ou fundamental, notadamente verificando se há uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados.

No âmbito do Direito Penal, a análise do princípio da proporcionalidade se inicia no texto constitucional, que buscou eliminar, dentro do possível, desnecessária intervenção Estatal na vida privada dos cidadãos. A Constituição Federal assegura tais assertivas em seu art. 5º, quando abole certos tipos de sanções (inc. XLVII), a individualização da pena (inc. XLVI) e o maior rigor para as causas de mais gravidade (incs. XLII, XLIII e XLIV).

Portanto, nesse aspecto, tal princípio tem a função de garantir a resposta penal proporcional ao fato criminoso, não podendo imputar ao suposto autor do crime pena excessiva em detrimento do crime que por este foi supostamente cometido. Assim, na esfera penal não se admite uma punição que venha a trazer mais limitações do que benefícios para a sociedade.

Segundo a doutrina de Cezar Bitencourt (2010, p. 58) é com base no abordado princípio que:

pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado *quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar.*

No que diz respeito ao aspecto da adequação do princípio da proporcionalidade na seara penal, Luiz Salles e Ronaldo Figueiredo (2015, p. 13), asseguram que é alcançada quando “os fins buscados pela norma estão de acordo com os bens jurídicos que se deseja proteger”. Nesse sentido, acrescentam como sendo “proibido penalizar comportamentos que são protegidos pela Constituição, assim como não se deve proteger interesses que estão proibidos”.

Como objeto de estudo do presente trabalho, o princípio da proporcionalidade tem papel fundamental no que diz respeito a sua utilização como instrumento de interpretação da norma jurídica. De forma mais específica, na ponderação da aplicação da penalidade frente aos crimes contra honra na internet no caso concreto, uma vez que até a pena máxima do delito torna-se ineficaz diante da lesividade que este acarreta à vítima.

4.3 A Finalidade da Pena e a Impunidade

Discorrer sobre a insuficiência da pena e a conseqüente impunidade dos autores de delitos contra honra em matéria digital requer, antemão, um estudo básico do qual seria o fundamento da punição, e o porquê daquelas previstas à luz dos artigos

138 ao 145 do Código Penal não possuem eficácia jurídica quando aplicadas em crimes cometidos pela internet, vindo a resultar a impunidade do autor.

Como fundamento da punição, o Estado busca garantir a paz social, a segurança, a ordem e os direitos constitucionalmente garantidos, e quem for contra isso, terá punição. Ao impetrar uma ação penal em desfavor de outrem, o agente ativo tem a intenção de que a ele recaia uma penalidade. Para tanto, é preciso conceituar a pena e suas finalidades, não podendo reduzi-las em uma só razão de ser.

De acordo com Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2013, p. 507) a pena possui, classicamente, três características: o sofrimento, a referência ao passado e a necessidade de ser imposta pelo Estado por meio do Devido Processo Legal.

Nesse sentido, estes autores colacionam que o sofrimento está ligado à compensação do dano causado à vítima, de forma que sirva para desestimular tal comportamento num futuro. A referência ao passado, à prática da infração penal causadora do sofrimento que lhe resulte a penalidade. E por fim, a necessidade de ser imposta por meio do Devido Processo Legal, pois assim, veda qualquer aplicação de pena, associada a castigo, sendo necessário um processo legítimo, e ao final a sanção.

A pena, para Guilherme Nucci possui duas características: retributiva e preventiva, tais são consideradas, por este autor, como multifacetadas, pois não se excluem entre si.

O referido doutrinador pontua a ideia que o caráter retributivo “advém da própria natureza da pena, que é um mal, porém necessário” (2016, p. 369), servindo para estabelecer a prevalência do monopólio estatal de punição, evitando a vingança privada. Em suma, tal aspecto se configura como uma resposta dada pelo Estado ao agente após a prática de um ato criminoso.

Acrescenta Fernando Capez (2012, p. 386) que “a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico”. Nesse sentido, é atribuído a pena a finalidade de fazer justiça, tendo o aplicador a difícil missão de distinguir entre o justo e injusto.

Para além disso, a pena possui o caráter preventivo, pois como forma de fortalecer a concepção do Direito Penal eficaz, intimida o cometimento de crimes, em razão que o ato praticado pelo agente acarretará na cominação de uma penalidade. Nesse sentido, Guilherme Nucci (2016, p. 368) desdobra tal característica em dois aspectos:

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

O Código Penal vigente prevê, em seu Título V, três tipos de penas, expressamente descritas em seu art. 32 como sendo as penas privativas de liberdade, as restritivas de direito, e as de multa. Tais penalidades serão aplicadas pelo magistrado conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, de acordo com o art. 59 da referida norma jurídica.

As penas privativas de liberdade são classificadas em reclusão, detenção e prisão simples. Sendo os dois primeiros tipos penais decorrentes da prática do crime, e o último, de contravenção, e em resumo cerceia o direito à liberdade do infrator, mantendo-o preso. As penas restritivas de direito, entretanto, apresentam-se como prestação de serviços à comunidade, entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fins de semana, perda de bens e valores e prestação pecuniária; são penalidades aplicadas em crimes de menor potencial ofensivo, as chamadas penas alternativas, objetivando a recuperação do infrator por meio da limitação de alguns direitos; Por fim, a pena de multa, que corresponde ao pagamento de quantia previamente fixada em lei ao Fundo Penitenciário.

Em regra, os Juizados Especiais Criminais são os responsáveis pelo processamento das ações relativas aos crimes contra honra, pois estes se enquadram, de acordo com o seu art. 61, nos delitos de menor potencial ofensivo. Salvo, no entanto, a calúnia majorada (CP, art. 138 c/ art. 141) e a injúria qualificada (CP, art. 140, § 3º), por ultrapassarem o limite de pena, não se adequam na definição das referidas leis.

As penas restritivas de direito, também chamadas de alternativas, são impostas em substituição as penas privativas de liberdade e limitam algumas garantias do acusado. No entanto, para a vítima tais condutas tornam-se inócuas, uma vez que proporcionalmente aplicadas com a lesividade do crime cometido, possuem baixo nível retributivo.

É muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas. O que se busca, na verdade, é um clamor pela justiça, uma vez que branda a penalidade

do acusado, maior há possibilidade de reincidência. Por outro lado, nenhuma pena poderá ultrapassar os limites impostos pelos princípios constantes na Carta Magna, para não considerá-la como abusiva, causadora de dano irreparável ao autor do fato.

Nesse sentido, Cesare Beccaria (1764, p. 31) colaciona que:

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica.

Não há legislação específica que preveja os crimes contra honra praticados por meio virtual, e por essa razão, aplica-se as penalidades descritas nos tipos penais já existentes. Porém, classificados como crimes de menor potencial ofensivo, se impõe as penas alternativas, com lesividade mínima, que diante dos irreparáveis danos causados às vítimas, devido a internacionalização que o meio digital proporciona.

Como já destacado, a impunidade no caso específico tem relação com o fato das penas aplicáveis aos crimes contra honra (arts. 138 ao 145 do CP) serem inócuas diante das atrocidades relativas à estes quando cometidos através do meio virtual. A falta de punição ao acusado revela a negligência do Estado diante de tais casos, tornando um ciclo vicioso, pois sem punição o acusado continuará cometendo os mesmos delitos, até em maior proporção.

Destaca-se, portanto, que dentre as características da impunidade descritas por Rebeca Brasil (2004), os casos de violação à honra na internet se encaixam na insuficiência da pena, causando insegurança na sociedade e a revitimização. Além do sofrimento da vítima pelo cometimento do crime, sofrerá também pela ineficácia da punição, e a provável reincidência. Nesse sentido, Rebeca Brasil (2004) reafirma que:

Caracterizada pela ausência, omissão, ineficácia, insuficiência e descumprimento da pena - reprimenda justa, necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção da criminalidade - a impunidade enseja a insegurança na sociedade, o medo nas pessoas e a certeza de que nunca serão punidos nos criminosos. Assim, a impunidade revela-se seja pela ausência de punição, falta de sanção penal ou pelo não cumprimento da pena declarada ou aplicada.

O caso específico do *revenge porn*, a chamada “vingança pornô” pode exemplificar bem o exposto até então. É um novo comportamento que doma a sociedade fruto do progresso da informática e das relações sociais virtuais. Determinado fato consiste num desdobramento da pornografia não-consensual, ou seja, na divulgação de registros de natureza sexual sem a autorização da vítima, geralmente feita por seus

parceiros, como forma de vingança após uma discussão ou até o término do relacionamento.

Tal conduta transformou-se no PL nº 18/2017, que atualmente encontra-se em tramitação no Senado Federal e consiste no reconhecimento que a violação da intimidade também se revela como uma das formas de violência doméstica e familiar, vindo a alterar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e o Código Penal. A proposta inicial enquadrava o crime nos delitos de menor potencial ofensivo, pois previa pena máxima inferior a dois anos, mesmo em sua forma majorada.

Art. 140-A. Ofender a dignidade ou o decoro de outrem, divulgando, por meio de imagem, vídeo ou qualquer outro meio, material que contenha cena de nudez ou de ato sexual de caráter privado.

Pena: reclusão, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço a metade se o crime é cometido:

I - por motivo torpe; II - contra pessoa com deficiência. (PL nº 18/17)

No entanto, em 08 de novembro do corrente ano a Comissão de Constituição e Justiça do Senado acatou a emenda que aumenta a pena máxima nesse caso específico, para 04 (quatro) anos de reclusão e multa. Confirmando, portanto, que há uma necessidade de não classificar esses tipos de crimes como de menor potencial ofensivo, não sendo minimamente justo com as vítimas.

O referido projeto foi aprovado na CCJ do Senado em 22 de novembro deste ano, reconhecendo a sua importância no combate à criminalidade digital. A criminalização da vingança pornográfica é um grande avanço do legislativo, mas acima de tudo, é uma grande conquista àqueles que sofreram a brusca violação da sua intimidade.

Assim, compreende-se que a pena máxima para tais delitos expostos até então deve ficar fora dos juizados. É compreensível as inúmeras doutrinas que criticam o Estado Penal Punitivista, porém, bem longe dessa discussão teórica existe uma realidade prática de sofrimento, de maneira que não se trata efetivamente somente do aumento da pena, se trata de não permitir que esse delito seja processado nos juizados especiais criminais.

Os crimes praticados pela internet não são delitos de menor potencial ofensivo, eles não são compatíveis com a realidade dos juizados especiais quando criado pelo constituinte para promover a conciliação. São crimes tão covardes que ainda que seus autores sejam processados criminalmente, que sejam condenados, ainda assim a vítima sofre.

Ante o exposto, fica clara a necessidade de adequação das normas, de retificar concepções, tipificar novas normas, interpretar apropriadamente os fundamentos dos tipos preexistentes e esclarecer, eficazmente, regras de discussão e de cooperação jurisdicional em âmbito criminal, no intuito de autorizar o enfrentamento à marginalidade virtual.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA À IMPUNIDADE E À REVITIMIZAÇÃO.

O Direito ao esquecimento é um dos principais temas do constitucionalismo contemporâneo e está inserido em um suscetível conflito de interesses. Defini-lo não é uma tarefa fácil, decidir como este deve integrar o ordenamento jurídico brasileiro, menos ainda. E em uma época que somente um clique nos separa do mundo das informações pode parecer impossível. Portanto, fazer um estudo sobre direito ao esquecimento requer, sobretudo, entender a sua subjetividade.

O agente, enquanto polo ativo da ação, poderá questionar judicialmente a vinculação de fatos ocorridos no passado, que venham a violar sua integridade física e moral, sejam divulgados posteriormente por meios de comunicação causando-lhes revitimização, uma lembrança infeliz de acontecimentos que macularam parte de sua história.

Assim, o debate sobre a ponderação de interesses pessoais e coletivos torna-se o centro da discussão de dois bens jurídicos constitucionais. De um lado, a liberdade de expressão e informação, e de outro, os atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, a privacidade e a honra do indivíduo.

O Código Civil, em seu art. 21, esclarece a proteção à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural quando aduz que o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Com isso, caberá ao judiciário ponderar os limites das informações relacionadas à pessoa lesada.

Mais além, em 2014, a VI Jornada de Direito Civil defendeu a existência do direito ao esquecimento como uma expressão da dignidade da pessoa humana. O seu enunciado 531 colaciona que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Por mais que não possua

força normativa, tal enunciado abre precedente, como orientação doutrinária, para estabelecer a relação de garantia entre os dois institutos.

Posição contrária, a Carta Magna prever em seu art. 220 a vedação da restrição, sob qualquer forma, processo ou veículo, da manifestação de pensamento, criação, expressão e informação. Reafirmando, no § 1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”.

Diante tais aspectos e conflitos de interesses cabe analisar, diante mão, a relação do bem jurídico tutelado com o interesse público, levando ao judiciário a responsabilidade de fazer essa ponderação, considerando as especificidades do caso concreto. O direito de ser esquecido deverá abarcar a restrição a divulgação exacerbada de conteúdos essencialmente privados, que causem lesão aos direitos da privacidade da pessoa humana. Nesse contexto, Lucas Lopes e Matheus Lopes (2014, p. 05) entendem que:

Para aplicar o direito ao esquecimento é de suma importância fazer uma ponderação entre os fatos relevantes no ambiente informacional, o interesse público e o direito a privacidade. Para que assim possamos coibir eventuais abusos, sem impor uma forma de censura.

Debater privacidade no contexto atual é bem mais complexo que se imagina. Uma vez que os indivíduos estão cada vez mais expostos com o advento da internet, como também as informações são repassadas de forma tão rápida que fogem do controle da tutela do direito. Para tanto, como determinar o direito ao esquecimento de um fato notório no meio virtual? Como apagá-lo dos sites de busca, se a internet, por meio das diversas redes sociais, valida inúmeras formas de compartilhamento de dados e informações?

O Direito de ser esquecido, como falado anteriormente, deve ser entendido de maneira subjetiva. O esquecimento surge como consequência da retirada do conteúdo dos meios informáticos, e não como regra. Apagar da memória de um povo um fato ocorrido com outrem é tão difícil quanto determinar, com base na razoabilidade e proporcionalidade o seu esquecimento.

5.1 Aplicabilidade em Favor da Vítima

O esquecimento de um fato caracteriza-se como consequência de uma decisão judicial de desindexação ou desconexão de conteúdos que lesem os direitos da

personalidade do indivíduo. Antemão, é preciso conceituar essas formas de remoção de matérias informáticas para avançar em relação a sua aplicabilidade em favor da vítima.

A desindexação é rotineiramente utilizada nos casos em que foram aplicados o direito ao esquecimento. Significa a remoção dos links relacionados ao fato recorrente dos buscadores de pesquisa. Assim, a informação vai ser retirada do mecanismo de busca, evitando a proliferação que esse proporciona, mas continuará existindo no site hospedeiro, não sendo esta apagada. A desconexão, entretanto, significa a remoção efetiva desses dados, o apagamento das informações, inclusive dos sites hospedeiros.

No Brasil, dois casos relativos ao direito ao esquecimento ganharam destaque nos tribunais, o da chacina da Candelária e o de Aida Curi. O primeiro, com processo findo através do REsp 1.334.097, que reconheceu o direito do autor; e o segundo, em tramitação no STF, aguardando o julgamento, tendo sido feito inclusive audiências públicas para debates sobre a questão.

O REsp 1.334.097 julgou procedente o pedido do autor que mesmo após ser absolvido das acusações de envolvimento na chacina da Candelária, em 1993, teve seu nome ligado aos fatos como coautor do crime, sendo noticiado através de um documentário feito pela TV Globo no programa Linha Direta. Em decisão, o ministro relator aduziu que a imprensa não teria sua honra ou imagem afetada caso restringisse o nome do autor da matéria, podendo a história ser contada sem a necessidade de citá-lo. Concluiu, portanto, com o reconhecimento do direito pleiteado e a condenação da parte ré em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Posteriormente, os irmãos de Aida Curi, que foi abusada sexualmente e morta em seguida, impetraram uma ação contra a TV Globo, questionando a transmissão no programa Linha Direta, anos depois, dos fatos que ocasionaram a morte desta, trazendo-lhes lembranças e sofrimento que o crime envolveu. Neste caso, a Quarta Turma, no REsp 1.335.153, não acolheu a tese abordada na inicial, pois mesmo reconhecendo o sofrimento da família, considerou que não havia como a emissora fazer a reportagem sem mencionar o nome da vítima. Ademais, mencionou que o tempo fez com que os efeitos do crime fossem atenuados e que este serviu como arquivos da história, para debates e análise da evolução do próprio ser humano.

Nota-se, portanto, que em ambos os casos o meio de vinculação da informação foi a televisão, possuindo consequências inócuas quando comparadas àquelas

advindas das publicações no mundo virtual. A internacionalização desse meio de comunicação, assim como o compartilhamento de dados em curto espaço de tempo faz com que o debate sobre o direito ao esquecimento ganhe contornos diferenciados quando transposto para internet.

O debate torna-se ainda mais complexo quando o Estado precisa tutelar entre o público e o privado, direcionar os tipos de relevância e de necessária e abrangente tutela jurisdicional. Afinal, qual crime poderia ter sua consequência considerada como de interesse meramente privado, a fim de coibir a perpetuidade de sua divulgação? E portanto, aplicar-se o direito ao esquecimento?

Nos crimes contra honra na internet, o direito ao esquecimento surge como solução alternativa à impunidade e a revitimização. Valendo-se a vítima deste instituto, poderá ter parte do conteúdo relacionado à violação da sua honra (objetiva e subjetiva) removido dos mecanismos de busca, desde que estes lhe causem danos irreparáveis.

Porém, tal hipótese esbarra na difícil compreensão da gravidade dos delitos. O Estado não se preocupa em abarcar essas problemáticas, pois além dos tipos penais se enquadrarem na modalidade de menor potencial ofensivo, constantemente pessoas são vítimas de calúnia, difamação e injúria e os próprios órgãos de controle jurisdicional não conseguem reproduzir segurança jurídica em relação a punibilidade do autor, vindo a coibir a reincidência.

No contexto da gravidade dos crimes contra honra na internet, Patrícia Peck (2016, p. 493) colaciona que:

O maior problema é que o dano moral para a vítima é eterno, pois o conteúdo fica ecoando na Internet. Até para quem exagera na liberdade de expressão a consequência é muito maior, pois não tem como se arrepender, como fazer para que seja esquecido o que foi dito.

Para exemplificar esse feito, retoma-se o caso da vingança pornô, pois atualmente é classificado como crime de injúria, atribuindo à vítima, com a divulgação de imagens e vídeos, qualidade negativa com intuito, por vingança, de vulgarizá-la. Com isso, a vítima passa pelo fenômeno da revitimização, que em suas diversas etapas, a faz sentir o dano causado de maneira totalmente desproporcional à punibilidade prevista no ordenamento jurídico para o autor do fato.

A vítima passará pelo constrangimento de ver suas fotos divulgadas de forma pejorativa em tempo surreal, pelos julgamentos da sociedade que a condenará por

deixar ser fotografada/filmada como se estivesse feito com tal finalidade e sobretudo, como também com o despreparo dos agentes que deveriam coibir tais práticas, se caso denunciar o autor do delito.

Ante o exposto, fica claro que o fenômeno do direito ao esquecimento se comportaria nesses casos como solução para a revitimização. A vítima, enquanto sujeito de direito, não se vê protegida e resguardada pelas normas já existentes, assim como o legislativo não consegue acompanhar as inúmeras alterações advindas do universo virtual, e o judiciário se vê despreparado para enquadrar tais acontecimentos em penas que minimizem o sofrimento desta com a punibilidade do acusado e a retirada de notícias relacionadas a tais fatos.

6 CONCLUSÃO

Em razão do exposto podemos observar quão importante é o assunto abordado, por estar inserido no dia a dia da sociedade atual. Lidar com o direito digital é, sobretudo, entender as relações sociais no momento em que estamos inseridos. Portanto, cabe às normas jurídicas e seus aplicadores, a missão de corroborar para que tais relações mantenham-se harmoniosas, de forma que o judiciário seja a última razão para discuti-las.

É importante destacar que como forma de amenizar os conflitos oriundos do universo virtual se faz necessário a adaptação da legislação atual, assim como a sua forma de aplicação. Nesse aspecto, nota-se que obrigatoriamente não seria necessário criar uma codificação digital específica, o que se busca é o enquadramento das normas já existentes nos tipos penais que surgem a todo tempo, readaptando-os de forma que a vítima de tais delitos sintam-se protegida pelo Estado do dano que sofreu.

No caso específico estudado, que são os crimes contra honra praticados pela internet, é difícil buscar uma punição justa ao acusado uma vez que estes se enquadram nos delitos de menor potencial ofensivo, e por essa razão, o acusado fica sujeito às penalidades brandas diante da ofensividade causada à vítima.

Como forma de amenizar tal conflito, entendemos que a teoria do direito ao esquecimento poderá ser aplicado nestes casos como instrumento alternativo à impunidade. O termo “esquecimento” como consequência de uma decisão judicial que determine a exclusão de qualquer vinculação à notícia que macule a honra (objetiva ou subjetiva) da vítima. No entanto, após análise sobre o tema, conclui-se que ainda

estamos distantes desta configuração, pois esbarramos no conflito entre liberdade de expressão e os direitos da privacidade do indivíduo.

Com base no exposto, o direito, que deve estar em constante mudança, ainda caminha em passos curtos no que diz respeito a sua nova faceta. É preciso discutir o direito digital, é fundamental legislar sobre tais conteúdos, assim como, os doutrinadores necessitam dar mais atenção aos seus aspectos e peculiaridades, de forma que a responsabilidade de fazer justiça não recaia apenas para o julgador, que diante da insuficiência de argumentos e normas, fica restrito a aplicação de preceitos já existentes.

CRÍMINES CONTRA EL HONOR EN INTERNET Y EL DUPLO SUFRIMIENTO DE LA VÍTIMA (REVITIMIZACIÓN): IMPUNIDAD Y EL DERECHO AL OLVIDO.

RESUMÉN

En este trabajo se abordarán, a través de una investigación bibliográfica, los crímenes contra el honor cometidos en ambiente virtual, en lo que se refiere a la impunidad del acusado y la aplicación del derecho al olvido como solución alternativa a este conflicto. Primero es importante destacar la revolución tecnológica y sus peculiaridades, creando así una línea lógica entre el derecho digital y el derecho penal. En cuanto al tipo penal estudiado, los crímenes contra el honor (calumnia, injuria y difamación), serán abordados de forma sucinta, diferenciándolos en sus principales aspectos. A partir del foco de la investigación, la impunidad del acusado se revela cuando la aplicación de la pena prevista se vuelve desproporcionada, no siendo capaz de surtir efecto ante el caso concreto estudiado. Así concluiremos que la solución alternativa sería la aplicación del derecho al esquilamiento minimizando, con ello, los efectos de la revitalización.

Palabras clave: Derecho digital. Crímenes contra el honor. Principio de proporcionalidad. Derecho al olvido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.
- BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 27 out. 2017.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. **Código Penal de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 18/2017**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128223>>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Relator: CARLOS AYRES BRITO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL, Rebeca Ferreira. **Crime e castigo: segurança sócio-jurídica contra impunidade**. 2004. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1700/Crime-e-Castigo-seguranca-socio-juridica-contra-a-impunidade>>. Acesso em: 6 nov. 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CADH. **PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito dos mortos (art. 121 à 212)**. vol. 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral: (arts. 1º a 120)**. vol. 1.18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. 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: 06 out. 2017.

CUNHA, Mario Soares. **Aplicação da Lei Penal na Internet**. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33040-41510-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ENUNCIADO 531, VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra pessoa**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais** -. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Crimes Contra os Direitos da Personalidade na Internet: violações e reparações de direitos fundamentais nas redes sociais** -. Curitiba: Juruá, 2015.

LOPES, Lucas Guglielmi. LOPES, Matheus Guglielmi. **Direito ao esquecimento**. Disponível em: <http://portal.viannajr.edu.br/files/uploads/20150225_151422.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 2, Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAESANI, Liliana Minard. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RECURSO ESPECIAL nº 1.334.097 – RJ. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

RECURSO ESPECIAL nº 1.335.153 – RJ. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

SALLES, Luiz Carlos de Paula. BRITO, Ronaldo Figueiredo. **Impunidade: consequência da criminalidade no Brasil?**. Disponível em: < http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2016/4_2016_Saber_Digital.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

VIANNA, Túlio. MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos: Conforme a Lei Nº 12.737/2012** -. Belo Horizonte: Fórum, 2013.