



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

E - ISSN 2316-381X

DOI - 10.17564/2316-381X.2018v6n2p75-86

SEÇÃO II - DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL NOS CRIMES VIRTUAIS

CIVIL AND CRIMINAL RESPONSIBILITY IN VIRTUAL CRIMES

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y CRIMINAL EN LOS CRÍMENES VIRTUALES

Júlia Diane Martins¹

Francieli Rech²

RESUMO

Esta pesquisa visa analisar a forma de responsabilização cível e criminal dos atos atentatórios à honra ocorridos na internet, sob o enfoque da eficácia da tutela de direitos e garantias fundamentais. Observa-se que, dentre os diversos direitos e garantias assegurados aos cidadãos, estão a inviolabilidade da honra e a liberdade de expressão, de forma que a primeira é limitadora da segunda. O ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de tal limitação, prescreve condutas criminais que violam a honra, objetiva e subjetiva, ainda que estas tenham sido cometidas na internet.

A responsabilidade, conforme a lei penal, recai sobre quem pratica a conduta, podendo o provedor ser responsabilizado se recusar ceder informações. Na esfera cível, a responsabilidade do provedor é objetiva, em razão do risco da atividade, conforme o código do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE

Crimes virtuais, honra, limitações, responsabilidades.

ABSTRACT

This research aims to analyze the way of criminal and civil liability of the unlawful acts to the honor occurred on the internet, under the focus of the efficacy of the guardianship of fundamental rights and guarantees. It is observed that, between the diverse rights and guarantees guaranteed to the citizens, there are the inviolability of the honor and the freedom of speech, in a way that the first is limiting the second. The Brazilian legal order, by such limitation, prescribes criminal ducts that violate the honor, objective and subjective, even though

these has been practiced on the Internet. The liability, according criminal lar, falls on who practices the duct, the provider may be held responsible if he refuses to cede information. In the civil sphere, the liability of the provider is objective, because of the risk of the activity, according the consumer code.

KEYWORDS

Virtual Crimes. Honor. Limitations. Responsibility.

RESUMEN

Esta investigación busca analizar la forma de responsabilizar, en los ámbitos civil y criminal de, los actos atentatorios al honor ocurridos en Internet, bajo el enfoque de la eficacia de la tutela de derechos y garantías fundamentales. Se observa que, entre los diversos derechos y garantías asegurados a los ciudadanos, están la inviolabilidad del honor y la libertad de expresión, de forma que la primera es limitadora de la segunda. El ordenamiento jurídico brasileño, en virtud de tal limitación, prescribe conductas criminales que violan el honor, objetiva y subjetiva, aunque estas hayan sido cometidas en in-

ternet. La responsabilidad, conforme a la ley penal, recae sobre quien practica la conducta, pudiendo el proveedor ser responsabilizado si rechaza ceder informaciones. En la esfera civil, la responsabilidad del proveedor es objetiva, en razón del riesgo de la actividad, conforme el código del consumidor.

PALABRAS CLAVE

Crímenes virtuales, honor, limitaciones, responsabilidades.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos e Garantias Fundamentais foram conquistados com o decorrer da história. Inicialmente, havia apenas o Estado Autoritário, sem a ideia de sujeitos de direitos. No entanto, com o declínio do Estado Autoritário, surge o Estado Liberal. Todo Estado é mais forte em comparação ao cidadão, pois dispõe de maiores recursos, financeiros e bélicos. Deste modo, surge a necessidade de proteção do indivíduo, singelo e fraco em frente ao Leviatã, forte, onipotente. Neste momento é dado, ao cidadão, liberdade. O marco desta fase e de todo o constitucionalismo é a Magna Carta de 1215 (LENZA, 2016).

A conquista do direito à liberdade e proteção contra o Estado é grande vitória, porém, surge a percepção de que a mera proteção do ser é insuficiente para uma vida social em condições de igualdade, necessitando não somente a inanição, mas a ação do Estado em proteção dos desiguais, por meio de ações afirmativas. São alguns exemplos destes direitos a proteção ao trabalhador, bem como programas sociais (LENZA, 2016).

O Estado deve se abster de injustiças e promover o bem comum, porém ainda é insuficiente diante de todas as modificações sociais e seus danos. Surge então a necessidade de maior fraternidade na vida pública, com um caráter que transcende o desenvolvimento individual. Os exemplos mais comuns dos direitos reconhecidos nesta fase são o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio-ambiente (LENZA, 2016).

Deste modo, a doutrina sistematizou hoje os direitos e garantias fundamentais acima exemplados em três gerações ou dimensões: os de primeira dimensão, individuais; os de segunda, sociais; e os de terceira, transindividuais; resultando no lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (BRANCO; MENDES, 2011).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE: A INVOLABILIDADE DA HONRA *VERSUS* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Dentre os direitos e garantias fundamentais, paira a inviolabilidade da honra. O art. 5º, inciso X da Constituição Federal apresenta o seguinte texto: “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”.

Bulos (2007) afirma que, mesmo não estando positivada sozinha em dispositivo constitucional, a honra é irmã da dignidade, do respeito e da boa reputação e defende que, se o texto de 1988 pretendeu implantar um Estado Democrático de Direito, por óbvio deveria a honra vir expressa em termos constitucionais precisos.

É possível, sendo bem imaterial, dividi-la em subjetiva e objetiva. A primeira é valorada como consciência para a própria dignidade, é um sentimento de aprovação ou hombridade do próprio ser humano. Em acepção à honra subjetiva pode-se dizer que é a opinião da pessoa sobre si própria (BULOS, 2007).

Já a segunda apresenta em relação à afeição ou apreço que a pessoa tem perante sua sociedade, o que as pessoas pensam sobre determinada pessoa ou a boa reputação é um exemplo de honra objetiva (BULOS, 2007)

A Constituição Federal de 1988, tutela a honra com relevância nos interesses mais voltados para a sociedade do que para a esfera de interesses individuais. Muito mais do que apenas evitar constrangimentos, está protegendo a dedicação do indivíduo em ser digno ou de possuir boa estima devido ao seu bom comportamento com a sociedade (BULOS, 2007).

Conforme Moraes (2005), os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

Doutra feita, o Constituinte também cuidou de tutelar a liberdade de expressão. A liberdade é um dos direitos mais relevantes em um Estado democrático, conforme ensina José Afonso da Silva (2011, p. 234):

É na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe de mais ampla

possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo democrático avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa contribuir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,” ressalva que assim o será, “observando o disposto no art.5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Durante diversos períodos na história do Brasil, com ênfase nos Governos Militares, muitas liberdades foram suprimidas (NAPOLITANO, 2014). Até que, em 1988, fora promulgada uma nova Constituição da República, estabelecendo em nosso país o Estado Democrático de Direito.

Em seu texto, a Constituição Federal demanda em seu artigo 5º, inciso IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988), bem como “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. As normas constitucionais supracitadas versam sobre uma das formas de liberdade: a liberdade de expressão.

Para Moraes (2004), a Liberdade de Expressão é um dos pilares da democracia, devendo ser aceitas não somente as opiniões agradáveis ou inertes, mas também aquelas fervorosas e críticas, elencadas em uma organização dialética. É a pluralidade de ideias e pensamentos que permitem a construção de uma democracia de fato e não apenas simbólica.

Conforme explanam Branco e Mendes (2011, p. 297), “incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias de informações e de expressões não verbais (musicais, por imagem, etc.)”.

Portanto, a liberdade de expressão pode ser elencada no rol de Direitos Humanos. Todavia, em que pese toda sua importância, não se deve considerar como direito absoluto. Em verdade, “os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos consagrados pela Carta Magna” (MORAES, 2003, p. 46).

Segundo Mendes (2012, p. 308):

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e

Assim, o próprio legislador impõe limites, estipulando a proibição ao anonimato e assegurando o direito de resposta, bem como a preservação da vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, prevendo ainda a reparação e indenização pelos danos que o ofendido tenha sofrido. Além disso, o legislador preocupou-se tanto com as consequências advindas da liberdade de expressão, que de certa forma a limitou, impondo requisitos qualificativos para os profissionais de meios de comunicação, por exemplo (MENDES, 2011).

Cabe ao legislador limitar a liberdade de expressão e impor os requisitos de controle, fazendo com que as empresas de comunicação, rádio e televisão, exerçam o direito apenas se cumprir os referidos requisitos, tais como horários determinados, locais, e classificação de faixa etária, visando assim à proteção de valores sociais. A limitação afeta também conteúdos impróprios como cenas violentas, pornografia, opressão entre outras não sejam alcançados por crianças e adolescentes, tutelando com absoluta prioridade os valores da família (MENDES, 2011).

De acordo com Mendes (2012, p. 400): “A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”.

Ressalta-se a problemática acerca da manifestação em redes de comunicação a fim de lesar outrem, publicações com caráter difamatório com intenção de denigrir a imagem de terceiros, ou a simples exposição da imagem, sem autorização, geram a possibilidade de indenização por dano moral. Eis outra forma de limitação à liberdade de expressão (MENDES, 2011).

De acordo com a teoria do limite dos limites, conforme anteriormente explanado, todos os direitos são relativos, porém as exceções desses dispositivos que seriam os limites devem harmonicamente estar de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade, para não haver excessos ou deficiência de direitos (MENDES, 2011).

De acordo com Mendes (2012), deve-se preservar um núcleo mínimo para que se valide a limitação à intervenção do direito. Essa preservação é primordial para evitar o esvaziamento da essência do direito fundamental.

A doutrina brasileira não contemplou a ideologia da preservação do núcleo essencial, destacando duas teses controversas e alternativas: uma é a teoria absoluta e outra relativa. A teoria absoluta configura o núcleo mínimo como fixo, a qual divide os direitos insuscetíveis de limitação daqueles que são passíveis de limitadores. Já a teoria relativa adota a ideologia em que o núcleo essencial deve ser incorporado e analisado junto ao caso concreto (MENDES, 2011).

Portanto, indiferentemente da teoria adotada o núcleo essencial é um limitador ao qual o legislador não poderá exceder. Desta feita, tem-se o controle de constitucionalidade como um dispositivo garantidor dos direitos fundamentais (MENDES, 2008).

Segundo Mendes (2012, p. 329): “A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é indicador para as limitações aos direitos fundamentais (MENDES, 2012).

Mendes (2012) ressalva a importância de alguns subprincípios, como a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, os quais são requisitos essenciais para a validação da restrição dos direitos.

A adequação refere-se a aferir precaução ao utilizar os meios de atingir os fins. A restrição tem por significado que a limitação deve ser suficiente para atingir sua finalidade; a necessidade está voltada à observância da *ultima ratio*, voltada para a ausência de meios menos gravosos; e a proporcionalidade tem sentido de evidenciar a ponderação analisando o custo-benefício (MENDES, 2012).

Segundo Mendes (2012, p. 331):

É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fun-

damental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão pela avaliação subjetiva do juiz.

A limitação à liberdade de expressão, tendo em vista a relatividade dos direitos absolutos, vem ao encontro da teoria do limite dos limites. Tal teoria ressalta a importância dos requisitos impostos ao legislador para a validação de determinadas restrições, salienta também a função do Controle de Constitucionalidade e do princípio da proporcionalidade, sem deixar de observar os dispositivos necessários para a elaboração de tais limitações (MENDES, 2012).

Segundo MORAES (2009), os abusos por ventura ocorrido no exercício indevido da manifestação de pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário, com a eventual responsabilidade civil e penal de seus autores.

3 OS CRIMES CONTRA A HONRA COMO TUTELA DE SUA INVIOABILIDADE

Tidos como limites à liberdade de expressão, o Código Penal dedicou um capítulo exclusivo à regulamentação dos Crimes contra a honra, que inicia com a seguinte tipificação: Calúnia Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (BRASIL, 1940).

De acordo com Greco (2016, p. 323):

Podemos indicar os três pontos principais que especializam a calúnia com relação às demais infrações penais contra a honra, a saber: a) a imputação de um fato; b) esse fato imputado à vítima deve, obrigatoriamente, ser falso; c) além de falso, o fato deve ser definido como crime.

Segundo Capez (2011), o bem jurídico tutelado neste crime é a honra objetiva, ou seja, a imagem do ofendido perante a comunidade.

É classificado como crime comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa imputável, sem requerer características especiais. O sujeito passivo,

além da coletividade, será a pessoa caluniada (MIRABETE; FABBRINI, 2011).

As pessoas jurídicas, por sua vez, dividem a doutrina, pois não possuem plena aceitação da hipótese de serem parte na seara criminal, por violação ao princípio da personalidade da pena, sua falta de capacidade de agir em seu sentido estrito e de não possuírem culpabilidade. Contudo, de acordo com a doutrina moderna, se a pessoa jurídica possui capacidade de liberação, também conterà a capacidade criminal (CAPEZ, 2011).

Também há controvérsias acerca da possibilidade de pessoas com deficiência e menores de dezoito anos figurarem como sujeito passivo do crime de calúnia. Para a doutrina clássica, estes são inimputáveis, não havendo como acusá-los de crime em sua acepção técnica, formado pelo fato típico, antijurídico e culpável, ausente o último elemento. De outro lado, há doutrinadores que argumentam no sentido da indiferença da culpabilidade, afinal os menores e os deficientes possuem honra objetiva, principal bem jurídico protegido (CAPEZ, 2011).

Como prescrito no artigo, a imputação falsa deverá necessariamente ser de crime, espécie de Infração Penal, excluídas as contravenções penais do Decreto-Lei nº 3688 de 1941 (NUCCI, 2000).

A diferenciação entre o crime de calúnia e o de difamação consiste na imputação realizada. Se esta for de fato que, embora desonroso, não esteja tipificado em Lei Penal, como a prostituição, trata-se do crime de Calúnia (BITTENCOURT, 2007).

Em relação à injúria, o elemento diferenciador localiza-se no bem jurídico lesado. A Calúnia tutela a honra objetiva, aquela do sujeito entre seus pares, ao passo em que a Injúria tutela a honra subjetiva, ou a imagem que o sujeito tem de si mesmo (CAPEZ, 2011).

Não pode ser confundida com uma mera ofensa. Para melhor ilustrar a situação, imaginemos tal alegoria: quando X chama Y de “ladrão” há injúria. Não há imputação de fato, mas uma ofensa, em que X usou um adjetivo de conotação negativa para referir-se a Y (CAPEZ, 2011).

Difere-se da Denúncia Caluniosa, primeiramente, porque neste crime a proteção do legislador

está direcionada com a Administração da Justiça. Assim, além de prejudicar a honra, na denúncia caluniosa, que absorve a calúnia, o sujeito ativo, além de ofender a honra do sujeito passivo, ainda o coloca em risco de perder um de seus bens mais preciosos: a liberdade (GRECO, 2016).

Após a tipificação da Calúnia, o texto legal do Codex Criminal passa a versar sobre a difamação, prescrevendo-a do seguinte modo: Difamação Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Para Nucci (2010, p. 139) “difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a sua reputação”.

Bitencourt (2007) afirma que novamente, assim como na Calúnia, tutela-se a honra objetiva. O autor traz o elemento da pacificação social, posto que a boa reputação dos membros de uma sociedade é importante para o seu desenvolvimento e harmonia.

A honra objetiva é reconhecida como a reputação do sujeito em face da comunidade (GRECO, 2016), a qual está prevista expressamente no tipo penal (BRASIL, 1940).

Para ocorrer a violação da honra objetiva, a ofensa necessariamente deve ser proferida em frente de ao menos um terceiro, ou o crime será de injúria. Esta afirmação fundamenta-se na premissa de que, para o que o sujeito passivo tenha de fato sua reputação abalada, é condição *sine qua no* a repercussão negativa no meio social. Entretanto, quando o autor profere a falta imputação somente à vítima, incorre no crime de Injúria, por violar a honra subjetiva do ofendido (GRECO, 2016).

Afirma Nucci (2010, p. 139)

Pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do injusto, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa fale a outra de um fato desairoso atribuído a terceiro, embora assim esteja agindo com *animus narrandi*, ou seja, a vontade de contar algo que ouviu, buscando, por exemplo, confirmação. Embora atitude antiética, não pode dizer que tenha havido difamação.

Conforme o ensinamento de Damásio (2001), este crime é classificado como formal, entendido como aqueles que não necessitam a concreta lesão do bem jurídico, mas a mera conduta do sujeito ativo e simples, afinal só atinge um bem jurídico.

No tocante aos sujeitos do crime, é elencada no rol dos crimes comuns, ou seja, qualquer pessoa imputável poderá figurar como sujeito ativo, tal como qualquer pessoa poderá ser vítima, ressalvadas as discussões acerca das pessoas jurídicas no Direito Penal (COSTA JÚNIOR, 2002).

Na sistemática de nosso Código Criminal, a Difamação é punida de forma mais suave, pelo fato não possuir relação com crime e mero fato. Porém, caso a falsa imputação seja de Contravenção Penal, consumir-se-á a Difamação (GRECO, 2010).

Assim, não há exclusão da tipicidade, como na Calúnia, em que, ausente a “imputação de fato definido como crime”, se esvai um dos elementos dos tipos. A circunstância, no crime de Difamação, é de exclusão da ilicitude, pois em que pese todos os elementos do fato típico estejam presentes, a imputação não é punível, pois interessa a moralidade dos funcionários do Leviatã (CAPEZ, 2011).

A injúria, prevista do seguinte modo: “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa” (BRASIL, 1940), é a última das tipificações que atentam contra a honra.

Para BRUNO (1997 apud MIRABETE, 2004, p. 164), “na sua essência, é a injúria uma manifestação de desrespeito e desprezo, um juízo de valor depreciativo capaz de ofender a honra da vítima no seu aspecto subjetivo”.

Os crimes acima explanados, Calúnia e Difamação, visam à proteção da honra objetiva, enquanto a injúria protege a honra subjetiva (CAPEZ, 2011). Todavia, a diferenciação, no cotidiano, nem sempre é tão precisa. Muitas vezes, a ofensa não é passível, a priori, de ser distinguida entre a difamação e a injúria, de tal modo que o interprete deverá escolher a injúria, por ser mais benéfica, bem como mais abrangente (BITENCOURT, 2007).

Também não há a previsão expressa da injúria contra os mortos, portanto, em respeito ao Princípio da Estrita Legalidade Penal, não é possível a consumação deste crime contra os falecidos (GRECO, 2016). É classificado, assim como os crimes anteriores, crime comum, com a exceção supracitada dos mortos (GRECO, 2016). No tocante à forma de cometimento, Costa Júnior (2001, p. 292) ensina que:

Os fatos imputados poderão ser vagos ou imprecisos. Perfaz-se a injúria por diversos meios: gestos, palavras, desenhos, atitudes. Assim, injúria aquele que cospe no rosto alheio, que atira em alguém a bebida contida no copo, que bate com a luva no rosto do adversário, ou despeja lixo à porta da casa alheia.

Possui duas formas qualificadas: a injúria real e a preconceituosa (BRASIL, 1940).

A Injúria Real é aquela em que a violência física é utilizada como meio de humilhar ofendido, havendo, de certo modo, a mistura de dois tipos, ou seja, concurso de crimes com o de Vias de Fato, previsto na Lei das Contravenções Penais. Um exemplo desta modalidade de injúria é quando a vítima é expulsa de estabelecimento, sendo chutada (GRECO, 2016).

A injúria preconceituosa, por sua vez, está prevista no parágrafo terceiro do artigo 140, o qual determina que “se a injúria consiste na utilização de elementos referente à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (BRASIL, 1940).

Capez (2011) defende a necessidade de dolo especial para a configuração desta forma tipificada, o de embaraçar alguém em razão de suas características previstas no parágrafo terceiro.

Mirabete (2004) critica esta forma majorada, por equiparar a pena com a do Homicídio Culposo, por exemplo, ocorrendo proteção exagerada do Legislador. Entretanto, ressalta-se que a Carta Magna, Lei das Leis, tem por objetivo, nos termos do inciso III do seu artigo 3º, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Nas palavras de Nucci (2003, p. 142), “é preciso que a sociedade entenda a importância da correta vivência

inter-racial que uma nação, como a nossa, necessita assimilar e praticar”.

A configuração do crime de injúria quando profereida em discussões acaloradas. Bittencourt (2016) vê a fúria do momento como motivo para afastar o dolo. Greco (2016), em seu turno, não entende possível o afastamento do delito nestas situações, pois a ira não pode ser considerada como um elemento suficiente para afastar a consciência do sujeito ativo.

O avanço social, por sua vez, além de ter, conforme supracitado, requerido a sistematização de um rol cada vez mais amplo de direitos, também ocasionou a modificação do *modus operandi* do cometimento de crimes. Uma de suas novas conjunturas é o cometimento das infrações penais no âmbito virtual, vejamos:

Os crimes contra a honra pela Internet confrontam dois direitos fundamentais do cidadão. De um lado, a liberdade de expressão, que é, por preceito constitucional (art. 5º, IX), independente de censura ou licença. De outro, a honra, que é inviolável (art. 5º, X). Consequentemente, por ambos possuírem assento na Lei Fundamental, caberá ao juiz, no caso concreto, realizar a devida ponderação de qual interesse se sobrepõe, o que, sem dúvida, não é (ou não deveria ser) tarefa fácil. (MASI, 2016, on-line).

4 RESPONSABILIDADE CRIMINAL E CÍVEL DOS ILÍCITOS OCORRIDOS NA INTERNET

Um dos princípios basilares do Direito Penal Brasileiro é o da Culpabilidade, com três acepções, tais quais (i) a vedação de punição quando não há a responsabilidade subjetiva, ou seja, dolo ou ao menos culpa, (ii) um dos elementos do crime, junto à tipicidade e à antijuricidade, e (iii) a razoabilidade do magistrado ao mensurar a penal, aplicando-a na medida da culpa do agente (LIMA, 2012).

Importa neste momento a análise do primeiro desdobramento do princípio. Para ilustrá-lo, Tangerino (2014) usa o exemplo de um boi que destrói a plantação de seu vizinho. Seu proprietário jamais poderá sofrer qualquer tipo de responsabilização criminal, visto não ter sido o agente realizador da conduta danosa.

No entanto, com o advento da globalização, revolução digital e por consequência a internet, o direito, produto social, não fica imune a estas modificações. Debates acerca da forma da aplicação da Lei, inclusive a legislação penal, são suscitados (FIORILLO, 2016).

Dentre estas discussões, posiciona-se a possibilidade de punição do provedor de internet nos chamados crimes cibernéticos. Dispõe o Código Penal (1940), em seu artigo 13, que “**o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa**. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (grifo nosso). Adiante, no próprio artigo 13, ao regulamentar a omissão, demanda que:

§2º- A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: 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, Código Penal, 1940).

Deste modo, conforme ensina Pinheiro (2013), admite-se a punição dos provedores de internet nos crimes cibernéticos, quando estes se omitirem no fornecimento de dados de criminosos, após a sua solicitação. Não há responsabilidade subjetiva, pois, o provedor não será responsabilizado pela publicação em si, mas si pela sua omissão de prover dados quando possuía o dever legal de tanto.

O ilícito civil, por óbvio, difere do penal em diversos sentidos.

Embora não haja conceito legal do ilícito penal, o crime, entende-se como a conduta prevista em Lei que atenta contra bem jurídico protegido (BRANDÃO, 2014).

Já o ilícito civil é regulamentado no Codex Civil do seguinte modo: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, Código Civil, 2002). Adiante, ao regulamentar a responsabilização, prescreve que “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, Código Civil, 2002).

A Lei consumerista determina que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ainda no tocante às diferenciações entre os ilícitos:

O Código Penal tem norma expressa sobre o nexa causal (artigo 13). Na ausência de regra específica no Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência, com base na parte final do seu artigo 1.060, firmaram entendimento no sentido de adotar, em sede de responsabilidade civil a teoria da causa adequada, também chamada de causa eficiente, direta ou imediata. Qualquer um que ler esse artigo, entretanto, verá com clareza que, a rigor, nele não se cuida do nexa causal; disciplina outra matéria, na guarida do capítulo de perdas e danos. No estágio em que se encontrava a responsabilidade civil ao tempo em que foi elaborado o projeto do Código Civil revogado (final do século XIX), era compreensível que a questão do nexa causal fosse desconsiderada. Injustificável é que o novo Código Civil tenha também se omitido sobre a matéria, limitando-se a transcrever, literalmente, no seu artigo 403, a disciplina do artigo 1.060 do Código de 1916 (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 34).

Portanto, admite-se a responsabilização e a reparação civil pelo ato ilícito ainda que este não constitua crime. Para ilustrar, cita-se a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em processo que tramita em segredo de justiça, condenando terceiros que fotografaram jovem e seu namorado em momento íntimo durante uma festa e posteriormente divulgaram na internet. Na decisão, o Ministro Relator ressaltou a gravidade do ilícito, denominado de *cyberbullying*, visto existirem diversos projetos de Lei que visam o criminalizar em trâmite no Congresso Federal (Superior Tribunal de Justiça, o número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial, 2017).

No tocante à responsabilidade do provedor, o Superior Tribunal Federal deu repercussão geral à matéria. Conforme o voto do Ministro Luiz Fux:

O prestador de serviço de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento. Observe-se que a responsabilidade neste caso é apurada de forma objetiva, tendo em vista a incidência do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral nº 660.861, 2012).

Por derradeiro, vale a ressalva que um ato pode perfeitamente ser considerado como ilícito cível e criminal. Para tanto, é previsto no Código de Processo penal que “Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros” (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

5 CONCLUSÃO

Conforme analisado, a evolução social cobrou do Estado novas formas de tutelar direitos, pois meramente assegurar direitos em textos abstratos mostrou-se ineficiente.

Além de avançar na ampliação do rol de direitos e garantias, o Estado, na figura do Juiz, deve fazer um minucioso juízo de razoabilidade e proporcionalidade quando houver colisões entre os direitos, as quais ocorrem de modo frequente.

No contexto das modificações de relações entre a sociedade, a globalização fora de suma importância em diversos sentidos. Na esfera criminal, nota-se o cometimento de crimes contra honra on-line, com a responsabilização inclusive aos provedores quando omissões em colaborarem nas elucidações dos fatos aparentemente delituosos ocorridos na web.

Na esfera cível, notamos a ampliação das hipóteses de aplicação do Código do Consumidor, matéria que admite a teoria do risco ao fornecedor dos serviços, possibilitando a responsabilidade objetiva do provedor.

A principal diferença entre ambas as searas está na forma de responsabilidade: enquanto a criminal, em razão de possuir caráter de *ultima ratio* somente pode ser subjetiva, necessitando do dolo ou da culpa, a responsabilidade cível, na esfera consumerista, é objetiva, bastando o ato ilícito.

O principal ponto, no entanto, é responsabilizar os provedores que tanto lucram com o uso da internet, quando necessário o for, para que esses ajam no sentido de prevenção de condutas na internet, tão frequentes na hodiernidade.

REFERÊNCIAS

ARENHARRT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral nº 660.861. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Com Agravo**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Quarta turma aumenta em cem salários mínimos indenização por fotos íntimas**

divulgadas na internet. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-aumenta-em-cem-sal%C3%A1rios-m%C3%ADnimos-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-fotos-%C3%ADntimas-divulgadas-na-internet>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. **Com crimes virtuais, atas notariais “sobem”**. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTA0NDc=&filtro=1>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/SenadoFederal/photo/a.176982505650946.49197.150311598318037/1267796556569530>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 1941. Código de Processo Penal. Brasil, 1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227**. 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Embargos Infringentes nº 1136442401**. Embargante: Armando Kenji Cinagawa. Embargado: Cláudio Rodrigues Batista e outro. Relator: Desembargador Macedo Pacheco. Curitiba-PA, 9 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.106**, de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte especial**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIREITO, Carlos Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil**. - Vol. XIII. 3.ed. São Paulo: Forense, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio E. **Direito penal** – 2º volume – parte especial. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016

LIMA, Alberto Jorge C. Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASI, Carlo Velho. Crimes contra a honra pela Internet. 3 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-contra-honra-pela-internet/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte especial** – arts. 121 a 234 do CP. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TANGERINO, Davi de Costa. **Culpabilidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Data da submissão: 19 de outubro de 2017
Avaliado em: 10 de novembro de 2017 (Avaliador A)
Avaliado em: 22 de dezembro de 2017 (Avaliador B)
Aceito em: 26 de dezembro de 2017

1 Advogada Criminalista. professora do curso de Direito da Universidade do Contestado, campus Porto União. Mestre em Desenvolvimento Regional. E-mail: jiliamartins@hotmail.com

2 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Contestado, campus Porto União. E-mail: jiliamartins@hotmail.com