



**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES**  
ATERCERIZAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES  
TRABALHISTAS NO BRASIL

REVISTA JURÍDICA

ANO XX - Nº 474  
15 DE OUTUBRO DE 2016

# consulex®

WWW.CONSULEXDIGITAL.COM.BR



EXEMPLAR DE  
ASSINANTE  
VENDA PROIBIDA



**EDITORA  
CONSULEX**

## A CIBERCRIMINOLOGIA NO BRASILENO MUNDO



### TENDÊNCIAS

PAULO SÉRGIO JOÃO

**A JURISPRUDÊNCIA, A  
REFORMA TRABALHISTA E O  
FIM DA UNIDADE SINDICAL**



### IN VOGA

ARTUR RICARDO RATC

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM  
"TEMPOS ROMANOS" - STF - UM  
RETROCESSO DE CONQUISTAS E  
REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIAS**



### CONTEXTO

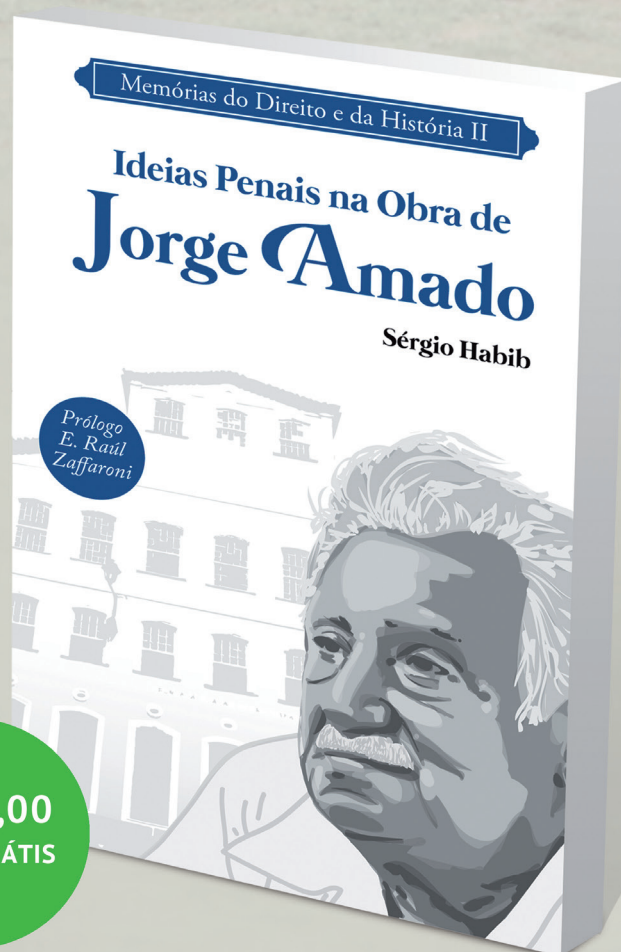
EDUARDO VIEIRA DE ALMEIDA

**STJ PRIVILEGIA MEDIAÇÃO  
E INOVA COM EMENDA  
REGIMENTAL**

# Ideias Penais na Obra de Jorge Amado

**No centenário de Jorge Amado, a Editora Consulex publica livro inédito, em sua forma e conteúdo.**

O Professor Sérgio Habib, em trabalho meticuloso e de fôlego, analisa, de forma percuciente, grande parte da obra do genial escritor Jorge Amado, entre romances e contos, para identificar, de modo inusitado, as ideias penais neles contidos. Surpreende ver que um de nossos mais consagrados escritores criou personagens com cariz penal, ainda que a ninguém tenha condenado nem imposto a lei, tampouco fazendo da culpabilidade o motivo da salvação ou condenação do ser humano.



**R\$ 67,00**  
**FRETE GRÁTIS**

Telefone (61) **3225-6419**

 **CONSULEX**  
DIGITAL

## ENTREVISTA

ARQUIVO PESSOAL



## 6 A TERCEIRIZAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL

O professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães esclarece aos leitores da Revista Jurídica Consulex, em entrevista exclusiva, os pontos mais importantes do julgamento no Supremo Tribunal Federal que discute a validade da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual admite a terceirização de atividades-meio, mas não de atividades-fim. Confira!

## CAPA

DIVERSÃO



## 18 A CIBERCRIMINOLOGIA NO BRASIL E NO MUNDO

O aumento dos tipos de práticas ilícitas por meio da internet tem ocorrido no Brasil e no mundo, fator preocupante para as autoridades e ainda para operadores do Direito e legisladores, uma vez que será necessária a criação de novas leis que levem os cibercriminosos a responder por seus atos na Justiça, os afastem dos delitos cibernéticos e os impeçam de voltarem a praticar toda a sorte de cibercrimes. Nesta edição, a Revista Jurídica Consulex brinda os leitores com artigos dos maiores especialistas em cibercriminologia, esclarecendo os mais importantes aspectos desses delitos e oferecendo soluções para pôr

um fim em tais esquemas fraudulentos.

## ARTIGOS

## CONJUNTURA

**O STJ e o direito à correção monetária de ressarcimento de PIS e Cofins**

**55** Mirian Teresa Pascon

## TENDÊNCIAS

**A jurisprudência, a reforma trabalhista e o fim da unicidade sindical**

**56** Paulo Sérgio João

## IN VOGA

**Presunção de inocência em “tempos romanos” – STF – um retrocesso de conquistas e repercussões tributárias**

**58** Artur Ricardo Ratc

## ENFOQUE

**Homicídio de Carlos Marighella e o imbróglio jurídico internacional**

**60** Amadeu Garrido

## OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Atribuição e competência federais para apuração dos crimes de terrorismo: a questão da inconstitucionalidade**

**62** Eduardo Luiz Santos Cabette

## CONTEXTO

**STJ privilegia mediação e inova com emenda regimental**

**64** Eduardo Vieira de Almeida

## PORTAL JURÍDICO

**As contradições da Lei nº 12.010/09 – nova lei, antigos problemas**

**66** Cyranette Miranda Ribeiro Cardoso

## PONTO DE VISTA

**Uma reflexão sobre a reforma da previdência**

**69** Maria Isabel Pereira da Costa

## SEÇÕES

**5** Com a Palavra...

**8** Propostas e Projetos

**11** Painel do Leitor

**12** Direito e Bioética

**14** Painel Econômico

**16** Indicadores Econômicos

**17** Destaque

# ASSINE

## REVISTA JURÍDICA consulex®

À frente dos grandes  
temas jurídicos



### APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR EM  
SINTONIA COM AS TENDÊNCIAS  
DO MUNDO JURÍDICO



**EDITORA CONSULEX**  
www.consulexdigital.com.br



**EDITORA  
CONSULEX**

**FUNDADOR**

Luiz Fernando Zakarewicz (1946-2008)

REVISTA JURÍDICA  
**consulex**

**Diretora e Editora:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Diretora de Jornalismo:** Adriana Zakarewicz

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Alice Monteiro de Barros, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Edson de Arruda Camara, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Francisco Fausto Paula de Medeiros, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Gomes de Barros, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Nélson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Arte e Diagramação:** Charles Augusto

**Revisão:** Murilo Oliveira de Castro Coelho

**Marketing:** Ramirez Diogo Sanches

**Comercial:** Geraldo Aguiar da Silva

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3365-3385

atendimento@consulexdigital.com.br

**Redação e Correspondência**

artigos@consulexdigital.com.br

**Revista Jurídica Consulex** é uma publicação quinzenal da Editora Consulex Ltda. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

publicidade@consulexdigital.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

**Impressão**

Gráfica New Lex



Dun & Bradstreet  
International Ltd

Douglas Fischer



ARQUIVO PESSOAL

## A IMPUNIDADE E A LAVAGEM DE DINHEIRO OFICIALIZADA PELA LEI DE REPATRIAÇÃO DE RECURSOS

Sob o nome de Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), a Lei nº 13.254/2016 (autoria do senador Delcídio do Amaral), oficializou-se a permissão da prática da “lavagem de dinheiro”. Essa ideia não é nova, já existiu no passado (PL 5228/2005). O que poucos sabem é que a origem dessas ideias está no grande esquema do Banestado, no qual dois doleiros, interceptados com autorização judicial, já “discutiam” um projeto de lei para “garantir” a lavagem dos recursos que tinham enviado para o exterior ou lá recebidos e mantidos ilicitamente.

De saída, há um paradoxo na lei: os benefícios não se aplicariam a quem tiver sido condenado em ação penal pelos crimes listados no § 1º do art. 5º, “ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT”. Assim, quem estiver sendo processado criminalmente com condenação (mas sem trânsito em julgado) pelos crimes indicados, mesmo sem qualquer relação com os recursos existentes no exterior, não poderá ser “beneficiado”. De outro lado, quem estiver sendo investigado ou processado sem condenação, mesmo que pelos fatos criminosos, pode ser beneficiado pela “anistia”. De qualquer modo, não se pode olvidar que o benefício dependerá apenas da declaração acerca da origem dos recursos pelo criminoso.

Transformam-se recursos ilícitos em lícitos (art. 2º). Já a declaração (art. 4º, II) deverá conter informações necessárias à identificação dos valores a serem regularizados. Entretanto, essa declaração não poderá ser utilizada como único indício ou elemento para efeitos de expediente investigatório (art. 4º, § 12). E, em caso de exclusão do regime, a instauração ou a continuidade de procedimentos investigatórios quanto à origem dos ativos objeto de regularização somente poderá ocorrer se houver evidências documentais não relacionadas à declaração do contribuinte (art. 9º, § 2º).

Diferentemente do que aparenta, quem, por exemplo, remeteu ao exterior recursos ilícitos decorrentes de tráfico de drogas, corrupção ou outros crimes graves também terá o benefício. Há quem sustente que, como a corrupção não está listada na lei dentre os crimes que podem ter extinta a punibilidade, inviável seria o benefício. Discordamos, pois a declaração da origem dos recursos será feita unilateralmente pelo próprio criminoso e ela não poderá ser sindicada ou utilizada para fins de investigação alguma. Como se sabe, a prova em crimes dessa natureza é muito difícil, especialmente quando os valores estiverem em contas de empresas *off shore* ou então *trusts*. Portanto, o criminoso regularizará recursos de quaisquer espécies existentes no exterior, declarando a origem que bem lhe aprouver e que possa ensinar o benefício dos (já também gravíssimos) crimes referidos na lei de repatriação.

Cumpridas as condições previstas *antes da decisão criminal* (retorne-se ao *paradoxo* anterior), “em relação aos bens a serem regularizados”, extinguirá a punibilidade (anistia-se o criminoso) de delitos de sonegação fiscal, inclusive contribuições do já combatido INSS, falsidades (arts. 297, 298, 299 e 304, CP), evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/1986) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/1998), especialidade dos doleiros (que “coincidência”).

Tudo será regularizado pelo pagamento da módica quantia de 15% de IR por ganho de capital (art. 6º). Sobre o valor do imposto incidirá multa de 100% (art. 8º). Ou seja, oficialmente “lavam-se” os recursos ilícitos com pagamento de meros 30% do produto do crime. Enquanto isso, para os brasileiros, o IRPF é de 27,5% (valores acima de R\$ 4.664,68) – quase o dobro do cobrado dos criminosos. Em caso de descumprimento das regras tributárias no Brasil a multa (qualificada) será de 150%. A regularização dos bens e direitos e pagamento dos tributos implicará ainda a redução de 100% da multa de mora (art. 6º, § 4º).

Há quem diga que a finalidade seria, em tempos de crise, permitir a recuperação de valores existentes no exterior. Outro embuste. E dos grandes. Por anos a fio já existem no país regras similares para “sonegadores” (“Refis”, em inúmeras edições). Há (sérios) estudos técnicos que demonstram que o Estado recuperou pouco mais de 2% do montante dos valores devidos por intermédio desses programas nas últimas décadas.

Diferentemente do que alguns pensam, não há discricionariedade ao legislador para “anistiar” situações dessa natureza.

O Tribunal Constitucional Alemão já reconheceu que lei de anistia penal viola o princípio da igualdade se a regra fixada pelo legislador para alguns tipos penais não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma (BVerfGE 10,234-Platow-Amnestie). Como diz Ferrajoli, ao se reconhecer como válidas regras dessa natureza, está-se impedindo a melhor eficácia dos direitos fundamentais segundo determinado pela Constituição. Maria Conceição Ferreira da Cunha (1995) é precisa ao ensinar que: “mantendo-se a descriminalização de condutas muito danosas, a liberdade de uma pluralidade de pessoas pode ficar em casa”.

Por ora, estão felizes os criminosos de colarinho branco, corruptos, traficantes e lavadores de dinheiro. Mas o verdadeiro garantismo impõe a atuação positiva (integral) do Estado. Espera-se que o STF reconheça a inconstitucionalidade dessa lei. Pelo menos isso.

### REFERÊNCIA

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.



*Ricardo Pereira de Freitas Guimarães*

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor da pós-graduação da PUC-SP e sócio fundador do escritório Freitas Guimarães Advogados Associados.

## A TERCEIRIZAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL

**REVISTA JURÍDICA CONSULEX** – No próximo dia 9 de novembro, o Supremo Tribunal Federal (STF) será palco de um debate que poderá transformar as relações trabalhistas no Brasil. Como o senhor vê o julgamento do Recurso Extraordinário que discute a validade da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho?

**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES** – O julgamento se desdobra sobre eventuais possibilidades de terceirização (RE 958.252). Trata-se de um dos assuntos mais debatidos e polêmicos na Justiça e no mercado de trabalho. Empresas, trabalhadores, advogados e os magistrados da Justiça do Trabalho aguardam a posição dos ministros da Corte Superior para esclarecer as dúvidas que cercam milhares de processos que envolvem a terceirização no país. O tema é controverso e a liberação da terceirização, independentemente se realizada na atividade-fim ou na dita atividade-meio (nos termos do Projeto de Lei nº 4.330/2004), pode significar uma mudança es-

trutural das relações do trabalho, já que para alguns afronta os próprios termos da Constituição Federal de 1988, enquanto outros enxergam a terceirização simplesmente como medida necessária para a parcial solução da crise econômica.

**REVISTA JURÍDICA CONSULEX** – Ao que o senhor atribuiria as causas do aumento da terceirização no Brasil? Teria relação somente com a diminuição dos custos com funcionários?

**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES** – A terceirização não nasceu num simples piscar de olhos, ou mesmo como intenção própria das empresas. Foi uma necessidade mundial econômica, oriunda da desverticalização do sistema estrutural das empresas com o abandono do taylorismo e do fordismo – formas de trabalho excessivamente mecânicas que agregavam unidades de repetição de trabalho no interior da empresa. Passou a vigorar, então, o toyotismo – forma de trabalho descentrali-

zada e horizontal, sem manutenção de estoque, com empregados funcionalmente universais, operações mais compactas, início de efetiva preocupação com a saúde do trabalhador, entre outras características. Ou seja, começa a se observar o término da fase “big is beautiful”, passando a prevalecer como tendência de mercado a frase “small is beautiful”. Essa técnica de produção, minimizando custos, recebeu algumas denominações como o “just in time” e “kaizen”, que sintetizam o projeto de melhoria contínua.

Nessa nova forma de trabalho, a empresa competitiva apresenta as características de funcionalidade e com a qualidade comparativa em relação aos produtos concorrentes e o preço que o cliente esteja disposto a pagar. As empresas sofrem um impacto tecnológico e se deparam com o acirramento da competitividade de mercado, transformando suas realidades. Nasce desse contexto a ideia da terceirização. Palavra que tem sua origem na ciência da Administração de Empresas e que designa a transferência de parte da execução de serviços – que, em regra, não é inerente ao núcleo de trabalho da empresa – permitindo, assim, a centralização das forças empresariais na efetiva atividade preponderante por ela desenvolvida.

**REVISTA JURÍDICA CONSULEX** – *Pode-se concluir que a terceirização é um avanço, isto é, a necessidade de criar alternativas capazes de amenizar as dificuldades de sustentação dos negócios justifica a redução dos custos da produção por meio da terceirização da mão de obra?*

**RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES** – Este contexto não trouxe a solução plena para as necessidades econômicas e sociais das empresas. Carregou consigo alguns inconvenientes naturais. Entre eles, as intermináveis demandas trabalhistas que, no âmbito da terceirização, cresceram mais de 90% desde 1994. Devido ao grande número de controvérsias jurídicas em relação ao tema, o TST editou, em 1986, o Enunciado 256, revisto em dezembro de 1993 pelo Enunciado 331. Apesar da ausência de poder vinculante,

o enunciado do TST tenta esclarecer o efetivo contraponto entre terceirização lícita e ilícita. Portanto, a Justiça do Trabalho considera lícita a terceirização em quatro situações: contrato temporário, contrato de serviços de vigilância, contratos de conservação e limpeza, e serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa. Nessa cadeia de contratações de empresas terceirizadas, é necessário que vários aspectos sejam observados, sob pena de se perder toda a vantagem da terceirização com o pagamento de indenizações trabalhistas. A terceirização de algumas atividades é reconhecidamente lícita. Porém, tal fato não exclui a responsabilidade do tomador de serviços por eventuais encargos trabalhistas devidos

ao empregado pela empresa contratada para efetuar a prestação dos serviços.

**“A terceirização não nasceu num simples piscar de olhos, ou mesmo como intenção própria das empresas. Foi uma necessidade mundial econômica, oriunda da desverticalização do sistema estrutural das empresas com o abandono do taylorismo e do fordismo – formas de trabalho excessivamente mecânicas que agregavam unidades de repetição de trabalho no interior da empresa.”**

**REVISTA JURÍDICA CONSULEX** – *Quais são os principais pontos que serão discutidos na Suprema Corte com o RE 958.252?*

**Ricardo Pereira de Freitas Guimarães** – Nessa discussão no Supremo é importante deixar claro que três pontos devem ser considerados na nossa ótica: 1) que o ponto central do texto constitucional deve ser firmado na questão humana da sociedade e não na questão econômica da empresa;

2) que seja mantida razoável distância entre a possibilidade de terceirizar e a estabilidade dos direitos já conquistados pelos trabalhadores; 3) e a possibilidade de reivindicação desses mesmos direitos do efetivo tomador de serviços na cadeia produtiva.

A liberdade de contratar deve sofrer como contrapeso o direito social ao emprego digno, sob pena de se turbar relevantes conquistas de escopo social, protegidos por uma geração fundamental de direitos. Não se pode aceitar a falácia de que a economia assim está em razão da existência de proteção constitucional quanto a garantias mínimas. Como diria um estimado professor, seria interessante que alguém “do ramo” fosse ouvido, pois não estamos aqui a tratar de economia, e sim de direitos sociais, direitos de subsistência, direito aos trabalhadores de condições mínimas de sobrevivência. 



# PEC 241/2016: A PEC DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É CONSTITUCIONAL?

**“A PEC 214 (PEC 55, no Senado), da austeridade dos gastos públicos em análise, nos termos propostos, não acarretará qualquer dificuldade no cumprimento de quaisquer direitos sociais para a dação de uma vida digna que sirva de base mínima para o gozo da cidadania, não implicará a inefetividade das nossas instituições por ausência de recursos financeiros, mas para isso os desvios de bilhões de suas finalidades constitucionais devem restar absolutamente sufocados na “propinolândia” que se tornou o país. Não basta uma PEC que busque austeridade, que limite o teto dos gastos públicos, inegociável a incessante repressão aos desvios de finalidades que hoje se encontram sistematizados em “Terra Brasilis” com o fito de reduzir drasticamente a cultura de que o “dinheiro público é dinheiro de ninguém” e definitivamente solidificar o princípio da moralidade pública sem seletividade, sob pena dos rigores da lei, austeridade deve vir necessariamente acompanhada de todos os princípios do art. 37 da CRFB.”**

■ POR LEONARDO SARMENTO

A PEC 241/2016 (na análise do Senado recebeu a numeração PEC 55), de iniciativa do chefe do Poder Executivo, instaura o denominado “Novo Regime Fiscal” (NRF). O fulcro maior do NRF é o controle do ritmo de aumento de despesas, não reverberando, como querem bradar alguns, de uma proposta de “cortes” de despesas. Pretende-se o estabelecimento de uma regra geral que defina limites para o aumento de despesas em termos globais, impelindo-se a efetividade de um regime de responsabilidade orçamentário-fiscal.

Não podemos dizer que representa a salvação de todos os males de um rombo criado por gestões próximas, marcadamente incompetentes e corruptas (a primeira corroborou e a segunda foi razão decisiva para o impichamento da ex-presidente), mas a aludida PEC pode representar fundamental caminho inicial no sentido do equilíbrio sustentável das contas públicas, o que se revela inafastável para uma administração eficiente, nos lindes da Lei de Responsabilidade Fiscal e nos termos constitucionais.

O regime atual, ancorado apenas em metas de resultado, não se mostrou capaz de conter o crescimento da despesa pública no âmbito da União, pois permite o mau gasto do dinheiro público com desperdícios e desvios. Como resultado, a queda recente da receita – muito em função da crise e de uma tributação quase extorsiva – tem promovido a pulverização dos resultados fiscais e da elevação do endividamento público.

Para que o chamado NRF tenha maior eficiência é, sim, importante a flexibilização das regras específicas de vinculação de despesas, tal como previsto na proposta para as áreas de saúde e educação, muito embora o ponto maior de mudança, a nosso sentir, capaz de resolver boa parcela dos problemas seja o gasto eficiente do orçamento disponível. Os montantes vinculados à saúde e à educação são os paradigmas maiores do que entendemos por má-administração. Porcentagens substanciais desses valores não cumprem seus fins constitucionais e são desviados para outros fins. O efeito esperado do novo regime é a redução da despesa primária da União em percentual do PIB, de forma a permitir que, em momentos de maior crescimento, seja gerado espaço fiscal suficiente para que, em momentos de recessão, como o que vivemos hoje, a política fiscal possa ser utilizada para estimular a economia sem que se comprometa a sustentabilidade fiscal. Hoje se promovem incentivos fiscais, muitos seletivos, sem qualquer interesse público, claramente de interesse político-partidário – parcela da corrupção – sem qualquer responsabilidade fiscal, sem que o orçamento por vezes a menor reverbere causa impeditiva, sem que se atenda à Lei de Responsabilidade Fiscal, há, sim, uma cultura de incentivos fomentados por favores recíprocos com o dinheiro público.

A tendência caminha flertando para a quase certeza de que tardará a recuperação do país de suas contas públicas. O desempenho fiscal da União ainda será substancialmente negativo por bons anos, e se revela imperioso

que, em adição ao limite global das despesas primárias, sejam fixadas metas de resultado primário capazes de promover um retorno mais rápido ao equilíbrio fiscal.

O que temos assentado em nossos escritos e que não nos furtaremos de reprisar está no sentido de que a hermenêutica constitucional deve procurar seu ponto ideal entre evitar uma interpretação engessada, distante das realidades prementes e concomitantemente uma interpretação que se revele de um viés criativo-usurpador, capaz de alterar o verdadeiro significado expresso do texto constitucional. Há de se encontrar a justa medida para cada caso apresentado aprimorando-se uma interpretação evolutivo-realista na medida dos fatos apresentados, para que a Constituição possa cumprir o seu papel de filtrar de forma coerente, efetiva e atual o ordenamento posto e a ordem que se tem o objetivo de alterar.

Hoje, o objetivo maior do Estado como ponto vital para que o país renasça das cinzas que a incompetência, a irresponsabilidade e a corrupção das últimas administrações nos prestaram é o restabelecimento da responsabilidade na condução dos gastos públicos. É preciso desvincular o país de um modelo corrupto de populismo eleitoreiro irresponsável, que destruiu-nos, para um modelo eficiente e responsável de recuperação das contas públicas regido pela LRF, para conseqüentemente ao longo dos anos retomar o caminho da credibilidade e fazer do país novamente um território de investimento seguro. Só assim surgirão novas vagas de emprego, a renda do brasileiro aumentará, o consumo e a produção crescerão e a economia alcançará rumos mais sustentáveis.

A questão principal levantada pelos que combatem a PEC e que merece relevo em nosso debate se revela no que seria um inadvertido ferimento ao princípio da separação dos poderes, que se de fato revelado atingiria em ricochete o próprio princípio republicano. Revelar-se-ia em dissonância com um dos princípios fundamentais do Estado com espeque no art. 2º da Constituição – quando os poderes devem ser harmônicos e independentes.

Em especial o Ministério Público rebelou-se. Em nota, a PGR afirma que a proposta é inconstitucional, fere a cláusula pétrea da separação dos poderes e ameaça as ações de combate à corrupção da Justiça. Para a PGR, a PEC cria uma ideia de “super órgão” do Poder Executivo que, “a pretexto de trazer a trajetória da dívida pública para níveis sustentáveis, passará a controlar os demais poderes ainda que de maneira indireta, inviabilizando o cumprimento de suas funções constitucionais e institucionais”.

Em equívoco pronunciou-se a PGR, assim ousamos divergir, pois vejamos:

A PEC propõe o mesmo critério de limite de gastos para todos os Poderes e para o Ministério Público em igual proporção e dimensão de valor, não havendo qualquer tratamento que se revele sem paridade que possa configurar violação ao princípio da Separação dos Poderes. A própria Constituição já impõe limites à autonomia administrativa e financeira dos Poderes e do Ministério Público e estabelece que as propostas orçamentárias serão realizadas dentro dos limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias (arts. 99, § 1º e 127, § 3º),

nestes termos não haveriam empecilhos em qualquer tom de ineditismo. Assim, a Lei de Diretrizes Orçamentárias pode estabelecer limites à iniciativa orçamentária dos Poderes e do Ministério Público, assim é mais que óbvio que por meio de PEC (proposta de emenda constitucional) é plenamente possível o estabelecimento desses limites sem que se fale em interferência de um “poder” sobre o outro, e portanto, da pecha da inconstitucionalidade por ferir o princípio da Separação dos Poderes.

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

É importante que esses limites não estejam sendo estabelecidos por Medida Provisória, Decreto ou mesmo por legislações infraconstitucionais, mas por meio de PEC, votada pelo Congresso Nacional a partir de seu regime super-rígido de aprovação, nos termos da Constituição. Portanto, a Proposta de Emenda Constitucional, caso aprovada em dois turnos, pelas duas casas congressuais pelo quórum de 3/5 dos parlamentares, contaria a legitimidade democrática, suficiente e necessária.

Não pode o Estado ficar refém dos desejos maiores da cada poder. O limite de gastos deve, sim, em um momento de captura da austeridade nos gastos públicos, a partir de um Estado quebrado e desacreditado, ser deferido para todos os poderes e instituições de poder. Não pode o Ministério Público pretender gastar o mais se o Estado só tem condições de lhe oferecer o menos. Não podem os demais “Poderes da República” impelir que a União não cumpra a Lei de Responsabilidade Fiscal lhe dedicando verbas que não possui, necessário se faz pensar em uma responsabilidade fiscal compartilhada e cooperativa de poder, que como sabemos é soberano, uno e indivisível, que divisíveis são as funções deste poder.

Importa esclarecer que não há que se falar em perda da independência e autonomia, pois dentro do teto estabelecido, os “poderes constituídos” terão completa autonomia para gastar, atendidas as prioridades constitucionais caso existentes, sem qualquer intervenção de qualquer ordem. O que se limita é o teto do orçamento disponibilizado, nada que a partir de um gasto mais racional, sem desvios ou desperdícios não se encontre a conformidade das necessidades das funções e instituição de poderes para o atingimento dos reclamos constitucionais nos limites das prementes realidades necessárias.

Quanto ao tempo de duração da medida ser de 20 anos, podendo ser revista após completado o período de 10 anos, não impede que se promova outra PEC se a medida restar ineficiente em qualquer dos seus sentidos, não

havendo razões para se alegar a vinculação do legislador do futuro. Embora pareça tratar-se de fato de um prazo longo em demasia, a PEC tem por uma de suas finalidades acessórias educar os administradores do dinheiro público a gastar melhor, racionalizar os gastos, desestimulando desperdícios e desvios de finalidade, ainda que por um sufocamento que se faz necessário. Pensa-se que, com a limitação dos gastos, os poderes praticados sem desvios ou desperdícios poderão cumprir a função de interesse público-constitucional sem quebrar o país.

A PEC não resolve problemas arraigados de fins constitucionais, mas é um início. Discussões outras deveriam fazer parte da agenda para uma deliberação direta com a sociedade. Exemplo disso:

Art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em que medida seriam os mencionados direitos sociais esperados pela sociedade? São direitos ilimitados ou devem atender aos termos da possibilidade orçamentária? Direitos sociais como direitos fundamentais? Reforça-se o princípio da reserva do possível? Certo para nós é a garantia pelo Estado tão apenas do mínimo existencial para uma vida digna, e a partir daí na medida do possível, com maior razão nos períodos de crise, mas o debate precisa ser aberto, franco e informado. Assim, sustentamos que a parcela de direito fundamental dos direitos sociais é exatamente a que toca o mínimo existencial em consonância com o princípio da dignidade humana. São estes que não podem faltar e que entendemos que a PEC 241 os garante a partir de uma boa administração.

Discursos inocentes, partidários ou demagógicos que criticam medidas que se fazem prementes na busca da austeridade das contas públicas não devem prosperar. Podemos afirmar que o problema maior em relação às ausências sociais não está na quantidade das verbas dotadas para a pasta A ou B, dotadas para a instituição de poder C ou D, mas insere-se, como estamos fazendo questão de repetir, nos desvios que estas verbas sofrem dentro do processo inserido em nosso sistema “propinocrático”, que faz com que as dotações orçamentárias nunca alcancem seus fins constitucionais e acabem insuficientes. Quanto maior a quantidade disponível de dinheiro maior o investimento? Não no Brasil, cara pálida! Atendendo ao “sistema propinocrático” quanto maior a disponibilidade maior será o desvio com fins de locupletamento dos agentes investidos de poder – político e/ou econômico.

Assim, asseveramos, com robusta certeza, que a PEC da austeridade dos gastos públicos em análise, nos termos propostos, não acarretará dificuldade alguma no cumprimento de quaisquer direitos sociais para uma vida

digna que sirva de base mínima para o gozo da cidadania, não implicará a inefetividade das nossas instituições por ausência de recursos financeiros, mas para isso os desvios de bilhões de suas finalidades constitucionais devem restar absolutamente sufocados na “propinolândia” que se tornou o país. Não basta uma PEC que busque austeridade, que limite o teto dos gastos públicos, inegociável a incessante repressão aos desvios de finalidades que hoje se encontram sistematizados em “Terra Brasilis” com o fito de reduzir drasticamente a cultura de que o “dinheiro público é dinheiro de ninguém” e definitivamente solidificar o princípio da moralidade pública sem seletividade, sob pena dos rigores da lei, austeridade deve vir necessariamente acompanhada de todos os princípios do art. 37 da CRFB. Nessa verdadeira força tarefa deve o Judiciário tomar para si o encargo de aplicar a lei com isonomia e sem privilégios advindos do tráfico de poderes. Há, assim, que se estabelecer uma política de viés republicano, na qual as tensões advindas de interesses corporativos cedam lugar a um novo sentido cooperativo de República.

Reduzindo os desvios de finalidade do dinheiro público a conta fecha, as necessidades essenciais da sociedade são satisfeitas e a carga tributária acachapante, quase que em regime de confisco, poderá ser amenizada e ganhar ares mais justos e razoáveis em médio e longo prazos. Os últimos escândalos com o dinheiro público representam ainda uma pequena amostragem do enorme buraco no orçamento advindo de seu uso absolutamente distante do fim constitucional que lhe é previsto, que *de lege lata*, deveria sempre estar no interesse público e jamais nos interesses privatistas dos agentes investidos de poder, como a sociedade vem tendo o desprazer de acompanhar. Em português claro, se bem gasto, o dinheiro dá e sobra.

É preciso refazer a silhueta do Estado. Hoje, com obesidade mórbida, ineficiente, absolutamente corrupto, e, por isso tudo, incapaz de atender às necessidades primeiras da sociedade. Um Estado mais enxuto, que continue nos termos da Constituição com as áreas que lhe são estratégicas ou lhe gerem lucro e bons serviços à sociedade, mas que trabalhe em parcerias público-privadas (PPP), em regime de concessões e privatize o que lhe for deficitário, que capacite tecnicamente suas agências reguladoras não mais servindo aos fins do aparelhamento. Lembramos sempre que um Estado eficiente é um Estado capaz de eleger prioridades, que sabe delegar e fiscalizar com competência. Nunca é demais lembrar a previsão do Constituinte:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Por todos exposto sustentamos a constitucionalidade da PEC 214/2016. 



**LEONARDO SARMENTO** é professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Processual Civil, Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV. Autor de três obras jurídicas e algumas centenas de artigos publicados. Nossa última obra (2015) de mais de 1000 páginas intitulada “Controle de Constitucionalidades e Temáticas Afins” pela editora Lumen Juris em sua 2ª edição.



# REMUNERAÇÃO DO ATLETA PROFISSIONAL

**“O chamado “direito de imagem”, melhor denominado licença de uso de imagem, consiste na autorização concedida pelo atleta ou por pessoa jurídica por este constituída, para que um terceiro utilize a imagem com fins comerciais.”**

■ POR GIL JUSTEN

O tema da remuneração do atleta sempre despertou interesse, seja no meio desportivo, envolvendo clubes, atletas e operadores do Direito Desportivo, seja entre os meros admiradores do esporte. As cifras de transferências e salários de atletas de futebol são frequentemente divulgadas e objeto de grande atenção do público, especialmente quando comparadas com os salários pagos às demais categorias de trabalhadores.

Os principais conceitos envolvidos no tema são: salário, direito de arena e direito de imagem.

O salário é a contraprestação devida pelo empregador (clube) pelo serviço prestado pelo empregado (atleta). Além do valor mensal fixo previsto em contrato, o salário inclui outras verbas. Uma delas, muito específica, é o chamado “bicho”. Trata-se do valor pago ao atleta em razão de determinado resultado desportivo. É uma espécie de “salário-condição” – o empregado só terá direito se ocorrer um evento futuro e incerto. No caso mais comum, uma vitória ou empate, aquela em valor maior, de regra. Em outras hipóteses menos conhecidas há o bicho por classificação em fase de campeonato eliminatório e o bicho por meta (nas próximas três rodadas do campeonato, se a equipe atingir sete pontos, será pago um certo valor).

Interessante categoria de bicho é o chamado “bicho molhado”, na qual o valor é pago em dinheiro após o fim do jogo, ainda no vestiário. A vantagem para o atleta é ver o esforço recompensado de imediato, sem ter que aguardar o término do mês.

Quanto ao direito de arena, vale um esclarecimento. O direito de arena não pertence ao atleta, mas sim aos clubes disputantes de um evento desportivo. Trata-se de direito deferido por lei aos clubes para autorizar, ou não, a transmissão de imagens do evento desportivo. Isso resolve a questão de quando uma rede de TV pretender transmitir certo campeonato de futebol. A quem deve procurar? A lei define que não será a federação, nem os atletas, tampouco apenas o clube mandante. São ambos os clubes. Se não houver autorização de ambos, não haverá transmissão.

Já houve uma situação dessas em 1997, na TV fechada, quando a Rede Globo havia firmado contrato com os clubes integrantes do conhecido “Clube dos Treze”, enquanto a operadora TVA havia celebrado contrato com o “Clube dos Onze” – os demais onze disputantes do Brasileiro. Quando os clubes integrantes do “Clube dos Treze”

jogavam entre si, o jogo era transmitido pelos canais da Globo. O mesmo ocorria com os integrantes do “Clubes dos Onze”, com jogos transmitidos pela TVA. Quando um integrante de um grupo enfrentava um integrante do outro, a partida não era transmitida. Talvez, isso venha a ocorrer a partir de 2019, na TV fechada, pois o canal Esporte Interativo fechou contrato com um grupo de clubes, enquanto a Rede Globo fechou com outros. Se não houver um acerto entre os canais, não haverá a transmissão de jogos de clubes vinculados a canais distintos.

Quanto à remuneração, a lei define que os atletas farão jus a uma “participação” no direito de arena. Do valor pago pelo canal de TV, uma fração de cinco por cento será deduzida e entregue ao respectivo sindicato de atletas, que distribuirá aos jogadores daquele clube participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. De praxe, o total relativo a um campeonato é dividido pelo número de jogos disputados pelo clube e, em seguida, dividido por catorze – os onze titulares e os três jogadores substitutos que tiverem entrado em campo. Não incidirá qualquer encargo sobre o valor, uma vez que não será integrado ao salário. Dessa forma, respeita-se a utilização remunerada da imagem dos atletas pelos clubes durante a disputa desportiva.

O chamado “direito de imagem”, melhor denominado licença de uso de imagem, consiste na autorização concedida pelo atleta ou por pessoa jurídica por este constituída, para que um terceiro utilize a imagem com fins comerciais. Tem a mesma natureza da licença de imagem de uma modelo fotográfica, para aparecer em uma campanha publicitária. Esse negócio pode ser firmado diretamente entre o atleta e um patrocinador, como pode ser fechado entre o atleta e o próprio clube que o remunerará e, em contrapartida, poderá utilizar a imagem diretamente (em suas campanhas publicitárias) ou sublicenciá-la a terceiros – seus próprios patrocinadores, por exemplo.

Infelizmente, o que ocorre com frequência é o uso simulado desse instituto para pagamento de salário “por fora”, com a redução ilícita de direitos trabalhistas e tributos. Para verificar se o contrato é fraudulento, basta conferir se a imagem do jogador possui valor comercial compatível com a retribuição paga e, além disso, se está sendo efetivamente utilizada a imagem pelo clube ou por um sublicenciado, de forma compatível com a remuneração. 



**GIL JUSTEN** é advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial pela Associação Brasileira de Direito Constitucional e em Direito Desportivo pelo Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. Integrante do Departamento de Direito Desportivo do escritório Andersen Ballão Advocacia.



# A LEI DE TRÁFICO DE PESSOAS E A REMOÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS

**“É interessante observar que, pela leitura extraída do novo tipo penal, vencida a primeira fase da conduta, com a realização total ou parcial da ação, ocorre a ofensa à liberdade individual da vítima, proprietária de um inesgotável latifúndio chamado corpo humano, que carrega a semente universal da continuidade da humanidade. Se, porém, forem praticadas outras condutas relacionadas, agora efetivamente com a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, aplicam-se os crimes catalogados nos arts. 14 a 20 da Lei nº 9.434/1997, de acordo com a regra do concurso material prevista no art. 69 do Código Penal.”**

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

A Lei nº 11.106, de 28/3/2005, alterou alguns dispositivos do Código Penal e a ele acrescentou o artigo 231-A, que prevê o delito de tráfico internacional de pessoas, consistente em promover, intermediar ou facilitar a entrada no território nacional de pessoa que venha a exercer prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no exterior. Também traz o tipo penal de tráfico interno de pessoa, nas modalidades de promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoa que venha a exercer a prostituição.

Nas duas modalidades, conforme se observa, o combate é voltado para a exploração sexual, seja no território nacional ou fora dele.

A Lei nº 13.344, sancionada em 07/10/2016, cuja *vacatio legis* é de 45 dias, teve origem nos resultados obtidos na Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas, que tramitou perante o Senado Federal, que acrescenta agora o artigo 149-A no Código Penal, o crime de tráfico de pessoas, numa dimensão mais ampla do que a lei anterior, compreendendo o recrutar,

o agenciar, o transportar, comprar ou alojar pessoas, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: a) remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano; b) submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; c) submetê-la a qualquer tipo de servidão; d) adoção ilegal; e) exploração sexual.

Somente o primeiro item, remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, será objeto do presente estudo.

Os avanços científicos, principalmente os relacionados com os transplantes humanos, que vêm desempenhando um fator importante para a qualidade de vida do cidadão, assim como para sua longevidade, representam uma grande conquista da humanidade. Mas, ao mesmo tempo, exige um acompanhamento mais rigoroso justamente para que os procedimentos sejam realizados no âmbito da legalidade. A legislação brasileira a respeito dos transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano permite somente que a doação em vida seja feita por pessoa juridicamente capaz, para o cônjuge, ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou para qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial. Já a doação *post mortem* só pode ser feita pelo cônjuge ou parente maior

de idade, obedecida a regra sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive (Lei nº 9.434/1997).

Com efeito, o sucesso das variadas modalidades de transplante despertou a atenção de especuladores que, clandestinamente, começaram a praticar o comércio com a venda de órgãos humanos, no chamado mercado negro. Conforme afirmam Berlinguer e Garrafa (2001, p.158):

As informações sobre os casos de comércio de funções e partes do corpo humano se referem a dois sujeitos: um pobre, o vendedor, e um outro dotado de maiores conhecimentos, poderes e poder de compra, que é o recebedor-comprador. Entre os dois se coloca organicamente uma terceira figura: o intermediário ou procurador, que age individualmente ou, o que é mais comum, como representante de uma empresa.

A Lei nº 9.434/1997, que cuida da disposição de tecidos e órgãos do corpo humano, traz elencados nos artigos 14 a 20 vários tipos penais referentes a condutas relacionadas com a remoção, a compra, a venda, o transporte, a guarda ou a distribuição de órgãos humanos, assim como a realização de transplante ou enxerto, sabendo que as partes do corpo humano foram obtidas em desacordo com o dispositivo da lei.

A *novatio legis* em análise, por sua vez, que introduziu a nova norma incriminadora ao artigo 149-A do Código Penal, carrega uma tutela penal diferenciada, pois abrange o homem em sua individualidade, na sua mais ampla liberdade, conferindo a ele todos os suportes protetivos compreendidos nos princípios da dignidade da pessoa humana, da promoção da cidadania e dos direitos humanos, dentre outros.

Trata-se de crime praticado mediante ação múltipla, com a descrição de várias condutas, representadas por verbos diferentes, inseridos no mesmo tipo penal. Basta a realização de uma só delas para que seja consolidado o ilícito. Cada uma revela, dentro da elasticidade a ser retirada dos núcleos do tipo, que o agente age em seu próprio interesse ou faz parte de um grupo bem organizado, com funções adrede distribuídas e espalhadas nas diversas rotas, incluindo as de turismo, para a realização de transplantes, em perfeitas conexões nacional e internacional para a retirada de órgãos bem cotados no mercado negro, deixando antever a finalidade lucrativa contida na intolerável conduta, agindo sempre com emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, contra as incautas vítimas.

Ludemir (2008, p. 265), em impressionante relato, faz ver que a escassez de órgãos para transplantes, provocou

um interesse mundial, ditado pelo mercado negro, ao afirmar que:

Surgiram verdadeiros “pacotes” de viagem para levar os pacientes renais crônicos da Europa, América do Norte e Japão para operações clandestinas, em hospitais conhecidos no próprio dia do transplante. Em 1998, essas iniciativas custavam US\$ 200 mil. Incluíam a viagem de avião, a comissão de agentes de aduanas e aeroportos, a dupla operação (a extração do rim e o transplante), o aluguel de clínicas privadas e a hospedagem de familiares.

O recrutar compreende toda a ação de seleção de uma ou mais pessoas, reunindo-as e concentrando-as num só local, para a facilitação das outras fases da empreitada criminosa. Agenciar revela a intenção de participar da proposta criminosa como agente ativo ou intermediário, exercendo geralmente certa liderança no comando das ações, buscando pessoas e as oferecendo para a remoção de seus órgãos, como se fossem meras peças de reposição; já o comprar, a mais hedionda das condutas, revela de forma inequívoca a vontade de realizar comércio com seres humanos, introduzindo-os no comércio paralelo como se fossem bens de circulação negocial, com valores altamente cotados pelos mercados. O alojar significa dar guarida, dar o teto provisório às vítimas que, de uma forma ou de outra, foram selecionadas e se encontram custodiadas com a segurança necessária.

É interessante observar que, pela leitura extraída do novo tipo penal, vencida a primeira fase da conduta, com a realização total ou parcial da ação, ocorre a ofensa à liberdade individual da vítima, proprietária de um inesgotável latifúndio chamado corpo humano, que carrega a semente universal da continuidade da humanidade. Se, porém, forem praticadas outras condutas relacionadas, agora efetivamente com a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, aplicam-se os crimes catalogados nos artigos 14 a 20 da Lei nº 9.434/1997, de acordo com a regra do concurso material prevista no artigo 69 do Código Penal.

No mesmo sentido está o entendimento do arguto Promotor de Justiça César Dario Mariano da Silva, em artigo intitulado “Novo tipo penal de tráfico de pessoas – primeiras impressões”, em que afirma: “Nos casos de crimes posteriores serem efetivamente cometidos, aí sim haverá concurso material entre eles (art. 69 do CP), que atingem diferentes bens jurídicos da vítima”.

## REFERÊNCIAS

Berlinguer, Giovanni; Garrafa, Volnei. *O mercado humano*, 2. ed., trad. Isabel Regina Augusto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

LUDEMIR, Julio. *Rim por rim*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SILVA, César Dario Mariano da. Novo tipo penal de tráfico de pessoas – primeiras impressões. Disponível em: [http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2016\\_TraficodePessoas.pdf](http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2016_TraficodePessoas.pdf). Acesso em: 9 nov. 2016.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, advogado, reitor da Unorp, membro da CONEP/CNS/MS.



# A ECONOMIA DA CORRUPÇÃO

**“A corrupção provoca incertezas e desestimula o investimento privado. Contudo, seu principal efeito sobre o crescimento no longo prazo se manifesta sobre a produtividade agregada da economia.”**

■ POR ROBERTO CASTELLO BRANCO

**Q**uando para uma empresa ganhar dinheiro é necessário pagar propina, existe algo de muito errado com o sistema de incentivos. Estímulos distorcidos costumam estar associados à excessiva intervenção do Estado na economia.

Quanto maior tal interferência, maior será o potencial para corrupção, pois os agentes privados passam a vislumbrar no relacionamento com quem detém o poder de decisão a chave para o sucesso empresarial. A indústria da corrupção, composta por agentes públicos, políticos, lobistas, especialistas em lavagem de dinheiro e capitalistas inimigos do capitalismo, tende a se expandir.

O empreendedorismo e a meritocracia se convertem em elementos secundários e a corrupção impõe barreiras à competição e remove incentivos para a produtividade.

O Brasil ocupa sistematicamente posição desfavorável no ranking do “Doing Business”, pesquisa do Banco Mundial para medir a facilidade de fazer negócios. Em 2015, ficamos em 116º lugar entre 189 países, sendo notáveis nosso 169º lugar na facilidade para abrir empresas e 174º para obter uma licença para construir. Embora correlação não signifique necessariamente causalidade, há elevada correlação entre o ranking no “Doing Business” e o índice de percepção de corrupção da Transparência Internacional entre 172 países, sugerindo que quanto maiores forem as dificuldades para fazer negócios maior é a tendência para o pagamento de propina. É o notório “criar dificuldade para vender facilidade”.

Com uma das economias mais fechadas ao comércio internacional no mundo, rigorosa política de conteúdo nacional para exploração e produção de petróleo, proliferação de créditos subsidiados e incentivos fiscais sem critérios transparentes e de programas de benefícios sociais sem controles adequados, um sistema tributário complexo com normas sujeitas a múltiplas interpretações e 144 estatais federais, o Brasil possui ambiente propício ao desvio de recursos públicos.

A intervenção do Estado na economia é fenômeno persistente em nossa história. Assim como na Argentina e Rússia, no Brasil, embora mais moderadamente, o intervencio-



nismo estatal se intensificou neste século, com o desmonte parcial dos efeitos das reformas estruturais dos anos 1990 e a ampliação das oportunidades para corrupção.

Ao transferir renda da sociedade para um pequeno grupo de beneficiários, a subtração ilegal de recursos causa efeito redistributivo perverso. Ao mesmo tempo, é prejudicial para as finanças públicas e para o crescimento econômico.

Como ilustram os casos de obras de infraestrutura, orçamentos de gastos públicos acabam sendo estourados em boa parte pela corrupção. Recursos para investimentos em saúde e educação são realocados para viabilizar o financiamento de projetos com custos artificialmente elevados e, consequentemente, com baixa taxa de retorno social, o que deprime o potencial de expansão econômica sustentável.

Dado o desvio ilegal de recursos, a percepção de que o pagamento de impostos não gera contrapartida de serviços públicos de qualidade sabota o contrato social implícito entre Estado e contribuinte, resultando em incentivo à evasão fiscal. Isso tende a ser um dos fatores que explica o contraste entre as atitudes do contribuinte nas economias escandinavas, onde a carga tributária viabiliza ampla oferta de serviços públicos de boa qualidade, e no Brasil, em que a tributação é muito alta *vis-à-vis* ao oferecido para a sociedade.

A descoberta de escândalos de corrupção gera, no curto prazo, impactos negativos variados sobre a atividade econômica, como a forte retração de crédito para a indústria de construção, no caso do Petrolão.



A corrupção provoca incertezas e desestimula o investimento privado. Contudo, seu principal efeito sobre o crescimento no longo prazo se manifesta sobre a produtividade agregada da economia.

A literatura sobre crescimento econômico evidencia que 70% a 80% dos diferenciais entre países de níveis e de taxas de expansão do produto real per capita são explicados pelo comportamento da produtividade total dos fatores, a eficiência com que capital humano e capital físico são combinados na produção.

Os efeitos da corrupção sobre a eficiência operam por dois canais de transmissão. Barreiras à competição eliminam incentivos para ganhos de produtividade dentro das empresas. Tais empecilhos restringem a seleção darwiniana, pois ao inibir a realocação de recursos entre empresas e setores da atividade econômica retardam o crescimento das firmas mais eficientes, o encolhimento e/ou desaparecimento das menos eficientes e o ingresso de competidores mais eficientes, o que conduz à queda da produtividade agregada.

De acordo com estimativa de Regis Bonelli, do Ibpe/FGV, o crescimento da produtividade total dos fatores no Brasil sofreu substancial desaceleração entre 2011 e

2014, praticamente estagnando. No biênio 2015/2016 deve ser negativo.

No período 1990/2014 o produto real per capita do Brasil cresceu ao ritmo anual de 1,5%, o que significaria dobrá-lo a cada 57 anos aproximadamente. O desempenho atual da produtividade sugere futuro ainda mais medíocre para a economia brasileira, com a expectativa de que o produto real per capita ingresse, após a recessão atual, em tendência de crescimento de longo prazo mais próxima de 1% ao ano, muito modesta para uma economia de renda média e alto grau de desigualdade e com população ainda jovem.

No início dos anos 1990 era imperioso pôr fim a mais de uma década de inflação de três e quatro dígitos, o que se materializou com o Plano Real. Diante dos escândalos de corrupção e de provavelmente mais uma década perdida, chegamos a um ponto em que se tornou crítica a execução de um programa de reformas estruturais pró-mercado capaz de promover um ambiente de negócios íntegro e estimulante do florescimento da produtividade e do crescimento econômico sustentável.

Após estagnar entre 2011 e 2014, o crescimento da produtividade total dos fatores deve ser negativo em 2015-2016. 



**ROBERTO CASTELLO BRANCO** é pesquisador do Centro de Estudos de Crescimento e Desenvolvimento Econômico da Fundação Getúlio Vargas.

SEGURIDADE SOCIAL  
NOVOS VALORES

1. Tabela de salários-de-contribuição dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, para pagamento a partir de 1º de janeiro de 2016.

| Salários-de-contribuição (R\$) | Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%) |
|--------------------------------|------------------------------------------------|
| até 1.556,94                   | 8,00%                                          |
| de 1.556,95 até 2.594,92       | 9,00%                                          |
| de 2.594,93 até 5.189,92       | 11,00%                                         |

2. Os contribuintes individuais contribuem, respectivamente, com base na remuneração auferida durante o mês, em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, e no valor por ele declarado, observados os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição mensal.

A partir de 1º de janeiro de 2016, o limite máximo do salário-de-benefício será de R\$ 5.189,82.

3. O valor da cota do salário-família, a partir de 1º de janeiro de 2016, será de R\$ 41,37 sendo devida ao segurado com remuneração mensal não superior a R\$ 806,80, e de R\$ 29,16 para o segurado que recebe entre R\$ 806,80 e R\$ 1.212,64.

4. O responsável por infração a qualquer dispositivo do Regulamento da Previdência Social – RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, está sujeito, a partir de 1º de janeiro de 2016, conforme a gravidade da infração, à multa variável de R\$ 2.143,04 a R\$ 214.301,53.

5. A partir de 1º de janeiro de 2016, é exigida Certidão Negativa de Débito – CND da empresa na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel de valor superior a R\$ 53.574,85, incorporado ao seu ativo permanente.

6. A partir de 1º de janeiro de 2016, os benefícios previdenciários não terão valor inferior a R\$ 880,00.

Fonte – Portaria Interministerial MTPS/MS nº 1, de 08.01.16 – DOU 11.01.16.

## AGENDA PARA OUTUBRO/2016

| OBRIGAÇÃO – FATOS GERADORES OCORRIDOS EM SETEMBRO/2016                | DATA DE VENCIMENTO PARA O PAGAMENTO                                 | PAGAMENTO APÓS O VENCIMENTO                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| COFINS (Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social)  | DIA 25 DE OUTUBRO, TERÇA-FEIRA                                      | Para pagamento após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento.<br><br>1. MULTA DE MORA<br>a) 0,33% por dia de atraso, limitado a 20%<br>b) 20% a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação<br><br>2. JUROS DE MORA<br>a) taxa Selic |
| PIS/PASEP<br>INSS SOBRE SALÁRIOS                                      | DIA 25 DE OUTUBRO, TERÇA-FEIRA<br>DIA 20 DE OUTUBRO, QUINTA-FEIRA   |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| FGTS<br>SALÁRIOS                                                      | DIA 7 DE OUTUBRO, SEXTA-FEIRA<br>DIA 6 DE OUTUBRO, QUINTA-FEIRA     |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| OBRIGAÇÃO/PERÍODO DO FATO GERADOR                                     | DATA-LIMITE PARA O PAGAMENTO                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| IRRF (TRABALHO ASSALARIADO)                                           | DIA 20 DE OUTUBRO, QUINTA-FEIRA                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ALTERAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.196/05<br>ARTIGO 70, INCISO I, ALÍNEA D |                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| IRPF (CARNÊ-LEÃO)<br>RECOLHIMENTO MENSAL                              | ÚLTIMO DIA ÚTIL DO MÊS SUBSEQUENTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |

NOTA: A data de recolhimento de alguns tributos foi alterada pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE  
A partir do mês de abril ano-calendário 2015

| Base de Cálculo Mensal em R\$ | Alíquota % | Parcela a deduzir do imposto em R\$ |
|-------------------------------|------------|-------------------------------------|
| até 1.903,98                  | –          | –                                   |
| de 1.903,99 até 2.826,65      | 7,5        | 142,80                              |
| de 2.826,66 até 3.751,05      | 15,0       | 354,80                              |
| de 3.751,06 até 4.664,68      | 22,5       | 636,13                              |
| acima de 4.664,68             | 27,5       | 869,36                              |

DEDUÇÕES: R\$ 189,59 por dependente – R\$ 1.903,98 – aposentadoria e pensão.  
Dispositivo legal: Lei nº 12.469, de 26.08.11, DOU 29.08.11, IN nº 1.142, de 31.03.11 e Lei nº 13.149, de 21.07.15.

Fonte – Secretaria da Receita Federal do Brasil

## SALÁRIO-MÍNIMO – 2008/2016

| VIGÊNCIA | VALOR      | FUNDAMENTO LEGAL                                          |
|----------|------------|-----------------------------------------------------------|
| 01.02.09 | R\$ 465,00 | Lei nº 12.255/10 (DOU 16.06.10)                           |
| 01.01.10 | R\$ 510,00 | Lei nº 12.382/11 (DOU 28.02.11)                           |
| 01.03.11 | R\$ 545,00 | Lei nº 12.382/11 e Dec. nº 7.655 (DOU 26.12.11)           |
| 01.01.12 | R\$ 622,00 | Lei nº 12.382/11 e Dec. nº 7.872 (DOU 26.12.12 Ed. Extra) |
| 01.01.13 | R\$ 678,00 | Lei nº 12.382/11 e Dec. nº 8.166 (DOU 24.12.13)           |
| 01.01.14 | R\$ 724,00 | Lei nº 12.382/11 e Dec. nº 8.381 (DOU 30.12.14)           |
| 01.01.15 | R\$ 788,00 | Lei nº 12.382/11 e Dec. nº 8.618 (DOU 30.12.15)           |
| 01.01.16 | R\$ 880,00 |                                                           |

## DÓLAR COMERCIAL

Cotação média em R\$ – Variação de 16.09.16 a 14.10.16

| DIA      | COMPRA | VENDA  | DIA      | COMPRA | VENDA  |
|----------|--------|--------|----------|--------|--------|
| 16.09.16 | 3,2998 | 3,3004 | 30.09.16 | 3,2456 | 3,2462 |
| 19.09.16 | 3,2630 | 3,2636 | 03.10.16 | 3,2332 | 3,2338 |
| 20.09.16 | 3,2534 | 3,2540 | 04.10.16 | 3,2197 | 3,2203 |
| 21.09.16 | 3,2402 | 3,2408 | 05.10.16 | 3,2353 | 3,2359 |
| 22.09.16 | 3,2009 | 3,2015 | 06.10.16 | 3,2304 | 3,2310 |
| 23.09.16 | 3,2236 | 3,2242 | 07.10.16 | 3,2128 | 3,2134 |
| 26.09.16 | 3,2394 | 3,2400 | 10.10.16 | 3,2119 | 3,2125 |
| 27.09.16 | 3,2352 | 3,2358 | 11.10.16 | 3,2130 | 3,2136 |
| 28.09.16 | 3,2470 | 3,2476 | 13.10.16 | 3,2081 | 3,2087 |
| 29.09.16 | 3,2229 | 3,2235 | 14.10.16 | 3,1858 | 3,1864 |

Fonte – Banco Central

## VALORES DE DEPÓSITOS RECURSAIS

| RECURSO                                                                           | R\$       |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Recurso ordinário                                                                 | 8.959,63  |
| Recurso de revista, embargos, recurso extraordinário e recurso em ação rescisória | 17.919,26 |

Fonte – TST, Ato nº 326/16, publicado no DJe de 19.07.16.

## ÍNDICES DE INFLAÇÃO – VARIAÇÕES PERCENTUAIS MENSAIS

| ANO           | 2015 |      |      |      | 2016 |      |      |      |      |      |       |      |       |        | ACUMULADO        |  |
|---------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|-------|------|-------|--------|------------------|--|
| MESES         | SET  | OUT  | NOV  | DEZ  | JAN  | FEV  | MAR  | ABR  | MAI  | JUN  | JUL   | AGO  | SET   | no ano | últimos 12 meses |  |
| ICV-SP-DIEESE | 0,48 | 0,78 | 1,02 | 0,77 | 1,80 | 0,71 | 0,44 | 0,57 | 0,67 | 0,45 | 0,21  | 0,36 | 0,03  | 5,35   | 8,08             |  |
| INPC/IBGE     | 0,51 | 0,77 | 1,11 | 0,90 | 1,51 | 0,95 | 0,44 | 0,64 | 0,98 | 0,74 | 0,64  | 0,31 | 0,08  | 6,18   | 9,15             |  |
| IPCA/IBGE     | 0,54 | 0,82 | 1,01 | 0,96 | 1,27 | 0,90 | 0,43 | 0,61 | 0,78 | 0,35 | 0,52  | 0,44 | 0,08  | 5,51   | 8,48             |  |
| IGP-M/FGV     | 0,95 | 1,89 | 1,52 | 0,49 | 1,14 | 1,29 | 0,51 | 0,33 | 0,82 | 1,69 | 0,18  | 0,15 | 0,20  | 6,46   | 10,66            |  |
| IGP-DI/FGV    | 1,42 | 1,76 | 1,19 | 0,44 | 1,53 | 0,79 | 0,43 | 0,36 | 1,13 | 1,63 | -0,39 | 0,43 | 0,03  | 6,10   | 9,74             |  |
| INCC-DI/FGV   | 0,22 | 0,36 | 0,34 | 0,10 | 0,39 | 0,54 | 0,64 | 0,55 | 0,08 | 1,93 | 0,49  | 0,29 | 0,33  | 5,36   | 6,21             |  |
| IPC-DI/FGV    | 0,42 | 0,76 | 1,00 | 0,88 | 1,78 | 0,76 | 0,50 | 0,49 | 0,64 | 0,26 | 0,37  | 0,32 | 0,07  | 5,29   | 8,10             |  |
| IPC-SP/FIPE   | 0,66 | 0,88 | 1,06 | 0,82 | 1,37 | 0,89 | 0,97 | 0,46 | 0,57 | 0,65 | 0,35  | 0,11 | -0,14 | 5,33   | 8,26             |  |
| IPCA-E/IBGE   | 0,39 | 0,66 | 0,85 | 1,18 | 0,92 | 1,42 | 0,43 | 0,51 | 0,86 | 0,40 | 0,54  | 0,45 | 0,23  | 5,90   | 8,78             |  |
| IPA-AGRO/FGV  | 3,40 | 0,66 | 2,49 | 1,51 | 2,58 | 2,02 | 1,28 | 1,14 | 3,31 | 5,58 | -2,01 | 0,88 | -1,56 | 13,78  | 21,62            |  |

Fontes – FGV, IBGE, DIEESE, Fipe.

## TAXA SELIC

| MÊS          | %    |
|--------------|------|
| Janeiro/16   | 1,06 |
| Fevereiro/16 | 1,00 |
| Março/16     | 1,16 |
| Abril/16     | 1,06 |
| Maio/16      | 1,11 |
| Junho/16     | 1,16 |
| Julho/16     | 1,11 |
| Agosto/16    | 1,22 |
| Setembro/16  | 1,11 |

Fonte – Secretaria da Receita Federal do Brasil

## TAXA REFERENCIAL (TR)

| DIA      | TAXA(%) | DIA      | TAXA(%) | DIA      | TAXA(%) |
|----------|---------|----------|---------|----------|---------|
| 30.08.16 | 0,2241  | 15.09.16 | 0,1831  | 01.10.16 | 0,1216  |
| 31.08.16 | 0,1841  | 16.09.16 | 0,1524  | 01.10.16 | 0,1601  |
| 01.09.16 | 0,1575  | 17.09.16 | 0,1232  | 02.10.16 | 0,1886  |
| 02.09.16 | 0,1625  | 18.09.16 | 0,1513  | 03.10.16 | 0,1835  |
| 03.09.16 | 0,1282  | 19.09.16 | 0,1883  | 04.10.16 | 0,1816  |
| 04.09.16 | 0,1565  | 20.09.16 | 0,1606  | 05.10.16 | 0,1869  |
| 05.09.16 | 0,1887  | 21.09.16 | 0,1749  | 06.10.16 | 0,1430  |
| 06.09.16 | 0,1869  | 22.09.16 | 0,1861  | 07.10.16 | 0,1054  |
| 07.09.16 | 0,1550  | 23.09.16 | 0,1334  | 08.10.16 | 0,1135  |
| 08.09.16 | 0,1919  | 24.09.16 | 0,0975  | 09.10.16 | 0,1510  |
| 09.09.16 | 0,1659  | 25.09.16 | 0,1268  | 10.10.16 | 0,1877  |
| 10.09.16 | 0,1331  | 26.09.16 | 0,1592  | 11.10.16 | 0,1749  |
| 11.09.16 | 0,1627  | 27.09.16 | 0,1524  | 12.10.16 | 0,1836  |
| 12.09.16 | 0,1989  | 28.09.16 | 0,1820  | 13.10.16 | 0,1924  |
| 13.09.16 | 0,1902  | 29.09.16 | 0,1697  | 14.10.16 | 0,1272  |
| 14.09.16 | 0,1681  | 30.09.16 | 0,1347  | 15.10.16 | 0,1269  |

Fonte – Banco Central

## TAXA BÁSICA FINANCEIRA (TBF)

| DIA      | TAXA(%) | DIA      | TAXA(%) | DIA      | TAXA(%) |
|----------|---------|----------|---------|----------|---------|
| 05.09.16 | 1,0102  | 19.09.16 | 1,0098  | 02.10.16 | 1,0202  |
| 06.09.16 | 1,0185  | 20.09.16 | 1,0420  | 03.10.16 | 1,0050  |
| 07.09.16 | 1,0263  | 21.09.16 | 1,0564  | 04.10.16 | 1,0031  |
| 08.09.16 | 1,0836  | 22.09.16 | 1,0176  | 05.10.16 | 1,0084  |
| 09.09.16 | 1,0474  | 23.09.16 | 0,9945  | 06.10.16 | 0,9542  |
| 10.09.16 | 0,9942  | 24.09.16 | 0,9383  | 07.10.16 | 0,8962  |
| 11.09.16 | 1,0441  | 25.09.16 | 0,9879  | 08.10.16 | 0,9044  |
| 12.09.16 | 1,0907  | 26.09.16 | 1,0306  | 09.10.16 | 0,9522  |
| 13.09.16 | 1,0118  | 27.09.16 | 1,0237  | 10.10.16 | 1,0092  |
| 14.09.16 | 1,0396  | 28.09.16 | 1,0035  | 11.10.16 | 0,9963  |
| 15.09.16 | 1,0046  | 29.09.16 | 1,0512  | 12.10.16 | 1,0051  |
| 16.09.16 | 0,9636  | 30.09.16 | 0,9858  | 13.10.16 | 1,0140  |
| 17.09.16 | 0,9142  | 01.10.16 | 0,9226  | 14.10.16 | 0,9783  |
| 18.09.16 | 0,9625  | 01.10.16 | 0,9714  | 15.10.16 | 0,9780  |

Fonte – Banco Central

Fonte – Portaria Interministerial MTPS/MS nº 1, de 08.01.16 – DOU 11.01.16.

*Fábio Tofic Simantob*

# PROCESSO PENAL DE ARREPIAR



ARQUIVO PESSOAL

**D**esde os tempos do rei Hamurabi, há 3.800 anos, os códigos penais são voltados a um único protagonista: o culpado. A partir do século 20, mudou muito a forma com a qual as sociedades civilizadas encaram o processo – mais como garantidor de direitos de um possível inocente do que legitimador de uma condenação. O Brasil, contudo, ainda reluta em aderir a tais práticas penais modernas, de bases democráticas.

Os cidadãos, infelizmente, só se dão conta das falhas judiciais ao virarem réus, quando descobrem a dificuldade que é provar sua inocência.

Se o réu tiver condições de contratar bons advogados, a chance de erro será menor, ainda que não inexistente. Mas, de fato, o problema ganha contornos preocupantes quando se julga o freguês usual da Justiça Criminal: o pobre.

Médicos erram, engenheiros erram, jogadores de futebol erram, pilotos de avião erram. Não poderia ser diferente com a estrutura do Estado montada para combater o crime, que também erra. Quando o volume de erros é alto demais, porém, fica difícil aceitar a tese de falha humana, de exceção. No Brasil, infelizmente, o erro judiciário adquire contornos de tragédia social.

Identificação inexata por testemunha, falsa acusação, confissão inverídica ou má conduta de autoridade – os motivos variam. A consequência, contudo, é sempre a mesma: baixíssimos índices de certeza sobre a culpa.

Condenado, mas sem uma confirmação insuspeita de seu delito, o preso é abduzido pelos companheiros de cela mais antigos, convocado a engrossar as fileiras do crime organizado, que domina o sistema prisional. Idêntico resultado ocorre quando réus primários acusados de crimes menos graves são obrigados a conviver com presos perigosos.

Seria ingênuo acreditar que um problema complexo como esse poderia ter soluções simples ou de aplicação imediata. Mas é desonesto não tentar combatê-lo, principalmente quando se sabe que aflige a camada mais cara da população.

Uma maneira eficaz de começar a discutir o assunto é jogar luz sobre o coração dos processos criminais, ou seja, sobre as provas. A Secretaria Nacional de Segurança Pública, órgão do Ministério da Justiça, preparou há alguns anos um diagnóstico sobre a perícia criminal no Brasil.

O resultado é de arrepiar. Seis Estados não possuem laboratório de DNA. Em quatro, só há Instituto de Medicina Legal na capital. Em nove, não há câmara de refrigeração para guardar os corpos.

Existem Estados em que unidades de medicina legal não possuem mesa de necropsia, aparelho de raio-X, mesas ginecológicas, macas ou mesmo máquinas fotográficas.

Não alcançaremos resultados positivos nessa área enquanto não se aperfeiçoarem as técnicas de investigação e a qualidade das evidências levadas a julgamento.

Confiança absoluta e sem reservas no depoimento de policiais (a despeito de ainda termos uma polícia longe dos padrões exigidos pelas convenções internacionais), confissões obtidas na polícia e não confirmadas em juízo, testemunhos de ouvir dizer e reconhecimentos pessoais e fotográficos (de comprovada falibilidade e já abandonados em países civilizados) ainda são as provas mais usadas na Justiça Criminal.

No Júri, onde são julgados os crimes de homicídio, raramente se vê a realização de perícias além do exame cadavérico, ou, quando muito, um exame no local do crime, que pouco ou nada ajuda a esclarecer os fatos. Mesmo tendo alguma perícia solicitada, poucos são os cuidados com a preservação do local ou com a integridade da prova.

Um sistema judicial que não inspira confiança, no qual a possibilidade de condenação acomete tanto o culpado quanto o inocente, não está apto a inibir o crime.

Isso talvez ajude a explicar porque, apesar de ostentar uma das maiores taxas de encarceramento do mundo, o Brasil tem tanta dificuldade em diminuir seus índices de criminalidade.



# ESCRavidÃO DIGITAL E O PRO

**“A sextorsão encontra na era tecnológica um imenso propulsor da coerção psicológica, que beneficia os autores e apavora as vítimas, uma vez que o potencial de difusão e de danos à intimidade é incalculável. A vítima do abuso de poder situacional que se submete à satisfação do delinquente e lhe envia material permanecerá nas mãos do explorador indefinidamente e será mantida sob permanente controle.”**

■ POR SPENCER TOTH SYDOW

O objetivo deste artigo é trazer ao leitor a percepção de novas realidades criminológicas e penais construídas a partir da influência da tecnologia na sociedade. Tais transformações destacam mais uma vez a necessidade da existência de um ramo autônomo dentro do Direito Penal denominado Direito Penal Informático e um ramo específico dentro da criminologia denominado cibercriminologia.

O título parece estranho e contraditório. Mas trata do surgimento de uma infeliz tendência na sociedade virtual a que se decidiu chamar de “escravidão digital” por motivos de falta de adequada nomenclatura. Destaque-se que, apesar da atecnia da denominação, a sensação vitimológica gerada admite tal comparação. E a conduta da vítima é, em verdade, geradora da própria vitimização.

Por certo, não se trata do conceito de escravidão que primeiro nos vem à mente, em que um indivíduo passa a dominar todas as esferas da vida de outro, em especial seu direito de ir e vir e seu comportamento, explorando sua mão de obra.

Isso porque, relembremos, escravos sequer eram considerados pessoas, mas sim bens, fazendo com que houvesse conceito de posse, incompatível com a virtualidade por sua característica da imaterialidade.

O conceito de liberdade em Direito Penal engloba tanto um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico em si quanto um meio para se violar outros bem jurídicos.

Como meio, pode servir de mecanismo para se atingir uma violação patrimonial, como no caso do cerceamento de liberdade no roubo e no sequestro (e para garantir seu



# PROBLEMA DA CONDOTA VITIMAL

resultado), para se atingir uma violação contra a dignidade sexual como no estupro de vulnerável, para se atingir uma violação da administração da justiça como no arrebatamento de preso, enfim, há diversos exemplos.

Como valor, pode e deve ser compreendido de modo mais amplo, como gênero, de modo a englobar conceitos mais específicos. Assim, inclusa na ideia de liberdade em sentido amplo estaria a liberdade supracitada, de ir e vir, mas também liberdade sexual, liberdade de associação, liberdade de pensamento, liberdade de imprensa e tantas outras. Porém, como bem jurídico penal *per si*, está restrito ao conceito do capítulo VI (liberdade individual), e do título VI do Capítulo I (liberdade sexual).

Essa diferenciação é importante, porque é a partir dela que se compreenderá a conexão existente entre o bem jurídico violado e a forma de escravidão construída.

Para apresentar a problemática, é importante iniciarmos demonstrando a origem de seu surgimento, pontuarmos com precisão seus contornos, apontarmos a incompatibilidade com o conceito moderno de escravidão e, em seguida, apresentar as incompatibilidades ou inadequações com as legislações vigentes. Ao final, tentar propor soluções preventivas e de políticas criminal e legislativa.

Insistimos, desde o início de nossos estudos na área de Direito Penal Informático, sobre a importância de se compreender a quantidade de mudanças que a tecnologia e a vida em rede trouxeram às vidas dos cidadãos.

A capacidade potencializadora de ofensas da rede mundial de computadores certamente é demonstrada diuturnamente e pelas estatísticas que demonstram que mais e mais a criminalidade migra para esse setor, que oferece menores riscos, menores exposições e maior dificuldade de investigação e persecução criminal. Além disso, há um fator vitimodogmático importante na rede, além da conhecida cifra negra.

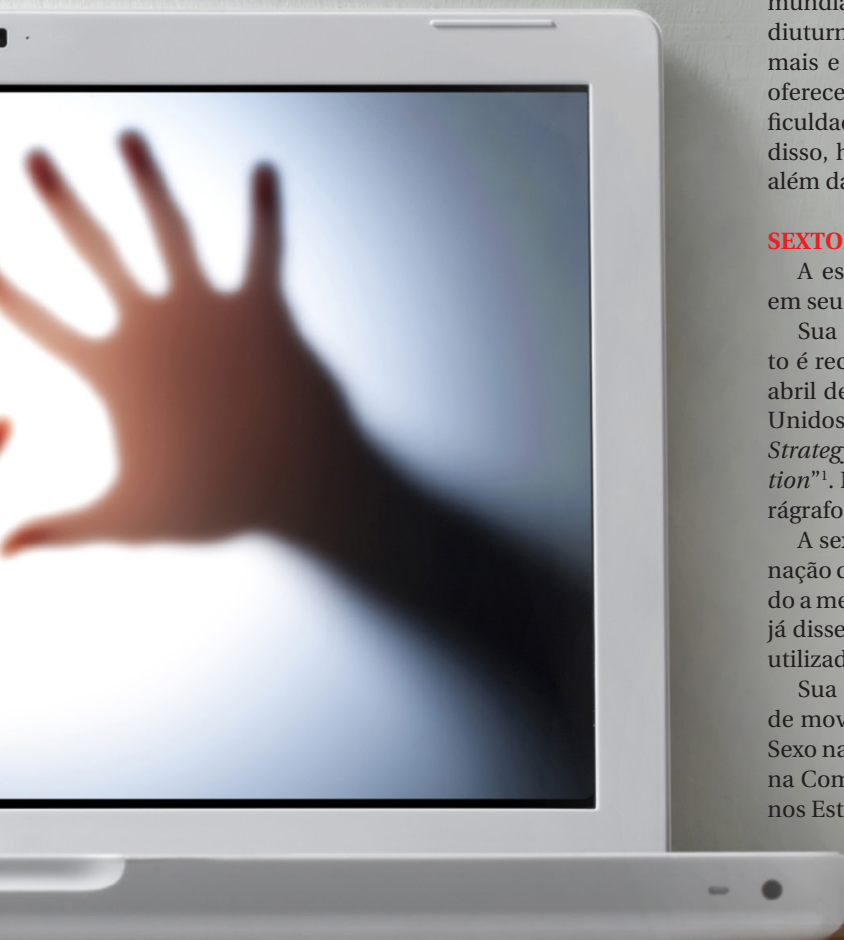
## SEXTORSÃO E ESCRAVIDÃO DIGITAL

A escravidão digital é a potencialização da sextorsão em seu grau máximo.

Sua descoberta e o apontamento de seu crescimento é recente, e se deu a partir de um estudo efetuado em abril de 2016, pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte, denominado “*The National Strategy for Child Exploitation Prevention and Interdiction*”<sup>1</sup>. Mas é preciso primeiramente determos alguns parágrafos à sextorsão para compreender o fenômeno.

A sextorsão se trata de neologismo trazido pela aglutinação da palavra “*sexo*” com a palavra “*extorsão*”<sup>2</sup>, seguindo a mesma lógica da expressão “*sexting*”<sup>3</sup>. Trata-se, como já dissemos<sup>4</sup>, da situação em que uma relação de poder é utilizada como instrumento para obter vantagens sexuais.

Sua origem é mais antiga do que parece, tendo início de movimento preventivo a partir do “Grande Pânico do Sexo na Internet”, de 1995, que originou a Lei de Decência na Comunicação “*Communication Decency Act of 1996*” nos Estados Unidos da América do Norte.



Em 2003, a ONU editou o Boletim Geral em Medidas Especiais para Proteção contra Exploração Sexual e Abuso Sexual<sup>5</sup>, uma vez que notícias de abusos praticados por seus próprios integrantes foram identificadas nas intervenções das forças de paz na guerras da Bósnia e do Kosovo, e nos conflitos da Guiné, Libéria e Serra Leoa.

O boletim da ONU introduziu formalmente a problemática no cenário internacional de proteção dos direitos humanos e esclareceu se tratar de trocas de assistência, dinheiro, emprego, mercadorias ou serviços por sexo, incluindo favores sexuais ou outras formas de humilhação, degradação e exploração.

Em 2012, a associação internacional de mulheres juízas (IAWJ – *International Association of Women Judges*), patrocinada pelo Governo da Holanda e em parceria com mulheres juízas da Bósnia Herzegovina, das Filipinas e da Tanzânia, desenvolveu o estudo do tema e a ele deu notoriedade, associando em definitivo com os delitos de corrupção<sup>6</sup>.

O conceito exige a presença de (i) alguma forma de corrupção, associada ao (ii) sexo na forma do exercício abusivo de um poder. E a base sociológica da sextorsão compromete a dignidade do relacionamento entre pares.

Assim, para se caracterizar a sextorsão, quem aceita, exige ou solicita deve estar em posição de dominação em relação a alguma esfera da vida da vítima. Três seriam os requisitos materiais para sua existência: (i) o abuso de uma autoridade ou de um poder, (ii) a troca *quid pro quo*, e (iii) o emprego de coerção psicológica e não física.

Dentre os principais problemas da figura da sextorsão está a incompatibilidade da conduta com nossa legislação. Isso porque a maior parte da doutrina entende que extorsão é delito contra o patrimônio que apenas pode existir em situações em que o agente exija contrapartida econômica (vantagem econômica) em troca de um fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo<sup>7</sup>. Nesse sentido, o próprio título II do Código Penal, como sendo “Dos Crimes contra o Patrimônio”.

Por isso, a vantagem sexual de qualquer gênero ficaria alheia ao tipo da extorsão, sendo necessária a busca por outro tipo penal subsidiário, que vise melhor adequação e almeje a proteção ao específico bem jurídico da dignidade sexual violada.

Em outro momento, concluímos que o tipo que melhor faria tais vezes seria o genérico constrangimento ilegal, a princípio insuficiente para responder à problemática pelas brandas penas, apesar do adequado posicionamento dentro do capítulo de delitos contra a liberdade pessoal. Também, em sentido próximo porém restrito ao nível profissional hierárquico, o assédio sexual do art. 216-A.

E aqui surge uma problemática interessante. Como é inerente à sextorsão a lógica do *quid pro quo*, ou seja, a troca de favores entre aquele que exerce um poder ou uma autoridade e a pessoa que pode ser beneficiada por essa relação, como demonstrar a violação da dignidade numa situação em que o favor sexual é moeda de troca para a obtenção de algo ou um privilégio?

É fundamental destacar a existência do terceiro elemento, que denominamos “emprego da coerção psicoló-

gica” e que tem papel fundamental no tipo. Isso porque ainda que a sexualização da vítima seja, em tese, consentida para a obtenção de sua contrapartida, a vítima tem sua liberdade de dispor de sua sexualidade mitigada, afastada ou até mesmo retirada.

Em verdade, há uma cronologia necessária, de difícil demonstração, porém imprescindível. É o cidadão dotado de um poder que deve tomar a iniciativa e propor o *quid pro quo*, e não o inverso, sob risco de atipicidade do fato. A proposta de favor sexual feita pela pessoa favorecida faz com que, caso haja o *quid pro quo*, se esteja meramente diante de uma infração administrativa ou ético-disciplinar.

A coerção psicológica deve ser exercida de modo que a obtenção da vantagem em troca de ações relacionadas com sexo deixa de ser livre e consentida e passa a ser viciada pelo condicionamento.

Há, assim, uma vinculação da obtenção da vantagem ao recebimento do favor sexual, numa verdadeira ameaça de não realização do benefício ou de algo esperado de iniciativa daquele em posição de vantagem. Portanto, não se trata da ameaça jurídico-penal de promessa de mal injusto ou grave, porque o não recebimento de algo não obrigatório ou de um fazer favorável, assim não pode ser considerado.

Mas ocorre que a ameaça de não obtenção de algo ou de um fazer está eivada de uma força coativa por parte do delinquente. E, ainda que com aparência sutil se comparado com o fato de infligir males propriamente ditos – injustos ou graves – deve ser compreendido como um viés desviante da livre vontade. Assim, o bem jurídico aproxima-se da liberdade de determinação sexual de cada indivíduo e da liberdade pessoal.

Por certo, em se tratando de atribuição funcional de servidor público e este vincular sua realização à uma prestação do delito se aproxima da concussão. Mas do mesmo modo, a doutrina majoritária entende que a vantagem deve ser eminentemente patrimonial.

O elemento “abuso de autoridade”, no cenário nacional, também fica engessado posto que o art. 5º da Lei nº 4.898/1965 aponta que “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitariamente e sem remuneração”. E o princípio da taxatividade impõe fortes restrições à ampliação interpretativa contra o réu.

O autor pode ser agente público que troca a vantagem sexual para fazer ou deixar de fazer algo previsto no exercício das suas atribuições funcionais (policiais, juízes, promotores, políticos, fiscais, guardas de trânsito, etc.), assim como o empregador que vincula o favor à oferta ou à manutenção do emprego, ao aumento ou à redução salarial e até mesmo o professor que vincula o favor à nota, à aprovação ou à reprovação<sup>8</sup>.

Trata-se, portanto, de uma situação em que um agente busca obter vantagens de cunho exclusivamente sexual e, para tanto, se utiliza de um poder situacional que pode existir por conta de sua posição hierárquica ou sua posição de poder advinda de diversos motivos.

Apenas a título de ilustração, alguém pode descobrir um segredo sobre outrem (p. ex., que a pessoa foi garçom

de um clube de *striptease* quando era um jovem adulto) e exigir favores sexuais para não revelar a descoberta a seus pais ou atuais empregadores.

O conhecimento privilegiado do fato coloca uma pessoa numa situação de poder perante a outra, que pode se aproveitar dessa posição para obter vantagens sexuais. Isso também pode ocorrer por conta da detenção de algum material ou do poder decisório sobre uma contratação, serviço, etc. Chamamos isso de poder situacional.

É importante também compreendermos quais espécies de vantagens sexuais estamos tratando. Não se trata apenas de relação sexual entre autor e vítima. Pode significar relação da vítima com terceiros determinados pelo autor, toques eróticos, masturbação, envio de fotografia ou filme da vítima com cunho erótico ou pornográfico, entre outras condutas heterossexuais ou homossexuais.

Mas dentro da ampla gama de situações de cometimento da sextorsão, há uma que causa especial preocupação: a cometida com o uso de meios informáticos e que apenas existe por conta de certos riscos criados pela internet. É a sextorsão praticada pelo meio digital.

A conduta em si não trata de um crime informático próprio, mas a sua roupagem informática o evoluiu para o título do artigo. Isso porque, conforme já apontamos, a sextorsão pode ocorrer por meios não informáticos e, portanto, prescinde de tais meios, não sendo delito de forma vinculada.

Apresentemos a sextorsão moderna para iniciarmos em seguida as considerações.

Trata-se da situação em que alguém que detém material íntimo de outrem, geralmente obtido através de meios tecnológicos, obriga esta pessoa a prestar favores sexuais em troca da não divulgação desse material em círculos de amigos, familiares ou profissionais, comunicadores instantâneos, redes sociais ou páginas especializadas em conteúdo adulto.

O material obtido gera o poder situacional, a promessa de não divulgação representa o *quid pro quo*, e a coação psicológica advém simultaneamente do conhecimento do potencial alastrador do material pela tecnologia e da necessidade de sigilo quanto ao material<sup>9</sup>.

Diversas são as formas através das quais alguém obtém informações de outrem na rede. Há informações que não geram poder situacional por serem públicas ou desimportantes para seu detentor e há informações que geram poder situacional por sua natureza particular e restrita. E quaisquer informações podem ser mantidas privadas, utilizadas devidamente ou utilizadas indevidamente.

Tudo o que é indexável<sup>10</sup> pode ser descoberto através de pesquisas e aquilo que se encontra na *deep web* pode ser obtido através de estratégias que vão desde a quebra de mecanismos de segurança, a engenhosidade social e até mesmo o mero pedido ardiloso à vítima.

Quando a informação é de caráter íntimo (fotografias de nudez, vídeo de relações sexuais, práticas de cunho erótico, atividades íntimas praticadas em sites de voyeurismo, bate papos, preferências e particularidades ou outras), em regra ninguém a deixa aberta e desprotegida na rede: ou sequer se coloca no meio virtual ou se protege através de senha e/ou criptografia.

Isso porque além da lógica questão da autopreservação de imagem é notório que uma vez que um conteúdo é colocado na rede – especialmente aquele de cunho erótico – sua divulgação e disseminação é grande e a retirada esbarra nas questões atinentes à competência internacional (o conteúdo pode ser armazenado em outros países ou na nuvem) e no direito de informação *versus* direito de esquecimento, ainda não unânimes e não legislados no Brasil<sup>11</sup>.

Há diversos modos pelos quais uma informação de tal natureza pode ser lançada na virtualidade: (a) pelo compartilhamento voluntário, normalmente a partir de um comportamento irresponsável ou consciente – autocolocação da vítima em risco; (b) através de acesso indevido da informação existente protegida pelo uso de *expertises* específicas – acesso ilícito; ou (c) através de captação não autorizada de material (criação) com o uso de *expertise* ou engenhosidade social – acesso ilícito avançado.

O primeiro caso é de longe o mais comum. O ser humano, social e comunicativo por natureza, percebeu na virtualidade um novo meio de sexualização das relações e passou a utilizá-lo sem compreensão dos riscos a curto prazo. Assim, a troca de *nudes*,<sup>12</sup> o envio de vídeos eróticos, a automasturbação em sites de voyeurismo, comunicações feitas em aplicativos especializados e as conversas ao vivo feita via *streaming* terminam por ser os principais modos pelo qual uma vítima de violação de imagem de autocoloca em posição de vulnerabilidade. Em especial, crianças, adolescentes e jovens adultos, inconsequentes, são os principais atores de tal prática.

Na esperança de buscar parceiros sexuais, duradouros ou não, os atributos físicos e vontades sexuais terminam por ser expostas na rede, confiando-se materiais digitais a pessoas – pouco conhecidas, nada conhecidas, ou parceiros fixos e de longa data. A questão é que arquivos, em regra, são enviados para os usuários, que podem não apenas usar e gozar deles, mas também DISPOR. E é a possibilidade de disposição do material que gera a potencialidade da publicação/divulgação/compartilhamento não autorizada.

Do mesmo modo, arquivos obtidos através de *expertise* ou captações não autorizadas. É a detenção de tais materiais que gera o poder situacional.

No primeiro caso, o usuário mal intencionado utiliza-se de métodos que permitem com que este acesse a conta da vítima na nuvem ou o sistema que dá acesso ao material buscado. Os métodos podem ser os mais variados: desde tentativa e erro de senhas (ataque de força bruta), uso de *malwares* que monitoram a digitação das senhas do usuário e as remete ao agente, uso de mecanismos geradores de vulnerabilidades no sistema, aproveitamento de brechas de segurança, até mesmo situações como a que gerou a Lei nº 12.737/2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, em que o consumidor deixa seu computador em assistência técnica e alguém tem acesso à tais informações de forma não autorizada<sup>13</sup>.

No segundo caso, de incidências mais recentes, intrusões informáticas ou contaminações fazem com que usuários consigam remotamente acessar as câmeras e/ou monitores e/ou microfones das máquinas das vítimas e gravar o ambiente em que elas estão, sem que estas no-

tem. Até mesmo televisões (smart TVs) já puderam servir de instrumento para a gravação e monitoramento do ambiente da vítima, gerando obtenção de material íntimo.

Também neste caso encontram-se as modernas situações em que usuários mal-intencionados ingressaram em sites de bate papo e obtiveram a confiança de suas vítimas de modo a partirem para conversas utilizando-se de *streaming* (i.e., Skype, Facetime e programas semelhantes). Após maior intimidade, as vítimas são convencidas a ligarem suas câmeras e o agente simula um problema com o microfone ou outro e sugere que a vítima instale um programa para corrigir a falha. O programa, em verdade, passa a gravar todo o conteúdo do conversa *online*, que passa a ser detida pelo infrator.

Voluntária ou não, a partir do momento em que a vítima tem sua imagem, conversa ou outra mídia em poder do sextorsionário, é possível que a prática se inicie. Para evitar a exposição da vítima, então, o agente inicia solicitações de cunho sexual. O interessante é que, de acordo com a pesquisa *The National Strategy for Child Exploitation Prevention and Interdiction*, a prática de coito não é o primeiro objetivo do delinquente. E aqui se inicia a explicação da escravidão digital.

O estudo apresenta que o sextorsionário busca, em verdade, continuar recebendo mídias de cunho erótico, sensual ou sexual, sem nunca ter contato físico com a vítima. E faz com que tais envios sejam rotineiros e, portanto, regulares e constantes.

Assim, o usuário vitimizado por inconsequente envio ou por ataque de *experts* passa a sentir-se diariamente acuado e ameaçado – geral-

mente via email ou mensagem em redes sociais – de ter sua imagem espalhada pelos meios digitais. Para evitar tais publicidades em tese moralmente maculadoras, passa a vítima a ficar sob o controle do autor ao menos por alguns minutos do dia em que estiver obrigado a performar uma conduta sexual conforme a vontade deste.

As exigências do delinquente, conforme a pesquisa, tendem a tornar-se maiores e mais frequentes, incluindo situações de parafilia e adicionando até mesmo outros membros da família, amigos, etc.

O resultado é uma pessoa em estado de medo e coação diários, sendo instada regularmente a produzir materiais sexuais até mesmo degradantes para satisfazer as vontades de outro usuário, que a cada novo conteúdo retroalimenta seu poder situacional, num verdadeiro círculo vicioso.

Por certo, não se trata especificamente da escravidão clássica dos livros de história. Mas também não há encai-

xe no conceito de escravidão moderna trazido pela ONU, quais sejam o trabalho vinculado ao pagamento de dívida ou retenção de documentos, o trabalho forçado, o tráfico de seres humanos, o trabalho infantil gerador de mão de obra, soldados ou objetos sexuais, o casamento prometido de crianças e adolescentes de tenra idade e sem seu consentimento.

Trata-se de uma nova forma. O usuário (homem ou mulher) vivem uma vida em tese regular. Não há restrição em seu ir e vir, não há uso de sua mão de obra, não há retenção de documentos, não há dívida. Há um instinto de proteção de sua imagem explorado pelo agente, que passa a controlar a produção de material de cunho sexual da vítima, e por vezes, até mesmo sua higidez sexual, suas relações e suas vontades.

Poderia a vítima simplesmente não cumprir com os pedidos frequentes do sextorsionário e encerrar as conse-

quências de sua exposição na virtualidade. Mas o medo de nunca livrar-se do estigma trazido por tal divulgação, um possível *bullying* subsequente, a não intenção de decepcionar entes queridos, macular imagem de pessoas próximas, termina por colocar a vítima em uma situação de controle psicológico de difícil contorno.

O relatório do Centro de Tecnologia e Inovação Brookings,<sup>14</sup> denominado “*Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault*” e diretamente relacionado com a pesquisa apontada no início deste trabalho, apontou que o FBI identificou em seu esforço investigativo 1.397 vítimas e projetou que existam entre 3.000 e 6.500 vítimas de es-

cravidão digital no atual mundo virtual. O relatório apontou que, no universo investigado, foram encontradas mais de 15.000 capturas de vídeos pela webcam, mais de 900 arquivos de áudio e mais de 13.000 fotografias. Um contingente de 71% das vítimas eram menores de 18 anos e todos os sextorsionários eram do sexo masculino.

Por tais motivos, a nova forma de delito mostra-se mais propensa a ocorrer com vítimas crianças ou adolescentes, menos capazes de identificar riscos, mais aptas a confiar em estranhos, menos propensas a compreender as consequências sociais de suas condutas e envio de materiais e mais dispostas a praticar condutas impensadas em prol de um relacionamento.

Os danos causados relatados vão de medo, trauma, insônia, estresse psicológico extremo, mudanças no apetite, sensação de vulnerabilidade, estresse familiar e na escola, perda de confiança generalizada e desejos constantes

---

**“A sextorsão, seja em seu grau mais leve ou mais gravoso (escravidão digital), precisa estar prevista na legislação penal como um tipo autônomo frente à não suficiência nos tipos atuais. A criação de novas violações e novos bens jurídicos demanda um esforço legislativo na busca por tipificação de condutas que violem tais novos segmentos da personalidade e da sociedade. Nesse sentido, não basta a tentativa de adaptação de tipos penais construídos para realidades não informáticas para a defesa dessa esfera de criminalidade.”**

---

da vítima de ficar sozinha, além do terror de que o delinquente retorne e ainda há caso reportado até mesmo com tentativa de suicídio.

Pela primeira vez na história do Direito Penal surge a possibilidade de atacar ou ameaçar sexualmente alguém a distância, sem contato físico, e até mesmo em países ou continentes diferentes. Hoje, a internet é o que era o *playground* onde o cidadão interessado ia buscar o jovem para seduzi-lo.

O meio pelo qual o atacante agride a vítima é o informático, obrigatório na vida de qualquer cidadão moderno. Isso faz com que o usuário vitimizado não tenha como fugir dessa forma de violência sem tornar-se um pária digital, como bem apontado por Manuel Castells.

No Brasil, condutas como as aqui tratadas estão longe de serem compreendidas e, embora existam tipos penais que poderiam ser aplicados à sextorsão e à escravidão digital, a proteção jurídica – tanto em teoria quanto na prática – está longe de ser eficiente.

Não há familiaridade com o tema, nem publicidade, de modo que nem as vítimas e nem os agentes públicos sabem manejar as leis em vigor para os casos de sextorsão. Em verdade, a população brasileira ainda não tem sequer consciência de tal nova conduta.

O tipo de assédio sexual, tão criticado por Bitencourt como sendo “falso moralismo dos americanos do norte”<sup>15</sup>, mostra-se cada dia mais atual e com novas roupagens, especialmente com o temário aqui tratado. A corrupção dentro das relações em geral urge proteção, especialmente para proteger a liberdade sexual do homem e da mulher, a dignidade sexual destes e a dignidade das relações trabalhistas funcionais.

Outro tipo penal que se assemelha tangencialmente ao conceito de sextorsão e vale a pena ser citado – apesar de não ser adequado ao caso concreto – é a violação sexual mediante fraude, prevista no art. 215, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/2009.

O delito trata de alguém que se utiliza de subterfúgios para manter atividade sexual e utiliza a expressão “ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.”. O tipo não foi concebido para englobar o conceito de sextorsão, e está distanciado da ideia de corrupção; se aplicável à espécie em análise, não nos parece limitar a figura de autor qualificado (crime próprio).

Um importante obstáculo está na nomenclatura do tipo. Não é o artifício extorsivo de que trata o tipo, mas sim a colocação da vítima em situação de falsa percepção da realidade e a cessão sexual espontânea (consentida), a partir de tal crença. Na sextorsão e na escravidão digital a vítima não consente livremente e não se encontra em estado de enganação, mas consciente da situação de prática de ato sexual por conta de uma chantagem.

Quiçá poder-se-ia interpretar mais largamente a expressão “outro meio que impeça [...] a livre manifestação de vontade da vítima”, em situações em que alguém em situação de poder enganasse a vítima a partir de sua posição e a levasse a ceder favores sexuais. Porém, a lógica por trás da sextorsão é mais grave e pressupõe um verdadeiro

constrangimento contra a vontade do ofendido e vinculante de ação ou omissão.

Por isso, entendemos que foi concebido pelo legislador com o intuito de “punir os atos fraudulentos em que a vítima se entrega em face do erro e não por almejar algum tipo de vantagem em troca do próprio corpo”<sup>16</sup>. Carece, pois, do *quid pro quo* e não necessariamente requer abuso de autoridade.

Outro tipo correlato seria o próprio estupro, previsto no art. 213 do Código Penal. Porém, no Brasil o estupro não contempla o mero não consentimento, pois exige para sua configuração violência ou grave ameaça, termos que apresentam os mesmos obstáculos do crime de extorsão.

Portanto, a sextorsão encontra na era tecnológica um imenso propulsor da coerção psicológica, que beneficia os autores e apavora as vítimas, uma vez que o potencial de difusão e de danos à intimidade é incalculável. A vítima do abuso de poder situacional que se submete à satisfação do delinquente e lhe envia material permanecerá nas mãos do explorador indefinidamente e será mantida sob permanente controle.

Destaquemos que a escravidão digital é, na realidade, a sextorsão habitual, sendo delito comissivo. Sua tentativa não parece possível, visto que é preciso o aperfeiçoamento de, ao menos, duas ações sextorsivas sucessivas e exitosas em face da mesma vítima para a sua configuração. O acontecimento singular permitiria o enquadramento na figura da sextorsão somente.

No campo legislativo, o Brasil tenta coibir tais práticas por meio de Projetos de Lei que, exemplificativamente, buscam desde criminalizar a publicação/divulgação sem autorização ou com “objetivos não lícitos” (PL 1.676/2015, em seu art. 2º, parágrafo primeiro), coibir a “pornografia da vingança” ou “revenge porn” (PL 6.630/2013 com o título “divulgação indevida de material íntimo”) ou, ainda, tentando tipificar a denominada “violação de privacidade” acrescentando a letra “b” no art. 216 do Código Penal (PL 7.377/2014).

As figuras penais propostas com cuidado trazem importante avanço vitimodogmático ao apresentar que o delito é considerado consumado mesmo que a vítima tenha consentido na captura ou armazenamento da imagem ou comunicação, no sentido de que sua contribuição no cometimento do delito está limitada àquilo sob seu controle, mas não às consequências ilícitas advindas de seu ato. Ressalte-se que autorização e consentimento são revogáveis por seu titular a qualquer momento, bem como limitáveis. O desrespeito aos limites impostos viola por si só o bem jurídico em tela. Porém, note-se que nenhum projeto leva em conta o caráter duradouro da sextorsão, configurador da escravidão digital.

## CONCLUSÕES

Parece-nos importante que apresentemos algumas propostas para prevenção e adequação à realidade como movimento político criminal.

É preciso que se compreenda que a sextorsão, seja em seu grau mais leve ou mais gravoso (escravidão digital), precisa estar prevista na legislação penal como um

tipo autônomo frente à não suficiência nos tipos atuais. A criação de novas violações e novos bens jurídicos demanda um esforço legislativo na busca por tipificação de condutas que violem tais novos segmentos da personalidade e da sociedade. Nesse sentido, não basta a tentativa de adaptação de tipos penais construídos para realidades não informáticas para a defesa dessa esfera de criminalidade.

A sextorsão demonstra-se uma evolução possível de uma eventual disseminação não autorizada de pornografia não consensual. E sua evolução, a escravidão digital. Por isso é preciso também que seja coberta legalmente a tipificação da produção e distribuição irregular de tais materiais até mesmo como forma de prevenção de evolução para delitos mais gravosos. No mesmo sentido, é fundamental a garantia de mecanismos de reparação à vítima – desde a retirada veloz do material do meio informático, do apoio psicológico, até a reparação civil das lesões sofridas por parte do ofensor<sup>17</sup>.

Usuários praticantes de condutas de tal natureza devem receber medidas que garantam seu afastamento de instrumentos informáticos. A velocidade, como a tecnologia, muda aliada à não atualização do delinquente – que fica para trás em termos técnicos – podem servir como forma de desarticular potenciais ataques e desarmar o usuário de métodos de praticar delitos. Para tanto, mecanismos de bloqueio de acesso efetivo devem ser buscados para tais fins.

É preciso uma campanha de conscientização das forças públicas acerca de tal delito, para que estas sejam capazes de reconhecer a prática quando denunciada, para que sejam capazes de buscar aparelharem-se para investigações de tal natureza, treinarem funcionários especializados e para que saibam como produzir provas especificamente para condutas assim. Psicólogos judiciais e conselhos tutelares também devem receber treinamento para lidar com vítimas de delitos de tal natureza.

É preciso iniciativa para um esforço internacional de colaboração entre os países, para facilitar as investigações que tomam lugar em soberanias diferentes, no intuito de ajudarem-se na preservação de elementos, na inquirição de testemunhas, nas medidas cautelares e detenções provisórias sob pena de, com a demora, inviabilizar-se a persecução de tal delito.

No mesmo sentido, campanhas de conscientização da população em portais, escolas, faculdades e setores de grande circulação.

A academia também é fulcral posto que, ao dedicar estudos sobre o tema, exerce imprescindível papel de detalhamento e geração de cultura e importância ao tema. Assim, a criação de linhas de pesquisa no tema e busca por apoios financeiros de agências fomentadoras são ações críticas.

Os fabricantes de dispositivos informáticos que possuam câmera ou microfone devem criar soluções mecânicas de bloqueio de tais recursos, para evitar riscos de fragilidade de segurança e de software. No mesmo sentido, os desenvolvedores de software devem sempre buscar pesquisar vulnerabilidades técnicas nos seus

programas, nos dispositivos relacionados com seus programas, e buscar sempre atualizações através de recebimento de denúncias e pesquisas espontâneas em grupos especializados. Mas é preciso normatização gerando tais obrigações.

Os mecanismos de proteção das máquinas devem ser mais complexos, dificultando o acesso de usuários mal intencionados. Para isso, senhas fortes devem ser obrigatórias, bem como sistemas múltiplos de checagem variável de identidade do usuário aliados à obrigatoriedade de possuir-se programas de proteção instalados nas máquinas.

Portais, sites de relacionamento, redes sociais, comunicadores instantâneos e muitos outros segmentos informáticos precisam de regramento administrativo que os obrigue a possuir um mecanismo de denúncia rápida de situações de sextorsão, eficiente e que seja capaz de rastrear o usuário apontado como sextorsionário, que a cifra negra impede o Estado de construir um quadro real da sextorsão sem registros de ocorrência, assim deixando de aplicar recursos de política criminal para o setor. Apenas as vítimas podem desenhar a realidade da delinquência nesse ambiente, de modo que outras iniciativas possam ser tomadas. Sistema de proteção à vítima, mecanismos de denúncia anônima, apoio da força pública na investigação, todas são medidas fundamentais.

Tais regramentos, uma vez descumpridos, poderiam gerar violação ao *digital compliance* da empresa de TI, podendo-se até mesmo estender responsabilidade criminal dentro da lógica do dever de cuidado advindo do parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal, especialmente os incisos I e II.

É imprescindível que a vitimodogmática não deve ser compreendida como um ramo que estuda a culpa da vítima, sua temeridade, leviandade no trato de seus bens jurídicos ou sua provocação para sofrer um delito, mas sim um segmento que vise a demonstrar quais ações da vítima contribuíram para sua vitimização no intuito de criar-se formas de evitação e de prevenção mais eficazes, objetivando as fragilidades e espaços de facilitação de cometimento de delitos.

Fundamental também seria que professores, parentes e pais desenvolvessem relacionamentos abertos com seus filhos, amigos e alunos para que estes tenham coragem e estímulo para denunciarem situações de sextorsão. A vítima sente-se solitária, envergonhada e desolada com a situação e a ajuda externa é imprescindível. Nessa toada, a psicologia deve se preparar para analisar e reverter quadros traumáticos

A vítima precisa compreender quais atitudes tomou que geraram a vitimização. Em caso de autocolocação em risco, é preciso que sejam compreendidos os riscos em que se está imerso na sociedade virtual e as particularidades e consequências do envio de material íntimo num meio digital. Assim, é fundamental que a vítima – real ou potencial – aprenda com o problema do delito e assuma todas as responsabilidades possíveis pela segurança de seus aparatos, visto que o Estado não pode estar em cada computador.



## NOTAS

- 1 Disponível em <https://www.justice.gov/psc/file/842411/download>. Acesso em 25 de maio de 2016 às 15:29hs.
- 2 Originalmente o neologismo foi formado pela fusão das palavras “sex” e “corruption”. Porém, na realidade brasileira em que estamos inseridos, sem o delito de corrupção no setor privado, optamos pela adaptação.
- 3 a expressão “sexting” ficou conhecida por significar a troca de mensagens de cunho sexual ou a troca de fotografias da mesma natureza. O neologismo das palavras em língua inglesa “sex” e “texting”, é umas das mais interessantes facetas de conexão pessoal da geração *millennials*.
- 4 CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth.. Sextorsão. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 959, p. 167-182, 2015
- 5 Disponível em <https://cdu.unlb.org/Portals/0/PdfFiles/PolicyDocC.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2015.
- 6 Disponível em [http://www.iawj.org/iawj\\_international\\_toolkit\\_final.pdf](http://www.iawj.org/iawj_international_toolkit_final.pdf). Acesso em 20 de junho de 2016.
- 7 Nesse sentido, a maior parte da doutrina entende que haveria exclusividade para a lógica de egoísmo patrimonial. MIRABETE e CAPEZ acreditam, por sua vez, que qualquer espécie de vantagem seria típica, uma vez que a lei não faz distinção.
- 8 Neste sentido, novamente CASTRO, Ana Lara Camargo e SYDOW, Spencer, *op. cit.*
- 9 No direito canadense, há uma legislação denominada “*Protecting Canadians from Online Crime Act*” em que se estabeleceu que qualquer imagem íntima de alguém capturada sem seu consentimento possui uma expectativa razoável de privacidade.
- 10 A expressão “indexável” quer significar algo que está disponível publicamente na rede mundial de computadores e pode ser pesquisada através de mecanismos de busca. Isso porque a informação está em formato de texto, em HTML e visível para o usuário, portanto.
- 11 No Brasil, PL n. 1676/2015 de autoria do deputado Veneziano Vital do Rêgo traz, em seus artigos 3º e 4º positivamente do direito de esquecimento. Nesse sentido, a União Europeia já se manifestou em seu Regulamento (UE) 2016/679 em 27 de abril de 2016.
- 12 *Nudes* são a expressão inglesa utilizada modernamente para significar fotografias de corpo nu do próprio usuário enviadas por algum meio tecnológico.
- 13 Importante ressaltar que no caso da atriz, houve pedido de dinheiro em troca da não divulgação das imagens o que, por si, caracteriza a extorsão propriamente dita, prevista no artigo 158 do Código Penal Brasileiro.
- 14 <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Reports/2016/05/sextortion/sextortion1.pdf?la=en>. Acesso em 21 de junho de 2016 às 17:05hs.
- 15 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, vol. 4 – 2a Edição rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 31.
- 16 No mesmo sentido, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 530.
- 17 Aqui cabe lembrarmos que os acordos pré nupciais norte Americanos já incluem cláusulas específicas de reparação civil para casos de divulgação de quaisquer conteúdos gerados na constância do relacionamento.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A criminalidade informática. São Paulo: Juarez de Oliveira., 2006.
- BOCIJ, Paul. Cyberstalking: harassment in the Internet age and how to protect your Family. United States of America: Praeger Publishing, 2004.
- JEWKES, Yvonne (ed.). Crime Online. Devon: Willan Publishing, 2003.
- JEWKES, Yvonne (ed.) Dot.Cons: crime, deviance and identity on the internet. Devon: Willan Publishing, 2003.
- JEWKES, Yvonne; YAR, Majid. Handbook of Internet Crime. Devon: Willan Publishing, 2010.
- LEMAN-LANGLOIS, Stéphanie. Technocrime: technology, crime and social control. Inglaterra: Willan Publishing, 2008. TAYLOR, Max e QUAYLE, Ethel. Child Pornography: an Internet Crime. Nova Iorque: Routledge, 2006.
- LIMA, Paulo Marco Ferreira. Crimes de computador e segurança computacional. Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.
- MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). Tráfico de Pessoas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NÚÑEZ, Eloy Velasco. Delitos cometidos através de internet – cuestiones procesales. Espanha: La Ley, 2010.
- ROSSINI, Augusto. Informática, telemática e Direito Penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- SCHMALLEGER, Frank; PITTARO, Michel (org.). Crime of the internet. Upper Saddle River, New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2008.
- SYDOW, Spencer Toth. Crimes Informáticos e suas vítimas. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TERUELO, Javier Gustavo Fernández. Derecho penal e internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- Fontes Online:
- How to Keep the NSA From Spying Through Your Webcam. <https://www.wired.com/2014/03/webcams-mics/>
- Online “Predators” and their Victims: Myths, Realities and Implications for Prevention and Treatment. Disponível em <http://www.unh.edu/ccrc/pdf/Am%20Psy%202-08.pdf>
- Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. Disponível em <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Reports/2016/05/sextortion/sextortion1.pdf?la=en>
- Victim Reports of Bystander Reactions to In-Person and Online Peer Harassment: A National Survey of Adolescents. Disponível em <http://www.unh.edu/ccrc/pdf/jones-bystander.pdf>



**SPENCER TOTH SYDOW** é doutor e mestre em Direito Penal pela FADUSP, advogado criminalista, parecerista, professor de graduação e pós graduação, autor da editora Saraiva, autor do Blog LEG@L de Direito e Tecnologia da Revista Exame, sócio fundador do Instituto Nomos. Email: [Spencer@usp.br](mailto:Spencer@usp.br)

# A INTERCEPTAÇÃO DE DADOS INFORMÁTICOS NO DIREITO BRASILEIRO

**“O crescimento dos crimes informáticos no Brasil exige investigações criminais mais apuradas e eficientes. Para tanto, é indispensável a realização de interceptação da comunicação de dados, de sorte a colher provas para permitir a persecução criminal. A Lei nº 9.296/1996, no que tange a essa modalidade de interceptação, ainda não foi bem explorada e compreendida e, aliado ao fato de que há pouco investimento nas polícias brasileiras, torna o uso desse importante instrumento ainda raro.”**

■ POR WALTER ARANHA CAPANEMA

**O** presente artigo visa analisar de forma crítica o instituto da interceptação de dados no Direito brasileiro, que é um importante instrumento para a coleta de provas e indispensável à persecução criminal.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, estabelece como garantia individual a inviolabilidade das comunicações de dados informáticos, permitindo a quebra apenas do sigilo telefônico em hipóteses a serem previstas

por lei. Todavia, a lei reguladora dessa norma constitucional – Lei Federal nº 9.296/1996 – permite em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que tange à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada.

Entende a maioria dos doutrinadores que o supracitado dispositivo é inconstitucional, pois afronta aquela garantia constitucional e viola a intimidade e a privacidade dos indivíduos.

Todavia, o crescimento dos crimes praticados através da internet, notadamente o furto mediante fraude e os relacionados à prática de pedofilia, provoca a necessidade de se repensar esse posicionamento, de modo que não se permita a impunidade desses delitos tão graves.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é demonstrar a importância e o caráter legal desse instituto processual, com vistas a harmonizar sua aplicação com os ditames da Carta Magna.

Por sua vez, cabe ressaltar que são poucas as obras jurídicas que analisam os pontos mais importantes da interceptação de dados, incluindo aí seus aspectos naturalísticos, razão pela qual a pesquisa empreendida se reveste de um caráter exploratório e inovador.

A importância desse artigo justifica-se pelo já citado crescimento dos crimes em que os instrumentos são computadores conectados às redes, especialmente a maior de todas, a internet. A possibilidade de interceptação de dados permitirá a identificação dos autores e a comprovação da materialidade dos delitos, o que viabilizará a condenação dos agentes. Há, portanto, um caráter duplo, a saber, preventivo e repressivo.

Deve-se destacar, ainda, que a metodologia empregada foi a do raciocínio dialético, pois parte das opiniões já aceitas para o confronto de ideias. E, no que tange ao tipo de pesquisa, verificou-se o modelo jurídico-descritivo, que é um procedimento analítico em que se decompõe a problemática jurídica, esquadrinhando o fato e seus efeitos.

Assim, o presente artigo aborda, inicialmente, o conceito de dados, para então definir a extensão do direito de sigilo de dados da Constituição Federal. Em seguida, há uma análise da Lei nº 9.296/1996, no que tange à interceptação de dados, sob os aspectos processuais. Por fim, é realizado um estudo do crime de interceptação de dados.

## COMPUTADOR E DADO: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A análise do instituto da interceptação implica, necessariamente, conhecer os conceitos de computadores e de dados, o que é fundamental também para a delimitação do seu campo de aplicação.

O computador é o dispositivo eletrônico dotado de capacidade de cálculo e de programação, equipado com um monitor de vídeo, para exibir informações, um teclado para a entrada de dados e um gabinete, que armazena esses dados e que guarda os componentes do computador, especialmente a sua CPU<sup>1</sup>. Todavia, o processo de miniaturização desses maravilhosos dispositivos tornaram essa conceituação obsoleta, existindo computadores de menor porte, como os *notebooks*, em que os três itens acima estão unidos, ou ainda aqueles em que não há teclado, como os PDA<sup>2</sup>. Há computadores, atualmente, em carros, televisões, elevadores, telefones celulares<sup>3</sup>, *videogames*<sup>4</sup>, *walkmans*<sup>5</sup> etc.

Segundo o Dicionário Aurélio (2007, p. 284), dado é um “elemento de informação, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão por meios automáticos”, o que permite concluir que a definição de dado está restrita ao campo da informática, tratando-se dos registros criados em forma imaterial nos sistemas computacionais.

Abel Fernandes Gomes, Geraldo Prado e William Douglas (2000, p. 64) conceituam dados como as “referências técnicas, incompreensíveis aos olhos simples dos leigos e somente decodificáveis por quem domine a sua ciência”.

O dado é codificado, ou seja, apenas as máquinas conseguem entender o seu real significado, existente na linguagem binária, segundo a qual as “palavras” são combinações e sequências de zeros e uns. Há, assim, a necessidade de um interpretador para traduzi-lo como linguagem humana compreensível.

Além disso, é interessante observar que o dado muitas vezes pode ser incompreensível por outros computadores. Não que eles não sejam capazes de “conversar” nessa linguagem binária, mas porque tais dados foram criados em outros programas ou sistemas. Logo, o fato de o registro se consubstanciar em um dado informático não significa que ele possa ser interpretado por qualquer computador.

Não se pode confundir os conceitos de dado e informação. Este é o gênero no qual aquele é a espécie, afinal, o dado é a modalidade eletrônica da informação, sua versão mais moderna e tecnológica.

Com o crescimento e a popularização da informática, grande parte das informações existentes no mundo foi convertida para o formato digital, que garante uma possibilidade de armazenamento maior e transferência mais rápida. A disseminação da internet facilitou o intercâmbio e a comunicação de dados, que passaram a necessitar da garantia de inviolabilidade.

## A ORIGEM DA INVIOABILIDADE DA COMUNICAÇÃO DE DADOS

Pode-se dizer que a proteção dos dados informáticos surgiu com o Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117/1962, que, em seu art. 55 dispõe que “é inviolável a telecomunicação nos termos desta lei”, garantia à inviolabilidade das telecomunicações, conceituada como “a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético” (art. 4º, Lei nº 4.117/1962). Nesse conceito amplo, foram compreendidas todas as formas de comunicação então existentes, e claro, estariam incluídos os dados informáticos, já existentes na época, embora não tão utilizados como hoje em dia.

O Código Brasileiro de Telecomunicação previa o crime de violação de comunicação em seu art. 56º, que proibia a prática de várias condutas, como as de transmitir, captar e informar o conteúdo de uma comunicação. Esse artigo, ao contrário da estrutura dos tipos penais brasileiros, não trazia o preceito sancionatório em seu corpo, mas em outra norma, o art. 58, que estipulava a pena de 1 a 2 anos de detenção ou a perda de cargo ou emprego para as “pessoas físicas”, esquecendo-se da expressão mais técnica “pessoa natural”.

Por sua vez, o art. 57 estabelecia as causas de exclusão da ilicitude, por exemplo, “a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado” (inciso I); “o conhecimento dado ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal” (inciso II, “a”) ou “ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste” (inciso II, “e”).

Ressalte-se ainda que a Lei nº 4.117/1962 foi recepcionada pela nova Constituição<sup>8</sup>, e teve a maioria de seus preceitos, exceto os que se referiam à material penal, revogados pelo art. 215, I da Lei nº 9.472/1997<sup>9</sup>, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que o art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recebido pela nova ordem constitucional<sup>10</sup>.

Na realidade, a grande consagração dos dados informáticos se deu com a Constituição Federal de 1988, ao elevar ao patamar de garantia constitucional a sua inviolabilidade no art. 5º, XII, CF<sup>11</sup>.

Para se compreender verdadeiramente o supracitado dispositivo, é fundamental conhecer a situação da tecnologia informática brasileira no período em que ocorreram os seus estudos e criação.

Em 1984, através da Lei nº 7.232, foi implantada a Política Nacional de Informática que, dentre várias medidas, estabeleceu “o controle das importações de bens e serviços de informática por “8 (oito) anos a contar da publicação desta Lei”<sup>12</sup>, com o objetivo de estimular o desenvolvimento das atividades de informática no País. O art. 9º, *caput*, foi mais além, criando restrições à produção, operação, comercialização e importação de bens e serviços informáticos<sup>13</sup>.

Tal medida protecionista estabeleceu uma “cortina de ferro” para as importações, isolando o Brasil do contato com as novidades na área de informática no mundo. Ao invés de estimular o crescimento da indústria local, permitiu a venda de computadores obsoletos por preços altíssimos, incentivando a prática do descaminho, o que mantinha o País na idade do “computador lascado” até 1991, quando a referida lei foi revogada pela Lei nº 8.248/1991.

É curioso observar que o Brasil mergulhou em uma ditadura informática, quando justamente caminhava para uma abertura política.

Portanto, foi nesse cenário de protecionismo e, principalmente, atraso no conhecimento da ciência informática, que se deu a criação da Constituição Federal, especialmente no que se refere ao art. 5º, XII, trazendo uma série de efeitos que serão apreciados.

Uma análise do art. 5º, XII da CF permite concluir que existe uma garantia de inviolabilidade e uma exceção a esta, admitindo a sua violação segundo alguns requisitos.

É certo, portanto, que a Constituição permite a violação, mas apenas “no último caso”. Seria a comunicação telefônica? A comunicação telefônica e a de dados?

Assim, a má redação do dispositivo permitiu uma série de interpretações, gerando controvérsia na doutrina.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 104), que trabalhou como assessor do senador Mário Covas na Assembleia Constituinte, no art. 5º, XII da CF há dois blocos, separados pela palavra “e”, e uma cláusula de ressalva. O primeiro bloco trata do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, enquanto o segundo versa sobre o sigilo das comunicações telefônicas e de dados. Logo, quando a Constituição Federal menciona “último caso”, está se referindo a esse último bloco (SILVA, 2006, p. 106).

Todavia, para Vicente Greco Filho (1996, p. 11), a expressão da discórdia – “último caso” – só abrange as comunicações telefônicas, pois como o sigilo é a regra, a

exceção seria a interceptação, e deve-se adotar uma interpretação restritiva (GRECO FILHO, 1996, p. 12).

Parece, então, que o legislador deu maior importância a dois meios de comunicação que estão caminhando para o desuso: a correspondência, que é largamente utilizada, mas vem sendo substituída pelo *email*; e o telégrafo, que é peça de museu, ignorando o crescimento dos computadores, afinal, o Brasil vivia na “cortina de ferro informática”.

Cabe aqui mencionar a crítica de Luiz Gustavo Grandinetti Carvalho (2004, p. 87), pelo qual não foi correta a opção de disciplinar a restrição em atenção ao meio utilizado para a comunicação, provocando a estagnação do texto constitucional.

Vai mais além Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, online), ao suscitar que o próprio art. 5º, XII, seria inconstitucional, pois a sua votação desrespeitou o procedimento legislativo previsto no art. 3º da Emenda nº 26, que determinava a votação das normas constitucionais da Nova Constituinte em dois turnos, dependendo da maioria absoluta da Assembleia. Assim, embora o texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, em segundo turno, prevaleceria na forma seguinte:

XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Todavia, a Comissão de Redação, em que a autora qualifica como exorbitância de poderes, modificou o texto constitucional, acrescentando as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”, o que limitava o alcance da exceção (GRINOVER, online).

Apesar da existência da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a parte final do art. 5º, XII da CF não era autoaplicável, e necessitava de uma lei reguladora<sup>14</sup>, sendo editada, então, a Lei nº 9.296/1996.

## A LEI Nº 9.296/1996 E SUAS CONTROVÉRSIAS

Com a finalidade de regulamentar a parte final do art. 5º, XII da CF foi publicada, em 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.296/1996, estabelecendo uma série de preceitos nas esferas penal e processual penal que, em seu art. 1º, *caput*, permitia a interceptação telefônica, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação ou ação criminal. Contudo, o seu parágrafo único estendia o conceito de interceptação para incluir as comunicações de sistemas de informática e telemática, o que reavivou a antiga controvérsia sobre o real alcance da exceção do art. 5º, XII da CF e suscitou dúvida a respeito da constitucionalidade daquela norma:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Para Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 92), o art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.296/1996 goza de cons-

titucionalidade, pois o fato de o Direito não estar sujeito à lei restritiva não significa que não possam sofrer restrição, afinal, embora a Constituição só tenha exigido explicitamente lei regulamentadora no que concerne às comunicações telefônicas, não haveria impedimento para que o legislador infraconstitucional disciplinar sobre outras formas de comunicação.

Geraldo Prado (2006, p. 64) também defende a constitucionalidade do artigo, que estaria adequado à Constituição, porque identifica “novas formas de violar gravemente bens jurídicos vitais”.

Paulo Rangel entende que se deve utilizar da interpretação progressiva e o princípio da atualidade para adequar a norma constitucional à realidade tecnológica da atualidade, e que a norma do art. 5º, XII, CF não tem o caráter absoluto, a ponto de restringir a interceptação apenas às comunicações telefônicas (RANGEL, online).

Também pela constitucionalidade da norma do art. 1º, parágrafo único está Tânia Nigri, para a qual o entendimento de inviolabilidade da comunicação de dados e da correspondência seria desarrazoado, pois nem mesmo a vida, que é o direito mais importante, é absoluto, permitindo a Constituição o seu sacrifício em hipóteses excepcionais, como a do artigo 5º, inciso XLVII, “a” da CF – pena de morte em caso de guerra (NIGRI, online).

Para Eugenio Pacelli (2007, p. 298-298), “na ordem constitucional brasileira não existem direitos *absolutos*, que permitem o seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias”. Se o direito à vida, que é o bem maior, pode encontrar limites, por que não o sigilo das comunicações de dados?

Em sentido contrário ao sustentado pelas respeitáveis vozes acima, há também grandes autores, como Vicente Greco Filho, justamente por entender que o “último caso” só prevê a interceptação das comunicações telefônicas<sup>15</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho consideram que a inviolabilidade de dados é absoluta e que a Constituição Federal não estabeleceu duas situações de sigilo, pois houve a repetição intencional da palavra “comunicações”<sup>16</sup>. Além disso, afirmam só cabe a interceptação de conversas telefônica, e não na comunicação informática através de linhas telefônicas.

Com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º, parágrafo único e 10<sup>17</sup> da Lei nº 9.296/1996, frente ao art. 5º, XII da CF, a Associação de Delegados de Polícia – ADEPOL – propôs ação direta de inconstitucionalidade perante o STF (ADI nº 1.488) que teve o pedido cautelar de suspensão indeferido, ante a ausência de *periculum in mora*<sup>18</sup> e, quanto à ADI propriamente dita, o seu seguimento foi negado sob o fundamento de que a ADEPOL não tem legitimidade ativa<sup>19</sup>, pois se trata de uma entidade de classe de segundo grau, e não uma associação nos moldes dos legitimados à propositura da ADI<sup>20</sup>.

Assim, persistem no ordenamento jurídico pátrio as normas do art. 1º, parágrafo único e 10 da Lei nº 9.296/1996, e são poucas as decisões judiciais que analisam essas questões, destacando-se julgados do STJ no sentido de que a garantia do sigilo de comunicação de dados não é absoluta, cabendo ponderações segundo os requisitos previstos explicitamente na Lei de Intercepta-

ções<sup>21</sup> e que o “bate papo” via internet pode ser interceptado<sup>22</sup>. No STF, há acórdão que adota o entendimento de que não cabe relativização do sigilo de comunicação de dados, apenas dos dados quando armazenados<sup>23</sup>.

Na verdade, os direitos e as garantias constitucionais não são absolutos, e deverão ceder a outros em determinado caso concreto. O entendimento no sentido contrário seria um prêmio aos infratores, pois utilizariam a comunicação de dados para a prática de seus delitos, sabendo que estariam imunes à investigação e à persecução criminal, o que só contribuirá para o crescimento da criminalidade, especialmente aquela relativa aos delitos informáticos.

Além disso, a própria tecnologia pode servir para tornar a Lei nº 9.296/1996 inoperante, caso o entendimento da inconstitucionalidade da interceptação de dados se torne soberano. Isso porque os criminosos podem se utilizar para suas comunicações do sistema “Voz sobre IP” (VoIP)<sup>24</sup>, em que as conversas sonoras são convertidas em dados, e ocorrem através da internet. É um sistema seguro, barato<sup>25</sup> e, assim, praticamente inexpugnável ao acesso para fins de persecução penal.

Portanto, face a crescente onda de criminalidade informática, deve ser valorizada a interceptação de dados, e se faz imprescindível compreender o seu funcionamento e características.

## A INTERCEPTAÇÃO DE DADOS COMO UM FENÔMENO NATURALÍSTICO

O Dicionário Aurélio (2007, p. 485) conceitua o verbo interceptar como “1. Interromper no seu curso; deter. 2. Reter, deter (o que era destinado a outrem). 3. Ser obstáculo a. 4. Captar”, e, dentre esses significados, aproxima-se do sentido empregado na lei o verbo captar, que também significa “apreender”, pois com a interceptação não há a interrupção no fluxo de dados, mas tão somente a sua coleta ou observação por terceiro.

Para Fernando Capez (2006, p. 501), “(i)nterceptação provém de interceptar – intrrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intrromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores”.

Carla Rodrigues Araújo de Castro (2003, p. 131) define a interceptação como a interrupção no curso originário, o impedimento de passagem. Contudo, entende a autora que, para os fins da Lei nº 9.296/1996, interceptar é ter contato com o conteúdo da comunicação, sem impedir que esta alcance o destinatário.

Assim, na interceptação há o conhecimento do conteúdo da comunicação de dados, seja por texto, vídeo, som etc., ou, ainda, a combinação de qualquer uma dessas formas. E, cabe ressaltar, não é necessária a gravação da comunicação para que se configure, bastando apenas a captação dos dados.

A comunicação de dados permite que um computador se comunique com um ou diversos outros sistemas. Logo, é possível que um interlocutor esteja realizando uma conversa pela internet – *chat* – com outros três ou quatro, por exemplo, o que permite dizer que essa forma de comunicação, ao contrário da telefônica<sup>26</sup>, não ocorre em dois pontos, com apenas dois interlocutores. Logo, o “grampo

digital” tem uma potencialidade lesiva muito maior, pois há a possibilidade de um número maior de prejudicados.

A comunicação de dados permite, a realização de conversas eletrônicas e a troca de informações digitais, por exemplo, de arquivos, de registros e outros dados que não contêm em si uma mensagem.

É interessante analisar também um aspecto desse tema que costuma ser negligenciado não só pelos livros jurídicos, mas também pelas obras técnicas da Informática, no que concerne justamente a respeito das modalidades existentes de interceptação. Não é necessário que na comunicação de dados interceptada existam dois interlocutores humanos, basta a existência de, no mínimo, dois computadores se comunicando.

Pode-se classificar as formas de interceptação em dois grupos<sup>27</sup>: a) por *hardware* e por *software*; b) interna e externa.

Na interceptação das comunicações de dados por *software*, há a instalação de um programa no computador em pelo menos um dos interlocutores, quando a comunicação entre eles for direta ou, quando a “conversa eletrônica” se der através de um servidor que mantém unidos os computadores, o citado programa estará justamente na máquina que une os demais – o servidor. Dependendo das funcionalidades do programa, ele pode registrar tudo o que é digitado – *keylogger*<sup>28</sup>; todas as informações que surgem na tela do monitor – *screenlogger*<sup>29</sup>; todas as comunicações de vídeos e dados ou a combinação de todas essas possibilidades.

No caso da comunicação direta, os dados são enviados subrepticiamente ao interceptor através de um procedimento silencioso – *backdoor*<sup>30</sup>, que não desperta a atenção do usuário. Em se tratando da comunicação indireta, o conteúdo, além de ser transferido na forma acima, pode ficar armazenado no próprio servidor.

Em se tratando da modalidade de interceptação através de *hardware*, o meio, a ferramenta para a captação não será imaterial, mas material, física. São dispositivos que podem ser instalados tanto nos computadores quanto nos servidores para o registro das comunicações de dados.

Salienta-se que a Guerra Fria e as modernas técnicas de espionagem contribuíram para a criação de um aparelho que permite o conhecimento dos dados de um computador e das suas comunicações através da captação dos seus sinais eletromagnéticos.

O F.B.I.<sup>31</sup> – a polícia federal dos Estados Unidos, criou um sistema de interceptação de dados e *emails* denominado *Carnivore*, composto por um conjunto de programas e de computadores que rastreiam a internet atrás de informações que entendam importantes<sup>32</sup>.

Quanto à outra classificação, que trata das formas de interceptação interna e externa, estas se diferem no que tange ao local onde é realizada a captação dos dados. Se o dispositivo/*software* estiver instalado no computador de um ou de mais interlocutores, a interceptação será interna, se for realizada no servidor que os une ou por outro procedimento que não realizado nos aparelhos investigados, será externa.

Atualmente, grande parte da interceptação de dados que ocorre no mundo, seja ilícita, seja decorrente de or-

dem judicial, é realizada na rede mundial de computadores, o que importa compreender a forma como se dá o tráfego dos dados pela internet.

A internet utiliza o protocolo<sup>33</sup> TCP/IP<sup>34</sup> para regular as comunicações, sendo que o protocolo é uma espécie de “linguagem” que os computadores “falam” para trocar informações entre si.

No TCP/IP, quando o dado é criado em um computador, ele, para ser transmitido, precisa ser submetido à uma técnica denominada de *packet switching* – comutação de pacotes – em que é quebrado, através de um programa (cliente de *email*, por exemplo), em pequenas partes, denominadas de pacotes, que contêm não só pedaços dos dados originais, mas também algumas outras informações (número IP do remetente e do destinatário etc.). Esses pacotes são enviados para um servidor conectado à internet e, assim sucessivamente passam por vários outros servidores, até alcançar o destinatário, quando então são remontados na informação originária<sup>35</sup>. Por conseguinte, a interceptação de um ou de alguns pacotes não é suficiente para ter a ciência do conteúdo da comunicação ou de parte dela. Só com a reunião de todos os pacotes é que se terá uma informação completa.

Em relação à abrangência da interceptação de dados, estão incluídos todos os dados em trânsito, ou seja, todos aqueles que estão em transferência para outros computadores.

A *contrario sensu*, estão excluídos dessa forma de interceptação os dados estanques<sup>36</sup>, que são aqueles estacionados, armazenados nos discos rígidos, disquetes, *pen drives*, CD-ROMS, DVD-ROMS, memória RAM, bancos de dados<sup>37</sup> e os seus registros etc.

Também não há a interceptação de dados quando se descobre as senhas de serviços internet de alguém – seu endereço de *webmail*, por exemplo – e há o acesso indevido. Ainda que, no caso do *webmail*, o invasor acesse o conteúdo das mensagens armazenadas, esses dados são estanques, pois já foram transmitidos e recebidos pelo destinatário.

O grande problema está em saber se os dados protegidos pela técnica da criptografia podem ser interceptados. A criptografia<sup>38</sup> é uma ciência que procura tornar uma informação incompreensível aos olhos de terceiros curiosos, mas que pode ser visualizada corretamente pelos seus portadores legítimos. Visa, assim, a dar segurança a informação e o seu transporte.

Os dados protegidos pela criptografia são praticamente inexpugnáveis, indecifráveis. Exige-se profundo conhecimento da ciência da criptoanálise<sup>39</sup> para suplantar a mensagem codificada e, em alguns casos, grandes investimentos com computadores poderosos.

É necessário fazer uma distinção. A interceptação pressupõe duas situações, dispostas em ordem cronológica<sup>40</sup>: a) a interferência na comunicação; b) o conhecimento do conteúdo dessa comunicação. Não pode haver conhecimento de comunicação sem a prévia interferência. A grande questão envolvendo os dados criptografados diz respeito ao requisito do item “b”, pois a criptografia não impede a interferência na comunicação, mas procura negar o acesso do interceptor ao conteúdo dos dados.

Deve-se comparar a criptografia a um cofre, mas que guarda dados, e não bens materiais. Existem cofres de todos os tipos, desde os mais simples até os praticamente indevassáveis, dependendo apenas do engenho humano para suplantar-los.

O mesmo raciocínio deve ser adotado em relação à ciência criptográfica. Da mesma forma que existem mentes brilhantes para criar códigos cada vez mais poderosos, do outro lado há cabeças igualmente geniais procurando suplantar seus rivais. Logo, não se pode afirmar que a criptografia seja absolutamente inexpugnável, pois a criatividade humana é ilimitada.

Isso posto, uma vez analisado o fenômeno da interceptação de dados sob o aspecto naturalístico-tecnológico, passa-se a compreender os preceitos da Lei nº 9.296/1996 em relação a esse fenômeno.

### A INTERCEPTAÇÃO DE DADOS NA LEI nº 9.296/1996

O art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.296/1996 delimita o âmbito de atuação da interceptação de dados ao “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. Portanto, estão abrangidas as comunicações informáticas e telemáticas.

A informática é conceituada no Dicionário Houaiss (2002) como o “ramo do conhecimento dedicado ao tratamento da informação mediante o uso de computadores e demais dispositivos de processamento de dados”, enquanto a telemática define-se como “1. conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações; 2. ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada; 3. esse tipo de transmissão”.

Logo, se a telemática é a comunicação através de meios informáticos, parece que o legislador ordinário foi redundante ao incluir esses dois sistemas, quando poderia ter dito, simplesmente, “comunicações informáticas” ou “a telemática”.

Túlio Vianna (2003, p. 18-19) entende que a interceptação ilegal é um crime informático próprio<sup>41</sup> em que os dados são capturados durante a comunicação entre os computadores, e o agente não tem acesso ao sistema computacional da vítima, sendo que sua conduta limita-se a interceptar o trânsito de dados entre duas máquinas.

Uma análise atenta da Lei de Interceptações permite concluir que toda a sua estruturação foi voltada para a interceptação telefônica, e que os poucos dispositivos que tratam da interceptação de dados, os já citados art. 1º e 10, foram inseridos posteriormente. A redação da maioria dos artigos apenas se refere à “interceptação telefônica”, quando, por uma técnica legislativa mais correta, deveria mencionar as duas formas de interceptação.

A interceptação é uma medida que só pode ser determinada por juiz, que é a denominada cláusula de reserva de jurisdição, sendo competente aquele que também o for para a ação principal.

O procedimento da interceptação de dados, para a doutrina, tem a natureza jurídica de medida cautelar, pois visa embasar a investigação e a ação penal<sup>42</sup>.

Tendo em vista justamente a sua natureza de medida cautelar, os requisitos da interceptação são o *fumus boni*

*juris*, consubstanciado nos indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I), e o *periculum in mora*, que decorre da situação de que o fato delituoso não pode ser demonstrado por outro meio que não seja a interceptação (art. 2º, II), bem como pelo argumento de que a comunicação de dados deve ser colhida enquanto é realizada. A lei exige, também, que se apure crime apenado com reclusão (art. 2º, III, *a contrario sensu*).

É interessante observar que os indícios de autoria ou participação devem ser baseados em provas que não a interceptação de dados, pois a indicação dos indícios é requisito e, sem ele, não há como realizar o procedimento cautelar. Portanto, o objeto da interceptação sempre será a obtenção de prova, conforme determina o art. 2º, II.

O parágrafo único do art. 2º determina que devem ser definidos o objeto da investigação (o fato a ser investigado) e quem será investigado (a indicação e a qualificação dos supostos partícipes ou autores), salvo impossibilidade, que deve ser justificada. Essa exceção é extremamente importante em se tratando da interceptação de dados, pois, geralmente, nos crimes informáticos, muitos delinquentes são identificados por meio de apelidos – *nicknames*, sem que se possam conhecer seus dados pessoais anteriormente.

O fundamento para a existência da interceptação de dados está justamente no fato de a comunicação informática não costumar deixar vestígios, e é o único modo de apreender esses dados para fins de persecução penal<sup>43</sup>.

Ressalte-se que o alvo da investigação não é o proprietário do meio pelo qual se dá a comunicação de dados, mas é o usuário que efetivamente dá impulso e execução à citada comunicação.

A interceptação de dados poderá ser determinada por ofício ou a requerimento da autoridade policial – apenas no inquérito – e do Ministério Público, tanto na fase investigatória quanto na processual (art. 3º, *caput*, e incisos I e II).

O pedido de interceptação deve demonstrar a sua necessidade, e o juiz deverá fundamentar sua decisão de concessão, em 24 horas; a diligência não excederá a 15 dias, renováveis por igual prazo (art. 4º, *caput* c/c § 2º c/c art. 5º). O seu deferimento ocorrerá *inaudita altera pars*, para garantir o sigilo da interceptação, que é fundamental para a captação de atividade criminosa.

Todo o procedimento da interceptação de dados é conduzido pela autoridade policial (art. 6º, *caput*) que deverá, quando for possível, realizar a gravação, determinar a transcrição ou degravação (art. 6º, § 1º).

A gravação da interceptação de dados é medida obrigatória, pois sem ela não há a “materialização” da diligência. Todavia, no que se refere à degravação nem sempre será possível, e sempre dependerá do tipo de dado interceptado. Assim, por exemplo, se o objeto da diligência for a interceptação de uma conversa através de voz sobre IP (VoIP), a transcrição será possível. Todavia, quando se tratar de uma mera troca de dados (um dos interlocutores enviar cópias de filmes protegidos por direitos autorais para outro, e a interceptação comprovar essa ação) será impossível realizar a transcrição, podendo a autoridade policial gravar o conteúdo da diligência em CD-ROM ou em DVD-ROM.

Outra questão merece ser analisada: se a comunicação de dados é criptografada, poderá a autoridade policial critpoanalisar esses dados? Em caso afirmativo, seria necessária a sua previsão na decisão judicial que permitiu a interceptação?

Como já foi demonstrado, a interceptação é composta da interferência mais o conhecimento. O conhecimento só poderá existir com a plena cognição do conteúdo da comunicação de dados; se esta está protegida pela criptografia, a autoridade policial, para alcançar o seu objetivo, deve realizar a quebra do código criptográfico, se dispuser dos meios para tanto.

Quanto à segunda pergunta, a quebra da criptografia não precisa ser determinada na decisão judicial que tenha permitido a interceptação, mas o conhecimento do conteúdo da comunicação é um requisito da interceptação e, sem ele, não há como a diligência alcançar o seu objetivo. Todavia, sugere-se aos operadores do direito que incluam *ad cautelam* em seus pronunciamentos que “se a comunicação estiver protegida por criptografia, a autoridade policial poderá se valer dos meios cabíveis para tomar conhecimento do conteúdo dessa comunicação”.

Outro questionamento interessante pode ser verificado na seguinte hipótese: o magistrado defere a interceptação de dados de um telefone celular por meio do qual o proprietário acessa a internet para cometer crimes. Poderia a autoridade policial realizar, também, a interceptação telefônica desse aparelho, sem a autorização judicial? Tendo em vista que as medidas restritivas dos direitos e garantias fundamentais são exceções, a efetivação dessa interceptação deveria ter sido expressamente determinada pelo juiz, pois o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 9.296/1996 exige que seja corretamente indicado o objeto. A diligência, no caso da interceptação telefônica, seria nula, e a prova, ilícita.

É mais complexa a hipótese em que a interceptação de dados necessitar da instalação de um dispositivo ou *software* no computador envolvido na comunicação investigada, pois estará em jogo a intimidade do indivíduo no que tange a dois aspectos protegidos pela Constituição Federal: o sigilo da comunicação de dados (art. 5º, XII) e a intimidade no que tange a proteção à casa (art. 5º, XI, CF). A decisão que conceder a interceptação deverá também autorizar a entrada da autoridade policial, para que possa instalar as ferramentas de captação.

A autorização para entrar no domicílio do investigado é medida que atua como meio para o objetivo principal, que é garantir a interceptação de dados, e terá como fundamento legal o art. 240, §1º, *h* do CPP, que trata da busca em domicílio para colher elemento de convicção, que será obtido através da instalação dos dispositivos de interceptação de dados.

O art. 241, CPP exige mandado para a realização dessa busca, caso a autoridade policial não esteja presente. Vê-se que a formalidade consistente no mandado é necessária quando se quer realizar a busca na ocasião em que o indivíduo esteja em sua casa, pois tal peça é um “comprovante” que os agentes da lei podem entrar em seu domicílio/residência. Todavia, em se tratando desse tipo de diligência, em que se quer, justamente, trabalhar de forma silenciosa, não haverá para quem exibi-lo, que

seria, então, uma peça supérflua, mas, por cautela, e para evitar nulidades, deve-se expedir o competente mandado.

A um primeiro momento, a situação apresentada pode parecer fantasiosa, originária de um roteiro cinematográfico. Contudo, o FBI, em conjunto com o Poder Judiciário americano, costuma utilizar a interceptação de dados em muitos casos, especialmente os que envolvem investigação de crime organizado.

Merece menção um famoso caso investigado pela polícia americana, cuja situação se assemelha bastante com a apresentada. Foi a primeira investigação em que o FBI utilizou um *keylogger* para colher provas<sup>44</sup>.

Em 1999, agentes do FBI conseguiram uma ordem judicial para invadir, de forma silenciosa, o escritório do mafioso Nicodemo S. Scarfo Jr., conhecido como “Nicky” Scarfo, e membro da família Scarfo, uma das mais perigosas dos Estados Unidos. Nessa operação secreta, a polícia conseguiu fazer uma cópia do conteúdo do disco rígido do computador do mafioso.

Ao analisar os arquivos do mafioso nos laboratórios do FBI, foi constatado que um arquivo não podia ser lido, pois estava protegido pelo famoso programa de criptografia P.G.P.<sup>45</sup> e, mesmo após diversos testes para descobrir a senha, o conteúdo desse arquivo permanecia misterioso.

O FBI decidiu, então, requerer um novo mandado para voltar ao escritório de Nicky Scarfo e instalar um *keylogger*. O juiz Donald concedeu um mandado permitindo aos agentes especiais do FBI a invasão às ocultas no escritório do mafioso para permitir a instalação de um programa ou um dispositivo (*hardware*) para monitorar, durante 30 dias, todos os dados digitados no computador de Nicky Scarfo, exceto o registro de sua comunicação de dados, com o fim exclusivo de obter a senha do seu arquivo.

Foi instalado um programa denominado KLS – *Keystroke Logger System*<sup>46</sup> – para capturar a senha e, então, conhecer os dados mafiosos. Após seguidas operações, a polícia conseguiu localizar o código necessário para desvendar o arquivo<sup>47</sup>.

Com a senha, o FBI conseguiu acessar o conteúdo do arquivo, que se mostrou fundamental para a condenação do mafioso a três anos de prisão por comandar um sistema de jogos ilegais, mostrando a importância e a eficiência dessa nova forma de investigação para a persecução penal.

Não se pode perder de vista que, uma vez realizada a interceptação, o seu resultado (incluindo as transcrições ou, se for o caso, a cópia dos dados interceptados) e o auto circunstanciado (com o resumo das operações realizadas) serão encaminhados ao juiz (art. 6º, § 2º), que dará ciência ao Ministério Público (§ 3º). Em seguida, os autos da interceptação, que estavam apartados, serão apensados aos autos do inquérito policial ou da ação penal (art. 8º, *caput*).

As gravações que não servirem como prova serão inutilizadas, juntamente com as suas transcrições ou com os dados colhidos (art. 9º, *caput*). Seria o caso de todos os dados interceptados que digam respeito à intimidade do investigado e não guardem relação com a investigação penal.

Portanto, verifica-se que a Lei nº 9.296/1996 não especificou corretamente um procedimento para a interceptação de dados, e algumas adaptações devem ser feitas pelos operadores do direito para viabilizar a sua aplicação nos casos concretos.

Uma vez discutidos os aspectos processuais da Lei de Interceptações, passa-se a analisar os dispositivos que tratam do direito material, notadamente no Direito Penal.

### DISPOSIÇÕES PENAIS DA LEI DE INTERCEPTAÇÕES

As disposições penais da Lei nº 9.296/1996 estão concentradas apenas no art. 10<sup>48</sup>, que prevê dois delitos: em sua parte inicial está o crime de interceptação ilegal, na seguinte, o de quebra de segredo de justiça. Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é analisar apenas os aspectos da lei referentes à interceptação de dados, merecerá atenção apenas a primeira infração penal.

O tipo do art. 10, primeira parte, no que tange às comunicações de dados, protege a sua liberdade. É um crime comum, que não exige qualidade especial do sujeito ativo para praticar a conduta.

Quanto ao sujeito passivo, serão, a princípio, os interlocutores da comunicação de dados<sup>49</sup>. Contudo, na hipótese dessa comunicação ocorrer apenas entre computadores, isto é, sem seres humanos operando, mas apenas a execução automática de um programa de computador que permite a “conversa”, as vítimas serão os indivíduos que determinaram essa comunicação. Para Fernando Capez, pelo menos um dos interlocutores deve desconhecer a interceptação<sup>50</sup>.

O elemento subjetivo do delito é o dolo de realizar a interceptação sem autorização judicial.

O crime se consuma quando o interceptador toma conhecimento, ainda que parcial, do conteúdo da comunicação, sendo desnecessária a sua revelação a terceiros<sup>51</sup>.

No que tange à tentativa, cabem algumas considerações. Em se tratando de interceptação por *hardware*, em que a captação da comunicação se dá através de um dispositivo físico, a tentativa ocorrerá no momento em que o agente for surpreendido fazendo uso desse aparelho, por exemplo, quando tentar instalar um dispositivo de monitoração no computador da vítima.

A situação é mais complexa quando houver a interceptação por *software*, pois o desenvolvimento dos fatos se dá de forma diversa, exigindo que parte da conduta se dê através da internet. Nessa modalidade de interceptação, o agente atua, basicamente, de duas formas: a) envia a vítima um programa de computador para ser executado, e assim, ativar o monitoramento da comunicação de dados; b) instala no computador da vítima o programa de interceptação.

A diferença entre as duas condutas está no fato de a primeira poder ser praticada através da internet: o agente pode enviar um *email* à vítima contendo o programa, ou a incentivará a pegá-lo em um *site* indicado. Na figura do item b, exige-se a presença do agente para a instalação do *software*.

A primeira hipótese é mais complexa, e merece alguns esclarecimentos mais profundos, pois a sua consumação exige a ocorrência de três etapas: i) envio: o agente envia para a vítima uma mensagem contendo o programa malicioso ou, conforme uma conduta mais moderna e rotineira, envia um *link* para um endereço na internet, para que a vítima o copie; ii) execução/monitoramento: o programa passa a funcionar e a captar a comunicação de dados; e iii) remessa: o *software* remete para o criminoso o conteúdo dessa comunicação de forma oculta, para que a vítima não perceba as ações criminosas do agente.

A conduta do agente se esgota com o envio da mensagem. O passo seguinte, a execução, é realizado pela vítima que, induzida em erro, acreditando que o programa é importante e útil, permite que o programa passe a funcionar em seu computador. Basta executá-lo uma única vez para que ele passe a monitorar todas as comunicações do computador. A ação seguinte, a remessa, é feita de forma automática, sem a intervenção do agente ou da vítima.

Assim, se a execução do crime for interrompida antes do momento em que o agente tomar conhecimento da comunicação de dados, o crime não se consumará, configurando a tentativa.

Com base nessas premissas, é interessante analisar algumas situações que podem ocorrer:

- a) O agente envia para a vítima A um *email* contendo um programa para ser executado. Todavia, A percebe que se trata de um *software* malicioso e não o executa: Nessa hipótese, verifica-se que ocorre uma tentativa branca<sup>52</sup>, pois foi esgotada a potencialidade lesiva sem que ocorresse qualquer dano ao bem jurídico “liberdade” das comunicações.
- b) Agora, uma variação da hipótese acima. O agente envia para a vítima A um *email* com o mesmo programa. Nesse caso, a vítima é levada a erro e executa esse programa. Todavia, o *software de firewall*<sup>53</sup> instalado em seu computador impede que seus dados sejam enviados pela internet para o agente: aqui também o crime não estará consumado, pois só há intervenção e captação, e não o envio dos dados.
- c) O agente envia um *email* para a vítima com o programa de interceptação, através da internet. A vítima executa o programa que monitora suas informações. Todavia, a vítima, depois desse evento, jamais conecta seu computador à internet ou a qualquer outro tipo de rede, o deixando “incomunicável”: nesse caso, como não há comunicação a ser interceptada, está claro que se trata de crime impossível.
- d) O agente envia para a vítima um programa malicioso por *email*, que é executado e monitora as atividades de comunicação de seu computador. Todas essas comunicações são feitas de forma criptografada, que dificulta o conhecimento do seu conteúdo: em um primeiro momento, poderia se pensar que se trata também de um crime impossível, pois a criptografia impede que o agente tenha ciência do teor da comunicação.

Todavia, a ciência criptográfica, como já foi dito, não é inexpugnável, e sempre haverá a possibilidade de “quebrar o código” e conhecer seu conteúdo. A criptografia não impede a interceptação e o envio dos dados, mas tão somente dificulta o conhecimento do seu conteúdo. Nesse caso, parece ser o melhor entendimento no sentido de que se trata de crime tentado, pois embora o agente tenha posse dos dados interceptados, não pode, por circunstâncias alheias à sua vontade, ter conhecimento dessas informações.

A hipótese teria semelhança com a situação de um roubo a uma instituição bancária em que os criminosos não conseguem abrir o cofre. Como os atos executórios já foram iniciados e o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, o delito está tentado. ►

Uma outra questão que merece ser enfrentada diz respeito a interceptação de dados protegidos por uma outra espécie de sigilo, por exemplo, o profissional do advogado, previsto nos art. 7º, II e XIX da Lei nº 8.906/1994. Vicente Greco Filho (1996, p. 19) entende que, em casos como esse, não será possível a interceptação, pois há outra espécie de sigilo impedindo a captação de dados. Neste contexto, o mais racional seria no sentido de proceder a relativização dessa modalidade de sigilo dependendo de cada caso concreto, ressalvada a hipótese de que os direitos e garantias constitucionais fossem empregados como escudo para práticas criminosas.

Dessa forma, vê-se que os problemas envolvendo o crime de interceptação de dados ainda foram pouco explorados pela doutrina e jurisprudência, pois as situações envolvendo questões tecnológicas, jurídicas e criminais permitem uma série de novos fatos jurídicos que merecem ser analisados e repensados

## CONCLUSÃO

O crescimento dos crimes informáticos no Brasil exige investigações criminais mais apuradas e eficientes. Para tanto, é indispensável a realização de interceptação da comunicação de dados, de sorte a colher provas para permitir a persecução criminal.

A Lei nº 9.296/1996, no que tange a essa modalidade de interceptação, ainda não foi bem explorada e compreendida e, aliado ao fato de que há pouco investimento nas polícias brasileiras, torna o uso desse importante instrumento ainda raro.

A interceptação de dados não é um devaneio cinematográfico ou tecnológico. É um importante procedimento empregado por diversos países no mundo, chegando ao ponto de constar na Convenção de Cibercrimes do Conselho da Europa<sup>54</sup> face a necessidade de enfrentar essa nova ameaça e o crescimento do uso do computador para a realização de práticas de terror – o chamado ciberterrorismo.

Em nosso país, a interceptação de dados seria fundamental para investigar crimes de quadrilha, bando, associação ou organização criminosa, captando as conversas eletrônicas entre os seus membros, que se utilizam da internet para articular delitos e realizar ataques digitais.

As ideias propostas no presente estudo pretendem contribuir para o debate sobre esse tema tão importante e atual, chamando a atenção para a necessidade de se modificar a visão da interceptação de dados, que precisa ser consagrada como ferramenta no combate ao crimes nos tempos modernos.

São exigências da civilização moderna que, neste particular aspecto, sofre constantes mutações; seja para o bem ou para o mal.

## NOTAS

- 1 CPU é o acrônimo de *Center Processor Unit* – unidade central de processamento. É o cérebro de um computador, “é a parte do computador que controla o processamento dos dados, desde a sua entrada até a saída”. (GENNARI, Maria Cristina. *Minidicionário de Informática*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 84).
- 2 PDA é o acrônimo de *Personal Digital Assistant*, que significa “assistente pessoal digital”. Trata-se da evolução das agendas eletrônicas. São computadores de bolso voltados para as tarefas do cotidiano, contendo agenda de telefones e endereços, bloco de notas e uma gama variada de aplicativos. Costumam ter um teclado ou uma caneta para a interação do usuário. São também chamados de *handhelds*. Como exemplo, cita-se a famosa família de *palmtops* da empresa Palm.
- 3 Os telefones celulares modernos podem executar programas de computador, e possuem programas de acesso a internet, o que permite a conexão de dados.
- 4 Os *videogames* sempre foram considerados computadores. Todavia, cada vez mais os aparelhos estão com processadores e equipamentos similares ou superiores aos computadores pessoais modernos.
- 5 A empresa Apple criou, em 2001, um *walkman* digital denominado iPod, que armazena as músicas em um disco interno. O iPod mais moderno pode reproduzir músicas e vídeo, e que pode guardar o equivalente a 40.000 músicas ou 200 horas de vídeo. APPLE. (*Apple – iPod Classic*. Disponível em <<http://www.apple.com/ipodclassic/>>. Acesso em: 16. out. 2007).
- 6 “Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. § 1º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada [...]”.
- 7 Art. 58, II, a, Lei nº 4.117/1962.
- 8 “[...] A Lei nº 4.117/1962, em seus aspectos básicos e essenciais, foi recebida pela Constituição promulgada em 1988, subsistindo vigentes, em consequência, as próprias formulações conceituais nela enunciadas, concernentes às diversas modalidades de serviços de telecomunicações. A noção conceitual de telecomunicações – não obstante os sensíveis progressos de ordem tecnológica registrados nesse setor constitucionalmente monopolizado pela União Federal – ainda subsiste com o mesmo perfil e idêntico conteúdo, abrangendo, em consequência, todos os processos, formas e sistemas que possibilitam a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza. O conceito técnico-jurídico de serviços de telecomunicações não se alterou com o advento da nova ordem constitucional. Consequentemente – e à semelhança do que já ocorrera com o texto constitucional de 1967 – a vigente Carta Política recebeu, em seus aspectos essenciais, o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, embora editado em 1962, sob a égide da Constituição de 1946, ainda configura o estatuto jurídico básico disciplinador dos serviços de telecomunicações. Trata-se de diploma legislativo que dispõe sobre as diversas modalidades dos serviços de telecomunicações. [...]” STF. ADI-MC 561 / DF – DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 23/08/1995. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2007.

## NOTAS

- 9 "Art. 215. Ficam revogados: I – a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão". PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.
- 10 "[...] O art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. (...)". STF. HC 72588 / PB – PARAÍBA. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 12.06.1996. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. Cit.
- 11 "XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em : 19 jun.2007.
- 12 Art. 4º, VIII, Lei nº 7.232/84.
- 13 "Art. 9º Para assegurar adequados níveis de proteção às empresas nacionais, enquanto não estiverem consolidadas e aptas a competir no mercado internacional, observados critérios diferenciados segundo as peculiaridades de cada segmento específico de mercado, periodicamente reavaliados, o Poder Executivo adotará restrições de natureza transitória à produção, operação, comercialização, e importação de bens e serviços técnicos de informática". PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei nº 7.232, DE 29 DE OUTUBRO DE 1984*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7232.htm>>. Acesso em: 19 out. 2007.
- 14 "O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). O art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição, a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélies do paciente." (HC 72.588, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgamento em 12-6-96, DJ de 4-8-00). No mesmo sentido: HC 74.586, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-8-97, DJ de 27-4-01". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/verConstituicaoCompleta.asp>>. Acesso em: 10 out. 2007.
- 15 "Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". (GRECO FILHO. Op. Cit. p. 12-13. No mesmo sentido, AMARAL, Agamenon Bento do. *Inconstitucionalidade parcial da Lei nº 9.296/96*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=198>>. Acesso em: 14 ago. 2007). Sustenta o autor que "o que o permissivo constitucional permitia e a nova lei não observou ao regulamentar, eram as interceptações no que diz respeito às comunicações via exclusivamente telefônicas e não a quebra ou conhecimento de dados de outro sistema de comunicação como o é aquele relativo à informática e a telemática".
- 16 "Para rechaçar essa posição, basta observar que a reiteração da palavra 'comunicações', antes de 'telefônicas', indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere: se a ressalva abrangesse todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer 'comunicações telegráficas, de dados e telefônicas'. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004. p. 213).
- 17 O art. 10 trata do crime de interceptação ilegal de comunicação telefônica e de dados.
- 18 ADI-MC1488/DF – DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. NÉRIDASILVEIRA Julgamento: 07.11.1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo único do art. 1º e art. 10 da Lei nº 9.296, de 24.07.1996. 3. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º, da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. 4. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de periculum in mora a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. cit.
- 19 ADI 1488 / DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a) Min. NÉRI DA SILVEIRA . REQTE.: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL – ADEPOL-BRASIL REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA REQDO. CONGRESSO NACIONAL. Julgamento: 09.03.2001. DESPACHO: – Vistos. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL aforou ação direta de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º, e do art. 10, ambos da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, invocando ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da Constituição Federal. 2. O Plenário, na sessão de 07.11.1996, por unanimidade, conheceu da ação mas indeferiu o pedido de medida liminar (fls. 127/146). 3. A Procuradoria-Geral da República, em parecer de seu titular, Professor Geraldo Brindeiro, opina no sentido de não ser conhecida a presente ação, destacando-se o seguinte (fls. 161/163) *verbis*: "5. Preliminarmente, a presente ação direta de inconstitucionalidade não merece ser conhecida, ante a ausência de legitimidade ativa da ADEPOL, uma vez que mesmo após as alterações introduzidas em seu estatuto, juntado aos autos, não se define como entidade de classe de âmbito nacional, para essa finalidade particular. De fato, a ADEPOL – Brasil, embora tenha passado a congregar apenas pessoas físicas, ainda não ostenta a condição de entidade de classe para os fins previstos no art. 103, inciso IX, por representar apenas um segmento da

## NOTAS

categoria profissional dos policiais civis (federais e estaduais) – congregando apenas os delegados de polícia – não dispondo, por essa razão, de legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Sobre o tema, é da lavra do Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves o acórdão proferido pela Suprema Corte no julgamento da ADI nº 1771, cuja ementa ficou assim redigida: ‘EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade para propô-la. Como se vê dos estatutos da requerente – o que, aliás, é revelado por sua própria denominação –, a requerente é uma associação de associações, uma vez que, segundo o art. 3º desses estatutos, é ela ‘constituída pelas entidades representativas da categoria de Engenheiro Agrônomos, de âmbito estadual, limitada esta representação a uma entidade para cada Estado, Território e Distrito Federal’ (fls. 11). – Ora, esta Corte, ainda recentemente, em 18.09.97 e em 01.10.97, não conheceu das ADINs 1.621 e 1.676, reafirmando o entendimento, firmado em várias outras ADINs anteriores (assim, a título exemplificativo, as de nºs 57, 353, 511, 79, 108, 591, 128, 433, 1479, 914, como salientado pelo Ministro OCTÁVIO GALLOTTI na ADIN 1676), de que associação de associações não constitui a entidade de classe a que se refere o art. 103, IX, parte final, da Constituição. – Por outro lado, além de ser associação de associações, a ora requerente só representa um segmento de uma categoria profissional – a dos engenheiros –, não podendo, assim, também por essa razão, ser considerada entidade de classe para ter legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Ação não conhecida, ficando prejudicado o exame do pedido de liminar” (DJU de 03.04.98, p. 2 – grifo nosso). 6. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal entende que ‘há entidade de classe quando a associação abarca uma categoria profissional ou econômica no seu todo, e não quando apenas abrange, ainda que tenha âmbito nacional, uma fração de uma dessas categorias (assim, a título exemplificativo, nas ADINs 846 e 1297, com referência a entidade que abarcava fração de categoria funcional, e na ADIN 1295, relativa a associação de concessionárias ligadas pelo interesse contingente de terem concessão comercial de um produtor de veículos automotores).’ (ADIMC – 1486/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 13.12.1996, p. 50159). Isto posto, o parecer é pelo não-conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.” 4. A presente ação direta não pode ter seguimento nesta Corte. Com efeito, o Plenário do STF, na sessão de 2.9.98, no julgamento da ADIN (medida cautelar) 1.869-PE, por maioria, decidiu no sentido da ilegitimidade ativa ad causam da ADEPOL, ao entendimento de que, com a alteração do art. 241, da CF – que assegurava aos delegados de polícia isonomia de vencimentos com as carreiras jurídicas indicadas no Capítulo IV, do Título IV da CF – pela EC 19/98, foi expungido o fundamento que conferia à ADEPOL legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. 5. Do exposto, nego seguimento a presente ação direta de inconstitucionalidade, por ilegitimidade ativa ad causam da requerente. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. Cit.

- 20 Tal entendimento foi superado através da decisão na ADIn 3153-AgR em 12.08.2004, passando o STF a admitir a legitimação ativa das associações de associações para a propositura da ADIN.
- 21 Processo HC 15026 / SC; HABEAS CORPUS 2000/0126493-1 Relator(a) Ministro VICENTE LEAL. Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 24/09/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 04.11.2002 p. 266 Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. SIGILO DE DADOS. QUEBRA. BUSCA E APREENSÃO. INDÍCIOS DE CRIME. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. CF, ART. 5º, XII. LEIS 9.034/95 E 9.296/96. – Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial. – A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público. – A legislação integrativa do *canon* constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiras e eleitorais” (Lei nº 9.034/95, art. 2º, III), bem como “a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática” (Lei nº 9.296/96, art. 1º, parágrafo único). – Habeas-corpus denegado. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 jun.2007.
- 22 Processo RHC 18116 / SP. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2005/0120859-5. Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127) Órgão Julgador. T6 – SEXTA TURMA. Data do Julgamento. 16/02/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 06.03.2006 p. 443. “Ementa RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 241. INTERNET. SALA DE BATE PAPO. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A conversa realizada em “sala de bate papo” da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais. 2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em *habeas corpus* é medida excepcional, somente admitida quando constatada, *prima facie*, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria. 3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juiz monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo parquet nos autos, sob pena de trancamento da ação penal”. “Informativo nº 0274 Período: 13 a 17 de fevereiro de 2006. Sexta Turma INTERNET. SALA DE BATE PAPO. AUSÊNCIA. SIGILO. Consta dos autos que a Interpol interceptou conversa do acusado em “sala de bate-papo” na internet, no momento em que foi noticiada a transmissão de imagens pornográficas de crianças e adolescentes. Esse fato resultou na instauração de inquérito policial que, ao final da investigação policial, concluiu pela ausência de provas quanto à autoria do recorrente, porém o MP requereu novas diligências no material apreendido do paciente. O voto do Min. Relator ressaltou que a conversa na “sala de bate-papo” da internet não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois acontece em ambiente virtual que é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais, assim não houve a alegada violação. Isso posto, a Turma negou provimento ao pedido de trancamento do inquérito policial, com a recomendação de que o juiz monocrático determine a imediata realização da perícia requerida nos computadores apreendidos. RHC 18.116-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 16/2/2006.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Op. Cit.
- 23 “Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.” MS 21.729, Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 5-10-95, DJ de 19-10-01. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. cit.

## NOTAS

- 24 O órgão governmental norte-americano FCC – *Federal Communications Commission* (Comissão Federal das Comunicações) – assim explica define a VoIP: “Voice over Internet Protocol (VoIP), is a technology that allows you to make voice calls using a broadband Internet connection instead of a regular (or analog) phone line”. (“Voz sobre o protocolo Internet (IP) é a tecnologia que permite a você fazer ligações telefônicas usando uma conexão a internet em banda larga ao invés das linhas telefônicas analógicas tradicionais” – tradução do Pesquisador). Mais adiante, o FCC explica como funciona esse tipo de serviço: “VoIP services convert your voice into a digital signal that travels over the Internet. If you are calling a regular phone number, the signal is converted to a regular telephone signal before it reaches the destination”. (“os serviços de VoIP convertem sua voz em sinais digitais que viajam pela Internet. Se você ligar para um telefone comum, o sinal é convertido para o seu padrão antes do sinal chegar ao destino” – tradução do Pesquisador). FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (ESTADOS UNIDOS). *Voice-Over-Internet Protocol*. Disponível em: <<http://www.fcc.gov/voip/>>. Acesso em: 19 out. 2007.
- 25 O programa de computador Skype, que realiza ligações de VoIP, permite ligações gratuitas entre seus usuários. As ligações para telefones fixos custam, para o Rio de Janeiro, US\$ 0,38 por minuto. SKYPE. *Chamadas baratas para qualquer telefone com o SkypeOut*. Disponível em <<http://www.skype.com/intl/pt/products/>>. Acesso em: 17.out.2007. o site IDG Now! informa que, em muitos casos, a custo da ligação telefônica pode ser reduzido em até 80%. BRAUN, Daniela. *Voz sobre IP: saiba como se ligar à telefonia pela internet*. Disponível em: <[http://idgnow.uol.com.br/telecom/2007/04/20/idgnoticia.2007-04-19.1139474797/paginador/pagina\\_2](http://idgnow.uol.com.br/telecom/2007/04/20/idgnoticia.2007-04-19.1139474797/paginador/pagina_2)>. Acesso em: 19 out. 2007.
- 26 Atualmente, modernas técnicas de telefonia permitem a comunicação entre mais de dois interlocutores, a chamada teleconferência.
- 27 Classificação elaborada pelo Pesquisador.
- 28 *Keylogger* é o “programa que registra o que é digitado no micro”. (GREGO, Maurício. *O Mapa das Defesas*. Info Exame, São Paulo, n. 247, out. 2006, p. 49).
- 29 *Screenlogger* é o programa que registra tudo o que é exibido na tela do computador. Costuma trabalhar em combinação com o *keylogger*, para que o interceptador tenha um espectro maior de informações.
- 30 *Backdoor* é “um ponto de entrada oculto que fornece um caminho secreto para o computador de um usuário, o qual é desconhecido do usuário. Usado também pelos programadores que desenvolvem um programa de software para que possam entrar no programa para corrigir problemas”. (MITNICK, Kevin D.; Simon, William L. *A arte de enganar*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2003).
- 31 Acrônimo de *Federal Bureau of Investigations*, ou agência federal de inteligência (Tradução do Pesquisador).
- 32 POULSEN, Kevin. *FBI retires its Carnivore*. Disponível em <<http://www.securityfocus.com/news/10307>>. Acesso em: 17 out. 2007.
- 33 Protocolo também pode ser conceituado como o “conjunto de regras que padroniza hardware e software, de forma que dois computadores possam rapidamente estabelecer uma comunicação, sem correr o risco de perder a integridade dos dados”. (GENNARI. *Op. cit.*, p. 271).
- 34 TCP/IP é o acrônimo de *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (“protocolo de controle e transmissão/protocolo de Internet”). É o protocolo utilizado na internet para o controle e gerenciamento das transmissões de dados. (GENNARI. *Op cit.*, p. 313).
- 35 RYAN, Daniel J.; SHPANTZER, Gal. *Legal Issues in Digital Forensics*. Disponível em: <<http://www.danjryan.com/Legal%20Issues.doc>>. Acesso em: 16 out. 2007.
- 36 Nesse sentido: Grandinetti de Carvalho: “(é) que todos os dados armazenados não estão protegidos pelo inciso XII, do art, 5º da Constituição, mas pelo inciso X do mesmo artigo, que assegura o direito à intimidade e à privacidade, cuja proteção [...] é menos densa, carecendo do concurso de outras regras e da ponderação de bens. Deste modo, forçoso concluir que também os dados armazenados são protegidos constitucionalmente, mas, como os documentos em geral, podem ser apreendidos [...]”. (CARVALHO. *Op. cit.*, p. 81).
- 37 Nesse sentido: Geraldo Prado: “(q)uando os dados informáticos repousarem em bancos de dados, a sua comunicação não poderá ser objeto de interceptação, pois assim estaria sendo violada a Constituição”. (PRADO. *Op. cit.* p. 73). Roberto Chacon de Albuquerque: “dados armazenados em *mailboxes* não podem ser protegidos contra interceptação. [...] Apenas os dados que estão sendo transmitidos de um *mailbox* para outro é que podem ser protegidos contra interceptação”. (ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2006. p. 95).
- 38 Também se conceitua a criptografia como o “processo de embaralhamento de dados com o objetivo de torná-los inacessíveis a quem não tiver a chave (uma senha) para decifrá-lo”. (REVISTA INFO. *Infofaq*. Disponível em <[http://info.abril.com.br/infofaq/faq\\_c\\_2.shl](http://info.abril.com.br/infofaq/faq_c_2.shl)>. Acesso em: 30 nov. 2006).
- 39 A criptoanálise é a ciência “rival” da criptografia. Enquanto esta procura tornar os dados indecifráveis, àquela cabe descobri-los.
- 40 Classificação do Pesquisador.
- 41 Os crimes de informática próprios são aqueles que só podem ser praticados por meio de computador, enquanto que os impróprios “são os crimes comuns realizados por meio de computador”. COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime informático. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 27-40, 2004.
- 42 Nesse sentido: GRINOVER. *Op cit.*, p. 221; Rangel. *Op. cit.*, GRECO; *Op. cit.*, p. 27. GOMES. *Op. cit.*, 157.
- 43 Geraldo Prado também apresenta esse mesmo argumento para a interceptação telefônica: “A exceção [a interceptação telefônica] é ditada pela instantaneidade da comunicação telefônica, não permitindo a apreensão da informação, de outro modo, para fim de prova”. (PRADO. *Op. cit.*, p. 74).
- 44 ANASTASI, Joe. *Cyberforensics: New requirements for our legal systems*. Disponível em: <[http://islandia.law.yale.edu/isp/digital%20cops/papers/anastasi\\_newtrials1.pdf](http://islandia.law.yale.edu/isp/digital%20cops/papers/anastasi_newtrials1.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2007.
- 45 P.G.P. é o acrônimo de *Pretty Good Privacy* (“privacidade muito boa”, em inglês. Tradução do pesquisador), criado pelo norte-americano Phil Zimmerman. Por ser um programa muito eficiente e seguro, praticamente se tornou um padrão para a criptografia em computadores pessoais. HOLSCHUH, Henrique. *Pretty Good Privacy (PGP)*. Disponível em: <<http://www.dca.fee.unicamp.br/pgp/pgp.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2007. O site MSNBC noticiou que o FBI já desenvolveu um novo tipo de *keylogger* que pode ser instalado no computador do investigado através da internet.

## NOTAS

- 46 *Keystroke Logging System* significa “sistema de registro de digitação”. É um programa utilizado pelo FBI e que armazena em um arquivo oculto tudo o que se digita pelo teclado e não tem a ver com uma comunicação de dados.
- 47 A senha utilizada pelo mafioso foi o número de identificação de seu pai, Nicodemo Scarfo, no sistema prisional. MURPHY, Angela. *Cracking the code to privacy: How far can the FBI go?*. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2002DLTR0002.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2007.
- 48 Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.
- 49 Nesse sentido: GOMES. *Op. cit.*, p. 18-19.
- 50 CAPEZ. *Op. cit.*, p. 524.
- 51 CAPEZ. *Op. cit.*, p. 525. Vicente Greco Filho entende que o crime se consuma com o ato de interceptar, na intervenção, independentemente da conversa vir a ser gravada. Para o autor, a divulgação da comunicação é mero exaurimento do delito. (GRECO FILHO. *Op. cit.* p. 41-43).
- 52 A tentativa branca ou incurrenta ocorre “quando o agente, não obstante ter-se utilizado dos meios que tinha ao seu alcance, não consegue atingir a pessoa ou coisa contra a qual deveria recair a conduta”. (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005. v. 1. P. 291).
- 53 A cartilha do Centro de Estudos Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – CERT.br – sobre segurança de dados traz um excelente conceito de *firewall*: “que é um *software* ou programa utilizado para proteger um computador contra acessos não autorizados vindos da Internet. [...] Se alguém ou algum programa suspeito tentar se conectar ao seu computador, um *firewall* bem configurado entra em ação para bloquear tentativas de invasão, podendo barrar também o acesso a *backdoors*, mesmo se já estiverem instalados em seu computador. Alguns programas de *firewall* permitem analisar continuamente o conteúdo das conexões, filtrando vírus de e-mail, cavalos de tróia e outros tipos de *malware*, antes mesmo que os antivírus entrem em ação. [...] Além disso, um *firewall* poderá bloquear as tentativas de invasão ao seu computador e possibilitar a identificação das origens destas tentativas”. Também existem pacotes de *firewall* que funcionam em conjunto com os antivírus, provendo um maior nível de segurança para os computadores onde são utilizados. [...]” – CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL – CERT.BR. *Cartilha de Segurança para Internet: Parte II: Riscos envolvidos no uso da Internet e métodos de prevenção*. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/prevencao/sec4.html#sec4>>. Acesso em: 23 out. 2007.
- 54 O art. 21 da Convenção de Cibercrimes declara que cada Parte Contratante deverá adotar medidas legislativas necessária à interceptação da comunicação de dados. CONSELHO DA EUROPA. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2007.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2006.
- AMARAL, Agamenon Bento do. *Inconstitucionalidade parcial da Lei nº 9.296/96*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=198>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- ANASTASI, Joe. *Cyberforensics: New requirements for our legal systems*. Disponível em: <[http://islandia.law.yale.edu/isp/digital%20cops/papers/anastasi\\_newtrials1.pdf](http://islandia.law.yale.edu/isp/digital%20cops/papers/anastasi_newtrials1.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2007.
- APPLE. *Apple – iPod Classic*. Disponível em <<http://www.apple.com/ipodclassic/>>. Acesso em: 16 out. 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, v. 1., 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. *O que a lei protege: dados ou comunicação de dados?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9121>>. Acesso em: 20 ago. 2007.
- BRAUN, Daniela. *Voz sobre IP: saiba como se ligar à telefonia pela internet*. Disponível em: <[http://idgnow.uol.com.br/telecom/2007/04/20/idgnoticia.2007-0419.1139474797/paginador/pagina\\_2](http://idgnow.uol.com.br/telecom/2007/04/20/idgnoticia.2007-0419.1139474797/paginador/pagina_2)>. Acesso em: 19 out. 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASAD, Joe; WILLSEY, Bob. *Aprenda em 24 horas TCP/IP*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- CASTANHO, Fabiano da Silveira. *O princípio da proporcionalidade e o sigilo constitucional de dados*. Disponível em: <<http://www.revista.mcampos.br/artigos/dirgdis/140504fabianodasilveiracastanho.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2007.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição: Princípios constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL - CERT.BR. *Cartilha de Segurança para Internet: Parte II: Riscos envolvidos no uso da Internet e métodos de prevenção*. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/prevencao/sec4.html#sec4>>. Acesso em: 23 out. 2007.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2007.
- CORREA, Rafael. *Acesso não autorizado a redes sem fio e a legislação brasileira*. Disponível em: <[http://www.imasters.com.br/artigo/6572/direito/acesso\\_nao\\_autorizad\\_o\\_a\\_redes\\_sem\\_fio\\_e\\_a\\_legislacao\\_brasileira/](http://www.imasters.com.br/artigo/6572/direito/acesso_nao_autorizad_o_a_redes_sem_fio_e_a_legislacao_brasileira/)>. Acesso em: 22 ago. 2007.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime informático. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p.27-40, 2004.
- DUARTE, Juliana Bracks. *O Trabalho no Domicílio do Empregado: controle da jornada e responsabilidade pelo custeio dos equipamentos envolvidos*. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/artigos/teletrabalho\\_juliana.htm](http://www.calvo.pro.br/artigos/teletrabalho_juliana.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2007.

## REFERÊNCIAS

- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Voice-Over-Internet Protocol*. Disponível em: <<http://www.fcc.gov/voip/>>. Acesso em: 19 out. 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2007.
- FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. *Internet: Macrocriminalidade e jurisdição internacional*. Curitiba: Juruá, 2007.
- FRANÇA, Dalton Ribeiro. *Interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/46/2346/>>. Acesso em: 20 ago. 2007.
- GENNARI, Maria Cristina. *Minidicionário de Informática*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOMES, Abel Fernandes et al. *Crime organizado e as suas conexões com o Poder Público: comentários a Lei nº 9.034/95: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/artigo9.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Raúl Servini. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296, De 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOOGLE. *About Gmail*. Disponível em: <[http://mail.google.com/mail/help/intl/en/why\\_gmail.html](http://mail.google.com/mail/help/intl/en/why_gmail.html)>. Acesso em: 5 nov. 2007.
- GOULART, Guilherme Damásio. *Interceptação telemática ilegal no STF*. Disponível em: <<http://www.direitodatecnologia.blogspot.com/2007/08/interceptao-telematica-ilegal-no-stf-no.html>>. Acesso em: 29 out. 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica: Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GREGO, Maurício. *Bugs S.A.: Link no Skype é armadilha*. Info, São Paulo, , n. 259, out. 2007. Mensal.
- \_\_\_\_\_. *O Mapa das Defesas*. Info Exame, São Paulo, n. 247, out. 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.
- HERSENT, Oliver; GUIDE, David; PETIT, Jean-pierre. *Telefonia IP: Comunicação multimídia baseada em pacotes*. São Paulo: Addison Wesley, 2002.
- HOLSCHUH, Henrique. *Pretty Good Privacy (PGP)*. Disponível em: <<http://www.dca.fee.unicamp.br/pgp/pgp.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2007.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa versão 1.05a*: Objetiva: 2002. 1. CD-ROM.
- LEITE, Gisele. *As implicações jurídicas da interceptação telefônica*. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2003/OUTUBRO/0310/ARTIGOS/A03.doc>>. Acesso em: 20 ago. 2007.
- LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. *Da Inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/96*: (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=197>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- MITNICK, Kevin D.; Simon, William L. *A arte de enganar*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2001.
- MURPHY, Angela. *Cracking the code to privacy: How far can the FBI go?* Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2002DLTR0002.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2007.
- NIGRI, Tânia. *Sigilo de dados: os limites da sua inviolabilidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8956>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL. OAB: Brasil não pode virar um Big Brother e banir a privacidade. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=10879>>. Acesso em: 30 out. 2007.
- POULSEN, Kevin. *FBI retires its Carnivore*. Disponível em <<http://www.securityfocus.com/news/10307>>. Acesso em: 17 out.2007.
- PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em: 19 jun.2007.
- RANGEL, Paulo. *Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- REVISTA INFO. *Infofaq*. Disponível em <[http://info.abril.com.br/infofaq/faq\\_c\\_2.shl](http://info.abril.com.br/infofaq/faq_c_2.shl)>. Acesso em: 30 nov.2006
- RYAN, Daniel J.; SHPANTZER, Gal. *Legal Issues in Digital Forensics*. Disponível em: <<http://www.danjryan.com/Legal%20Issues.doc>>. Acesso em: 16 out. 2007.
- SKYPE. *Chamadas baratas para qualquer telefone com o SkypeOut*. Disponível em <<http://www.skype.com/intl/pt/products/>>. Acesso em: 17.out.2007.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUTO, Erick Nilson. *Impactos da tecnologia digital no direito penal*. Disponível em: <<http://www.souto.adv.br/censi/tecnologiadigitaldirei-topenal.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2007.
- TANENBAUM, Andrew S. *Redes de computadores*. 1. ed. 4ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de Direito Penal Informático: Do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- WEBER, Demétrio. Entidades divergem sobre troca de mensagens. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 9. 24 ago. 2007.
- WI-FI ALLIANCE. *Wi-Fi for Consumers*. Disponível em: <<http://www.wi-fi.org/consumer.php>>. Acesso em: 6 nov. 2007.



**WALTER ARANHA CAPANEMA** é advogado, professor e coordenador do Curso de Extensão em Direito Eletrônico da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ).

# O ASSÉDIO SEXUAL VIRTUAL E *REVENGE PORN* OU PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

“Se por um lado compete ao Legislativo – veja o Projetos de Lei nº 6.630/2013 e o Projeto de Lei nº 5.555/2013 – e aos operadores do Direito uma melhor compreensão do problema, propondo medidas eficazes em prol da sociedade, com o entendimento de todo ecossistema que permeia o crime digital, sob um viés holístico, e na hipótese de criação da norma, considerar que a regra de Direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz (REALE, 1996); por outro lado faz-se necessária uma conscientização de toda a sociedade, por intermédio da educação digital, a respeito dos riscos trazidos pela internet e pelas novas tecnologias, e a desconstrução da cultura da objetificação da mulher por meio de seu empoderamento, reconhecendo o seu valor e papel na sociedade, a fim de encontrarmos um caminho para o melhor aproveitamento das benesses trazidas pela internet e suas novas tecnologias, minimizando os riscos sociais e promovendo o convívio harmônico em sociedade.”

■ POR JEAN CARLOS FERNANDES

A internet foi um dos acontecimentos mais importantes da história da humanidade, capaz de permitir o intercâmbio de informações entre pessoas em escala global, com um nível de interatividade jamais imaginado. A

sua origem se deu por intermédio de uma iniciativa militar do governo norte-americano denominado ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), com o propósito de criar uma rede de comunicação e transferência de dados descentralizada, a



fim de garantir o funcionamento da rede mesmo na hipótese de ataques a um dos seus pontos.

Dando um salto na história, podemos constatar nos dias atuais que a internet associada ao surgimento, à massificação e ao barateamento dos computadores pessoais, *tabletes* e *smartphones*, aliado ao surgimento das mídias sociais e das novas tecnologias impactou drasticamente as formas de interações sociais, quer seja na esfera privada ou no ambiente corporativo. A interconectividade, a interatividade, a transparência radical, a profusão da informação e a velocidade com que ela se propaga nos meios de comunicação, notadamente na internet, são apenas algumas das características da novel sociedade.

Se por um lado temos a democratização da informação e do conhecimento, com o surgimento de novas oportunidades de evolução intelectual, entretenimento e novos e rentáveis modelos de negócios, por outro lado temos um terreno fértil para práticas de ilícitos.

À medida que as novas tecnologias se intensificam em nossas vidas, mais tênue é a distância entre o virtual e o real. Fato é que cada vez mais as realidades se misturam, se interconectam, de tal sorte que a distinção e a oposição entre o real e o virtual não fará mais nenhum sentido. Um fato ocorrido no ambiente físico pode gerar reflexos no ambiente virtual. Basta apenas a sua publicação na rede mundial de computadores para ocorrer a temerária viralização, com a rápida disseminação do conteúdo. Noutro sentido, um fato ocorrido na internet pode causar danos no ambiente físico, tais como transtornos psicológicos,

linchamento moral, represália social, perda de emprego ou de clientela, entre outros.

Feita esta breve introdução e incursão neste admirável mundo novo, repleto de novidades e dissabores, passaremos a enfrentar a temática e a problemática que permeiam o assunto, objeto do presente artigo, que são as nefastas práticas de assédio sexual virtual e *revenge porn*, ou pornografia de vingança, ilícitos que têm se proliferado no ambiente virtual.

### ASSÉDIO SEXUAL VIRTUAL

Da análise denotativa do termo, podemos inferir que o verbete “assédio”, em uma de suas acepções, tem o sentido de importunação, perturbação de alguém, para conseguir alguma coisa. Já na sua forma sexual significa atos ou palavras que levem a constrangimento de natureza sexual<sup>1</sup>. De certa forma, a análise literal da expressão, projetando a conduta para o ambiente virtual, nos dá um direcionamento do comportamento desviante que tanto tem gerado desassossego entre as mulheres.

Outra prática que também tem se popularizado e guarda semelhança com o assédio sexual virtual, porém sem conotação sexual é o *stalking* ou *cyberstalking* (também conhecido por perseguição persistente), um termo inglês que designa uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade repetidamente a esfera de privacidade da vítima, empregando táticas de perseguição e meios diversos, tais como ligações telefônicas, envio de mensagens pelo SMS ou por correio eletrônico, publicação de fatos ou boatos em sites da internet<sup>2</sup>.

O assédio sexual virtual é uma prática que se dá por intermédio de tecnologias de informação e comunicação, na qual o ofensor, na maior parte dos casos homens, fã ou admiradores da vítima – indubitavelmente as mulheres é que sofrem com maior intensidade tal constrangimento – ao se depararem com imagens ou vídeos, não necessariamente com conotação sensual, geralmente publicados nas mídias sociais (*facebook*, *instagram*, *snapchat*, *tinder*, *blog*, *vlogs*), as utilizam para perseguir e constranger a outrem, atacando sua esfera íntima e valorativa, importunando, constrangendo, depreciando e vulgarizando com comentários bastante ofensivos à honra, ao decoro e à dignidade da vítima.

Vale lembrar que existe uma linha tênue entre o cortejo, a paquera ou a cantada respeitosa, que tem caráter menos invasivo do que o assédio. Entretanto, deve-se considerar que, em se tratando de conduta perpetrada no ambiente virtual, toda cautela é pouco, pois no ambiente computacional as testemunhas são as máquinas, ou seja, tudo fica registrado. Na modalidade de ilícito na qual os agentes agressores geralmente são homens, por vezes aproveitando-se de uma falsa



sensação de anonimato e de impunidade gerada pela rede mundial de computadores, os assediadores deixam aflorar seus mais sórdidos e perversos desejos, preconceitos e toda sorte de psicopatia.

## REVENGE PORNO OU PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

A pornografia de vingança é um ilícito praticado por ex-parceiro, ex-amante, ex-marido ou pessoas que tenham mantido um relacionamento amoroso ou íntimo com a vítima, que aproveitando-se de uma relação de confiança obtém imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, com conotação sexual e nudez, geralmente adstrito a relação íntima pretérita, estabelecida entre o agressor e a vítima, de posse do material pode adotar duas condutas: a) divulgar e disseminar o material ilícito na internet, principalmente nas mídias sociais; b) constranger a vítima, por intermédio de chantagem, ameaça ou extorsão, com o objetivo de obter vantagem ilícita, que pode ser desde pagamento em dinheiro como vantagens sexuais em troca de não divulgar o material.

É bom que se diga que as referidas condutas ilícitas não possuem tutela penal específica, hipóteses de crimes digitais impróprios, nas quais o agente, ao percorrer o *iter criminis*, utiliza-se da internet como meio para a prática delituosa, uma vez que a conduta lesa bens jurídicos já contemplados no ordenamento jurídico, nas esferas constitucional, penal e civil e em leis esparsas, tais como a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a Lei nº 9.609/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), devendo ser caracterizada no caso concreto qual a tipificação da conduta do agente, tendo em vista a lesão aos valores sócias, à liberdade individual ou pessoal de autodeterminação, à honra, à intimidade, à dignidade da pessoa humana e à liberdade sexual. Diversamente dos crimes digitais próprios, nos quais a conduta perpetrada lesa o bem jurídico informação ou sistema informático (SILVA SÁNCHEZ, 2003, p. 63, *apud* CRESPO, 2011, p. 53).

Dito de outra forma, o assédio sexual virtual e a pornografia de vingança podem configurar, em tese, crimes já tipificados no Código Penal (art. 139 – difamação; 140 – injúria; 146 – constrangimento ilegal; 147 – ameaça; 158 – extorsão; 216-A – assédio sexual), assim como a vítima pode requerer medidas protetivas dispostas na legislação esparsa.

O Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965, de abril de 2014, embora não tipifique crimes digitais foi um importante avanço legislativo no apoio a identificação dos autores de tais ilícitos, ao prever o dever de manter os registros de conexões (informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado) pelos provedores de conexão (art. 13), e os registros de acesso a aplicações a internet (conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP) pelos provedores de aplicações (arts. 15).

Embora exista previsão legal para a guarda dos registros de conexões e acesso a aplicações por força de lei, não podemos perder de vista que, em determinados casos, o

agente com *expertise* técnica, os famigerados *crackers*, podem utilizar de subterfúgios com o objetivo de dificultar ou até mesmo inviabilizar a identificação da autoria dos ilícitos. Entretanto, é de se ressaltar que a polícia judiciária tem se especializado e se preparado para o combate e a investigação dos crimes digitais.

Nesta esteira argumentativa, três questões, inicialmente, merecem reflexão:

1ª) os ilícitos em análise merecem tutela penal ou extrapenal? Nesta última hipótese resolve-se apenas com a reparação civil por danos morais e patrimoniais em favor da vítima, em cotejo com os princípios da intervenção mínima ou “*ultima ratio*” e fragmentariedade do Direito Penal;

2ª) os tipos penais existentes são suficientes para a proteção dos bens jurídicos tutelados ou faz-se necessária a criação de um tipo penal específico, com agravamento de pena, considerada a alta lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, em virtude de o ilícito ser praticado no ambiente virtual, onde se presume maior lesividade da conduta, em respeito ao princípio da proporcionalidade na cominação das penas?;

3ª) a ausência de um tipo penal específico pode gerar impunidade do agente em razão da atipicidade da conduta, tendo em vista que o princípio da reserva legal ou estrita legalidade que determina que não há crime sem lei anterior que o defina (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal)?

Fato é que juntamente com a internet e as novas tecnologias surgem novos riscos sociais. Nasce, então, a ideia de sociedade de risco informático (CRESPO, 2011), que desafia velhos paradigmas do Direito, exigindo do legislador, intérprete e operador do Direito uma nova postura, com o desafio hercúleo de buscar alternativas eficazes, sob pena de deslegitimar o Direito, fundamentalmente “o Direito Penal, que não poderá renunciar sua tarefa de regulação social por imposição de penas em determinado momento histórico, com o propósito de atender a um clamor social e de grupos específicos, dando-se, assim voz aos *atypische moralunternehmer* ou gestores da moral coletiva, representados pelas associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, de bairro ou pacifistas ou, de forma mais generalizada, a toda sorte de organizações não governamentais que se arvoreem o direito de defender determinado bem coletivo” (SILVA SÁNCHEZ, 2003, p. 63, *apud* SOUZA, 2007, p. 53).

São evidentes a nocividade e a reprovabilidade da conduta do agente, praticadas na maioria dos casos por homens que não possuem freios morais, impulsionados pelos mais sórdidos devaneios e apetites sexuais que transcendem a barreira da moral e da ética. Contudo, sob uma perspectiva criminológica, fundamentalmente sob a ótica da vítima e vitimário, não se pode desprezar que o comportamento da vítima pode influenciar na conduta do agente (SYDOW, 2013). Frise-se que em momento algum se advoga em favor do agressor, ou se busca justificativa para a nefasta conduta, muito menos se engrossa o coro com os que defendem a responsabilidade da vítima nos atos ilícitos de natureza sexual contra a mulher.

Neste racional pensamento jurídico objetiva-se chamar a atenção para a importância de medidas preventivas, como formas efetivas de combate e compreensão da gênese do crime, pautadas em alguns cuidados a serem adotados pela vítima, sob pena da autocolocação da vítima em risco, fundamentalmente neste momento de transição para um mundo digital, fruto da grande revolução tecnológica, na qual percebemos claramente um choque de valores, novos estilos de vida e modo de comunicação, ambiente fértil para a prática de crimes digitais.

Para Toffler (1995, p. 16), velhos modos de pensar, fórmulas antigas, dogmas antigos e antigas ideologias, por mais acalentadas e por mais úteis que tenham sido no passado, não mais se adaptam aos fatos. O mundo que está emergindo rapidamente do choque de novos valores e tecnologias, novas relações geopolíticas, novos estilos de vida e novos modos de comunicação exige ideias e analogias novas, novas classificações e novos conceitos.

O instituto da autocolocação da vítima em risco, contemplado na moderna dogmática penal, já está abarcado de certa forma na Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, em seu art. 154-A, vejamos:

#### Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, **mediante violação indevida de mecanismo de segurança** e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (grifos nossos).

Observe que o legislador ordinário atribui a possível vítima do crime de violação de dispositivo informático o dever de cuidado, qual seja, adotar mecanismos de segu-

rança com o objetivo de proteger a informação ou sistema informático, bem jurídico penalmente tutelado – ressalte-se que, nesta hipótese, temos um típico crime digital próprio – sob pena de atipicidade da conduta. Destaque-se que a lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado não é suficiente para a subsunção ao tipo penal.

Corroborando com este raciocínio Silva Sánchez (2001, p. 170, *apud* SYDOW, 2013, p. 173) afirma que:

A partir de tal tendência, é de se entender que delitos são resultados de vetores da ação vitimário e da vítima, num comportamento concausal. Tais vetores podem ter forças em sentidos opostos: a) no prevalecimento do vetor da vítima, ou b) prevalecendo o vetor do vitimário, que conseguirá perpetrar a intenção.

A problemática está colocada. Se por um lado compete ao Legislativo – veja o Projeto de Lei nº 6.630/2013 e o Projeto de Lei nº 5.555/2013 – e aos operadores do Direito uma melhor compreensão do problema, propondo medidas eficazes em prol da sociedade, com o entendimento de todo ecossistema que permeia o crime digital, sob um viés holístico, e na hipótese de criação da norma, considerar que a regra de Direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz (REALE, 1996); por outro lado faz-se necessária uma conscientização de toda a sociedade, por intermédio da educação digital, a respeito dos riscos trazidos pela internet e pelas novas tecnologias, e a desconstrução da cultura da objetificação da mulher por meio de seu empoderamento, reconhecendo o seu valor e papel na sociedade, a fim de encontrarmos um caminho para o melhor aproveitamento das benesses trazidas pela internet e suas novas tecnologias, minimizando os riscos sociais e promovendo o convívio harmônico em sociedade. ☐

#### NOTAS

- 1 MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa, São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- 2 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Stalking>. Acesso em: 10 nov. 2016.

#### REFERÊNCIAS

- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOFFLER, Alvin. *A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. Trad. João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?*, 2. ed. Trad. Paulo Neves, São Paulo: Editora 34, 1996.
- LUIZI, Luís. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. ver. e aum., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- TOFFLER, Alvin. *A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*, 20. ed., Rio de Janeiro: Record, 1995.
- WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação*, Rio de Janeiro: Editora Brasport, 2012.



**JEAN CARLOS FERNANDES** é advogado, presidente da Comissão de Direito Eletrônico e Tecnologia – 104ª Subseção de Itaquera. Membro da Comissão de Direito Digital e Compliance – OAB/SP. Consultor jurídico em segurança da informação na Alerta Security Solution. Pós-graduado em Direito Penal – ESA - SP; pós-graduado em Direito e Tecnologia da Informação – Escola Politécnica – USP; pós-graduando *Master of Business Administration* em Direito Eletrônico – Escola Paulista de Direito – São Paulo.

# A INTIMIDADE NA REDE: ASSÉDIO E COMPARTILHAMENTO NÃO AUTORIZADO DE CONTEÚDO ÍNTIMO NO DIREITO BRASILEIRO

**“Com a Lei Maria da Penha em vigor, além do Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014), que permite a responsabilização subsidiária do provedor de serviços de internet quanto à manutenção de conteúdo íntimo de terceiros, precisaríamos de um pequeno ajuste em nosso Código Penal para darmos a visibilidade e punibilidade que o compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo requer. Uma legislação mais igualitária e efetiva é um dos principais passos para atingirmos esse objetivo.”**

■ POR GISELE TRUZZI

**“Quando a mulher não é discriminada pela norma, ela será discriminada pela prática e/ou pela doutrina jurídica. Essa é a ‘cilada’ do patriarcalismo jurídico na atualidade, que continua a produzir e a reproduzir a discriminação feminina” (Ana Lúcia Sabadell).**

**O** excerto acima, de autoria da jurista Ana Lúcia Sabadell, Doutora em Direito e professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, infelizmente reflete o contexto atual em que vivemos hoje, que vem desde os primórdios da Idade Média.

A História não nos deixa mentir. No início das civilizações, a maioria das sociedades eram matriarcais, e havia o respeito à mulher como um todo. Com o passar dos tempos, a valorização da propriedade privada, o feudalismo e o crescimento da burguesia e do clero trouxeram uma mudança nos padrões de comportamento. Nos tempos da Inquisição, só o fato de ser mulher já as colocava como um “receptáculo do mal” e, assim, com tal pretexto, iniciou-se uma das grandes matanças da humanidade, amparada pelo legislador-inquisidor, com o respaldo teológico da época.

Um dos mais conhecidos “manuais da Inquisição” é o histórico livro *“Malleus Maleficarum”*, traduzido para o português como *“Martelo das Feiticeiras”*, escrito em 1484,

pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger (1991, p. 116), em que os autores apontaram várias justificativas pelas quais as mulheres deveriam ser subjugadas, desvalorizadas e, sim, mortas. Uma delas era a seguinte:

[...] a razão natural para isto é que ela é mais carnal que o homem, como fica claro pelas inúmeras abominações carnavais que pratica. Deve-se notar que houve um defeito na fabricação da primeira mulher, pois ela foi formada por uma costela de peito de homem, que é torta. Devido a esse defeito, ela é um animal imperfeito que engana sempre.

A partir desse ponto, iniciou-se a grande segregação das mulheres na sociedade, que sempre foram colocadas em posições de submissão, incapacidades intelectual e física, sem valor, sem voz, sem direitos.

Passados mais de 500 anos de história, muita coisa mudou na humanidade. Tivemos a Revolução Industrial, a liberação sexual, a valorização das mulheres ao mercado

de trabalho, a nossa Constituição Federal que, em 1988 equiparou homens e mulheres às mesmas condições de direitos, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a globalização, a Revolução Tecnológica, entre outros importantes acontecimentos.

Contudo, ainda temos imensos resquícios da cultura inquisitória que segregava as mulheres, os quais, por mais que tenham sido tecnicamente abolidos de nossos diplomas legais, ainda ressoam nas relações interpessoais atuais.

Vejamos dois pequenos exemplos, a título ilustrativo:

1. Até 2002, o Código Civil Brasileiro (que datava de 1916) previa que o homem poderia requerer a anulação do matrimônio caso descobrisse que a mulher fora “deflorada” antes do casamento. À mulher não cabia qualquer possibilidade de solicitar a anulação do matrimônio.

2. Até 2005, havia no Código Penal Brasileiro (que é de 1941) a expressão “mulher honesta” e ainda previa que o estuprador poderia não ser condenado caso se casasse com a vítima (extinção da punibilidade pela “reparação do dano”).

Sendo assim, não nos estranha, infelizmente, que ainda hoje a sociedade critique a mulher que tem sua intimidade exposta na internet, mesmo que seja sem o seu consentimento.

Essa mulher é vítima duas vezes: do crime que sofreu e do julgamento social.

Atualmente, no mundo tecnológico em que vivemos, onde as interações são cada vez mais virtuais e no qual muitas pessoas possuem dispositivos móveis conectados à internet, é natural o enfrentamento de um número crescente de casos relacionados a crimes sexuais, à violação da intimidade, a ameaças e à exposição na internet.

Dentro desse recorte, nos chama a atenção o que tem se nomeado de “assédio online” e “*revenge porn*”, dois comportamentos que são o objeto deste artigo e que conceituaremos no tópico a seguir.

## **ASSÉDIO “ONLINE”: DEFINIÇÃO, EQUÍVOCOS E ENQUADRAMENTO JURÍDICO ATUAL**

Em geral, tem-se caracterizado como “assédio online” o comportamento do indivíduo que entra em contato com uma pessoa através da internet e passa a enviar-lhe mensagens reiteradamente, fazendo gracejos, tecendo comentários de cunho sexual, enviando fotos não solicitadas de sua genitália, solicitando fotos da vítima, e até mesmo ameaçando divulgar algum conteúdo íntimo da vítima, caso ela não cumpra as suas solicitações.

Notamos que há um grande equívoco em confundir este comportamento com o delito de assédio sexual, tipificado no Código Penal no artigo 216-A<sup>1</sup>. Muitas pessoas falam em “assédio online” com a convicção de que se trata do assédio sexual já tipificado no Código Penal, quando isso não ocorre.

Explico: conforme define o Código Penal, no art. 216-A, para a caracterização do delito de assédio sexual é necessário que o agente possua alguma relação de superioridade hierárquica ou ascendência com a vítima. São exemplos as relações professor – aluna(o); chefe – subordinada(o); tio – sobrinha(o); etc.. São as interações nas quais há certa superioridade do ofensor sobre a ví-

tima, que acaba exercendo dominância sobre esta, que, acuada, acaba cedendo aos seus apelos.

Sendo assim, para que o assédio sexual definido pelo art. 216-A ocorra no ambiente online será preciso que o agente possua essa característica de superioridade/ascendência sobre a vítima, e faça uso disso nas suas interações virtuais. Logo, pode ocorrer, por exemplo, o assédio sexual online entre professor e aluna(o) se o docente fizer contatos inoportunos com a vítima através da internet.

Por outro lado, não há enquadramento da conduta no tipo penal do art. 216-A se o agente for um desconhecido, não possuindo qualquer relação com a vítima. Desta feita, falta a condição imprescindível para a configuração do delito: a superioridade hierárquica ou ascendência sobre a vítima.

Tendo em vista que nossa legislação vigente não possui melhor definição jurídica para este comportamento, atualmente enquadraremos tal situação nas contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor<sup>2</sup> ou de perturbação da tranquilidade alheia<sup>3</sup>, tipificados nos artigos 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais, respectivamente.

A questão do “local público” requisitado pelo art. 61 é superada pelo fato de a internet ser um local público e acessível a qualquer cidadão que possua os meios para tal. Em relação à pena, é importante lembrar que a multa será atualizada pela moeda vigente.

## **PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL**

Dado que a legislação atual não possui ainda tipificação adequada a referida conduta, a fim de apresentar melhores formas punitivas, sugerimos uma pequena inserção no nosso Código Penal, para incluirmos esse delito, tão comum nos dias de hoje, e que vem destruindo muitas vidas.

Tal inserção poderia ser feita no Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual; Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, posto que a situação está relacionada à sexualidade da vítima.

O *nomen juris* deve ser discutido, a fim de diferenciar-se do “assédio sexual” definido no art. 216-A, mas certamente deverá conter o termo “assédio”, com o cuidado de não se atrelar à conduta somente aos meios eletrônicos.

Sugerimos o seguinte:

Art. 216-B: Importunar alguém, por quaisquer meios de comunicação, perturbando-lhe a tranquilidade, de modo não solicitado e ofensivo a sua privacidade ou ao seu pudor, com conotação sexual ou com intuito de obter algum favorecimento sexual:

Pena: detenção, de 01 (um) a 06 (seis) meses, e multa.

Deste modo, com um tipo penal específico, espera-se outro tipo de tratamento nas Delegacias de Polícia para registro de ocorrências, bem como chama-se a atenção da sociedade para esta conduta.

## **COMPARTILHAMENTO NÃO AUTORIZADO DE CONTEÚDO ÍNTIMO (“REVENGE PORN”) DEFINIÇÃO E EQUÍVOCOS**

Primeiramente, é importante frisar o quanto a nomenclatura emprestada do Direito norte-americano é equívoco- ▶

cada, já que a tradução literal de “*revenge porn*” significa “pornografia de vingança”.

E aqui, ambos os termos (pornografia e vingança) são duplamente inadequados. Explico:

1. A divulgação não autorizada de fotos/vídeos íntimos de terceiros não é pornografia, é invasão de privacidade, difamação. O uso inadequado do termo “pornografia” acarreta ainda maior sentimento de culpa às vítimas, bem como maior julgamento negativo da sociedade.
2. O uso do termo “vingança” não é correto, pois dá a conotação de que o agente divulgou o conteúdo íntimo em represália a algo que a vítima tenha lhe feito. Geralmente, essas situações ocorrem por conta do final de um relacionamento, no qual o agente, inconformado com o término, resolve difamar a vítima. Logo, a vítima nada lhe fez, e mesmo assim, não há justificativa plausível que ampare tal conduta.
3. Ademais, ainda há casos nos quais as vítimas têm seu conteúdo íntimo devassado, sem sequer conhecerem o agente. São numerosos os casos de vítimas expostas por conta de furtos ou invasões a seus computadores e celulares, ou por situações em que levaram seus aparelhos a uma assistência técnica.

Portanto, diante de tais definições imprecisas, entendemos que até o momento, o melhor conceito seria “compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo”.

Tal nomenclatura sugerida não coloca a vítima na situação de “pornografia” e enfatiza a falta de consentimento, colocando o agente como o causador do constrangimento enfrentado pela vítima.

Feitas tais considerações iniciais, passamos a elucidar o enquadramento jurídico do compartilhamento não autorizado de conteúdo no nosso ordenamento jurídico atual.

## ENQUADRAMENTO JURÍDICO NA LEGISLAÇÃO ATUAL

Em nosso ordenamento jurídico atual, geralmente podemos enquadrar perfeitamente os casos de compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo no crime de difamação<sup>4</sup>, definido no art. 139 do Código Penal, posto que tal ofensa macula definitivamente o nome, a imagem, a honra e a reputação da vítima, nas esferas pessoal e profissional.

Geralmente, também é possível enquadrar também como injúria<sup>5</sup>, tendo em vista os adjetivos negativos que são comumente atrelados às imagens e vídeos divulgados.

Não raro, também em muitos casos há a possibilidade de enquadramento no delito de ameaça<sup>6</sup>, posto que às vezes o agente intimida a vítima por meio de mensagens ameaçadoras, coagindo-lhe a fazer ou deixar de fazer algo, em troca da não divulgação do conteúdo íntimo.

Além do Código Penal, também é possível aplicarmos a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) nos casos em que houver algum vínculo afetivo entre o agente e a vítima.

Nesse caso, não importa o tempo de duração de tal relacionamento, basta sua existência.

Dentro desse contexto, a Lei Maria da Penha abrange tal situação como uma das formas de violência contra a mulher<sup>7</sup>: a violência psicológica.

Sendo assim, demonstrada a existência do vínculo afetivo, comprovada a difamação sofrida pelo compartilhamento/divulgação do conteúdo íntimo, a vítima deverá receber tratamento imediato e adequado nas Delegacias de Polícia e, se for mulher, deverá dirigir-se primeiramente à uma Delegacia de Defesa da Mulher.

As autoridades policiais poderão requisitar ao juiz a imposição de medida restritiva ao agente, para que este ou retire-se do lar, mantenha-se afastado da vítima, não divulgue qualquer conteúdo relacionado à vítima na internet, exclua o material publicado ou não tenha qualquer tipo de contato com a vítima, entre outras determinações.

Além disso, um dos grandes destaques da Lei Maria da Penha é que o agente não poderá usufruir dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que incluem a transação penal, com conversão das penas em pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços comunitários<sup>8</sup>. Ou seja: se o autor do compartilhamento não autorizado de conteúdo tiver vínculo afetivo com a vítima, ele poderá ser preso.

Portanto, a análise do caso à luz do Código Penal em associação com a Lei Maria da Penha é essencial para obter-se a punição efetiva do agente e maior proteção à vítima.

## PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

Em que pese existirem dois projetos de lei (PL nº 6630/13 e PL nº 5555/2013) originados na Câmara dos Deputados, que tramitam apensados, visando à criação do delito de compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo, não vamos nos debruçar sobre tais propostas legislativas, posto que não é o foco deste artigo, e também porque acreditamos que a redação de ambos pouco inova de modo significativo a nossa legislação.

Com a Lei Maria da Penha em vigor, além do Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014), que permite a responsabilização subsidiária do provedor de serviços de internet quanto à manutenção de conteúdo íntimo de terceiros, precisaríamos de um pequeno ajuste em nosso Código Penal para darmos a visibilidade e punibilidade necessária que o compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo requer.

Nesse sentido, sugerimos a inserção de um novo artigo no Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual; Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, posto que a conduta está vinculada à sexualidade da vítima.

Propomos o seguinte:

Art. 216-C: Compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo

Compartilhar ou divulgar, por qualquer meio de comunicação, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, sexo, ato obsceno ou de conotação sexual, sem autorização expressa do retratado:

Pena: reclusão, de 01 (um) a 02 (dois) anos e multa.

Parágrafo primeiro: A pena é aumentada da metade se o crime for cometido por agente que teve qualquer vínculo afetivo com a vítima.

Parágrafo segundo: A pena é aumentada do dobro se o crime for cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou que tenha sua capacidade de defesa reduzida.

Parágrafo terceiro: O provedor de serviços de internet responsável pela hospedagem do conteúdo íntimo deverá retirar o material em 24 horas, assim que notificado pela vítima ou intimado judicialmente.

Obviamente, a questão da dosimetria da pena deverá ser estudada amplamente, mas o importante é que esta seja de reclusão combinada com multa.

Ainda temos um longo caminho a trilhar na busca da equidade de direitos entre gêneros. Também não é menos árdua a missão no combate aos crimes eletrônicos, em especial os referentes aos delitos aqui abordados, que maculam a vida de milhares de pessoas.

Uma legislação mais igualitária e efetiva é um dos principais passos para atingirmos esse objetivo. 

## NOTAS

### 1 Assédio sexual:

**Art. 216-A:** Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos

§ 2º: A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

### 2 Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941):

#### Importunação ofensiva ao pudor:

**Art. 61.** Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

### 3 Perturbação da tranquilidade alheia:

**Art. 65.** Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

### 4 Difamação:

**Art. 139** - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa

### 5 Injúria:

**Art. 140** - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

### 6 Ameaça:

**Art. 147** - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

### 7 Lei nº 11.340/2016:

**Art. 7º:** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

### 8 Art. 41: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. *A Mulher e os Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Disponível em <http://www.clinicadeadvocacia.adv.br/pdf/>. Acesso em: 29 mai. 2015.

KRAMER, Heinrich. SPRENGER, JAMES. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: ed. Rosa dos Tempos, 1991.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: RT, 2010.

SPAGNOL, Debora. *Intimidade na internet: revenge porn – nova forma de violência contra a mulher*. Disponível em <http://deboraspagnol.jus-brasil.com.br/artigos/232292769/intimidade-na-internet-revenge-porn-nova-forma-de-violencia-contra-a-mulher?ref=home>. Acesso em 04/11/2016

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016. Disponível em <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/07/OCorpoOCodigo.pdf>. Acesso em 04/11/2016



**GISELE TRUZZI** é Advogada especialista em Direito Digital. Proprietária de “Truzzi Advogados”. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Segurança da Informação, com extensão em Direito da Tecnologia da Informação pela Fundação Getúlio Vargas. Atua desde 2005 na área do Direito Digital (consultivo, contencioso e treinamentos). Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/SP. Palestrante em diversos eventos, cursos e congressos, para empresas privadas e órgãos públicos.

# CRIMES DIGITAIS E SEUS EFEITOS: SOLUÇÕES POSSÍVEIS

“Enquanto redigia o presente texto, lamentavelmente tive conhecimento de mais uma vítima de cibercrime, desta vez com proporções irreversíveis, levando a vítima ao suicídio. Foi um crime ocorrido no Estado de Mato Grosso. Confesso que me emocionei ao ler o depoimento/denúncia da advogada de apenas 25 anos, vítima de *cyberstalking*, que cometeu suicídio após postar em seu perfil de rede social detalhes do sofrimento psicológico ocasionado pela perseguição e assédio perpetrados por seu professor ao longo de um ano. Logo no início de seu depoimento/denúncia a advogada assim descreve o stalker: “No decorrer desse longo ano eu pensei em um cem números de ‘saídas’, mas fica difícil quando se é vítima de uma mente brilhantemente psicopática e narcisista determinada.”

■ POR ANA CRISTINA FERREIRA

**D**o ponto de vista do Direito Digital, o investimento na capacidade cultural de uso da tecnologia e na solução de conflitos jurídicos digitais utilizando a própria tecnologia da informação representa uma adaptabilidade jurídica evolutiva necessária diante desta nova sociedade, a sociedade digital. O Direito consuetudinário somado ao uso da tecnologia da informação é uma forma de trazer maiores segurança e eficiência jurídica, além de menores impactos sociais e redução da criminalidade digital no país. Diante disso, há necessidade de se repensar o modelo jurídico atual.

A esse respeito, um fator importante e que representa significativa contribuição para a prática dos cibercrimes ou crimes digitais é a farta exposição de informações da vida privada nas redes sociais, que deriva da cultura de uso da tecnologia pela nova sociedade digital.

Divulgado no site do National Institute of Justice, a Pesquisa de Violência Sexual que revelou haver uma em cada seis mulheres e um em cada 19 homens nos EUA terem sido vítimas de cibercrimes durante a sua vida. Tanto para as vítimas do sexo feminino como para as do sexo masculino, o assédio era frequentemente cometido por pessoas que as conheciam ou com as quais tinham um relacionamento. Dois terços das mulheres vítimas de perseguição (66,2%) relataram perseguição por um parceiro atual ou ex-parceiro íntimo, enquanto quase um quarto (24,0%) relatou perseguição por um conhecido. Somente uma em cada oito mulheres vítimas (13,2%) relatou perseguição por um estranho.

No Brasil, segundo dados da Safernet, importante associação que atua no combate a prática de crimes e violações contra os direitos humanos praticados por meio da

internet, 81% das vítimas de pornografia de vingança são mulheres.

Os dados das pesquisas, tanto no Brasil quanto no exterior, não só apontam para o gênero feminino como a maioria das vítimas, mas também apontam o aumento da prática de ilícitos digitais, dos quais destaco o *revenge porn*, que em português significa pornografia de vingança, e o *stalking* ou *cyberstalking*, que no Brasil conhecemos como perseguidor digital.

Enquanto redigia o presente texto, lamentavelmente tive conhecimento de mais uma vítima de cibercrime, desta vez com proporções irreversíveis, levando a vítima ao suicídio. Foi um crime ocorrido no Estado de Mato Grosso.

Confesso que me emocionei ao ler o depoimento/denúncia da advogada de apenas 25 anos, vítima de *cyberstalking*, que cometeu suicídio após postar em seu perfil de rede social detalhes do sofrimento psicológico ocasionado pela perseguição e assédio perpetrados por seu professor ao longo de um ano. Logo no início de seu depoimento/denúncia a advogada assim descreve o stalker: “No decorrer desse longo ano eu pensei em um cem números de “saídas”, mas fica difícil quando se é

vítima de uma mente brilhantemente psicopática e narcisista determinada”.

É chocante ler alguns trechos de seu depoimento, alguns, como este a seguir, que traçam um comportamento doentio: “As coisas ficaram muito estranhas quando ele demonstrava que sabia todos os lugares onde eu ia, sabia o teor das minhas conversas por WhatsApp, com quem eu falava, sabia as páginas que eu acessava no meu computador pessoal”.

Este lamentável fato nos chama a refletir sobre qual internet queremos. O que precisamos fazer para tornar a internet um ambiente ético e seguro para todos os internautas?

O Direito Digital, na qualidade de ciência jurídica contemporânea, não deve se ater apenas aos aspectos jurídicos e tecnológicos, mas precisa também acompanhar a evolução do comportamento da nova sociedade em rede. É preciso haver uma ampliação da psicologia da sociedade digital neste mundo onde a vida virtual e a vida real formam o indivíduo moderno.

A palavra “stalking” é fruto das práticas de caça e foi transformada para ser aplicada no Direito Penal. “Stalking”, também conhecido por perseguição persistente, é um termo que designa uma forma de violência na qual o perseguidor ou *stalker* invade repetidamente a esfera de privacidade da vítima, empregando táticas de perseguição e meios diversos, tais como mensagens por SMS, e-mails e posts em redes sociais. Também em sua forma não virtual o perseguidor envia presentes e espera pela passagem da vítima em lugares de sua rotina. Por ora, vamos nos ater às formas digitais do *stalker*, o *cyberstalking*.

Os *stalkers* são “perseguidores” implacáveis, que possuem um comportamento obsessivo direcionado a outra pessoa. Eles procuram sempre, agindo de forma intencional e de acordo com um curso de conduta, seguir, obter informações e controlar a

vida de outra pessoa, causando dano psicológico. A criminalização do “stalking” surgiu nos Estados Unidos, especificamente no Estado da Califórnia, em 1990.

No Brasil ainda não há tipificação direta da conduta de “stalking” como crime. Existem alguns projetos de lei nesse sentido, mas ainda dependem de aprovação legislativa. A falta de legislação específica importa em um dos fatores que corroboram para o aumento desse tipo de violência no país, mas não é o único, pois tipificar a conduta não importa necessariamente na redução de sua prática. Um exemplo disso é que existe tipificação para outros crimes virtuais, como os crimes contra a honra previstos no Código Penal e mesmo assim tais crimes são crescentes nos meios digitais.

De uma forma mais genérica, a doutrina moderna enfatiza que, para caracterização do “stalking”, além da repetição dos atos de perseguição e consequente dano psicológico, há necessidade de outros dois elementos: a perseguição e a ameaça.

Classifico o “stalking” como crime de poder e controle. O “perseguidor”, movido por obsessão, ciúmes, desejo ou vingança, passa a seguir a vítima digitalmente, monitorando sua vida nas redes sociais, nos *smathphones*, nos e-mails. Pratica uma série de atos direcionados à vítima, inicialmente para conquistá-la ou reconquistá-la. Num segundo momento, para causar-lhe medo ou dano emocional (a repetição dos atos é identificada neste momento). Por meio do envio de textos ou mensagens eletrônicas indesejadas reiteradamente, o criminoso posta informações ou espalha rumores sobre a vítima na internet. Uma espécie de “padrão comportamental” dos perseguidores é o *modus operandi* utilizado para causar a ameaça, de forma a prejudicar sua vítima.

Para o Direito Digital são quatro os pilares a serem desenvolvidos no combate ao *cyberstalking* e crimes digitais correlatos na sociedade moderna.

O primeiro pilar é a educação digital como matéria obrigatória nas escolas, a partir dos anos de alfabetização, como forma de conscientização do uso da tecnologia ética e mais segura. O segundo pilar seria o investimento em especialização para investigadores destas condutas criminosas, além de aparato policial tecnológico. Chegamos ao terceiro pilar, não menos importante, que seria uma legislação específica e eficiente para o combate aos crimes digitais ou cibercrimes. O último pilar trata de maior investimento nos canais de ajuda às vítimas de crimes digitais, além de intensificar a divulgação dos canais atualmente existentes.

O tema é complexo e exige dos especialistas em Direito Digital e disciplinas correlatas, do governo e da sociedade muita atenção e estudos profundos na busca de soluções com aplicabilidade prática, a fim de tornar a internet um ambiente mais seguro para toda a sociedade digital. 





## ASSÉDIO SEXUAL VIRTUAL, PORNOGRAFIA DA VINGANÇA E QUESTÕES CORRELATAS

**“A Justiça não pode deixar impune quem viola a vida de outrem sem pudor algum. No entanto, no aspecto penal é preciso verificar a forma que esta prática ocorre, ou seja, se houve mensagens, publicações que possam caracterizar crimes contra a honra, como calúnia, injúria, difamação ou ameaça.”**

■ POR CRISTINA SLEIMAN E CORIOLANO AURÉLIO DE ALMEIDA CAMARGO

A cultura digital está diretamente ligada às questões evolutivas, ou seja, à medida que a tecnologia evolui, a sociedade passa por transformações, sejam em seus hábitos, sejam em suas relações interpessoais. Neste contexto, nos deparamos com a sociedade da informação, uma vez que a tecnologia facilitou e incentivou a troca e manuseio de informações, de forma que passaram a ter valor econômico.

Estamos diante de questões como Big Data – o termo que descreve o imenso volume de informações que im-

pactam os negócios no dia a dia – e Inteligência Artificial, dois recursos maravilhosos, mas também assustadores, à medida que o homem delega poderes às máquinas, ou seja, fala-se muito sobre a autonomia das máquinas.

Mas estas e outras questões, por si só, já seriam suficientes para discussão em um único livro. Existe algo que não muda: “a natureza humana”. É fato que por mais tecnologias que possam existir e invadir o nosso dia a dia, apesar de provocar mudanças num contexto social, a natureza do homem ainda é inatingível.

Neste contexto, a tecnologia pode ser utilizada para o bem e para o mal, pode ser uma arma quando utilizada por pessoa má intencionada. Assim, passa a ser uma ferramenta, pois a intenção e a atitude são originadas pelo homem, sua essência é quem guia seus passos, pelo menos, por enquanto.

Ainda não vivemos um cenário de briga entre máquinas ou briga entre homens e máquinas, mas não é de se duvidar que este dia chegue. Por este e outros motivos é importante que o homem mantenha as “rédeas” da vida, não busque o quase impossível a ponto de delegar ou permitir que sua vida esteja à mercê das máquinas.

Mas, isto posto, lembremos que no mais tudo é maravilhoso, o impossível perde seu significado, quando a tecnologia é vista e utilizada como ferramenta a favor do homem, nesta imensidão de mundo, no qual as pessoas podem se relacionar e se comunicar ainda que distantes fisicamente. Além disso, é possível compartilhar conhecimento, aprender a distância, entre outras questões.

É justamente neste contexto que surgem os problemas de relacionamento no âmbito digital, ou seja, desafetos, rompimentos, amarguras, amor e ódio jogados na rede. O ser humano, em sua essência, é dotado de sentimentos extremos como a paixão avassaladora e o egoísmo. Obviamente que não podemos generalizar, mas percebam que estamos falando justamente de relacionamentos e sentimentos problemáticos.

No que concerne à tecnologia e relacionamento, as redes sociais vieram como uma avalanche e, na sequência, surgiram os aplicativos de comunicação, como WhatsApp e Snapchat, etc. A palavra-chave para estas ferramentas é a “potencialização”, o problema é que ela se aplica para o bem e para o mal. Assim, no que concerne aos aspectos positivos, podemos mencionar a magnitude de aproximar as pessoas que fisicamente estão distantes. Pais e mães, bem como casais, que passam a se comunicar.

A verdade é que trata-se do maior evento social em tecnologia, pessoas interagindo e contando sobre suas vidas. Mas, como nem tudo é um mar de rosas, nos deparamos também com bandidos, que procuram suas vítimas nas redes sociais, sejam para golpes sentimentais e financeiros, quer seja para sequestros, etc.

Entre as ocorrências mais comuns relacionadas às redes sociais e comunicadores instantâneos está a pornografia de vingança. Esta prática se tornou comum à medida que as pessoas terminam relacionamentos e passam a nutrir sentimentos mesquinhos, de ódio e vingança. Esta prática ocorre quando, findo um relacionamento, uma das partes descontentes, mas geralmente traída, resolve publicar fotos íntimas de seu ex parceiro(a).

A verdade é que as vítimas, na maioria dos casos, são mulheres, tendo em vista que ainda vivemos em uma sociedade predominantemente machista. Assim, elas acabam por sofrer uma exposição e pressão da sociedade muito maior do que o homem (no que se refere a fotos íntimas).

Tais incidentes ocorrem também com os jovens, muitos casos entre aqueles na faixa etária partir de 13 e 14 anos, ou seja, bem precoce, mas existe uma diferença nestes perfis.

Enquanto os adultos divulgam fotos íntimas por vingança, entre os jovens tal ilícito ocorre com mais frequência para que possam se vangloriar perante os amigos.

Entre os adultos, as imagens costumam ser feitas em conjunto, já adolescentes costumam se filmar ou fotografar e mandar para o namorado (a). Portanto, podemos afirmar que, de forma inesperada, a internet se tornou para muitos uma ferramenta de vingança, para os mais diversos casos.

Fato é que muitas pessoas pensam que tais práticas estão livres de punição. Ledo engano. A divulgação de fotos ou vídeos íntimos é uma infração a direitos constitucionais, com proteção garantida pela Carta Magna, através dos direitos personalíssimos, pois pode envolver em uma única prática ofensa à honra, à imagem e à privacidade de uma pessoa. Portanto, no aspecto jurídico é importante ressaltar que em ambos os casos há responsabilidade por parte de quem divulga as imagens, conforme dispõe o inciso X do art. 5º:

#### **Constituição Federal**

Art. 5º

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A Justiça não pode deixar impune quem viola a vida de outrem sem pudor algum. No entanto, no aspecto penal é preciso verificar a forma que esta prática ocorre, ou seja, se houve mensagens, publicações que possam caracterizar crimes contra a honra, como calúnia, injúria, difamação ou ameaça.

Outro fator a se considerar é se a imagem foi publicada em redes sociais ou encaminhada por e-mail para uma única pessoa, por exemplo. Na prática pode fazer muita diferença, pois, ao ser publicada em redes sociais, a agressão se perpetua, uma vez que o conteúdo permanece *online*, ainda que o ofensor se arrependa e retire a publicação, já que a disseminação é muito rápida e não há controle sobre o compartilhamento.

A Constituição Federal garante também a proteção da violência no âmbito familiar, uma vez que o art. 226 preceitua:

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Outro dispositivo importante a se lembrar é o popularmente chamado de Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340/2006, que tem por objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Necessário se faz transpor alguns artigos da respectiva lei:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e

facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no *caput*.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Em seu art. 4º, o respectivo dispositivo preceitua que serão considerados os fins sociais a que se destina, especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

Assim, entende-se que deve garantir a proteção plena à mulher ou seja, viver sem violência e preservar a saúde física e mental, inclusive as questões de internet, sejam por ofensas ou por divulgação de suas fotos ou vídeos íntimos.

O art. 5º claramente expõe as situações em que se deve aplicar esta lei, ou seja, quando se configurar violência doméstica e familiar, de forma que destacamos para as questões de internet “sofrimento físico, sexual ou **psicológico e dano moral** ou patrimonial”.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou **psicológico e dano moral** ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – **em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.**

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (grifos nossos).

É importante também transcrever o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que muitos casos ocorrem entre menores de dezoito anos, desta feita, ainda que inimputáveis, respondem por seus atos na Vara da Infância e da Juventude.

O ECA considera como criança a pessoa que tenha até 12 anos incompletos, e adolescente de 12 a 18 anos. As condutas tipificadas no Código Penal como crime para os adultos são consideradas como ato infracional quando praticados por menores de 18 anos e, ao cometer um ato infracional, a criança ou o adolescente será encaminhada para o Conselho Tutelar, que deverá determinar uma das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA e que pode ser advertência, encaminhamento para tratamento psiquiátrico, psicológico, programas educacionais, entre outros.

O adolescente será encaminhado para a Vara da Infância e da juventude, onde será aplicado umas das medidas socioeducativas, que pode ser prestação de serviços a comunidades, como auxílio em hospitais, palestra em escolas, etc.

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo;

[...]

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. 

**CRISTINA SLEIMAN** é advogada; presidente da Comissão Especial de Educação Digital da OAB SP. Mestre em Sistemas Eletrônicos pela Escola Politécnica da USP; Extensão em Educador Virtual pelo Senac em parceria com Simon Fraser University e extensão em Direito da Tecnologia pela FGV RJ; *International Criminal Law – Cas western Reserve University*; atendimento especializado em Direito Digital e Propriedade Intelectual; professora de Pós-Graduação nas Faculdades Damasio e Impacta. Coautora da Cartilha de Boas Práticas da Direito Digital dentro e fora da sala de aula e do audiolivro “Direito Digital no dia a dia”. Coautora e coordenadora do *Guia de Segurança Corporativa* OAB SP. Autora do “Guia de Prevenção ao *Bullying* e *Cyberbullying*”, da OAB SP. [cristina@sleiman.com.br](mailto:cristina@sleiman.com.br)

**CORIOLOANO AURÉLIO DE ALMEIDA CAMARGO** é advogado; *Master in the Information Society*; Doutor em Direito; conselheiro estadual e presidente da Comissão de Direito Digital e *Compliance* da OAB SP e palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB SP. [coriolano@almeidacamargo.com.br](mailto:coriolano@almeidacamargo.com.br)



# CIBERCRIME: PERIGO NA INTERNET!

**“A internet é um ambiente perigoso, necessitando, portanto, de atenção redobrada em sua utilização, para não sermos vítimas de cibercrimes (que atualmente são cometidos de forma internacional, recorrente e quase irrestrita), e também para não nos tornarmos vítimas da nossa própria exposição virtual.”**

■ POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

A internet apresenta infinitos recursos para facilitar nosso dia a dia, trabalho e comunicação. Com seu crescimento e desenvolvimento, ficamos cada vez mais conectados. A cada momento, dependemos mais da tecnologia para nossos afazeres diários.

Hoje, em um estudo realizado pelo Facebook, já são mais de 3 bilhões e 200 milhões de usuários da rede mundial de computadores no mundo, correspondendo a 44% da população de nosso planeta. Segundo o IBGE, no Brasil já temos mais de 90 milhões de usuários ativos na rede e, pela primeira vez na história, neste ano, a internet chegou a mais de 50% das casas em nosso país.

Em 2016, o acesso móvel (por aparelhos celulares, tablets e outros) já ultrapassou o acesso à internet por meio de computadores. Assim, a internet está cada vez mais portátil e incorporada às nossas vidas, como quando a utilizamos em nossos relógios de pulso, um produto muito pessoal e que se mantém unido ao nosso corpo o tempo todo.

O tempo de permanência na internet também aumenta a cada dia. Inclusive, atualmente, os usuários já passam mais tempo conectados à rede do que assistindo televisão ou utilizando qualquer outro meio de comunicação, permanecendo, em média, 3 horas e 39 minutos conectados diariamente. Assim, hoje, os brasileiros são os usuários da internet que passam mais tempo conectados em relação a todo o restante do mundo.

Com a ampliação do universo virtual e a transferência de quase tudo para a rede, devido à informatização, os criminosos também são atraídos para este ambiente, o que resulta numa migração dos crimes para a internet. Tal fato ocorre, pois os delinquentes notaram um novo mundo – no qual são realizadas as movimentações bancárias *on-line*, as compras virtuais, a comunicação digital, o trabalho à distância (*home office*), dentre outras coisas –, para o cometimento de delitos virtuais.

Criou-se, então, uma denominação para esses delitos cometidos na internet, os cibercrimes, que também popularmente são chamados de: crimes *on-line*, crimes de alta tecnologia, crimes digitais, entre outras denominações.

A denominação cibercrime (*cybercrime*, em inglês) surge pela primeira vez, ao final dos anos 1990, em reunião de um subgrupo do G-8 (grupo formado pelos sete países mais ricos do mundo e a Rússia), na qual se discutiu o combate às práticas ilícitas na rede.

O cibercrime é um delito cometido de maneira virtual, utilizando a internet como meio, ou envolvendo arquivos ou sistemas digitais/tecnológicos.

Esta modalidade de crime conta com um atrativo gigantesco, pois o local para a sua realização é virtual, ou seja, não depende da presença física do agente, nem do

contato com a vítima, o que gera uma segurança aos cibercriminosos, que não necessitam da utilização de qualquer tipo de violência ou ameaça física, e têm a sensação de que a lei, e sua consequente punição, não os alcançará, característica chave deste tipo de delito.

Além disso, no cibercrime existe a dificuldade de se fazer prova e investigar a origem do delito, a materialidade e a autoria, isto porque é necessário localizar a origem da conexão, apreender os dispositivos suspeitos, periciar o material apreendido, e, só após tudo isto, identificar de qual dispositivo foi praticado o crime, e, assim, concluir quem é o responsável pelo ato ilícito.

A falta de conhecimento técnico dos usuários também é motivo da migração dos crimes para o ambiente virtual, pois o crescimento rápido e a quase obrigatoriedade da utilização da rede, fazem com que, muitas vezes, os internautas utilizem a internet sem preparo algum, o que os torna alvos fáceis dos cibercriminosos.

Infelizmente, também, a variedade destes delitos, que podem ser cometidos pela internet, é quase ilimitada, por exemplo: clonagem de cartões de crédito, crimes contra a honra (difamação, calúnia e injúria), incitação e apologia a crimes, venda *on-line* de drogas, sequestro de dados e arquivos confidenciais, pedofilia, furto de dados de acesso (*phishing*), dentre muitos outros.

O crescimento e a quantidade de delitos cometidos na internet são verificados na “Central de Denúncia Online de Crimes Cibernéticos”, onde é possível observar que, em 8 anos, de 2006 a 2013, foram recebidas mais de 3 milhões e 400 mil denúncias anônimas, envolvendo mais de 527 mil páginas, de 94 países, que supostamente estão hospedando conteúdo ilícito ou são páginas nas quais ocorre a prática de crimes.

Outro dado alarmante está presente no estudo divulgado em junho de 2014, pela empresa McAfee, maior empresa especialista em tecnologia de segurança do mundo, que concluiu que os crimes cibernéticos custam anualmente cerca de US\$ 445 bilhões à economia global.

Muitas vezes, a internet é apenas uma fonte acessória para o cometimento de crimes, como, no caso verídico, no qual ocorreu o sequestro de uma jovem de 19 anos, e, após o término deste sequestro, seus nove sequestradores informaram que escolhiam suas vítimas através da internet, onde verificavam seus padrões sociais e suas rotinas, fazendo uma análise das fotos e informações postadas nas redes sociais de suas futuras vítimas.

Conclui-se que hoje a internet é um ambiente perigoso, necessitando, portanto, de atenção redobrada em sua utilização, para não sermos vítimas de cibercrimes (que atualmente são cometidos de forma internacional, recorrente e quase irrestrita), e também para não nos tornarmos vítimas da nossa própria exposição virtual. 



**LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO** é Advogado Criminalista, Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva (TJD) da Federação Paulista de Futebol (FPF), Pós-Graduado com Especialização em Garantias Constitucionais e Direitos Fundamentais no Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), Pós-Graduando em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Membro da Comissão Especial de Direito Digital e Compliance da OAB-SP, Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e integra o escritório de advocacia D'Urso e Borges Advogados Associados.

# O STJ E O DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA DE RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS

■ POR MIRIAN TERESA PASCON

**A**tualmente, as contribuições devidas a título de PIS (Programa de Integração Social) e Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) convivem, simultaneamente, com dois regimes de apuração, a serem aplicados por determinação legal: o regime cumulativo, com alíquotas de 0,65% (PIS) e 3,00% (Cofins); e o regime não cumulativo, com alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,6% (Cofins), totalizando o percentual de 9,25%. Em contrapartida, permite-se o desconto de determinados créditos para abatimento do tributo devido no final do período de apuração.

No particular do regime não cumulativo dos referidos tributos, a legislação que regula a incidência é, reconhecidamente, uma das mais complexas do sistema tributário federal, sendo o atual objeto de maior litigiosidade entre contribuintes e administração pública.

Entre as inúmeras controvérsias está a do direito à correção monetária nos casos de pedidos de ressarcimento de PIS e Cofins, uma vez que, embora assegurado o direito ao contribuinte de ter ressarcidos, depois do encerramento do trimestre-calendário, os créditos que não puderem ser utilizados no desconto de débitos das respectivas contribuições, assim como os créditos presumidos nos termos das legislações específicas, a Receita Federal, em contrapartida, tarda em processá-los, decorrendo, não incomumente, anos para apreciação e efetivação da restituição.

Embora não seja autorizada a correção monetária dentro do trimestre de apuração, da demora da Receita em proceder à restituição após o protocolo do pedido de restituição decorre a perda do poder aquisitivo dos créditos, em expressa lesão ao contribuinte.

Os casos de correção monetária de tributos que comportem a restituição e o ressarcimento ao contribuinte vêm sendo apreciados, de longa data, pelo Poder Judiciário, que já pacificou entendimento de que ela será devida sempre que a demora do pagamento decorrer de ato da administração.

Neste sentido, para casos de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia consagrado o tema por meio da Sú-

mula 411, que prescreve que “é devida a correção monetária de créditos de IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de ilegítima resistência do Fisco”.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) também já pacificou entendimento de que a demora injustificada do Fisco em restituir o valor devido ao contribuinte caracteriza “resistência ilegítima”, autorizadora da incidência da correção monetária.

Logo, a questão está em se caracterizar a partir de quando é configurada a resistência ilegítima do Fisco.

No caso do PIS e da Cofins, a legislação não é expressa em atribuir prazo à Receita para a apreciação dos pedidos de ressarcimento.

Assim, parte da jurisprudência do STJ vem adotando a tese de que ao caso se aplica a legislação geral que rege o processo administrativo federal, a qual estabelece o prazo de 360 dias para apreciação de qualquer requerimento do contribuinte.

Assim, transcorrido um ano da data do protocolo, a Receita já passaria a incorrer em mora, incidindo, desde então, a correção monetária.

Contudo, um novo entendimento vem sendo aceito pelo STJ, no sentido de que, para os casos de PIS e Cofins, a correção monetária já seria devida a partir do protocolo do pedido de ressarcimento. Esse entendimento vem tomando força naquele tribunal, estando pautado para julgamento de embargos de divergência, quando o STJ firmará posição entre as duas teses.

De toda forma, certo é que, desde já, o direito à correção dos créditos a partir do 361º dia após o protocolo do pedido de ressarcimento já é assegurado judicialmente aos contribuintes. No entanto, a esmagadora maioria dos requerimentos não é atendida neste prazo, obrigando o contribuinte ao pleito judicial para determinar à Receita a imediata análise e restituição.

Logo, em todos esses casos, já é possível ao contribuinte também pleitear judicialmente que a Receita seja condenada à correção dos créditos. Como o STJ ainda julgará o tema, em definitivo, é oportuno que o contribuinte já pleiteie, judicialmente, o direito à correção, evitando a prescrição do direito. 



MIRIAN TERESA PASCON é coordenadora do departamento jurídico e sócia da De Biasi Consultoria Tributária.



# A JURISPRUDÊNCIA, A REFORMA TRABALHISTA E O FIM DA UNICIDADE SINDICAL

**“Já que se comenta tanto em reforma trabalhista e que as negociações coletivas levadas a efeito pelas atuais entidades sindicais não são juridicamente válidas pelo reconhecimento explícito de sua fragilidade, talvez tenha chegado a hora de privilegiar o direito à liberdade sindical, mediante formação de outras entidades sindicais que, mesmo sem a contribuição sindical, poderiam, por absoluta legitimidade de representação desde sua criação, atuar em negociações coletivas, fazendo prevalecer princípios básicos, inseridos nas Convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho.”**

■ POR PAULO SÉRGIO JOÃO

**A**s recentes manifestações do Tribunal Superior do Trabalho em relação aos efeitos da negociação coletiva e à representação sindical no Brasil e que procuram justificar a prevalência do legislado em detrimento do negociado, opondo-se ao que o Supremo Tribunal Federal tem decidido, nos remete, necessariamente, à reflexão de que nosso modelo sindical está nos estertores de uma fase porque é incapaz de dar às normas coletivas conteúdo jurídico eficaz e válido.

Se as normas coletivas negociadas devem ser revistas pelo Judiciário porque os sindicatos são frágeis e pouco representativos, devemos rever com urgência a limitação legal imposta para a liberdade sindical que, na forma como está, contraria o exercício das liberdades civis, direito básico de aperfeiçoamento democrático de uma sociedade plural, com instituições eficientes e responsáveis.

Que reação teríamos se outros sindicatos fossem formados concorrendo com os atuais, reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego?

A liberdade sindical é um direito individual, garantido constitucionalmente, assegurada aos que desejam manifestá-la coletivamente por meio de associação profissional ou sindical, princípio este consagrado no artigo 8º da Constituição Federal e, como direito individual, está atrelada ao exercício democrático de direitos civis e políticos, substrato de uma sociedade que reconhece aos cidadãos a livre manifestação das diversidades cultural e ideológica.

Ao trilhar a garantia da liberdade sindical, o constituinte de 1988 a protegeu contra o autoritarismo, uma vez que impediu a intervenção do Estado, proibiu lei que estabelecesse condições para formação de sindicatos, e, no âmbito individual, deu à liberdade de associação sindical o direito de não se filiar ou de se filiar. Mas não impediu

que outros sindicatos fossem formados pelos trabalhadores, estabelecendo critério de representação por base territorial, sem dizer expressamente, mas que pressupõe a legitimidade na atuação sindical.

Todavia, na prática, manteve o vínculo jurídico de representação na unicidade sindical, fundamentada na contribuição sindical obrigatória para manter a estrutura confederativa. Paradoxalmente, aponta para a liberdade sindical e se fundamenta na possível habilitação de recebimento de contribuição sindical como vínculo jurídico de representatividade.

A realidade vem demonstrando, contudo, que esta estrutura monolítica do sindicalismo brasileiro não se sustenta e a jurisprudência mais recente vem confirmando que a organização sindical necessita de ressonância e legitimidade para que suas negociações adquiram valor jurídico. O rompimento dessa estrutura passa pela revisão da forma de custeio sindical e, neste aspecto, prevalece a confusão entre a necessidade de sustentação econômica de muitos sindicatos que não teriam como se sustentar sem a contribuição sindical (com raras exceções) com os efeitos das negociações coletivas.

Trata-se de argumento frágil e contraditório, porque não é isto que se busca na representação sindical, que deveria ser sustentada com aporte econômico dos trabalhadores interessados e não de modo compulsório, com benefício de assistencialismo exclusivo aos sócios. A adesão espontânea plúrima, sem identificação de categorias, poderia servir como modelo de fortalecimento das decisões manifestadas pela autonomia da vontade privada coletiva. Aliás, neste aspecto, os acordos coletivos celebrados, portanto, entre empresa e empregados não se apegam a categorias, e os efeitos atingem todos os trabalhadores de forma indiscriminada.

De fato, os sindicatos se dizem representativos porque têm este reconhecimento com a outorga do código sindical, espécie de alvará para exigir pagamento de contribuição sindical dos integrantes da categoria e habilitar-se para os recebimentos dos valores vertidos aos cofres do sindicato. Este elo jurídico parece ter chegado ao seu limite de tolerância por ser contra a vontade política dos representados que talvez preferissem organizações mais legítimas. Convém observar que a Constituição Federal não impede, repita-se, em respeito à liberdade de associação profissional, que outras entidades sindicais, na mesma base territorial, representando a mesma categoria, constituam-se de modo legítimo.

Portanto, não há impedimento legal para a formação de sindicatos que espelhem a diversidade ideológica dos trabalhadores. Ao contrário, a Constituição Federal, em seu artigo 8º, II, assegura a formação de associação profissional sem restrições quanto ao exercício do direito individual da liberdade sindical.

A Lei nº 11.648/2010, que dispôs sobre o reconhecimento das centrais sindicais, deu a elas representatividade

de dos trabalhadores por meio dos sindicatos e que lhes atribuiu 10% da parte da cota sindical da Conta Emprego e Salário, revela o paradoxo do nosso sindicalismo e a justificativa de que o modelo da unicidade já teria terminado.

Primeiro, as centrais sindicais entraram de modo oportunista e político na preservação de contribuição compulsória para sua sustentação e, depois, foi imposto aos trabalhadores a cotização de fins ideológicos, sem consulta se seria assim que desejariam, ficando tudo a critério da cúpula sindical.

Uma verdadeira apropriação econômica para sustentação de ideologias, sem que o contribuinte tenha tido a oportunidade de escolher. Seria o mesmo que exigir recolhimento de contribuição para manutenção de partido político ou de uma seita religiosa sem que as pessoas pudessem escolher. Certamente há algo de errado nisto! E os paradoxos do modelo não terminam.

A Lei nº 11.648/2010 está admitindo o pluralismo ideológico de cúpula pelas Centrais. A base que sustenta essa corrente ideológica, portanto, os trabalhadores, custeia sem ter opção de escolha. Desta forma, levando o modelo para o nível de negociações coletivas pelas Centrais, se pudesse fazê-lo, viveríamos o pluralismo sindical deformado na base, onde os trabalhadores mais intensamente sentem a necessária adequação de seus interesses e deverão respeitar a unicidade.

Então, já que se comenta tanto em reforma trabalhista e que as negociações coletivas levadas a efeito pelas atuais entidades sindicais não são juridicamente válidas pelo reconhecimento explícito de sua fragilidade, talvez tenha chegado a hora de privilegiar o direito à liberdade sindical, mediante formação de outras entidades sindicais que, mesmo sem a contribuição sindical, poderiam, por absoluta legitimidade de representação desde sua criação, atuar em negociações coletivas, fazendo prevalecer princípios básicos, inseridos nas Convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho.

Finalmente e em resumo, consideramos que a unicidade sindical de que trata a Constituição Federal não impede a criação de mais de um sindicato na mesma base territorial; a autonomia negocial e inserção na estrutura sindical das Centrais Sindicais autoriza a pluralidade sindical na base; o desvio de contribuição sindical às Centrais Sindicais se trata de apropriação ilegal para manutenção de eventual ideologia sindical sem relação direta com os contribuintes; a legitimidade sindical não se faz pela contribuição sindical, mas pela adesão voluntária de trabalhadores aos sindicatos. Cabe aos trabalhadores a busca de uma relação verdadeira com a entidade sindical que o representa e com a formação de outras entidades sindicais; os empregadores terão de conviver com o pluralismo sindical e identificar nos locais de trabalho os verdadeiros interlocutores para as negociações coletivas. 



**PAULO SERGIO JOÃO** é advogado e professor de Direito Trabalhista da PUC-SP e FGV.



# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM “TEMPOS ROMANOS” – STF – UM RETROCESSO DE CONQUISTAS E REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIAS

**“ É importante lembrar que não vivemos em Roma, mas na República Federativa do Brasil e, se não tiver contribuinte para pagar imposto e discutir livremente suas teses, o Estado “quebra”.”**

■ POR ARTUR RICARDO RATC

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades no presente ano (HC 126.292 e ADC 43) julgou favorável o tema acerca da execução provisória da pena após decisão de segunda instância, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário. Lembrem-se da presunção de inocência, a qual determina que ninguém será culpado até que provem o contrário? Esqueçam! Mas, e a Constituição?

A Constituição prevê, no art. 5, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

de sentença penal condenatória”. A nossa Lei Suprema foi “jogada na lata do lixo” ou se tornou “folha de papel”, como já dizia Ferdinand Lassale (1825-1864) na histórica obra intitulada “O que é uma Constituição?”. O STF respondeu à esta pergunta em duas oportunidades neste ano com uma interpretação que sequer levou em consideração direitos de primeira geração, ou seja, a liberdade.

Esse direito à liberdade, que desde Roma Antiga é tão discutido, bravamente se projeta na Carta Magna Inglesa, em 1215, e se consuma na Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, em 1789. A liberdade, no decorrer desses anos, arduamente foi conquistada e ampliada com o passar dos séculos até a Constituição de 1988.

O STF, nos julgados recentes (HC 126.292 e ADC 43) parece desconhecer tal direito inicial e primordial da pessoa humana em tempos que desenvolvemos cada vez mais o conceito de dignidade da pessoa humana. É um contrassenso.

É viver em tempos não só de crises econômica e institucional, mas também crises de improbidade, falta de ética e impessoalidade dos agentes públicos (veja o Mensalão e o Petrolão) que, devido à impunidade dessas pessoas ao longo dos séculos, cada pessoa da sociedade, agora, sofre os impactos da impunidade no meio político. Mas somos cidadãos! Nem tanto, nessa nova interpretação dada ao princípio da presunção da inocência.

Atualmente, com o argumento de que a sociedade não aguenta mais impunidades por conta de problemas pontuais, é dizer, problemas com políticos corruptos, toda a sociedade está sofrendo uma pena injusta, desarrazoada, injustificada e, acima de tudo, ilegal, pois a própria Constituição garante a todos a liberdade até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Por óbvio, somos favoráveis à condenação de criminosos o quanto antes, mas exatamente por isso a Constituição Federal instituiu novas reformas, com o surgimento de princípios como a celeridade processual e a duração razoável do processo – Emenda Constitucional nº 45/2004. Isso afetou a organização do Poder Judiciário, que criou uma instituição que visa a melhora do trabalho prestado ao jurisdicionado, em especial no que toca aos controles de transparência administrativa e processual. Não foi só!

Com o advento da mudança constitucional que instituiu a celeridade processual, o processo eletrônico começou a ser implementado nos tribunais, com o fim de agilizar os andamentos processuais e evitar injustiças, eis que a demora de um processo nada mais é, senão, injustiça flagrante, como já dizia Rui Barbosa.

A mudança já estava ocorrendo frente a um quadro de impunidade passada. A sociedade está enxergando resultados que antes não existiam, mas, como toda alteração constitucional, o procedimento se dá passo a passo e em conformidade com as adaptações da sociedade moderna à realidade jurídica. Isso já ocorre, mas parece que só o STF não enxergou no julgamento que determinou a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado.

O fato de imaginarmos que a supressão do direito de liberdade ou da presunção de inocência irá nos ajudar para agilizar uma condenação futura de uma minoria de corruptos é um ledor engano. O que está acontecendo, na realidade, é perdermos direitos que há séculos lutamos para conquistar em função de uma interpretação da Constituição por parte do STF que colocava tudo a perder. Isso é inadmissível.

O que dizer, então, do impacto dessas decisões na esfera tributária? Bom, aí já temos maiores complicações, pois a Fazenda Pública é a maior litigante do Poder Judiciário, e muitos contribuintes podem ser presos quando ainda podem discutir as teses jurídicas no STJ e no STF. E não são poucas!

O STJ e STF ainda não pacificaram entendimentos acerca da boa-fé do contribuinte, pois mesmo com recurso repetitivo sobre o tema o contribuinte passa por problemas no momento de comprovar a idoneidade de aproveitamento do crédito tributário. Ainda, temos problemas como a quebra do sigilo bancário, prova ilícita da consumação de crimes contra a ordem tributária, decadência e prescrição que podem afetar a questão acerca da extinção da punibilidade do contribuinte. E mais!

Recentemente, existe a discussão acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária, a própria mitigação da aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 24, do STF, que prevê o momento da persecução penal antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Não bastasse, outros crimes tributários suscetíveis a um trancamento de ação penal mediante a decretação de justa causa, em vários casos, são julgados pelo STJ ou pelo STF. Estamos a falar da última trincheira! O Tribunal Constitucional deve aplicar a Constituição, e não interpretar de maneira que um princípio secular seja considerado desvalioso por completo.

Insistimos, o próprio ordenamento jurídico deve encontrar meios para racionalizar o sistema recursal, a celeridade dos processos, sendo impossível desconfigurar um dispositivo constitucional que representa, dentro da atual democracia, uma conquista histórica ao longo dos séculos.

As teses tributárias sempre existiram e continuarão a existir em razão de um Estado litigante ao extremo, que é inerte na tratativa do tema “reforma tributária”. Por consequência, muitos contribuintes continuarão a depender dos entendimentos do STJ e do STF para se insurgir contra decisões de Tribunais que afetam contribuintes e sugerem um sistema tributário repressivo, com alta carga tributária e ameaçador.

Em suma, a prisão antes do trânsito em julgado da decisão penal ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, desconhece as mudanças já propostas pelo ordenamento jurídico como meio de celeridade (processo eletrônico) e supremacia da Constituição, transgredir a base democrática, com medo e pelo poder absolutista do Estado, desconsidera a presunção de inocência e prefere a presunção de culpa.

É importante lembrar que não vivemos em Roma, mas na República Federativa do Brasil e, se não tiver contribuinte para pagar imposto e discutir livremente suas teses, o Estado “quebra”.



**ARTUR RICARDO RATC** é Advogado. Doutorando em Direito Constitucional, especialista em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Ciências Processuais, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-SP. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Professor no Curso de Extensão e na Pós-Graduação da Faculdade Paulista, e na Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia (ESA-SP).

# HOMICÍDIO DE CARLOS MARIGHELLA E O IMBROGLIO JURÍDICO INTERNACIONAL

“O que nos arrepia é o mar de ilusões, que passou a fazer parte da geopolítica brasileira. O que cabe fazer é envidar esforços, por meio do Itamaraty, para dar-se à Corte Internacional de Justiça efetivos poderes para aplicar os atos e tratados que punem, sem limites espaciais, as violações dos direitos humanos, como o genocídio, a tortura, a morte de quem está sob a tutela do Estado, o homicídio oficial, praticado com os recursos financeiros do povo, as chacinas perpetradas pela polícia, as discriminações de qualquer espécie, sem considerar normas internas que atenuem as punições, por exemplo, as reguladoras da prescrição.”

■ POR AMADEU GARRIDO

**D**epois de 47 anos da emboscada, o MPF começa a investigar as circunstâncias em que aconteceu a morte de Carlos Marighella (1911-1969). Investigar não trará problemas, dado o conhecimento notório dos fatos, a saber: Marighella foi surpreendido num “ponto” (local de encontro dos opositores armados do regime militar) e covardemente fuzilado, depois de cercado por volta de quarenta policiais, sob o comando do falecido

delegado Sérgio Paranhos Fleury. Essa leva de policiais, em tese, cercara um infrator das leis desarmado, sob o domínio do Estado, que pode prender sem lesionar ou matar. Ocorre que era um Estado de exceção, tomado à força, acostumado a torturar e matar. Aquele grupelho de assassinos remunerado pelos impostos que recolhemos não tinha limites.

O Estado-homicida pratica crime de lesa-humanidade. Seus servidores para o ato, se não punidos pela lei



emanada da soberania da respectiva nação, são punidos pelo *jus cogens* internacional, é dizer, um conjunto de normas imperativas que trespassam aquela soberania e pune os criminosos, ainda que em arrastamento do Direito interno. Pode este ter optado pela anistia, pela prescristibilidade, que a pena será aplicada e executada pela Corte Internacional de Justiça, organismo judiciário maior da Organização das Nações Unidas. Infelizmente, não é assim, como propagado pelo politicamente correto.

Não há, no Direito Internacional, norma alguma que constitua um Direito cogente, imperativo, incontestável, que legitime a ação de reprimenda que os homens de bem pretendem. A preocupação com a criação desse superdireito surgiu após a segunda guerra mundial, deslocadamente, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seus artigos 53 e 64.

Diz o primeiro:

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com normas imperativas de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de caráter internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela Comunidade Internacional dos Estados em seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional da mesma natureza.

Já o artigo 64 dispõe:

Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Como se observa, o *jus cogens* foi imposto sobre os tratados internacionais, não sobre atos sórdidos como o ora comentado. Algo anódino, como grande parte do Direito Internacional Público, porquanto, obviamente, nenhum tratado terá um país signatário que queira contemplar a licitude de crimes de lesa-humanidade. E esses são os únicos artigos que poderiam derrogar leis internas subordinadas.

Evidentemente, são vários os atos internacionais que anatematizam em tal grau de gravidade atos como esse, constantes do anteparo normativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Penal Internacional, do Estatuto de Roma e do Pacto de São José da Costa Rica. Nenhum deles, porém, ao condenar os atentados aos direitos humanos erigiram norma cogente que atravessasse todas as soberanias internacionais autodeterminadas. Seus autores não se submeteram a tal constrangimento.

Essas sanções somente podem ser impostas pela Corte Internacional de Justiça, a qual, todavia, é submissa ao consentimento do respectivo Estado; no caso, o Estado brasileiro. Caso contrário, nada pode fazer, a não ser pela doura, mas equivocada, opinião de insígnis tratadistas, como se vê da lição de Olívia Raposo da Silva Telles

(2003), em artigo intitulado “Competência para aplicar o *jus cogens* internacional” (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1057,51045-Competencia+para+aplicar+o+jus+cogens+internacional>. Acesso em: 9. out. 2016) *verbis*:

Essas disposições, pela importância das matérias tratadas para a sobrevivência da humanidade, levam a crer que, também, a competência da Corte, na falta de acordo entre as partes prevendo outro modo de solucionar a controvérsia, é ditada pelo direito internacional geral, não sendo necessário o consentimento expresso das partes, malgrado a letra do Estatuto da Corte. O que não se pode conceber, na atual fase de evolução do direito internacional e que havendo alegada violação de normas do *jus cogens* não haja instância internacional competente para julgar a controvérsia, por falta de consentimento expresso de uma das partes.

Com a devida *venia*, o traço inseguro de tal doutrina, abraçada por um sem-número de internacionalistas, emerge de sua própria exposição. O fato é que, efetivamente, não há instância internacional capaz de contrastar o Direito interno se não houver concordância do Estado soberano. E essa competência é criada pelo Direito positivo das gentes, não pela *communis opinio doctorum*, por mais abalizada e atenta à contemporaneidade que seja. No caso do Brasil, o impasse ainda se exacerba, porquanto temos uma lei de anistia em vigor que foi declarada constitucional pelo Excelso Supremo Tribunal. E, como disse recentemente, em sessão plena, o ministro Luis Fux, há, à espera de julgamento, embargos de declaração interpostos face à decisão, porém sem nenhuma chance de obter efeitos modificativos. Nossa Suprema Corte, ainda que, na época do julgamento fosse integrada pelo doutor professor Eros Roberto Grau, que sofreu a dor dos espinhos da ditadura, com sua aderência à maioria considerou constitucional a lei de anistia porque o Brasil fez uma opção política pelo acordo, e não pela lei. Nessa circunstância, não só não há concordância do governo brasileiro à atuação da Corte Internacional de Justiça como oposição a essa atuação, dada a Lei de Anistia.

Não fazemos tais observações com alegria, até porque integramos a resistência às forças militares que surrupiaram o poder do povo brasileiro. O que nos arrepia é o mar de ilusões, que passou a fazer parte da geopolítica brasileira. O que cabe fazer é envidar esforços, por meio do Itamaraty, para dar-se à Corte Internacional de Justiça efetivos poderes para aplicar os atos e tratados que punem, sem limites espaciais, as violações dos direitos humanos, como o genocídio, a tortura, a morte de quem está sob a tutela do Estado, o homicídio oficial, praticado com os recursos financeiros do povo, as chacinas perpetradas pela polícia, as discriminações de qualquer espécie, sem considerar normas internas que atenuem as punições, por exemplo, as reguladoras da prescrição. ■



**AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA** é advogado e poeta. Autor do livro *Universo Invisível* e membro da Academia Latino-Americana de Ciências Humanas.



## ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA FEDERAIS PARA APURAÇÃO DOS CRIMES DE TERRORISMO: A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

**“Inobstante o disposto no art. 11 da Lei Antiterror, a competência e a atribuição Federal para, respectivamente, processar, julgar e investigar o terrorismo somente se darão quando, concretamente, estiver em jogo alguma motivação constitucionalmente prevista para tanto, sendo a competência e atribuição, em regra, da esfera estadual.”**

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**C**om sustento no art. 109, IV da CF, a Lei nº 13.260/2016 estabelece a atribuição de Polícia Judiciária para a investigação criminal dos casos de terrorismo à Polícia Federal e as competências para o processo e para o julgamento à Justiça Federal.

Para tanto, cria uma prévia determinação legal de que os crimes de terrorismo “são praticados contra o interesse da União”, o que estaria a legitimar todo o restante do art. 11 em estudo, ou seja, a atribuição da Polícia Federal (art. 144, I, § 1º, I e IV, CF) e a competência da Justiça

Federal em detrimento dos respectivos órgãos estaduais (art. 109, IV, CF).

É interessante notar que o art. 11 da Lei nº 13.260/2016, estabelece clara e indubitavelmente uma atribuição exclusiva de apuração do terrorismo à Polícia Federal, e mais: determina o instrumento investigativo também exclusivo para tanto, que será o “inquérito policial”. A interpretação evidente é a de que nenhum outro organismo estatal (federal ou estadual) detém poderes investigatórios em relação aos crimes de terrorismo, excluindo-se, portanto, quaisquer outras polícias, as Forças Armadas e até mesmo o Ministério Público, seja o estadual ou o federal. Não obstante, sabe-se que a lei, a Constituição e vácuo praticamente se equivalem neste país, onde o STF, sem qualquer previsão legal, permite que o Ministério Público pratique investigações criminais diretas com base em Resoluções!<sup>1</sup>

A despeito disso tudo, é bastante plausível a tese da inconstitucionalidade do art. 11 da Lei Antiterrorismo. Isso porque, na verdade, não necessariamente a prática terrorista terá repercussão em interesse da União. Esse interesse, previsto no art. 109, IV da CF deve ser de fato “in concreto” e não imposto de forma assistida por fórcps e abstratamente pela lei ordinária. Não fosse assim, bastaria ao legislador ordinário dizer em seu texto que tal ou qual matéria será, para “efeitos legais”, contra ou de interesse da União para levar a competência para a Justiça Federal de qualquer maneira de forma abstrata, o que, na verdade, somente é dado à Constituição Federal determinar. A técnica utilizada no artigo em destaque é uma evidente burla ao dispositivo constitucional que limita a competência da Justiça Federal e ainda ao dispositivo que estabelece a atribuição de Polícia Judiciária da União da Polícia Federal (arts. 109, IV c/c 144, I, § 1º, I e IV, CF).

Nem mesmo a previsão em tratado internacional do crime de terrorismo é suficiente para estabelecer, por si só e de plano, a competência federal com base no art. 109, V da CF. Há necessidade de repercussão internacional. Não por outra razão, nem todos os ilícitos previstos em tratados internacionais (v.g. tortura, violência doméstica e familiar contra a mulher, tráfico de drogas etc.) são de competência da Justiça Federal e atribuição da Polícia Federal (BARBOSA, 2016).

Tenha-se em mente o explicitado por Bonfim (2012, p. 274), ao lecionar que:

Cumpra observar que, para que se atraia a competência da Justiça Federal, é necessário que a prática de crime previsto em trato ou convenção internacional extrapole a mera repercussão interna, atingindo patamares internacionais.

Nem mesmo a questão de eventual violação dos direitos humanos leva automaticamente a competência para a Justiça Federal, pois isso depende da inércia ou ineficácia dos órgãos estaduais e de representação do procurador-geral da República devidamente acatada pelo STJ, para que se processe o respectivo incidente de deslocamento de competência nos estritos termos do art. 109, § 5º da CF.

Na lição de Muccio (2011, p. 467):

Há necessidade de que se demonstre, concretamente, que o Estado – membro, por suas instituições, seja em razão da inércia, da negligência, ou por falta de vontade política, ou até mesmo por falta de condições materiais e reais, não possa se desincumbir da tarefa persecutória satisfatoriamente, havendo risco de descumprimento de obrigações firmadas pelo Brasil em tratados internacionais.

Entende-se, portanto, que, inobstante o disposto no art. 11 da Lei Antiterror, a competência e a atribuição Federal para, respectivamente, processar, julgar e investigar o terrorismo somente se darão quando, concretamente, estiver em jogo alguma motivação constitucionalmente prevista para tanto, sendo a competência e atribuição, em regra, da esfera estadual.

Porém, isso certamente não se pode firmar por mera in-junção dogmática. Aos tribunais, e mais especificamente ao STF, cabe firmar esse entendimento, dando a interpretação conforme a Constituição ao art. 11 da Lei nº 13.260/2016, ou mesmo declarando sua inconstitucionalidade. Enquanto isso não acontece, se é que algum dia acontecerá (pois não se pode realmente crer muito no chamado “Pretório Excelso” como real defensor da Constituição Federal e nem mesmo da mínima legalidade, conforme acima já se comentou), “legem habemus” e a questão, a princípio, é de atribuição da Polícia Federal na fase investigatória e de competência da Justiça Federal na fase processual. 

#### NOTA

Recurso Extraordinário 593.727, STF.

#### REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *A inconstitucionalidade do art. 11 da Lei Antiterrorismo*. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br).

Acesso em: 16 out. 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

# STJ PRIVILEGIA MEDIAÇÃO E INOVA COM EMENDA REGIMENTAL

“A cultura do litígio incutida na sociedade brasileira de modo geral pressupõe predispor as partes nas condições de vencida e vencedora. O desenvolvimento da cultura do diálogo na sociedade é *conditio sine qua non* para o sucesso dessa nova geração de direitos processuais, que possibilita às partes envolvidas que sejam os sujeitos responsáveis pela resolução das controvérsias.”

■ POR EDUARDO VIEIRA DE ALMEIDA

**D**urante o ano de 2015, aproximadamente 102,9 milhões de processos tramitaram pelo Poder Judiciário brasileiro. De acordo com os dados e projeções do levantamento anual “Justiça em Números”, realizado e publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário ultrapassou pela primeira vez a marca dos cem milhões de processos em tramitação,<sup>1</sup> seu acervo. Ainda segundo a publicação, 99,7 milhões de processos tramitaram nos tribunais do país no ano-base de 2014. Aplicando-se a taxa média de crescimento anual de litigiosidade de 3,3% registrada para os anos de 2009 a 2015, a projeção para o ano de 2016 e para os que virão é preocupante.

O Relatório Justiça em Números de 2016<sup>2</sup>, publicado em 17 de outubro, alterou o conceito matemático do índice “processos em tramitação”. A taxa de congestionamento passou a ser calculada pela soma dos casos baixados e pendentes. De acordo com o documento, o Poder Judiciário finalizou 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação.

A crise anunciada do Poder Judiciário deu nova importância aos métodos adequados de solução de conflitos, para garantir prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Nesse contexto, foram promulgadas a Resolução nº 125 do CNJ e a Lei nº 13.140/2015. O novo Código de Processo Civil trouxe como norma fundamental de regência do processo civil o estímulo da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução de conflitos pelos operadores do Direito. Houve a previsão da criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos destinados a promover a autocomposição.

Com o intuito de se adaptar ao novo Código de Processo Civil, que torna obrigatória a tentativa de mediação ou conciliação, no último dia 28 de setembro, o Superior Tribunal de Justiça incorporou ao seu Regimento Interno instituto que prestigia a justiça conciliatória, colocando-se, mais uma vez, em posição de vanguarda quando o tema é a solução de litígios por meio de métodos adequados – haja vista a deferência que vem prestando à arbitragem em suas decisões.

A Emenda Regimental nº 23, proposta pelo ministro Luis Felipe Salomão e aprovada pelo plenário da Corte, sob a presidência da ministra Laurita Vaz, instrumentalizou a criação do Centro de Soluções Consensuais de Conflito como uma iniciativa do tribunal para reduzir o

acervo de processos em tramitação, que somou, em 31 de dezembro de 2015, a expressiva cifra de 373.534 processos, de acordo com o Relatório Estatístico 2015, publicado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça será responsável por estimular programas destinados à orientação e ao auxílio à autocomposição e será coordenado por ministro designado pelo presidente da Corte. O mediador judicial deverá constar do cadastro de mediadores mantido pelo Centro de Soluções Consensuais de Conflitos ou de qualquer outro cadastro de âmbito nacional. O ministro relator poderá encaminhar, de ofício, o processo para a mediação ou, ainda, solicitar ao Centro a indicação de mediador para auxiliá-lo também em procedimento de conciliação.

Ainda de acordo com a Emenda, podem ser submetidas ao Centro as demandas cuja competência para julgamento seja do Superior Tribunal de Justiça e que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis, que admitem transação. Ficou, também, assegurada a gratuidade da mediação aos necessitados. No dia seguinte à aprovação da criação do Centro de Mediação para a Solução Extrajudicial de Conflitos, antes mesmo da publicação da emenda, o Superior Tribunal de Justiça teve a primeira experiência de sucesso no campo das soluções extrajudiciais de controvérsias em demanda, que envolvia a Bradesco Saúde S/A.

Para o ministro Luis Felipe Salomão, “a proposta de emenda regimental coloca à disposição dos jurisdicionados e dos ministros da Casa ferramenta alternativa recém-incorporada ao regramento pátrio de extrema valia para a solução dos litígios: a mediação”. O celebrado Centro deve ser um exemplo para os demais tribunais do país, uma vez que segue orientações do Conselho Nacional de Justiça de exortar a solução de controvérsias pela via extrajudicial.

O sucesso da mediação, entretanto, depende da mudança de mentalidade dos jurisdicionados. A cultura do litígio incutida na sociedade brasileira de modo geral pressupõe predispor as partes nas condições de vencida e vencedora. O desenvolvimento da cultura do diálogo na sociedade é *conditio sine qua non* para o sucesso dessa nova geração de direitos processuais, que possibilita às partes envolvidas que sejam os sujeitos responsáveis pela resolução das controvérsias. 

## NOTAS

- 1 De acordo com a metodologia que vigia até a publicação de 2015, o índice “processos em tramitação” se referia à soma dos “casos novos” e “pendentes”.
- 2 [http://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/JN2016\\_2016-10-14.pdf](http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf)



**EDUARDO VIEIRA DE ALMEIDA** é advogado associado do Cesar Asfor Rocha Advogados, graduado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, LL.M em Direito Bancário e Finanças pela Queen Mary University of London e Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP.



## AS CONTRADIÇÕES DA LEI Nº 12.010/09 – NOVA LEI, ANTIGOS PROBLEMAS

**“É necessário que os operadores jurídicos tenham, sempre, como norte, o melhor interesse da criança, tanto na formulação dos pedidos quanto nas decisões, de modo que qualquer situação que represente desvantagens social, emocional e psicológica à clientela infanto-juvenil seja afastada e não prospere, a fim de que possamos ter uma sociedade futura mais equilibrada e harmoniosa e uma lei mais próxima da justiça.”**

■ POR CYRANETTE MIRANDA RIBEIRO CARDOSO



A chegada da Lei nº 12.010/2009, causou grande polêmica no mundo jurídico e frustração para aqueles que buscavam constituir família pela via da adoção, *prima facie*, acerca da constitucionalidade da nova lei, pela infringência a direitos constitucionalmente garantidos, dentre eles à isonomia, à não discriminação de pessoas por raça, classe ou preferência sexual e aos princípios da proteção integral e da prevalência dos direitos da criança e do adolescente.

O cerne da controvérsia reside no fato de que a referida lei trouxe em seu bojo vários artigos com comandos imperativos para a manutenção da criança na família natural/extensa, inclusive em hipótese de vulnerabilidade social e, excepcionalmente, na família substituta. Nesse sentido, entendeu-se, que a lei privilegiou a família formada pelo critério consanguíneo em detrimento da família afetiva. Trouxe, ainda, mecanismos que dificultam à inserção da criança na família substituta, por exemplo, a inscrição prévia dos adotantes no Cadastro Nacional de Adoção – CNA.

Observa-se que essa nova sistemática ensejou graves prejuízos à clientela infanto-juvenil, pois não raras vezes

essa convivência familiar biológica não prospera, ocasionando novo abrigamento e, conseqüentemente, a adoção tardia, contrariando diretamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei nº 12.010/2009, também apelidada de lei de convivência familiar, pelas razões acima citadas, surgiu, segundo os bastidores do anteprojeto da lei, pela necessidade do Brasil, como organismo internacional, solucionar uma questão histórica concernente à adoção ilegal de crianças, da família natural, em regra, pobre, por pessoas abastadas. Nesse sentido, a lei em análise, buscando solucionar essa problemática negativa à imagem do País partiu de duas conclusões: 1. que o fator econômico é a principal causa para os conflitos familiares que ocasionam o acolhimento institucional das crianças; e 2. que inobstante o motivo da retirada das crianças/adolescentes da família natural, elas têm que voltar àquela ambiência como um pré-requisito para ingressar em família substituta.

A lei criou mecanismos de incentivo e apoio à família natural, destacando-se os mais populares, como o Programa Bolsa Família, o Bolsa Escola, o Renda Para Viver Melhor, do governo do Amapá, o Programa de Garantia de Renda Mínima, do Município de São Paulo, dentre outros que consistem em incentivos financeiros destinados ao detentor do poder familiar, para manutenção da prole.

Também foram reorganizados os CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social – e os CRAS – Centro de Referência de Assistência Social –, para acompanhamento psicológico das famílias. Todavia, muito pouco se observa de retorno positivo dessas medidas, também denominadas de políticas públicas, tanto pela inoperância desses órgãos quanto pelo descaso dos envolvidos ou pela própria inaptidão da família natural ao exercício regular do poder familiar, pois, conforme se observa em muitos casos, as crianças retornam à família natural, e, mesmo com os benefícios, permanecem na rua, em situação de risco. Estas são as chamadas “crianças nas ruas” em contraponto às “crianças de rua”, que crescem sem referência de família, pai ou mãe – amparadas, quando são, pelos vizinhos, situação que traz prejuízo irreparável às crianças, uma vez que terão de enfrentar a adoção tardia, mais difícil de acontecer, além de toda a mazela social à qual são submetidas.

De outra via, observa-se que o legislador relacionou a falta de recursos materiais à desestruturação familiar, talvez por ser a pobreza considerada um potencial causador das mazelas sociais que afetam e desestabilizam as famílias, conforme enfatizou Pino (1987, p. 42), ao afirmar que:

A pobreza extrema encerra, sem dúvida, os germes da desorganização familiar, como negação de uma das condições básicas do modelo da família burguesa: o patrimônio. Isso não significa que pobreza seja sinônimo de irresponsabilidade moral, como riqueza não é o de responsabilidade. Problemas familiares existem em todas as classes sociais, embora eles não tenham a mesma significação e o mesmo impacto social em todas elas. O que para algumas classes sociais é um ‘caso doméstico’, para outras se torna um ‘caso social’. A condição de

classe afeta desigualmente a conduta dos indivíduos, conferindo-lhe uma significação social também desigual.

Todavia, é fato que fatores subjetivos, intrínsecos da personalidade, como a predisposição ao afeto e a vocação ao exercício do poder familiar, o desejo de ter filhos, etc., são preponderantes para a estabilidade do lar. A partir dessa compreensão, constata-se que, mesmo superada a questão material, subsiste a questão psicológica/emocional negativa, razão pela qual a convivência não vai prosperar.

Nesse contexto, observa-se em algumas situações que a adoção já é o destino certo das crianças, por exemplo, nos casos de abandono, crimes contra a moral, maus tratos e negligência reiterada. Porém, são as demoras na destituição do poder familiar e no acolhimento institucional da criança que ensejam a maior ofensa aos princípios estatutários, pois tanto um quanto outro não representam reais vantagens para os infantes.

De outra via, os tribunais brasileiros, em atendimento às expectativas da sociedade, passaram a ter um olhar diferenciado para a nova lei, relativizando-a em alguns aspectos, dentre eles, na possibilidade de processamento das ações conjuntas de destituição do poder familiar com adoção (quando a criança já estiver na família substituta), na dispensa/relativização do cadastro prévio para adoção e a prevalência da afetividade/afinidade sobre a verdade biológica, tornando-se, desta forma, protagonistas de um novo conceito de família – a família sócio afetiva. Assim, por meio de suas fundamentadas decisões o Poder Judiciário estabeleceu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com a prevalência dos seus interesses sobre quaisquer outros.

Todavia, inobstante esse avanço, ainda temos abrigos superlotados, crianças esquecidas à espera de uma família e processos emperrados nos Juizados de Infância, situações que nos levam a refletir sobre esses hiatos que obstruem a adoção, por exemplo, a própria necessidade/utilidade do Cadastro Nacional de Adoção, que existe para organizar a fila de adotantes e possibilitar a adoção a todos os inscritos. A pergunta que se faz é: então, por que ainda existem muito mais crianças disponíveis para adoção do que inscritos no cadastro? Talvez, a resposta a esta pergunta resida no fato de o cadastro não ser o meio adequado para a promoção da convivência familiar, exatamente por não promover o contato pessoal da criança com a família substituta no dia a dia, que é a ocasião na qual se presume a criação e o fortalecimento de vínculos e, desta forma, evita-se as frustrações que podem ocorrer no primeiro encontro, justamente pela falta de empatia entre adotantes e adotandos.

Nesse sentido, observa-se que o Programa de Acolhimento Familiar, objeto do art. 19, § 1º da Lei nº 12.010/2009, traz em seu bojo uma prática norte-americana, mas que não prosperou em vários estados do Brasil, dentre outros motivos em razão de as famílias criarem vínculos com as crianças mas não poderem adotá-las, em face da vedação legal, gerando, assim, um contrassenso com o quantitativo de crianças abrigadas e a necessidade de se encontrar famílias para adotá-las.

A Lei nº 12.010/2009 gerou muitas dúvidas, levando a crer que a sistemática estabelecida é falha, possivelmente por ter sido construída a partir de fundamentos equivocados, buscando muito mais satisfazer as expectativas internacionais do que o bem-estar de nossas crianças em situação de infortúnio.

É senso comum que o fim do preconceito é a maior dívida a ser quitada para com a sociedade, assim como dar um lar a quem não tem. A adoção é, em regra, a certeza de uma família promissora, dentre outros motivos, pelo planejamento e a satisfação de um desejo de formar a prole.

Ademais, a supervalorização da família natural, segundo o modelo historicamente estabelecido pelo critério do sangue, como forma de perpetuação da linhagem em detrimento da família formada a partir do amor, da afinidade/afetividade, nos parece ser verdadeiro descompasso com os novos tempos e as novas formas de famílias.

Propomos uma forma mais aberta de convivência familiar, consistente na promoção de contato mais fraterno entre adotantes e adotandos, na aproximação da sociedade com os abrigos, por meio da visitação frequente e do incentivo aos programas de apadrinhamentos afetivos com a finalidade de adoção, uma vez que é exatamente esse o desejo da criança acolhida, e, acaso não seja do visitante/padrinho, em um primeiro momento, com a convivência surgem os laços de afetividade/afinidade.

Convém informar que em Macapá, assim como em outras cidades do país, grande parte dos processos de adoção surge da convivência oportunizada pelos programas de apadrinhamento natalino e apadrinhamento social, que além de boas práticas são eficazes no descongestionamento dos abrigos.

É necessário que os operadores jurídicos tenham, sempre, como norte, o melhor interesse da criança, tanto na formulação dos pedidos quanto nas decisões, de modo que qualquer situação que represente desvantagens social, emocional e psicológica à clientela infanto-juvenil seja afastada e não prospere, a fim de que possamos ter uma sociedade futura mais equilibrada e harmoniosa e uma lei mais próxima da justiça. 

#### REFERÊNCIA

PINO, A. *A questão do menor e o significado da infância na sociedade burguesa*. Educação e Sociedade, ano 9, n. 28, p. 32-50, 1987.



**CYRANETTE MIRANDA RIBEIRO CARDOSO** é especialista em Direito Constitucional. Assessora jurídica do TJAP. Membro integrante da Preparação Psicossocial e Jurídica à Adoção da Vara da Infância e Juventude de Macapá.

*Maria Isabel Pereira da Costa*



ARQUIVO PESSOAL

## UMA REFLEXÃO SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

**H**á muito estamos sendo abarrotados de notícias sobre fraudes e desvios dos recursos do erário público. Apesar dos esforços do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Federal, o retorno aos cofres públicos dos valores (bilhões de reais) não têm sido na mesma proporção das fraudes realizadas contra o Estado brasileiro.

Todos sabem que o custeio da previdência é feito mediante várias fontes, tais como a Contribuição dos Segurados, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição sobre o Lucro Líquido sobre Concursos de Prognósticos, sobre a folha de salário das empresas, a Contribuição sobre a Regularização das Obras na Construção Civil etc. Todo o montante é recolhido para o caixa único do governo. Portanto, não é apresentado de forma transparente o volume da arrecadação previdenciária à sociedade.

Contudo, antes mesmo de serem punidos os responsáveis pelo desfalque assombroso do dinheiro público, já está se elegendo o segurado da previdência como responsável pela “falência” do sistema previdenciário.

Não podemos pressupor que o segurado da previdência seja um “aproveitador” do esforço alheio. Muito se diz que os aposentados de hoje estão sendo sustentados pela contribuição dos que estão na ativa. Esta mentira é repetida com tanta frequência que para a cabeça de alguns, me desculpem, menos avisados, já parece uma verdade.

Porém, se admitirmos isto como verdade, teremos, forçosamente, que admitir o fato de que a contribuição feita por eles, os aposentados, ao longo de suas vidas, foi desviada para outras finalidades. Deve ficar claro que, se

o desvio de finalidade fosse para a educação, a saúde ou a segurança, ainda assim seria um desvio ilegítimo e injusto impetrado contra o segurado da previdência, pois a contribuição previdenciária não é um mero imposto criado para financiar as funções do Estado. Sua única e exclusiva função é custear, como contraprestação, os benefícios a que o segurado faz jus por direito legítimo, não é favor. Mas, na verdade, o desvio acontece para suprir os cofres públicos, saqueados por muitos que deveriam zelar pelo bem comum!

O governo deveria se preocupar, antes de atribuir a responsabilidade pela higidez do sistema ao segurado, em fazer uma gestão transparente e eficaz dos fundos previdenciários. Contudo, nesse sentido não se vê nenhum gesto, sequer uma palavra. Pelo contrário, o que se vê é a Justiça correndo atrás para dismantelar quadrilhas que se apropriam dos fundos previdenciários usando, inclusive, falsas empresas para fazer aplicações desastrosas de tais recursos.

A sociedade não pode cair no engodo de que o segurado é o responsável pela quebra do sistema.

Não é justo que se restrinjam ao máximo os benefícios e se ampliem as contribuições, o aumento da idade etc., sufocando o segurado a pretexto de salvar o sistema previdenciário. Com certeza, o salvamento vem pela gestão adequada do imenso volume de recursos arrecadado pelas diversas fontes de custeio.

O segurado não é o “bandido”, nem o mau gestor dos fundos previdenciários! Portanto, vamos ficar atentos e não vamos permitir a punição de quem só trabalhou e contribuiu por uma vida, muitas vezes em detrimento do seu próprio sustento!



**MARIA ISABEL PEREIRA DA COSTA** é vice-presidente da área previdenciária da Associação Nacional dos Juizes Estaduais. Sócia-diretora e fundadora do Escritório Pereira da Costa Advogados.

# As publicações jurídicas consagradas pelo grande público já saíram do papel

Baixe nosso app

