

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

PAULA RAISSA DOS SANTOS RODRIGUES

**AUXÍLIO AO SUICÍDIO NA MODALIDADE OMISSIVA PRÓPRIA NO ÂMBITO
DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS**

**TERESINA
2020**

PAULA RAISSA DOS SANTOS RODRIGUES

**AUXÍLIO AO SUICÍDIO NA MODALIDADE OMISSIVA PRÓPRIA NO ÂMBITO
DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador Prof.^a:: Esp. Maria de Luz da Rocha Mesquita Aguiar Andrade
Coorientador Prof.^a:: Dr. Adeilda Coelho de Resende

TERESINA
2020

PAULA RAISSA DOS SANTOS RODRIGUES

**AUXÍLIO AO SUICÍDIO NA MODALIDADE OMISSIVA PRÓPRIA NO ÂMBITO
DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Data: 21 de janeiro de 2020.

Banca examinadora

Prof.^a Dra. Adeilda Coelho de Resende

Universidade Estadual do Piauí

Prof.^a Msc. Maria dos Remédios Lima do Nascimento

Universidade Estadual do Piauí

Prof.^a Esp. Maria de Luz da Rocha Mesquita Aguiar Andrade

Universidade Estadual do Piauí

TERESINA

2020

Dedico este trabalho ao meu esposo Silas Souza Teles por ter me acompanhado nessa jornada e ter me ajudado com muita paciência e dedicação; e aos meus pais Oziel Silva Rodrigues e Neidivan dos Santos Rodrigues por serem meus maiores exemplos de força, garra e dedicação ao que se faz.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, sou grata a Deus pelo dom da vida e por me permitir alcançar tantos sonhos até aqui. Sei que seus planos em minha vida são maiores e melhores e tenho crido que o seu melhor ainda está por vir. Obrigada por sua infinita graça que nos alcança, pai, e por ser esse Deus tão lindo e misericordioso.

Agradeço ao meu esposo Silas Souza Teles que sempre me apoia em tudo que venho a fazer, por abrir mão dos seus compromissos e sonhos para me permitir conquistar os meus sonhos primeiro. Obrigada por ser esse esposo incrível e companheiro para todas as horas.

Aos meus pais Oziel Silva Rodrigues e Neidivan dos Santos Rodrigues por terem me ensinado os princípios da vida e por sempre me disserem que através dos estudos as conquistas seriam maiores. Mãe, obrigada por dedicar sua vida inteira para cuidar da nossa família, você é um exemplo de esposa e mãe que se dedica ao lar.

Agradeço também aos meus irmãos, Ônady Felipe dos Santos Rodrigues, Aline Raya dos Santos Rodrigues, Dayane Raissa dos Santos Rodrigues e Débora Raissa dos Santos Rodrigues por todos os bons momentos vividos na nossa infância. Essa conquista também é de vocês.

Não posso esquecer dos meus avós maternos Izaias Mendes de Araujo (*in memoriam*), Hilda dos Santos Araujo (*in memoriam*) que sempre foram exemplo, para todos que os cercavam, de casal temente a Deus. E também meu avô paterno Manoel Rodrigues (*in memoriam*) que também partiu para a glória quando menos esperávamos que isso fosse acontecer. Homem batalhador, guerreiro que me fez ver de onde meu pai herdou toda essa força para enfrentar os problemas do dia-a-dia.

Por fim, agradeço às professoras Maria de Luz da Rocha Mesquita e Adeilda Coelho de Resende responsáveis pela orientação e coorientação, respectivamente que, apoiaram em cada etapa da pesquisa e contribuíram com as revisões do conteúdo.

“Mas, como está escrito: As coisas que o olho não viu, e o ouvido não ouviu, e não subiram ao coração do homem, são as que Deus preparou para os que o amam.”

1 Coríntios 2:9

RESUMO

O presente trabalho defende a tese jurídica que enquadra a conduta omissiva própria no crime de auxílio ao suicídio, tipificado no artigo 122 e combinado com o artigo 135 do Código Penal. Tal conduta é analisada no âmbito das redes sociais, pois vivencia-se na atualidade uma era em que há o compartilhamento absurdo de vídeos/imagens de terceiros em momentos íntimos e privados de suas vidas, com o intuito de obter alguma vantagem nas redes sociais digitais. A sociedade atual está conectada através da *internet* que, por sua vez trouxe as redes sociais digitais com o intuito de quebrar a barreira do espaço e do tempo entre as pessoas. No entanto, juntamente com os pontos positivos também veio os pontos negativos, onde a prioridade da massa dos usuários tornou-se a captura de momentos e/ou situações do mundo real a fim de serem compartilhados no mundo virtual. Com isso, valores sociais e éticos foram consumidos e passou-se a priorizar futilidades ao invés do maior bem jurídico que deveria ser tutelado não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade como um todo: a vida. Por esse motivo, a tese jurídica ora defendida, visa analisar e estudar a possibilidade de enquadramento da conduta omissiva do agente ao ato de suicídio de terceiro, com o intuito prioritário de obter imagem/vídeo do ato, a fim de divulgá-lo em suas redes sociais para obtenção de benefícios específicos que as mesmas concedem aos seus usuários através de suas publicações ou *posts*. Ressalta-se que a omissão de socorro é um crime de mera conduta, desta forma, não há necessidade de nexo causal e resultado para que o fato típico seja configurado.

Palavras-chave: Suicídio. Conduta omissiva. Redes sociais digitais. Inexigibilidade de nexo causal.

ABSTRACT

The present work defends the legal thesis that frames the own omissive conduct in the crime of suicide aid, typified in article 122 and combined with article 135 of the Penal Code. Such conduct is analyzed in the scope of social networks, because we are currently experiencing an era in which there is the absurd sharing of videos/images of third parties in intimate moments and deprived of their lives, in order to gain some advantage in digital social networks. The current society is connected through the *Internet* that in turn brought digital social networks in order to break the barrier of space and time between people. However, along with the positive points also came the negative points, where the priority of the mass of users became the capture of moments and/or situations of the real word in order to be shared in the virtual world. With this, social and ethical values were consumed and it began a priority to prioritize futilities instead of the greatest legal good that should be protected not only by the State, but also by society as a whole: life. For this reason, the legal thesis advocated aims to analyze and study the possibility of framing the agent's omissive conduct to the act of suicide of third parties, with the priority purpose of obtaining image/video of the act, in order to disseminate it on their social networks to obtain specific benefits that they grant to their users through their publications or posts. It is noteworthy that the distress omission is a crime of mere conduct, thus, there is no need of causal nexus and result for the typical fact to be configured.

Keyword: Suicide. Omitting conduct. Digital social networks. Inexigibility of causal nexus.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-------------|-------------|
| art. | artigo |
| <i>e.g.</i> | por exemplo |
| inc. | inciso |

LISTA DE SIGLAS

| | |
|---------|--|
| CVV | Centro de Valorização da Vida |
| CP | Código Penal |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| IBGE | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | | |
|--------------------|---|----|
| | INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 1 | A SOCIEDADE EM REDE E A MONETIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS | 14 |
| 1.1 | MEIOS DE COMUNICAÇÃO..... | 14 |
| 1.2 | A <i>INTERNET</i> | 15 |
| 1.3 | SOCIEDADE EM REDE..... | 16 |
| 1.4 | MONETIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS..... | 18 |
| 1.4.1 | Taxa de engajamento..... | 19 |
| 1.4.2 | <i>Youtube</i>..... | 19 |
| 1.4.3 | Facebook | 20 |
| 1.4.4 | Instagram..... | 22 |
| 1.5 | O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À INVOLABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS | 23 |
| 1.6 | LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS | 25 |
| 2 | DA CONDUTA E DA TIPICIDADE | 30 |
| 2.1 | CONCEITOS INTRODUTÓRIOS DE CRIME..... | 30 |
| 2.1.1 | Infração Penal | 30 |
| 2.1.2 | Conceito de crime..... | 31 |
| 2.1.3 | Elementos do crime..... | 32 |
| 2.2 | FATO TÍPICO | 33 |
| 2.2.1 | Da conduta..... | 33 |
| 2.2.1.1 | Teorias..... | 34 |
| 2.2.1.1.1 | <i>Teoria clássica, causal, naturalística ou mecanicista</i> | 34 |
| 2.2.1.1.2 | <i>Teoria neokantista ou causalista neoclássica</i> | 35 |
| 2.2.1.1.3 | <i>Teoria finalista ou final</i> | 35 |
| 2.2.1.1.4 | <i>Teoria social</i> | 36 |
| 2.2.1.1.5 | <i>Teoria funcionalista ou teleológicas.....</i> | 36 |
| 2.2.1.1.5.1 | <i>Funcionalismo teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal.....</i> | 37 |
| 2.2.1.1.5.2 | <i>Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista</i> | 37 |
| 2.2.1.2 | Características e elementos da conduta..... | 38 |

| | | |
|-------------|--|----|
| 2.2.1.3 | Formas de conduta | 38 |
| 2.2.1.3.1 | <i>Quanto à voluntariedade do agente.....</i> | 38 |
| 2.2.1.3.1.1 | <i>Dolo.....</i> | 38 |
| 2.2.1.3.1.2 | <i>Culpa.....</i> | 40 |
| 2.2.1.3.2 | <i>Quanto ao modo de execução.....</i> | 41 |
| 2.2.1.3.2.1 | <i>Condutas comissivas (ação).....</i> | 41 |
| 2.2.1.3.2.2 | <i>Condutas omissivas (omissão).....</i> | 41 |
| 2.2.2 | Da tipicidade..... | 44 |
| 3 | DA INEXIGIBILIDADE DO NEXO CAUSAL E DO RESULTADO | |
| | NOS CRIMES DE MERA CONDUTA | 46 |
| 3.1 | OMISSÃO DE SOCORRO | 47 |
| 3.1.1 | Conceitos históricos | 47 |
| 3.1.2 | Bem jurídico protegido..... | 48 |
| 3.1.3 | Sujeitos do delito | 48 |
| 3.1.4 | Tipo objetivo e subjetivo..... | 49 |
| 3.1.5 | Pena e ação penal | 50 |
| 3.2 | INEXIGIBILIDADE DE RESULTADO NOS CRIMES | |
| | DE MERA CONDUTA | 50 |
| 3.3 | INEXIGIBILIDADE DE NEXO CAUSAL NOS | |
| | CRIMES OMISSIVOS | 52 |
| 3.3.1 | Teorias..... | 53 |
| 3.3.1.1 | Teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da sine qua non) | 53 |
| 3.3.1.2 | Teoria da causalidade adequada..... | 53 |
| 3.3.1.3 | Teoria da imputação objetiva..... | 54 |
| 3.4 | INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU | |
| | A AUTOMUTILAÇÃO NA MODALIDADE OMISSIVA | 54 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 59 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 61 |

INTRODUÇÃO

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), mais de 800 mil pessoas tiram a própria vida todos os anos. Apesar dos dados alarmantes, o índice mundial de suicídio vêm diminuindo nos últimos anos que, caiu 9,8%. Ao contrário do índice mundial, a taxa de suicídio no Brasil aumentou 7%, a cada 100 mil habitantes.

O suicídio, também denominado pela medicina de *autocídio* ou *autoquiria*, é um dos enigmas que envolvem a humanidade. A falta de esperança, a ausência completa de qualquer resposta aos seus problemas, o desconhecimento da pessoa de Deus podem levar alguém a eliminar a própria vida. O suicida, em virtude do desespero de que é acometido, pratica o ato extremo de matar-se, entendendo-o como única e última resposta a tudo que enfrenta.

O dever maior de tutelar a vida não é imposto somente ao Estado, mas também à sociedade, pois esse dever é necessário não somente ao convívio social, mas à manutenção da própria sociedade em si, que é o dever de solidariedade. Como não podemos contar com a boa vontade de todos, faz-se necessário normatizar esse dever de solidariedade esclarecendo, em algumas situações, quando devemos agir sob pena de sermos responsabilizados criminalmente por nossa inação. O fato de virarmos as costas ao nosso semelhante, que vive um momento de perigo não criado por nós, será objeto de reprimenda penal.

Com as mudanças trazidas pela *internet*, a sociedade mudou o modo de se relacionar, utilizando as redes sociais digitais como uma forma de quebrar as barreiras do tempo e do espaço. Porém, as mesmas também trouxeram relacionamentos extremamente artificiais e superficiais. As redes sociais transformaram seus usuários em jornalistas-cidadãos, onde suas prioridades são colher fatos e informações do mundo real para leva-los ao mundo virtual. Todavia, alguns desses usuários utilizam esses fatos e informações a fim de se promoverem nas redes sociais, atraindo mais seguidores, visualizações às suas publicações e, com isso, aumentando sua taxa de engajamento. Isso se dá principalmente pelo fato das maiores redes sociais digitais da atualidade recompensarem seus usuários com suas publicações, através da monetização das mesmas. O *Instagram*, *Facebook* e *Youtube* são os maiores exemplos de tal ocorrência.

Todavia, ultimamente muito se vê o compartilhamento de vídeos e/ou imagens de terceiros cometendo suicídio, com o fim de obter vantagens através do mesmo. Questiona-se o fato do Estado e da sociedade fecharem os olhos quanto ao tema e não considerar tal ato como nenhum ato ilícito. Através dos estudos verificamos que a jurisprudência não configura omissão de socorro (conduta omissiva própria) ao suicídio pelo fato de não existir nexo causal entre a

inação e o resultado. Porém, o crime de omissão de socorro é um crime de mera conduta, sendo inexigível o nexo causal e o resultado para que o crime seja um fato típico.

O trabalho é de suma importância na pesquisa do tema, pois encontramos dificuldade em achar teses que defendas a omissão de socorro ao suicídio. Com esse estudo e sua aplicação no mundo jurídico, ajudar-se-á na redução da taxa de suicídio no Brasil, que possui uma das maiores taxas de suicídio do mundo, e se tornou um problema de saúde pública. Suas políticas de prevenção e repreensão são ínfimas se comparadas ao número de suicídio cometidos todos os anos e mesmo assim o Estado ainda se mantém inerte quanto à inação de terceiros ao suicídio.

Destarte, apresenta-se como objetivo deste estudo, a redução da taxa de suicídio no Brasil, através da aplicação da modalidade omissiva ao suicídio. A metodologia utilizada constituiu-se em uma pesquisa documental de caráter exploratório e explicativo, no sentido de explanar de forma mais abrangente possível a possibilidade de aplicação da conduta omissiva própria (omissão de socorro) ao suicídio. Acerca das contribuições teóricas, utilizou-se principalmente as obras dos autores Rogério Sanches Cunha (2016), André Estefam (2018), Rogério Greco (2015), Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú (2018), Damásio de Jesus (2010), Julio Fabrinni Mirabete (2001), Luis Regis Prado (2019) e Alexandre Salim (2017).

O trabalho está estruturado em três capítulos, onde o primeiro trata da sociedade em rede e a monetização das redes sociais, o segundo traz um estudo da conduta e da tipicidade e, por fim, o terceiro relata sobre a inexigibilidade do nexo causal e do resultado nos crimes de mera conduta.

1 A SOCIEDADE EM REDE E A MONETIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

O processo de comunicação tem passado por constante evolução desde os tempos primordiais. Os primitivos utilizavam-se de símbolos e desenhos como forma de escrita para se comunicarem, os quais ainda transmitem suas mensagens na atualidade, pois ficaram cravadas em grutas; fazendo com que as mesmas fossem transmitidas não apenas para os seus destinatários, nossos ancestrais, como para as gerações futuras. Tecnologias primitivas, como o tambor, o berrante e a fumaça eram utilizadas como meios de comunicação em massa a fim de vencer a distância e alcançar o principal objetivo dos meios de comunicação: quebrar a barreira do espaço e do tempo.

1.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Com a descoberta da escrita, o homem passou a comunicar-se através de superfícies de pedra, papiros e pergaminhos de couro. Porém, com o surgimento do papel, inventado pelos chineses, houve uma substituição dos meios utilizados para a escrita. Antes que a tecnologia ocidental de impressão surgisse para disseminar os textos, as cópias manuscritas circulavam entre os poucos que decifravam seus códigos.

O sistema de prensa tipográfica criado por Gutenberg, associado às possibilidades oferecidas pelo alfabeto romano, não somente possibilitou a produção de livros em grande escala, como propiciou o surgimento do jornal, segundo meio de comunicação em massa. Conforme ressalta Perles (2007, p.7): “o surgimento do sistema tipográfico gutenberguiano é considerado a origem da comunicação de massas por constituir o primeiro método viável de disseminação de ideias e informações a partir de uma única fonte.”

O marco dos meios de comunicação elétricos à distância foi o aparelho desenvolvido para transmissão de textos por meio de sinais elétricos, o telégrafo elétrico ou simplesmente telégrafo. De acordo com a obra *Evolução histórica das comunicações* (2010, p. 2), somente com o surgimento do telégrafo elétrico é que se pôde realmente desenvolver sistemas de comunicação com maiores velocidades e distâncias.

Com base na obra supramencionada, cerca de 32 anos após a primeira transmissão telegráfica, surgiu uma nova invenção na área de telecomunicações que, talvez, possa ter acarretado um impacto ainda maior para o avanço tecnológico da área. Esta invenção foi o telefone.

Nos vestígios do desenvolvimento tecnológico surgiu o rádio que, conforme preceitua Perles (2007, p.9):

Com seu advento marcou uma nova era nas comunicações, porque suas ondas possibilitaram a quebra de uma barreira que subsistiu à tecnologia da impressão: o analfabetismo. Como consequência, cristalizou-se o processo de massificação, cuja abrangência o viabilizou como principal instrumento político da época.

Até então, os meios de comunicação, sejam eles manuais ou eletrônicos, voltavam-se para a escrita ou voz. Contudo, a televisão revolucionou a comunicação em massa e trouxe uma nova forma de quebrar a barreira do espaço, “pois a tecnologia que propiciou a imagem em movimento e adicionou a ela o elemento sonoro, rompeu com as experiências estéticas até então vivenciadas por meio da técnica de impressão” (PERLES, 2007, p.10).

Com os avanços tecnológicos, não demorou muito para que o homem cria-se uma nova máquina de comunicação mais eficiente e que viria revolucionar ainda mais os meios de comunicação: o computador. “Sem o computador não haveria como lançar os satélites geoestacionários e, nem tampouco, possibilidades de interligar as pessoas por meio da *internet*” (PERLES, 2007, p.12).

A invenção dos satélites incrementou a comunicação através de uma nova fase, “mas o processo de integração dos meios de comunicação iria sofrer o mais profundo impacto com o advento da rede mundial de computadores, denominada *internet*” (PERLES, 2007, p.10).

Conforme a obra *evolução histórica das comunicações* (2010, pg. 19):

Sua evolução foi constante e vertiginosa, produzindo novos avanços tecnológicos na área de telecomunicações e redes, mas também acarretou consideráveis mudanças nos processos de comunicação entre as pessoas e nos negócios, reduzindo as distâncias por meio da comunicação eletrônica, e cunhando a expressão hoje corriqueira de mundo globalizado.

1.1 A INTERNET

A *internet* se tornou o principal meio de comunicação da atualidade e vem crescendo rapidamente nos últimos anos. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016):

Em 2016 a *internet* era utilizada em 69,3% dos domicílios permanentes do País e este percentual aumentou para 74,9%, em 2017. Quando se fala da utilização da *internet* em qualquer lugar, 69,8% das pessoas de 10 anos ou mais de idade do País fazem uso do meio de comunicação, representando um valor aproximado de 126,5 milhões de habitantes.

No País, dentre os equipamentos utilizados para acessar a *Internet* no domicílio, em 2017, o mais usado foi o telefone móvel celular e dentre as principais finalidades dos usuários, destacam-se: Enviar ou receber mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos diferentes de redes sociais (95,5%); Conversar por chamadas de voz ou vídeo (83,8%); Assistir a vídeos, inclusive programas, séries e filmes (81,8%); Enviar ou receber *e-mail* (66,1%).

Muito questiona-se quanto à *internet* e a possibilidade da mesma realmente ser um meio de comunicação em massa, porém, a maioria dos doutrinadores entendem que a mesma caracteriza-se como um meio de comunicação híbrido, por ora assumindo papel de comunicação em massa e ora interpessoal, a sua definição dependerá da forma que a rede é utilizada. É justamente esse aspecto híbrido que faz da *internet* revolucionária, pois o meio informacional deixou de ficar concentrado nas mãos apenas da elite, trazendo uma democratização informacional para a sociedade.

Até o final do século XX, a divulgação pública de informações nunca esteve ao alcance do cidadão comum. “Aqueles que anteriormente tinham que se fazer representar por meios de comunicação de massa, começam agora a se representar por si mesmos.” (WESTON, 1997). Ressalta Monteiro (2001, p.7) que:

Este é um fato inédito que, transforma radicalmente o ambiente da comunicação de massa e dá à Rede características de um espaço democrático por excelência, uma espécie de ágora eletrônica, onde minorias e maiorias, grandes e pequenos podem compartilhar o mesmo espaço.

A *internet* revolucionou a forma de se relacionar em sociedade e alterou os parâmetros até então estabelecidos de convivência social. Castells (2001, p. 7) relata que:

À medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a *internet* passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede.

1.2 SOCIEDADE EM REDE

A formação de redes é uma prática humana muito antiga, porém antes da revolução da *internet*, as redes eram voltadas para a vida privada dos feudos em forma de hierarquias institucionais, familiares e sociais. A *internet* trouxe consigo uma adaptabilidade e flexibilidade

para as redes, fazendo com que a sociedade passa-se a se relacionar de forma mais democrática e harmônica através de redes. “A *internet* tornou-se a alavanca na transição para uma nova forma de sociedade — a sociedade de rede —, e com ela para uma nova economia.” (CASTELLS, 2001, p. 7)

Muito se sabe que a vida do homem em sociedade baseia-se na comunicação. Como a *internet* modificou a forma de se comunicar, consequentemente, ao usar a *internet* de diversas maneiras, a mesma também foi modificada pela atividade humana, surgindo, assim, um novo padrão sociotécnico.

A emergência da *internet* como um novo meio de comunicação associou-se à ascensão de novos padrões de interação social, trazendo uma democratização dos meios de comunicação. Cada vez mais a sociedade comunica-se e interage por meio de redes sociais digitais, as quais se tornaram um dos principais meios de comunicação em massa e interpessoal da atualidade.

De acordo com dados disponíveis no relatório Digital in 2019 (DIGITAL ..., 2019), realizado pela We Are Social em parceria com a Hootsuite:

Os usuários da *internet* estão crescendo a uma taxa de mais de 11 novos usuários por segundo, o que resulta em um total impressionante de um milhão de novos usuários por dia. Os telefones celulares agora representam quase metade do tempo que as pessoas passam na *internet*. Em média, os internautas do mundo gastam 6 horas e 42 minutos on-line todos os dias.

Com relação às mídias sociais, tanto o tempo de acesso gasto pelos usuários, bem como a quantidade de usuários, mundialmente, aumentou consideravelmente este ano. O GlobalWebIndex (BRASIL ..., 2019) relata que:

O usuário médio de mídia social agora passa 2 horas e 16 minutos por dia nas plataformas sociais - acima de 2 horas e 15 minutos no ano passado - o que equivale a aproximadamente um terço do tempo total da *internet* e um sétimo do tempo total da *internet*. O relatório ora citado apontou que quase metade da população mundial está on-line nas redes sociais.

Os dados supramencionados possuem escala global, porém no Brasil não é diferente. O relatório apontou que 66% da população brasileira é usuária das redes sociais. Diante do exposto, é nítida a necessidade do ente estatal interferir na esfera privada no âmbito das redes sociais, visto que o contingente de usuários se tornou tão significativo ao ponto de não haver mais a possibilidade do Poder Judiciário vender os olhos perante os acontecimentos *on-line*.

1.3 MONETIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

Uma rede social é formada pela ligação entre seus usuários e as interações sociais construídas por meio de conexões (RECUERO, 2009 apud GONÇALVES, 2014, p. 3). Castells (2005, p. 20 apud GONÇALVES, 2014, p. 3) considera que as redes sociais “são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós, de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objetivos de performance para a rede”.

Com o avanço tecnológico, as redes sociais sofrem constantes mudanças, o que leva seus usuários a mudarem também seus comportamentos e passam por um novo caminho de busca por conhecimento, informação em geral, de acordo com o interesse de cada usuário. É por esse motivo que “As pessoas adaptaram-se aos novos tempos, utilizando a rede para formar novos padrões de interação e criando novas formas de sociabilidade e novas organizações sociais” (RECUERO, 2009, p. 87 apud GONÇALVES, 2014, p. 4).

Atualmente o usuário de redes sociais está conectado a uma diversidade de comunidades, utilizando ferramentas diversificadas em termos de complexidade, instantaneidade, tipo de conexão, possuindo habilidades de uso de textos, imagens estáticas e animadas. (BRITTOS, 2009, p. 23 apud GONÇALVES, 2014, p. 3)

As 10 redes sociais mais utilizadas no Brasil, em ordem crescente são: *Youtube*, *Facebook*, *WhatsApp*, *Instagram*, *Messenger*, *Twitter*, *LinkedIn*, *Pinterest*, *Skype* e *Snapchat*. Nas redes sociais, como o *Facebook*, por exemplo, o internauta pode, em seu perfil, criar uma publicação (escrever o que está pensando), publicar uma foto ou vídeo, realizar uma transmissão ao vivo (*live*), compartilhar, bem como manifestar aprovação ou desaprovação através de *emotions* que, são ícones que representam emoções.

Também é possível escrever nas publicações (*posts*) de outros usuários, bem como parabenizá-lo por seu aniversário ou por conquistas em seu trabalho, e, inclusive, marcar pessoas, vinculando o que escreveu à *timeline* do usuário mencionado (CIBERESPAÇO ..., 2017).

Atualmente, as mídias sociais deixaram de atuar como meros meios de comunicação, e passaram a atuar como uma espécie de marketing digital, onde através delas os *e-commerce*s faturam por meio de publicações e divulgações realizadas pelos digital *influencers*.

A *internet*, antes vista como ferramenta amadora de propaganda, passou a ser visto com bons olhos pelas empresas, principalmente para a imagem da empresa e fortalecimento da marca. “O consumidor já cobiçava tais modificações em seu cotidiano. Havia uma demanda de

desejos e necessidades reprimida por falta de um meio que a entendesse e acolhesse. Esse meio era a *internet*" (VAZ, 2008, p. 26 apud SILVA, 2017, p. 3)

A fim de uma melhor compreensão do assunto, será explicitado o *modus operandi* da monetização das publicações nas principais mídias sociais (*Youtube, facebook* e *instagram*), os quais retribuem seus usuários de acordo com suas atividades dentro das suas redes, restringindo a obtenção de benefícios dos seus usuários ao engajamento de suas publicações.

1.4.1 Taxa de engajamento

Antes de adentrarmos ao estudo das redes sociais supracitadas, vale ressaltar o que vem a ser o engajamento almejado pelos usuários de tais redes e quais as possibilidades para aumentá-lo.

A taxa de engajamento representa o nível de interação dos usuários alcançados por um *post* ou página. Por isso, inclui reações, compartilhamentos, comentários e cliques. Obviamente, algumas redes sociais possuem interações específicas, como o "salvar" do Instagram. E ela também é contabilizada como uma interação para o cálculo da taxa de engajamento. Existe uma fórmula geral para fazer esse cálculo que, é: total de interações sobre o alcance do post. No entanto, essa fórmula é superficial, porque coloca todas as interações dentro de um mesmo pacote. O ideal é fazer uma separação em dois grupos: cliques e reações; compartilhamentos e comentários (TAXA..., 2019)

As formas de calcular o nível de engajamento dá-se de duas formas: através do alcance do *post* ou pelo total de seguidores na página. "O primeiro é mais específico e considera mais detalhes, como o total de pessoas não fãs que foram atingidas pela publicação. O segundo, considera a média de engajamento por *post* sob o total de seguidores da página." (TAXA..., 2019). A fórmula simples de cálculo da taxa de engajamento é: reações + compartilhamentos + comentários + cliques) / alcance. Com isso, através da taxa de engajamento os *social media* estipulam um valor a ser cobrado para seus parceiros, através de seus *publiposts*.

1.4.2 Youtube

Voltando para a análise das redes sociais em específico, estudar-se-á a primeira delas e a mais acessada pelos usuários da *internet* no Brasil, o *Youtube*. É uma rede social onde os usuários compartilham e/ou visualizam vídeos com todos os conteúdos inimagináveis, lógico que dentro dos limites dos termos de serviço da plataforma. O *Youtube* ([2019]) não permite compartilhamento, na sua rede, de vídeos:

De nudez ou conteúdo sexual; de conteúdo prejudicial ou perigoso; de conteúdo de incitação ao ódio; de conteúdo explícito ou violento; de assédio e bullying virtual; de spam, metadados enganosos e golpes; de ameaças; que infringem direitos autorais; que infringe a privacidade; de falsificação de identidade; contra a segurança infantil; entre outros.

Contudo, a generalidade é que a plataforma não possui o condão para monitorar todos os conteúdos que circulam na sua rede, fazendo-se necessário que seus usuários sinalizem sobre o conteúdo indevido, a fim de que sejam tomadas as devidas providências dentro da plataforma. O intuito do presente trabalho não é explanar as responsabilidades da rede social em si, mas sim dos seus usuários.

A popularização da plataforma de vídeos *Youtube*, foi um elemento-chave na mudança do mercado audiovisual, através de sua premissa colaborativa, a ferramenta usa seus próprios mecanismos para gerar engajamento e interesse dos usuários que a utilizam. Um desses elementos é a possibilidade do usuário criar seu conteúdo e ser recompensado financeiramente pelos seus resultados dentro da plataforma. Alguns dos mecanismos determinados pelo próprio *Youtube* ([2019]) estão expostas a seguir:

Receita de publicidade: receba dinheiro pela veiculação de anúncios gráficos, de sobreposição e em vídeo;

Clubes dos canais: os membros do seu canal fazem pagamentos mensais em troca de benefícios especiais oferecidos por você;

Estante de produtos do canal: os fãs podem procurar e comprar as mercadorias oficiais da sua marca divulgadas nas suas páginas de exibição;

Super Chat e Super Stickers: os fãs pagam para que as mensagens deles apareçam em destaque no chat das transmissões ao vivo;

Receita do *Youtube Premium*: receba parte da taxa de assinatura de um usuário do *Youtube Premium* quando ele assistir seu conteúdo.

Em 2007, o *Youtube* passou a ser monetizado pelo *Google* que, começou a inserir anúncios nos vídeos e em pontos estratégicos da página. Dessa forma, O *Youtube* começou a gerar interesse dos usuários em produzirem mais conteúdo para ganhar dinheiro com isso. Uma dessas formas é através da ferramenta do próprio *Google*, o *Google Adsense*. “Através do *Google Adsense*, o usuário pode inserir anúncios nos seus vídeos e alguns sites e quanto maior for o número de visualizações, maior serão os ganhos do criador, e do *Google*” (SILVA, 2017, p. 9).

O *Adsense* é "um sistema que agrupa anúncios em *blogs* e gera retorno financeiro ao blogueiro proporcional ao número de vezes em que seus leitores clicarem nos anúncios que são

definidos pelo *Google* de acordo com o conteúdo postado no blog" (RECUERO, 2009, p. 243 apud SILVA, 2017, p. 9).

1.4.3 Facebook

Para criar uma conta no *Facebook*, primeiramente o usuário se cadastrá através da página inicial do serviço. Nesta página contém um formulário, o usuário preenche, colocando todas as suas informações pessoais nos espaços obrigatórios. Após a conclusão dos dados, o próximo passo é encontrar os seus amigos ou conhecidos dentro da rede. Pode-se procurar os contatos através do *e-mail*, o serviço transfere os amigos que estão no seu *e-mail* automaticamente. "Ou posteriormente, o usuário pode realizar esta atividade, por meio do buscador de amigos" (CASTRO, 2011).

O funcionamento desta rede social acontece através do "Feeds de notícias". Este local é onde tudo pode ser visto, curtido, debatido, comentado ou compartilhado, afinal é onde a relação social entre os demais usuários acontece. O usuário tem total liberdade para publicar mensagens no seu mural ou no mural dos seus amigos. E assim, tudo que os seus contatos escrevem, compartilham ou opinam na linha do tempo, aparece nas suas atualizações. (GONÇALVES, 2014, p. 5)

O *Facebook* é considerado a rede social mais popular do mundo. Foi criado em 4 de fevereiro de 2004 por Mark Zuckerberg, Chris Hughes, Eduardo Saverin e Dustin Moskovitz. A 3^a rede social mais utilizada no Brasil possui regras diferentes de monetização. De acordo com suas políticas de monetização para parceiros (2019?):

Para ganhar dinheiro com seus conteúdos, *publishers* e criadores de conteúdo devem obedecer a um conjunto de regras chamado Políticas de Monetização para Parceiros. Essas regras se aplicam a comportamentos, páginas e pagamentos. Há um conjunto de políticas separado especificamente para conteúdo monetizado. Essas regras se aplicam a todo tipo de conteúdo, página e grupo no *Facebook*.

Para ganhar dinheiro no *Facebook*, a página e seu conteúdo devem: seguir os Padrões da Comunidade; seguir as Políticas de Monetização de Conteúdo; compartilhar conteúdo autêntico; compartilhar conteúdo original; monetizar envolvimento autêntico; seguir Termos de Pagamento; seguir Termos da Página; desenvolver uma presença estabelecida; seguir regras relacionadas a políticos e governos; evitar violações sistêmicas.

Equitativamente como o *Youtube*, o *Facebook* também possui restrições quanto aos conteúdos que são divulgados em sua plataforma. Porém, possui a mesma deficiência de

incapacidade de monitoramento de 100% dos conteúdos que circulam na sua rede, possuindo conteúdos impróprios e que, para sua remoção faz-se necessário que os usuários reportem o conteúdo impróprio para que seja removido e tomado as devidas providências por parte da mídia social ora analisada.

1.4.4 Instagram

Por fim, o *instagram* é uma mídia social que possibilita a comunicação entre seus usuários através de fotos e/ou vídeos publicados na sua plataforma, permitindo também aos usuários compartilharem conteúdos uns dos outros e curtir publicações de outrem. “Além de ser um aplicativo que aplica filtros nas fotos e possibilita o compartilhamento destas em redes sociais como o *Facebook* e o *Twitter*” (GONÇALVES, 2014, p. 7).

Esta nova forma de interação social destaca-se por ser uma das formas mais práticas de se capturar uma foto e, em poucos toques, acrescentar efeitos e molduras. O número de adeptos ao *Instagram* cresceu bastante, despertando o interesse do *facebook*, sendo comprado por Mark Zuckerberg, por um bilhão de dólares (GUERRA, 2012).

De acordo com Adriano Mazer (2019), até o momento, existem 4 formas de monetização do *instagram*. São elas:

- Influenciador digital – o usuário tem muitos seguidores e eles gostam do estilo de vida daquele. Desta forma, eles recomendam produtos relacionados;
- Marketing de afiliado – o usuário se afilia a um produto digital e usa a rede para promovê-los e vendê-los;
- Comércio eletrônico de produtos físicos – Utiliza-se o *instagram* como um catálogo e anúncio de produtos;
- Compra e venda de fotos – Publicação de fotos por *hobbie* ou profissionalmente a fim de obter ganho financeiro através disto.

Mediante o exposto, não resta dúvida de que os usuários das mídias digitais possuem um contingente de possibilidades de ganhos financeiros, ou até mesmo de elevação do seu superego, com publicações de conteúdos em suas redes sociais. Entretanto, como já exposto, torna-se difícil o controle dessas publicações apenas por parte dos administradores dessas redes sociais digitais, visto que a infinidade de usuários dificulta esse trabalho.

Dessa forma, faz-se necessário a intervenção estatal na esfera digital, visto que a segurança à inviolabilidade dos direitos fundamentais nas redes sociais não será assegurada apenas pelos usuários que, reportam os conteúdos impróprios que circulam nas plataformas, de

tal forma que a ação dos mesmos não é suficiente para a prevenção e repreensão dos conteúdos abusivos.

1.5 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À INVIOLABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

“No mundo virtual, provedores disponibilizam espaços de interação aos internautas, viabilizando a publicação de conteúdo, sem a imposição de controle prévio ou, mesmo, aplicação de filtros, em relação a tudo que é publicado” (CIBERESPAÇO..., 2017). Dá-se, assim, vazão à liberdade de expressão assegurada no art. 5º, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) no seu mais ilimitado sentido.

A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela CRFB/88, a qual dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, e assim como todos os outros” (BRASIL, 1988). Assim como todos os outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão é inviolável, imprescritível, aplicabilidade imediata, universal e possui dentre outras características. Contudo, assim como todos os direitos, não possui caráter absoluto.

Com a ascensão da *internet* e das redes sociais, os indivíduos passaram a manifestar suas liberdades de expressão de uma forma mais ampla. Todavia, assim como todos os outros direitos, o mesmo tem como característica a limitabilidade ou relatividade, onde lhe é imposto limites fáticos e jurídicos por todos os outros direitos. Há um dito popular que diz: “o seu direito começa onde o do outro termina.” Conforme nos ressalta Paulo Gustavo Gonçalves Branco:

(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Todavia, a distância física causada pela *internet* trouxe uma falsa sensação de impunidade diante de possíveis excessos na liberdade de expressão, fazendo com que seus usuários pressuponham a possibilidade de cometimento de crimes cibernéticos sem a intervenção estatal e sem possíveis sanções penais,

Com o espaço e o tempo ilimitado no âmbito da *internet*, o Estado assumiu um papel de desconforto por ficar impossibilitado de controlar todos os atos ilícitos praticados no mundo cibernético. Por vezes, faz-se necessário haver uma cisão entre os direitos do ciberespaço e o direito estatal, a fim de garantir uma tutela jurídica efetiva aos usuários dessa rede.

O ambiente da *internet* trouxe inúmeros desafios como a preservação da liberdade de expressão, a proteção da personalidade, a dificuldade de armazenamento de dados privados disponíveis na web, como fotos, textos, vídeos, a regulação das relações comerciais, a proteção dos direitos autorais, o anonimato para causar danos ou prejuízos a outros, as inúmeras fraudes para obtenção de vantagem, os danos causados pelos vírus, furto de dados mediante fraude. (FRAGMENTOS..., 2017)

Com o fundamento no respeito à liberdade de expressão e objetivo no acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural, foi promulgada a lei nº 12.965/2014, conhecida como o marco civil da *internet*.

No Brasil, o Marco Civil da *Internet* foi festejado por muitos como “a nova constituição da *Internet*”, “Carta de Direitos” dos internautas, pois o marco assegura direitos e liberdades dos usuários, protegendo basicamente a liberdade de expressão, a privacidade, a proteção dos dados e a cidadania e participação no mundo digital. (FRAGMENTOS..., 2017)

Dentre as proteções à dignidade humana trazidas pelo Marco Civil, destacam-se as proteções à privacidade e à intimidade. Contudo, tem-se conhecimento que no momento de punição ao desrespeito de tais princípios as penas são plácidas e não atingem um resultado satisfatório.

A lei nº 12.965/2014 apenas estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil, se mantendo inerte com relação à tipificação de crimes cibernéticos. O ordenamento jurídico brasileiro não possui leis específicas aos crimes cibernéticos. Possui apenas a lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, intitulada como Carolina Dickman, após ter tido fotos íntimas publicadas nas redes sociais que foram subtraídas do seu computador através de uma invasão *hacker*. Contudo, a lei supramencionada apenas alterou alguns artigos do Código Penal e trouxe em seu rol de tipificações somente: A invasão de dispositivo informático, a ação penal dos crimes definidos no art. 154-A, interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública e Falsificação de cartão.

É notória a lacuna do ordenamento jurídico no que se refere aos crimes virtuais, principalmente relacionado aos crimes contra a intimidade e privacidade. Atualmente, a tutela jurídica da intimidade e da privacidade no mundo *on-line* se dá por meio do enquadramento das ilícitudes nas figuras penais típicas, contudo, o Código Penal foi criado no ano de 1940, sendo dubitável somente o seu uso na tipificação de crimes virtuais, uma vez que a *internet* está em constante evolução temporal e espacial. Dessa forma, torna-se questionável as interpretações

das leis penais realizadas antes do advento da *internet*, pois com ela muito se modificou no mundo *on-line* e *off-line*, e o direito não acompanhou essa evolução.

1.6 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) garante a todos, brasileiros e estrangeiros, o exercício de direitos fundamentais para que seja assegurada a dignidade da pessoa humana. Em seu art. 5º, *caput*, é assegurado a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. Contudo, com o advento da *internet* e massificação das mídias digitais ou redes sociais, surge um grande desafio para a ciência jurídica: a colisão de direitos igualmente fundamentais.

Por óbvio, as redes sociais digitais trouxeram uma democratização da comunicação e da informação, bem como transformou os cidadãos em jornalistas, de modo que os mesmos não necessitam mais da mediação da televisão, rádio ou jornal para obterem acesso aos acontecimentos e fatos que acontecem no mundo real, bem como para relatar os mesmos no mundo *on-line* e com isso terem acesso amplo aos seus direitos de liberdade de expressão, pensamento ou opinião.

Entretanto, torna-se questionável o limite dessas informações compartilhadas nas redes sociais digitais e até que ponto os usuários podem utilizar-se de fatos no mundo real para se autopromoverem na vida *on-line*. É dubitável a linha limítrofe do direito de liberdade de expressão, pensamento ou opinião do usuário das redes sociais digitais diante de bens jurídicos de outrem. Alguns usuários da *internet*, em específico das redes sociais, extrapolam seus direitos de liberdade de expressão, pensamento ou opinião que, por vezes invadem a intimidade e vida privada de outrem para obterem seus objetivos.

Dentro da esfera cível conseguimos localizar algumas jurisprudências e legislações quanto à inviolabilidade da vida privada na *internet* e suas respectivas responsabilidades cíveis. Temos como exemplo a lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Seu art. 7º, no inciso I, dispõe que “o acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os direitos de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 2014)

Cita-se como exemplo de jurisprudência, o julgado da relatora Rosangela Telles, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. Violação da intimidade. Teoria dos círculos concêntricos. Esfera íntima da vida privada que merece proteção. Vítima pessoa pública em município de pequeno porte. Apelada que ofendeu a imagem e a honra da apelante em rede social, satirizando seus problemas psiquiátricos, além de divulgar tentativas de suicídio. Trouxe a conhecimento público, relacionamento extraconjugal mantido pelo marido da apelante. Postagens que extrapolam a liberdade de expressão do pensamento. OFENSAS RECÍPROCAS. Inexistência de equivalência entre mero xingamento e divulgações de questões íntimas da recorrente. VALOR INDENIZATÓRIO. Valor que se mostra razoável e proporcional na hipótese, além de cumprir as funções reparatória, preventiva e punitiva da reparação civil, sem ensejar enriquecimento sem causa. DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS. Desnecessidade. Ainda que a contestação seja intempestiva, os documentos devem ser levados em consideração. SUCUMBÊNCIA. Acolhimento do pleito. Sucumbência mínima. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00004827420158260081 SP 0000482-74.2015.8.26.0081, Relator: Rosangela Telles, Data de Julgamento: 04/10/2016, 2^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2016)

A relatora não aceitou a argumentação da apelada, a qual sustentava a tese que as publicações por ela postadas, não agrediam a imagem de qualquer pessoa, não ofendiam a moral, não humilhavam ou expunham qualquer pessoa ao ridículo, além de não ter feito citação à nomes. Que eram publicações normais, sem qualquer endereçamento certo, compartilhadas por toda a rede social, sem que tenham sido produzidas especificamente para determinadas situações ou pessoas. Contudo, a relatora argumentou que, em que pesem as postagens não mencionarem o nome da apelante, era de fácil conclusão que se referiam à apelante.

Vale ressaltar que a apelada expôs publicamente o quadro clínico da apelante que, por ora existiam documentos que comprovavam o quadro de problemas psiquiátricos enfrentados pela apelante. Havia, inclusive, relatórios médicos que indicavam grave quadro de saúde mental que a conduziu à tentativa de suicídio.

É o relatório:

Evidente, assim que, as postagens realizadas pela recorrida extrapolam a liberdade de expressão do pensamento, materializando ofensa à honra da apelante. Observa-se que a apelada satirizou, por meio de mensagens eletrônicas, o quadro de saúde da apelante. Além disso, divulgou as tentativas de suicídio, além da infidelidade do marido da apelante, também pessoa pública, indicando para quiser entender que ela é a amante dele. Nesse sentido, Heinrich Henkel (2007 apud TELLES, 2016) preleciona que a vida privada pode ser estudada e dividida em esferas. A chamada teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou teoria das esferas que, ganhou relevo na doutrina alemã, dividiu a esfera da vida privada três círculos de acordo com sua densidade, sendo que a esfera externa seria o círculo da vida privada em sentido restrito, a intermediária alocaria a intimidade e o núcleo o plano do segredo.

A privacidade é o círculo da vida privada em sentido estrito (Privatsphäre), em que repousam as relações interpessoais mais rasas, na qual não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia. A intimidade é o círculo intermediário (Vertrauensphäre) que congrega informações mais restritas sobre o ser humano, compartilhadas com reduzido número de pessoas de seu ambiente familiar, isto é, amigos íntimos e profissionais que têm conhecimento das informações em razão do ofício (a exemplo de psicólogos, padres e advogados). É neste círculo que se encontram protegidos o sigilo domiciliar, o profissional e das comunicações telefônicas que, sofrem restrições mais agudas para sua abertura, a exemplo da última, cuja quebra só pode ser decretada por decisão judicial fundamentada. O segredo (Geheimsphäre) é o círculo mais oculto das esferas da privacidade lato sensu, no qual são guardadas as informações mais íntimas do eu que, muitas vezes não são compartilhadas com outros indivíduos e sobre as quais o interesse público não poderá se imiscuir, a exemplo da opção sexual, filosófica e religiosa.

Outro julgado interessante foi o do relator Stewalt Camargo Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, julgou improcedente a apelação cível, onde a apelante exigia a condenação da apelada (o estado do Paraná) ao pagamento de indenização por danos morais pela divulgação de imagens do suicídio do seu ex-companheiro, através de redes sociais. O pedido foi julgado improcedente por falta de provas. Ementa:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, e determinar, de ofício, a incidência dos acréscimos legais sobre a verba honorária, nos termos da fundamentação. **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE SUICÍDIO ATRAVÉS DAS REDES SOCIAIS E APlicATIVO DE CELULAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PÚBLICA (ART. 37, § 6º, DA CF). REQUISITOS NÃO PREenchIDOS. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO RESPONSÁVEL PELA FILMAGEM E SUA EVENTUAL DIVULGAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCLUSÃO, DE OFÍCIO, DOS ACRÉSCIMOS LEGAIS. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 2^a C. Cível - AC - 1532833-7 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Stewalt Camargo Filho - Unânime - J. 06.09.2016)

(TJ-PR - APL: 15328337 PR 1532833-7 (Acórdão), Relator: Stewalt Camargo Filho, Data de Julgamento: 06/09/2016, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1890 26/09/2016)

Tal direito supracitado deve ser assegurados tanto pelo Estado quanto pela sociedade civil como um todo, pessoas físicas ou jurídicas. Contudo, hodiernamente vê-se direitos sendo infringidos pelos usuários das redes sociais digitais. Comumente vídeos, em que terceiros tem suas intimidades e vidas privadas expostas, são compartilhados com o principal intuito de obterem benefícios pessoais.

Outro julgado de grande valia é o do relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, em decisão monocrática de um agravo em recurso especial, cuja ementa segue abaixo, decidiu por condenar a empresa *facebook* à obrigação de

fazer para retirada de página que circulava em sua rede social, com conteúdo ofensivo a honra e a imagem de ente familiar dos que autores que cometeu suicídio. O *facebook* alegou a impossibilidade de remoção da página pelo fato da parte contrária não ter dito qual o URL correspondente à ofensa.

Contudo, o relator considerou que o provedor de *internet*, administrador de redes sociais é o único responsável pela oferta de seu produto colocado à disposição da sociedade, diante da teoria do risco, é também o responsável por dispor de meios de contenção dos problemas originários da sua atividade, motivo pelo qual possível à determinação de retirada de conteúdo ilícito independentemente de indicação precisa, pelo ofendido, das páginas responsáveis pela veiculação (URL).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - RETIRADA DE PÁGINA NA REDE SOCIAL COM CONTEÚDO OFENSIVO A HONRA E A IMAGEM DE ENTE FAMILIAR DOS AUTORES QUE COMETEU SUICÍDIO - POSSIBILIDADE - INDICAÇÃO DO ENDEREÇO DA PÁGINA (URL) PARA O CUMPRIMENTO DA LIMINAR - IRRELEVÂNCIA - ÔNUS DO PROVEDOR DE *INTERNET* RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DA REDE SOCIAL - TEORIA DO RISCO - TUTELA ANTECIPADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS - MANUTENÇÃO - FIXAÇÃO DE ASTREINTES - POSSIBILIDADE. 1. A concessão da antecipação da tutela está condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC. 2. Comprovada a verossimilhança das alegações dos agravados e a prova inequívoca do direito consistente na retirada de página da rede social administrada pelos agressores que contenha vídeo ofensivo a imagem de ente familiar dos autores que cometeu suicídio e, presente receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não há que se falar em reforma da decisão agraviada. 3. Considerando que o provedor de *internet*, administrador de redes sociais é o único responsável pela oferta de seu produto colocado à disposição da sociedade, diante da teoria do risco, é também o responsável por dispor de meios de contenção dos problemas originários da sua atividade, motivo pelo qual possível à determinação de retirada de conteúdo ilícito independentemente de indicação precisa, pelo ofendido, das páginas responsáveis pela veiculação (URL). 4. A multa diária tem o condão de coagir a parte ao cumprimento do fazer ou não fazer e deve ser aplicada com base na capacidade econômica do obrigado, a fim de fazer com que este entenda melhor cumprir do que desobedecer a ordem judicial, contudo, esta deve ser fixada observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. Estipulado o valor da multa compatível com a obrigação objeto da determinação judicial e com o poder econômico das partes, não há que se falar em sua alteração. 6. Recurso conhecido e não provido" (e-STJ fl. 225 - grifou-se). (STJ - AgInt no AREsp: 956396 MG 2016/0191700-4,

Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 11/05/2017)

Diante dos julgados acima mencionados e entre outros que foram vistos durante os estudos deste trabalho, constatou-se que a gama de processos relacionados ao tema liberdade de expressão vs inviolabilidade da vida privada (especificamente, o suicídio) é bem maior na esfera cível do que na esfera penal. Existe no âmbito penal há uma escassez jurisprudencial e legislativa quanto ao tema ora analisado.

Dubitável é a atitude de um ser humano que diante da dor de outrem, se utiliza de meios para galgar benefícios para si. Na atualidade, essas atitudes horrendas tornaram-se comuns, onde a empatia tornou-se escassa. A prioridade dos usuários das redes sociais está em registrar momentos a fim de divulgar em suas mídias sociais, pouco se priorizando o cuidado e atenção quanto ao que está sendo publicado, se são momentos da sua vida ou se fazem parte da vida privada de outrem. Nos últimos anos presenciou-se constantemente o compartilhamento de pessoas suicidando-se, ação atípica para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, há de se questionar a ação de terceiros que gravam esse momento difícil na vida do outro, com o intuito de compartilhar em suas redes sociais.

De certo, a exposição de imagens e vídeos, nas redes sociais, de pessoas suicidas no momento mais difícil de suas vidas, em que os mesmos já não suportam mais a dor de permanecerem vivos por inúmeros fatores pessoais, sociais e morais, e escolhem por tirar suas vidas com o intuito de cessar com esse sofrimento, fere indubitavelmente as suas intimidades e privacidades. A intimidade e privacidade são direitos fundamentais, dessa forma a exposição da dor do outro nas redes sociais com a intenção de obter vantagens pessoais fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Por mais que não haja nexo direto na conduta (gravar um vídeo ou tirar uma foto com o intuito de compartilhar nas redes sociais) com o resultado (morte causada pelo próprio agente), o presente trabalho vem por defender a tese da possibilidade de tipificação de tal ato através do art. 122 do CP, pois a conduta omissiva do agente com o intuito de que o ato suicida se concretize para assim obter vantagens pessoais e até mesmo econômicas, virtualmente, fez com que o resultado fosse concluído, havendo, dessa forma, a possibilidade de tipificação da conduta (omissiva).

2 DA CONDUTA E DA TIPICIDADE

De acordo com a teoria adotada no Brasil, para que seja configurado o crime, faz-se necessário que o fato seja típico, ilícito e culpável. É dentro do fato típico que está a conduta, enfoque no presente trabalho. A conduta pode se exteriorizar por meio da ação (leis penais proibitivas) ou omissão (leis penais preceptivas), e somente o ser humano pode realizá-la. Não há crime sem conduta, pois os elementos do crime são cumulativos.

Antes de explanarmos o estudo sobre a conduta na modalidade omissiva, faz-se necessário expor alguns conceitos introdutórios sobre o crime e suas teorias.

2.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS DE CRIME

2.1.1 Infração Penal

Sob o enfoque formal, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena. Num conceito material, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.

De forma sucinta, existem duas teorias majoritárias quanto à classificação de infrações penais. A teoria bipartite que, defende a divisão bipartida das infrações penais em crimes e contravenções penais; e a teoria tripartite que, divide tripartidamente as infrações penais em crimes, delitos e contravenções. A diferenciação entre os mesmos é decidida pelo legislador, tratando-se portanto, de uma distinção axiológica (de valor).

No Brasil, infração penal é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo). Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor). (CUNHA, 2016, p. 150)

Verifica-se a fundamentação para a adoção da divisão bipartida no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que, dispõe:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. (BRASIL, 1940)

Como diz COSTA E SILVA (1967 apud NUCC, 2017, p. 378), comentando o art.8º do CP, “todos os esforços envidados pela ciência para descobrir um traço de diferenciação, claro e preciso, entre o crime e a contravenção têm sido improfícuos.

2.1.2 Conceito de crime

De acordo com Alexandre Salim (2017, p. 142), o crime possui quatro conceitos, sendo eles:

Legal: considera-se crime a infração penal a que a lei comete na pena de reclusão ou de detenção quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art. 1º da LICP - Lei de Introdução do Código Penal);

Material (substancial): refere-se ao conteúdo do ilícito penal, com análise da conduta danosa e sua consequência social. Nesse sentido, crime é o comportamento humano que causa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico;

Formal (formal sintético): conceito sob o aspecto da contradição do fato à norma penal, ou seja, é toda a conduta (ação ou omissão) proibida por lei sob ameaça de pena;

Analítico (dogmático ou formal analítico): enfoca os elementos ou requisitos do crime. O delito é concebido como conduta típica, antijurídica e culpável (conceito tripartido), ou apenas como conduta típica e antijurídica (conceito bipartido).

O conceito usualmente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência é o analítico, pois divide o crime em estruturas de acordo a teoria adotada. A teoria bipartite defende que crime é um fato típico e antijurídico (ilícito), enquanto a teoria tripartite define crime como sendo um fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. “Pelo conceito bipartido, a culpabilidade não é elemento do crime, mas sim pressuposto de aplicação da pena. Pode ter ocorrido o crime (fato típico + ilicitude) e mesmo assim ser o agente isento de pena” (Alexandre Salim, 2017, p. 143).

Além de ser majoritário na doutrina, o conceito tripartite é adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Inviável reputar negativo o voto do art. 59 do Código Penal com fundamento exclusivo nos elementos constitutivos e descriptivos do crime. Desse modo, impõe-se o decotamento da avaliação negativa da circunstância judicial da culpabilidade, porquanto a indicada potencial consciência da ilicitude e exigência de conduta diversa constituem pressupostos da culpabilidade como elemento do crime (STF, 2º T., HC 126202, j. 30/06/2015).

Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida (STJ, 5º T., HC355732, j. 18/08/2016).

2.1.3 Elementos do crime

De acordo com o conceito analítico de crime, acima mencionada, o crime possui como elementos o fato típico, a antijuricidade (ilicitude) e a culpabilidade, figurando esta última como pressuposto de aplicação da pena. “Em seu primeiro elemento (fato típico) não se deve confundir conduta com fato. Isto porque, o fato pode abranger não só a conduta humana, mas também o resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) e o nexo causal” (Alexandre Salim, 2017, p. 160).

Essa distinção é importante em relação à classificação dos crimes quanto ao resultado naturalístico, pois se o fato for igual à conduta, ter-se-á crimes de mera conduta e crimes formais. Contudo, se o fato for igual a conduta, mais o resultado naturalístico e o nexo causal, ter-se-á crime material. O fato típico possui como pressupostos a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade.

Gueiros e Japiassú (2018, p. 254) definem a antijuridicidade como sendo o juízo de contrariedade entre a conduta típica e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. A antijuricidade é presumida, possuindo apenas excludentes, quais sejam: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Observa-se, pois que, a antijuridicidade é, fundamentalmente, uma valoração que se realiza acerca da natureza lesiva de um comportamento humano contrário ao conjunto de normas legais. Com efeito, ao cunhar os tipos penais, o legislador faz uma eleição dos comportamentos que violam os bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física, honra, patrimônio etc.); seleciona, enfim, condutas ilícitas. Quando alguém realiza um fato que se amolda (objetiva e subjetivamente) a um tipo penal, presume-se, de imediato, a sua antijuridicidade. Não obstante, pode acontecer, no caso concreto, da conduta estar coberta por uma causa justificante. Se isso ocorrer, afasta-se a antijuridicidade, enquanto permaneça a conduta típica. É por essa razão que a antijuridicidade da conduta típica é determinada por um critério negativo, qual seja, a ausência de causas de justificação (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 254)

A culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão ou de escolha da pessoa humana, ou, em outras palavras, a capacidade antropológica de se determinar no sentido da norma jurídica (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 269).

Por fim, a culpabilidade possui como pressupostos a imputabilidade do agente, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta adversa.

Pode-se dizer que a culpa passa a consistir na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajustasse ao direito. (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 274).

Não convém, para o estudo ora analisado, trazer considerações aprofundadas quanto à antijuricidade e a culpabilidade, pois desviaria o foco da pesquisa; até porque o enfoque do estudo é a conduta na modalidade omissiva própria, ao qual a conduta é elemento do fato típico. Isto posto, tratar-se-á especificamente sobre o fato típico do crime.

2.2 FATO TÍPICO

De acordo com o princípio da exteriorização ou materialização do fato, ao Direito Penal só interessam fatos humanos, pouco importando os acontecimentos da natureza dos quais não participa o homem. “Entretanto, não são todos os fatos humanos que ficam na mira do Direito Penal, mas somente aqueles indesejados pelo meio social, não reprovados de forma eficaz pelos demais ramos do Direito e que provoquem relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado” (CUNHA, 2016, p. 177).

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: conduta, nexo causal, resultado e tipicidade. (CUNHA, 2016, p. 177)

O fato típico possui como elementos a conduta dolosa ou culposa, o resultado (só nos crimes materiais), o nexo causal (só nos crimes materiais) e a tipicidade.

2.2.1 Da conduta

Verificada a existência do delito, por intermédio dos seus pressupostos essenciais, será legítima a incidência da sua consequência jurídica (a imposição de pena). Sendo assim, a análise dogmática do crime deve necessariamente começar pelo enfrentamento do conceito de conduta (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 206).

Conforme já analisado, a conduta é um elemento do fato típico que, por sua vez é elementar do crime. Isso posto, não há crime sem conduta (*nullum crimen sine conducta*).

2.2.1.1 Teorias

Uma das discussões mais candentes no direito penal se dá quanto ao conceito de conduta e seus elementos. Algumas teorias são defendidas.

2.2.1.1.1 Teoria clássica, causal, naturalística ou mecanicista

A teoria causalista (ou teoria causal naturalista, teoria clássica, teoria naturalística ou teoria mecanicista), idealizada por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, surge no início do século XIX e faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito).

Para essa teoria, é irrelevante a finalidade da conduta, basta haver um ato voluntário para que esteja caracterizada a conduta. A conduta é uma ação humana que causa modificação no mundo exterior. De acordo com Cunha (2016, p. 178),

A vontade, na perspectiva causalista, é composta de um aspecto externo, o movimento corporal do agente, e de um aspecto interno, vontade de fazer ou não fazer (conteúdo final da ação). A ação seria, portanto, composta de vontade, movimento corporal e resultado, porém a vontade não está relacionada à finalidade do agente, elemento analisado somente na culpabilidade.

Existem críticas com relação à mesma, pois não explica os crimes omissivos, formais e de mera conduta e o tentado. Cunha (2016, p. 179) explana algumas dessas críticas:

Ao conceituar ação como movimento humano causador de uma modificação no mundo exterior, esta teoria não explica de maneira adequada os crimes omissivos, bem como os delitos sem resultado (formais e de mera conduta);

Não há como negar a presença de elementos normativos e/ou subjetivos no tipo penal; Ao fazer a análise do dolo e culpa no momento da culpabilidade, não há como distinguir, apenas pelos sentidos, a lesão corporal da tentativa de homicídio, já que a finalidade do agente não é analisada quando da pesquisa da conduta. O comportamento de quem quer ferir é, para os sentidos, o mesmo de quem quer matar e não consegue;

É inadmissível imaginar a ação humana como um ato de vontade sem finalidade. Toda ação humana é dirigida a um fim, existindo sempre uma relação psíquica entre conduta e resultado.

A ação é dirigida a uma finalidade. Destarte, o dolo e a culpa são considerados como elementos psíquicos e estão elencados no elemento culpabilidade;

2.2.1.1.2 Teoria neokantista ou causalista neoclássica

A teoria neokantista possui os mesmos fundamentos da teoria clássica (por isso é também denominada de teoria causal-valorativa) e foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX. Tendo como maior expoente Edmund Mezger, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa a sua negação) através da introdução da racionalização no método.

Por outro lado, no campo da antijuridicidade, ao contrário da teoria causal-naturalística, a tipicidade não constitui elemento autônomo em relação à antijuridicidade na estrutura do delito, pois toda ação é tipicamente antijurídica. A tipicidade não é concebida apenas como descrição formal-externa de comportamentos, mas também materialmente como uma unidade de sentido socialmente danoso, sendo que em muitos casos se faz necessária a análise de elementos subjetivos, como, por exemplo, a intenção de apropriação no crime de furto. A culpabilidade passou a ser entendida como reprovabilidade ou censurabilidade do agente pelo ato, sendo estruturada por elementos psicológicos e normativos (teoria psicológico-normativa da culpabilidade). (SALIM, 2017, p. 164).

A conduta deixa de ser ação e passa a ser comportamento e adiciona a exigibilidade da conduta adversa dentro da culpabilidade. “Pretende-se retirar o Direito do mundo naturalista, marcado pelo "ser", e, por conseguinte, situá-lo numa zona intermediária entre o "ser" e o dever ser”” (SALIM, 2017, p. 164).

2.2.1.1.3 Teoria finalista ou final

Se o neokantismo pouco alterou o modelo clássico de conduta, o mesmo não pode ser dito do finalismo desenvolvido por Hans Welzel. Dessa forma, considerando equivocada a ideia de a conduta ser um mero movimento corpóreo despido de finalidade, Welzel ressaltou que o que caracteriza o agir humano é a capacidade de dirigir a causalidade de acordo com a sua vontade, ou seja, a aptidão humana de iniciar uma conduta para atingir um determinado fim.

“Desse modo, a finalidade, ou o caráter final da ação, se baseia no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, e dirigi-la, conforme planejado, até a consecução de seus fins” (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 210).

A conduta é um comportamento humano voluntário dirigido a um fim. O dolo e a culpa passam a integrar a conduta (elemento do fato típico), com isso a culpabilidade se torna vazia e o dolo que, era normativo, passa a ser natural. O finalismo é teoria mais comumente adotada

no Brasil.

Evidenciou-se o grande problema metodológico na teoria de Welzel: a dificuldade em condicionar uma ciência eminentemente normativa, como o Direito, à ideia pré-normativa (ontológica) das estruturas lógico-objetivas. O ser (o mundo real) é e sempre será aquilo que os homens, com suas normas, suas leis, com sua organização social, entender que deva ser. A valoração do real é inerente à ciência jurídica. (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 210).

2.2.1.1.4 Teoria social

Essa teoria foi defendida por três grandes nomes: Eberhard Schmid, Johannes Wessels e Hans-Heinrich Jescheck. Para o primeiro, ““o sentido social da conduta há de conectar-se às premissas da vida social. Em suma, conduta seria a voluntária causação de consequências previsíveis e socialmente relevantes” (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 211). Já o segundo definiu ação para fins penais como sendo a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. E por fim, para o terceiro,

“A categoria básica do comportamento humano ativo é a finalidade (capacidade de dirigir cursos causais). A ela se junta a categoria da omissão que, demanda um juízo normativo da expectativa de um comportamento (possibilidade de agir). Ambas não podem ser unificadas em um nível ontológico, visto que a omissão não é final em si mesma, mas podem ser integradas em um nível superior consistente na relação do comportamento humano com o seu entorno” (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 211)

A conduta é o comportamento humano voluntário dirigido a um fim socialmente reprovável. Tal fim decorre da evolução natural da sociedade. A estrutura da conduta é a mesma da finalista.

A teoria social da ação reúne dados característicos da orientação causal e finalista, não apresentando uma estrutura sistemática própria do delito. Visa a plasmar um conceito unitário ou geral de ação que englobe todas as formas de conduta – dolosa/culposa/omissiva. Entretanto, não logra conseguir esse objetivo, pois, além de faltar-lhe a indispensável neutralidade axiológica e de ser excessivamente abstrato, “ao deixar de compreender a categoria essencial da finalidade e não permitir conhecer a índole da ação concreta realizada, está privado de toda conexão interna, funcional, com os restantes elementos do delito” (PRADO, 2019, p. 296)

2.2.1.1.5 Teoria funcionalista ou teleológicas

O direito penal possui uma função e seus institutos devem ser voltados para ela. De acordo com a função que o direito penal buscar é que deve ser compreendida a conduta. De acordo com Prado (2019, p. 300), Essa tendência é marcada especialmente por dois movimentos:

Um, de caráter moderado que, busca permear o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico); o outro, de matiz radical que, procura a renormatização total do sistema penal, em bases sistêmicas (normativismo funcional sistêmico). A distinção entre ambos está no ponto de partida da renormatização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista. Mas a diferença principal reside nas referências funcionais em razão das quais se assinalam conteúdos aos conceitos. Ademais, o primeiro se preocupa com os fins do Direito Penal, e não só com os fins da pena, como o segundo.

São duas as principais correntes funcionalistas: o funcionalismo teleológico, de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs.

a) Funcionalismo teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal

“O funcionalismo teleológico tem como expoente Claus Roxin. Trata-se de um novo marco na evolução do Direito Penal que tem por base a sua reconstrução a partir da premissa de que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos” (CUNHA, 2017, p. 186). Roxin redimensiona a incidência do Direito Penal, reduzindo o alargado alcance que a tipicidade formal lhe conferia até então.

“O funcionalismo teleológico ou moderado propõe que se entenda a conduta como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal” (CUNHA, 2017, p. 187).

b) Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista

O funcionalismo sistêmico tem como maior doutrinador Günter Jakobs. Para este, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade.

O funcionalismo sistêmico, portanto, repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais. Assim, havendo frustração da norma pela conduta do agente, impõe-se a sanção penal, uma vez que a missão do direito penal é assegurar a vigência do sistema (CUNHA, 2017, p. 188).

Sob esta ótica, conduta será considerada como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

2.2.1.2 Características e elementos da conduta

Independentemente da teoria adotada, a conduta possui o movimento humano voluntário como denominador comum. A conduta humana deve ser voluntária. Ressalta-se que somente o homem pratica a conduta, não sendo possível sua aplicação aos seus animais. Para o Código Penal Brasileiro é irrelevante a cogitação do agente (o pensamento não exteriorizado), sendo necessário que a conduta tenha uma repercussão no mundo exterior.

Dito isto, a conduta possui como elementos o comportamento voluntário dirigido a um fim e a exteriorização da vontade. O primeiro é integrado pelo dolo que, gera lesão ou perigo de lesão, e pela culpa que, gera um resultado capaz de causar lesão. “Nos crimes dolosos, o fim é a lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo, ao passo que, nos crimes culposos, a finalidade é a prática de um ato cujo resultado previsível seja capaz de causar lesão ao bem jurídico” (CUNHA, 2016, p. 191).

Já o segundo, é o comportamento comissivo ou omissivo que externa o elemento psíquico. “Assim, o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal: vigora o princípio da materialidade, segundo o qual o delito exige sempre um fato humano (ação ou omissão)” (PRADO, 2019, p. 293).

2.2.1.3 Formas de conduta

2.2.1.3.1 *Quanto à voluntariedade do agente*

Far-se-á uma análise sucinta do dolo e da culpa, pois, como já dito anteriormente e por diversas vezes, o foco do presente trabalho é explanar o elemento exteriorização da vontade (ação ou omissão) da conduta.

a) Dolo

O dolo está descrito no art. 18º do CP, inc. I, o qual dispõe que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940). É o elemento psicológico subjetivo do tipo penal. “Age dolosamente o agente que conhece e quer a realização dos elementos da situação fática ou objetiva, sejam descriptivos, sejam normativos que, integram o tipo legal de delito” (PRADO, 2019, p. 361).

Convém esclarecer que se o agente, por qualquer motivo, não tem consciência de que está realizando os elementos objetivos de um tipo penal, obviamente também não tem vontade de realizá-los. Trata-se do chamado erro de tipo ou erro sobre os elementos do tipo legal, regulado pelo artigo 20 do Código Penal que, é estudado com detalhes no capítulo referente à teoria do erro. O erro de tipo, portanto, sempre exclui o dolo (por ausência do elemento cognitivo e, de conseqüente, do volitivo), mas permite a punição pela modalidade culposa, quando considerado inescusável, se prevista a forma culposa para o delito em questão (PRADO, 2019, p. 361).

Os elementos do dolo são volitivo – vontade de realizar a conduta típica (ação ou omissão) e o cognitivo – a consciência da conduta, do resultado e do nexo de causalidade. Quanto às suas teorias, têm-se a teoria da vontade, teoria do assentimento ou consentimento, teoria da indiferença e teoria da representação. A primeira defende que o agente prevê o resultado e tem vontade de produzi-lo. “Dolo é a consciência e vontade dirigida ao resultado. Para que uma conduta seja considerada dolosa, o agente deve ter consciência e vontade de praticar a conduta, bem como a consciência e vontade de produzir o resultado” (SALIM, 2017, p. 217). Essa teoria foi adotada no CP quanto ao dolo direto.

Já segunda teoria, teoria do assentimento ou consentimento, defende a tese que onde há dolo não somente com a vontade de produzir o resultado, mas também quando realiza a conduta assumindo o risco de produzi-lo.

É necessária a consciência ou previsão do resultado, mas não se exige a vontade dirigida à sua realização. É suficiente seu consentimento (assunção do risco da produção do resultado). Ou seja, sabendo que a sua conduta tem a possibilidade de causar o resultado, o agente não deixa de agir, aceitando a sua produção. (SALIM, 2017, p. 217)

Quanto à teoria da indiferença, afirma PRADO (2019, 367) que, baseia-se na postura de indiferença diante da produção do resultado (dolo eventual), ou do “alto grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão.” E por fim, a teoria da representação (ou possibilidade) preceitua que para configurar o dolo basta haver a previsão do resultado. “fala-se em dolo sempre que o agente tiver a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta” (CUNHA, 2016, 194).

O Direito Penal brasileiro, em seu artigo 18, adota as teorias da vontade (para o dolo direto) e a do consentimento (para o dolo eventual).

b) Culpa

A descrição do crime culposo está previsto no art. 18, inc. II do CP, o qual preceitua que o agente gera um resultado ao qual não estava buscando, devido a sua imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940). Em suma, culpa é a conduta humana voluntária dirigida para um fim lícito que gera um resultado ilícito involuntário, mas que lhe era previsível (culpa inconsciente) ou deveria ser previsível (culpa consciente), e que poderia ter sido evitado se o agente tivesse agido com cuidado.

Em regra, os crimes são dolosos, desta forma, a culpa só pode existir quando houver manifestação expressa do legislador. O legislador não tem como prever todos os fatos ilícitos e tipificá-los, com isso, deixa aberto nas mãos do judiciário para enquadrar a conduta culposo no comportamento do agente. Por isso, em regra, os crimes culposos são previstos em tipos penais abertos. Ressalta-se também que a culpa é incompatível com a tentativa, pois o resultado não é pretendido pelo agente e se o resultado não é pretendido não há que se falar em tentativa.

“No crime culposo, a conduta não é dirigida para um fim ilícito. Ela é geralmente dirigida para uma finalidade sem qualquer relevância penal, mas, entretanto, é mal dirigida” (SALIM, 2017, 231). Pode-se dizer que a finalidade é penalmente irrelevante na conduta culposa, a transgressão do cuidado objetivamente exigido é que possui real importância.

Os elementos objetivos normativos do tipo de injusto culposo são: inobservância do cuidado objetivamente devido (é o necessário para o desenvolvimento de uma atividade social determinada), pois é imprescindível na configuração da tipicidade; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado, os quais deve existir uma conexão interna.

Os elementos da culpa podem ocorrer da seguinte forma: no comportamento humano voluntário, por meio da ação ou omissão; na violação do dever de cuidado objetivo, através da imprudência (forma positiva da culpa), negligência (forma negativa da culpa) e imperícia (falta de aptidão técnica no exercício de arte, profissão ou ofício); no resultado naturalístico involuntário; no nexo causal; na tipicidade; e, por fim, na previsibilidade objetiva.

A culpa pode se dar nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia, previstas no art. 18, inc. II do CP. A imprudência “vem a ser uma atitude positiva, um agir sem a cautela, a atenção necessária, com precipitação, afoitamento ou inconsideração. É a conduta arriscada, perigosa, impulsiva” (PRADO, 2019, p. 374). A negligência “é a ausência de precaução e revela-se antes de se iniciar a conduta; o agente não adota a ação cuidadosa que se exige no caso concreto, daí advindo o resultado lesivo” (CUNHA, 2017, p. 201). Já a imperícia “relaciona-se com a inaptidão para o exercício de arte ou profissão. É necessário que o fato seja praticado pelo sujeito no exercício de sua atividade profissional” (SALIM, 2017, p. 234).

2.2.1.3.2 *Quanto ao modo de execução*

a) Condutas comissivas (ação)

“Ação é a conduta comissiva, ou seja, aquela que exige um fazer. A maioria dos tipos penais descreve comportamentos comissivos, por meio de verbos, como, p. ex., “matar”, “constranger”, “subtrair”, “destruir” etc.” (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 204).

O delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), especialmente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inarredável aos direitos e garantias fundamentais do homem. Assim, o simples querer ou pensar, sem qualquer exteriorização, sequer pode ser objeto de consideração no campo penal: vigora o princípio da materialidade, segundo o qual o delito exige sempre um fato humano (ação ou omissão). (PRADO, 2019, p. 293)

As condutas comissivas são condutas positivas, enquanto as condutas omissivas são as condutas negativas e vislumbram a possibilidade de agir. As condutas comissivas não possuem espécies.

b) Condutas omissivas (omissão)

“O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental” (CUNHA, 2017, p. 221). “Para configurar um crime omissivo o agente deve violar a norma mandamental, deixando de fazer o que a norma determina (obrigação de fazer)” (SALIM, 2017, p. 171).

No que diz respeito ao conceito de omissão, diverge na doutrina se o aspecto dela é ontológico ou não. Prado (2017, p. 310) relata que:

De acordo com a primeira posição, admite-se ter a omissão uma base real prévia ao juízo axiológico. É um conceito pré-jurídico que, “não nasce do ordenamento jurídico, nem de outras expectativas”. Tanto a ação quanto a omissão pertencem igualmente à realidade. No plano ontológico, não há omissão em si, nem é ela uma ação, mas tão somente omissão de uma ação. Como se enfatiza “o acento valorativo não faz surgir algo do nada, mas só pode converter algo em algo valorado”.

Evidencia-se assim através de um juízo objetivo, isento de valoração. Pode-se omitir não só a ação esperada, mas também a proibida pela norma jurídica. Na omissão, o agente não realizou a ação podendo realizá-la numa situação concreta, sendo, portanto, sempre omissão de ação.

Por outro lado – conforme a segunda posição –, concebe-se a omissão como um conceito puramente jurídico, desrido de qualquer lastro real ou naturalístico. Dessa maneira, pode ser definida nos termos seguintes: comportamento passivo consistente em um não fazer jurídico-penalmente desvalorado. De caráter valorativo, a omissão só aparece quando referida à norma penal. No mundo da realidade só há ação (comportamento positivo).

Diferentemente das condutas comissivas que, possuem uma norma proibitiva, as condutas omissivas, possuem uma norma mandamental. Nos delitos omissivos o agente possui o dever de agir, seja um dever geral (omissão própria) ou um dever especial (omissão imprópria). Armin Kaufmann desenvolveu uma diferenciação quanto à conduta omissiva própria e imprópria, em obra datada de 1959, por nome de Dogmática dos delitos de omissão. São propostos alguns critérios:

Critério tradicional ou clássico – a delimitação entre essas espécies omissivas é feita com base na consideração do resultado integrar ou não o tipo legal. No delito omissivo próprio – próximo ao delito de mera atividade – não figura o resultado como parte de sua estrutura típica, já no delito omissivo impróprio – próximo ao delito de resultado – o evento integra o tipo penal;

Critério normológico – a diferença entre elas repousa na natureza da norma penal transgredida. Na omissão própria, viola-se uma norma preceptiva, na omissão imprópria uma norma proibitiva. É tido como incorreto, visto que em toda modalidade omissiva é infringida uma norma preceptiva ou mandamental;

Critério tipológico – o ponto distintivo se encontra na previsão legal ou não de cada forma omissiva. A omissão própria se acha legalmente tipificada, ao passo que a imprópria não, sendo criação doutrinária ou jurisprudencial. Isso além da posição de garantia que, é característica desta última. (PRADO, 2017, p. 312)

Omissão própria ou pura é aquela em que a conduta se perfaz com a simples não realização da atividade determinada pelo tipo penal incriminador (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 214). Os crimes omissivos próprios são condutas negativas descritas pela própria legislação e são unissubsistentes.

Insta acrescentar que os crimes omissivos puros são classificados como crimes de mera conduta. O sujeito, ao não fazer o que é esperado, amolda seu comportamento à descrição típica proibida (viola o mandamento positivo) (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 214). Não há a possibilidade de tentativa nas condutas omissivas próprias e, em regra, serão crimes dolosos.

“Em geral, o tipo omissivo puro pode ser reconhecido pela expressão “deixar de”. Com efeito, o agente deixa de realizar o comportamento descrito pela norma mandamental” (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, p. 214). Alguns exemplos de crimes omissivos próprios são: a omissão de socorro (art. 135 do CP), a omissão de notificação de doença (art. 269 do CP), a falsidade ideológica (art. 299 do CP), a previsão, a omissão de cautela (pode ser na modalidade culposa), tortura.

Já os crimes omissivos impróprios ou comissivo por omissão se dá quando o tipo penal apresenta uma conduta comissiva, mas o agente produz o resultado naturalístico por meio de uma omissão que viola o seu dever jurídico de agir.

“Para que este responda pelo crime, porém, é necessário que tenha o dever de agir (dever jurídico de agir), ou seja, o dever de impedir o resultado, fundado, segundo uns, na "teoria da ação esperada" e, segundo outros, na obrigação de atender” (MIRABETE, 2001, p. 105).

Os garantidores, descritos no art. 13, §2 do CP, é que possuem o dever jurídico de agir. São eles:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A primeira hipótese (*alínea a*) refere-se ao dever legal. Deriva o dever de agir de uma norma jurídica que obriga alguém ao cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico. Trata a *alínea b* da aceitação pelo sujeito do dever de impedir o evento por ter assumido previamente essa responsabilidade. Referindo-se àquele que, "de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado", a lei abrange o dever originado de uma manifestação unilateral de vontade (função tutelar ou de encargo sem mandato) ou de um contrato. Por último, refere-se a lei, na *alínea c*, ao "comportamento anterior" do sujeito que criou o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. Essa hipótese, chamada ingerência na doutrina, é a que mais gera discussões, a ponto de já se ter afirmado que a fixação precisa da posição de garante, nessa situação, é problema de solução difícil, senão impossível.

Na primeira hipótese, formulam-se como exemplos da posição de garantidor o do médico que presta serviço de urgência em um pronto socorro; o daquele que se propõe a conduzir um ebrio para sua casa, pessoas que passam a ser garantidoras da não-ocorrência de resultados lesivos com relação ao ferido ou embriagado. Exemplos citados de dever gerados por contrato, diante da projeção social deste como espécie de dever de direito público, são o do guia que se obriga a conduzir o explorador por terrenos perigosos; o do enfermeiro que é admitido para cuidar do doente; o do guarda de segurança particular contratado para vigiar uma residência ou estabelecimento comercial ou industrial; o do capataz da fazenda que deve cuidar da colheita; o do operador de máquinas que deve lubrificá-las etc. Ressalta-se na doutrina que, em tais casos, o dever de agir deriva principalmente de uma situação de fato e não apenas do contrato. (MIRABETE, 2001, p. 106)

2.2.2 Da tipicidade

Damásio de Jesus (2010, p. 157) leciona que tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Mirabete (2001, p. 117), por sua vez, define tipicidade como sendo a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.

A tipicidade constitui a base do injusto penal. Mais tecnicamente, averba-se que a tipicidade penal se apresenta “como resultado de uma concreção da norma mediante a lei penal”, e ainda que é “a tipicidade penal que atribui a um injusto o caráter específico de injusto penal ou punível. Com a tipicidade, delimita-se, portanto, o âmbito do jurídico penalmente relevante – o âmbito do punível –, em que se estabelecem as fronteiras e os contornos da intervenção penal (princípio de tipicidade).” (PRADO, 2019, p. 351)

A tipicidade pode ser formal (ou legal), quando ocorre a subsunção da conduta praticada pelo agente à descrição do tipo penal e material, quando ocorre a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, decorrente da conduta prevista no tipo penal. A primeira se subdivide em duas espécies, quais sejam: A adequação típica imediata ou direta, na qual se opera um ajuste entre o fato e a norma penal sem depender de dispositivo complementar. Através de um único dispositivo se alcança a subsunção entre a conduta e o tipo pena; E a adequação típica mediata ou indireta O ajuste entre o fato e a norma somente se realiza através da conjugação do tipo penal com uma norma de extensão.

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 158):

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica. Essa definição legal da conduta proibida pela ordem jurídico-penal, sem qualquer elemento valorativo, é a tipicidade. Portanto, o tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. Todavia, o tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva ou objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento. Assim, o tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta que, variam de um para outro. Em face disso, o tipo legal fundamental deve conter apenas os elementos necessários para individualizar a conduta considerada nociva, postergando a um plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para exacerbar ou diminuir a pena, ou são subsídios de sua dosagem (circunstâncias legais ou judiciais).

Não há de se confundir tipo com tipicidade, pois aquele comprehende todos os elementos e/ou circunstâncias que fundamentam o injusto penal específico de uma figura delitiva e serve de base à ilicitude particular de uma ação ou omissão típica. O tipo pode ser dividido em simples que, contém apenas um verbo no tipo penal, isto é, somente uma ação para descrever a conduta; e misto que, contém dois ou mais verbos no tipo penal.

O tipo misto subdivide-se em cumulativo, onde o tipo descreve várias condutas e, ainda que praticadas no mesmo contexto fático, vão ensejar o concurso de crimes; e alternativo, no qual o tipo descreve várias condutas, mas, ainda que o agente pratique duas ou mais condutas, fica caracterizado somente um delito, desde que praticadas no mesmo contexto fático.

Com base no princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX, da CF; art. 1.º do CP), o tipo legal de delito desempenha uma série de funções.

- a) função seletiva – indica os comportamentos que são protegidos pela norma penal que, interessam ao Direito Penal;
- b) função de garantia e de determinação – diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, formal e materialmente, inclusive quanto ao requisito da taxatividade (*lex scripta, lex praevia, lex stricta e lex certa*);
- c) função indicária da ilicitude – é a tipicidade a ratio cognoscendi da ilicitude;
- d) delimitação do iter criminis – assinala o início e o fim do processo executivo do crime; e
- e) função motivadora ou de determinação geral de condutas – “chamada de atenção” – diante dos cidadãos, destaca-se que uma conduta se encontra desvalorada e proibida de modo geral sob a ameaça de pena (por isso não deve ser realizada), e, assim, procura motivar ou determinar a todos no sentido de não ser praticada. (PRADO, 2017, p. 351)

Como supramencionado por Damásio de Jesus, o fato concreto necessita de uma adequação típica para que seja considerado um fato típico. A adequação típica pode se dar por meio da subordinação imediata, onde a conduta se adequa perfeitamente ao tipo penal, e através da subordinação mediata (ampliada ou por extensão) que impõe para a conduta a não adequação perfeita ao tipo, sendo necessária a aplicação de outra norma. Alguns exemplos de normas integrativas, de extensão ou complementares, necessárias para a subordinação mediata, são a tentativa (art. 14, II do CP), a participação (art. 29 do CP) e a omissão imprópria (art. 13, §2º do CP).

3 DA INEXIGIBILIDADE DO NEXO CAUSAL E DO RESULTADO NOS CRIMES DE MERA CONDUTA

Os crimes possuem classificação legal e doutrinário. Aquela é a denominação conferida pela própria lei, ou seja, o nome atribuído pela lei ao crime. A classificação legal é também conhecida como *nomen iuris* ou rubrica marginal. Ressalta-se que alguns crimes não possuem *nomen iuris*. São todas denominações que a lei se encarrega de estabelecer. Temos como exemplos de classificação legal: homicídio, furto, estupro, peculato.

Já a classificação doutrinária são características das infrações penais elaboradas pelos estudiosos do direito penal. “Ao contrário do nomen iuris que, recai sobre infração específica, determinada rotulação doutrinária abarca diversas infrações” (CUNHA, 2017, p. 164). Esta é a classificação relevante para o nosso estudo.

Para o estudo do presente trabalho faz-se necessário explicar apenas a classificação doutrinária quanto aos crimes materiais, formais e de mera conduta. Nos crimes materiais a infração gera modificação no mundo exterior e só se consuma quando tal resultado é obtido. Já no crime formal, a conduta descreve uma mudança no mundo exterior, entretanto não é necessária sua ocorrência para a consumação do delito, pois consuma-se com a conduta e não com o resultado naturalístico. Nos crimes materiais o resultado naturalístico é necessário para a consumação do crime. Vale ressaltar que todo crime possui resultado jurídico, porém nem todos possuem o resultado naturalístico.

Nos crimes de mera conduta, o tipo penal apenas descreve uma conduta, sem a previsão de resultado naturalístico. Eles jamais irão gerar esse tipo de resultado. O agente é punido pela simples atividade. Aqui enquadra-se o crime de omissão de socorro. Alguns doutrinadores, entre eles André Estefam (2018, p. 237) e Damásio de Jesus (2010, p. 188), lecionam que o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP) é crime de mera conduta, sendo irrelevante o resultado naturalística da conduta omissiva. André Estefam (2018, p. 237) relata que:

O dispositivo em análise configura delito omissivo puro ou próprio. Estes são aqueles cujo tipo penal descreve (somente) um não fazer, punindo o agente independentemente de qualquer resultado naturalístico ocorrido. A lei penal não faz referência a qualquer mudança no mundo exterior como conditio para a realização integral típica. Por esse motivo são infrações de mera conduta.

3.1 OMISSÃO DE SOCORRO

3.1.1 Conceitos históricos

Desde tempos remotos da história da humanidade encontramos exemplos de cominação de castigos a omissões que importam em ausência de solidariedade humana. O Código de Manu ameaçava de banimento aqueles que não fossem em auxílio de cidades pilhadas por malfeiteiros, ou quando se rompessem os diques, ou se bandidos avançassem pela estrada principal. Nossa legislação criminal, ao tempo do descobrimento e até a edição do Código Criminal de 1830, embora previsse diversas figuras omissivas, como o ato de encobrir os que fazem mal (Título CV das Ordenações Filipinas), não descrevia especificamente a falta de prestação de socorro.

O Código Criminal do Império também padecia do mesmo vício. É de ver, contudo, que expressamente se referia ao crime como o ato voluntário, praticado por ação ou por omissão (art. 2º, 1º). Em sua parte especial continha diversas figuras omissivas, mas nenhuma equivalente ao atual art. 135 do CP. Poucos foram os doutrinadores desta época que cuidaram do delito *per non facere*, exceção feita a Tobias Barreto. Esse autor, adepto da teoria naturalista da omissão, atribuía responsabilidade penal a quem pudesse impedir um resultado e não o fizesse (independentemente da existência de qualquer dever jurídico de agir, como hoje exige nossa legislação – art. 13 do CP). De qualquer maneira, a inexistência de norma penal equivalente à atual gerava um vácuo legislativo, pois não abrangia a situação do agente que, sem desejar a morte ou mesmo concorrer culposamente para com ela, deixava de prestar assistência ao necessitado.

A lacuna somente veio a ser suprida com o Código de 1890, que em seu art. 293, § 2º, dizia ser punível com prisão celular, de um a seis meses, “aquele que, encontrando recém-nascido exposto ou menor de sete anos, abandonado em lugar ermo, não o apresentar, ou não der aviso à autoridade pública mais próxima”.

A infração encontrava-se entre os crimes contra o estado civil (Título XI) e não, como deveria, no Título X, referente à segurança e à vida das pessoas. Tratou-se de importante avanço, mas a “versão definitiva” veio somente com a edição do Código Penal, em 1940, e a construção da figura típica ora em estudo. A lei penal construída em meados do século passado deve ser interpretada sob os olhos da realidade vigente.

3.1.2 Bem jurídico protegido

O fato de vivermos em sociedade implica uma série de direitos e deveres de uns para com os outros. É melhor que seja assim. Mesmo que pensemos egoisticamente somente em nossos direitos, o fato é que, em determinadas situações, seremos chamados a agir até mesmo contra nossa vontade. Existe um dever maior, necessário não somente ao convívio social, mas à manutenção da própria sociedade em si, que é o dever de solidariedade.

Como não podemos contar com a boa vontade de todos, faz-se necessário normatizar esse dever de solidariedade esclarecendo, em algumas situações, quando devemos agir sob pena de sermos responsabilizados criminalmente por nossa inação. O fato de virarmos as costas ao nosso semelhante, que vive um momento de perigo não criado por nós, será objeto de reprimenda penal.

De acordo com o art. 135 do CP, a omissão de socorro é configurada se o agente deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

O bem jurídico tutelado pela norma supramencionada é a vida e a saúde humana, prevalecendo o dever de solidariedade que se deve ter para com o próximo. A norma penal restringe-se à vida e a saúde humana, não adentrando no rol do art. 135 do CP qualquer outro bem jurídico. Prado (2019, p. 896), leciona que:

Tutelam-se a vida e a saúde da pessoa humana. É dispensada particular ênfase à proteção da integridade física ou psíquica de pessoa necessitada de auxílio, tais como crianças abandonadas ou extraviadas, pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, bem como de todos aqueles em grave e iminente perigo. O bem jurídico tutelado é indisponível. Importa dizer, ademais, que o dever de prestar assistência ou de solicitar o socorro da autoridade pública limita-se à preservação da vida ou da saúde alheias, não abarcando outros bens jurídicos eventualmente em perigo (v.g., patrimônio, honra etc.).

3.1.3 Sujeitos do delito

A omissão de socorro trata-se de um crime comum, desta forma o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Com relação aos sujeitos passivos, podem figurar neste polo a criança abandonada ou extraviada, a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou qualquer pessoa em grave e iminente perigo. Rogério Greco (2015, p. 380) define os sujeitos passivos da seguinte forma:

Por criança abandonada ou extraviada devemos entender aquela que, de acordo com o art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não tenha, ainda, completado 12 anos de idade e que tenha, por algum motivo, sido abandonada à própria sorte por aqueles que eram seus responsáveis ou, no caso da criança extraviada, que tenha com eles perdido o contato ou a vigilância, não sabendo retornar ao seu encontro.

Pessoa inválida, segundo a concepção de Hungria, "é toda aquela que, entregue a si mesma, não pode prover a própria segurança, seja isto por suas próprias condições normais ou por acidente (velhos, enfermos, aleijados, paralíticos, cegos etc.)".

Pessoa ferida é aquela que teve o fêndida sua integridade corporal ou saúde, seja por ação de terceiros, caso fortuito ou até mesmo por vontade própria, como no caso daquele que tentou contra a própria vida e conseguiu sobreviver, sendo incapaz de, por si mesmo, buscar auxílio a fim de evitar a produção de um dano maior à sua pessoa.

"Por fim, pode ser sujeito passivo qualquer pessoa em grave e iminente perigo. Exige-se, portanto, que se trate de perigo de grandes proporções, prestes a acontecer" (PRADO, 2019, p. 899)

3.1.4 Tipos objetivo e subjetivo

Quanto à segunda parte do art. 135 [...] ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.), a norma concede uma alternativa ao agente. Contudo, o agente deve agir diante do iminente perigo, somente caso não consiga fazê-lo sem risco pessoal é que o mesmo deverá pedir socorro da autoridade pública competente. Mesmo nos casos em que o agente pede socorro à autoridade pública competente e verifica-se no caso concreto que sua ação poderia ter evitado o perigo, o crime estará configurado. "Há casos em que o fato de não ter dado ajuda pode ser suprido com o pedido de socorro à autoridade; em outros, todavia, só o auxílio imediato será capaz de arrostar o perigo" (ESTEFAM, 2018, p. 237).

"Importante elemento típico que isenta o agente de responsabilidade penal pelo fato de não ter prestado qualquer auxílio à vítima reside na inexistência de risco pessoal. Esse risco pessoal que exclui a exigência de atuação do omitente pode ser de qualquer ordem" (ESTEFAM, 2018, p. 238).

Cuida-se de crime omissivo próprio, de modo que o comportamento nuclear consiste *num non facere*. Por se tratar de delito omissivo próprio, a tentativa é inadmissível.

Cuida-se de delito punível somente a título de dolo. O dolo é de perigo, vale dizer, expor a vida ou a saúde de outrem a um risco. O dolo, ademais, pode ser direto (a pessoa quis deixar de prestar a assistência ou convocar o socorro da autoridade pública) ou eventual (consentiu em não fazê-lo).

O crime de omissão de socorro é delito de perigo. Na hipótese de assistência omitida à criança extraviada ou abandonada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, o perigo é abstrato. Consuma-se ainda que no caso concreto não se tenha produzido qualquer perigo para o bem jurídico tutelado. Já no caso da pessoa em grave e iminente perigo, é indispensável sua efetiva demonstração (perigo concreto). (PRADO, 2019, p. 900)

De regra, a omissão de socorro consuma-se instantaneamente, sem que seu *iter criminis* se prolongue no tempo. Assim, quando o sujeito nota o perigo à vítima e se omite em auxiliá-la, a infração está completa e acabada.

“A omissão de socorro pressupõe que o autor não possua o dever jurídico de evitar o resultado, o que se dá em três casos: a) dever legal de proteção, cuidado e vigilância; b) dever de garantidor; e c) ingerência na norma (CP, art. 13, § 2º)” (ESTEFAM, 2018, p. 239).

O delito de omissão de socorro pode ser assim classificado: comum, de perigo abstrato (na hipótese de assistência omitida a criança extraviada ou abandonada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo) e de perigo concreto (no caso da pessoa em grave e iminente perigo), omissivo próprio, instantâneo e doloso.

3.1.5 Pena e ação penal

O preceito secundário do art. 135 do Código Penal prevê uma pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. O delito constitui infração de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/95), em todas as suas figuras, simples ou agravadas. Deve-se anotar que a ocorrência do delito, embora possa ser considerada frequente, poucas vezes resulta em apuração criminal, produzindo, com respeito à omissão de socorro, uma importante cifra negra (isto é, um déficit entre os fatos ocorridos e aqueles que chegam ao conhecimento das autoridades).

A ação penal é pública incondicionada. A iniciativa, destarte, fica a cargo, exclusivamente, do Ministério Público, incidindo, via de consequência, os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da oficialidade, da intranscendência e da indivisibilidade da ação penal.

3.2 INEXIGIBILIDADE DE RESULTADO NOS CRIMES DE MERA CONDUTA

O resultado é comumente tomado em dois sentidos: o resultado naturalístico e jurídico. Segundo a teoria naturalística, resultado é modificação do mundo exterior causada pela conduta.

Já para a segunda teoria, resultado é a lesão ou a possibilidade de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal. Com esta concepção, todo crime possui resultado (resultado normativo ou jurídico). Não são todos os crimes que possuem o resultado naturalístico.

O resultado, dessa forma, só pode ser imputado a quem lhe deu causa (art. 13 do CP). De acordo com Damásio de Jesus (2010, p. 120),

Tanto nos crimes denominados formais quanto nos materiais haveria sempre um resultado. Pelo contrário, para a teoria naturalística, há crime sem resultado, pois, não obstante inexistir delito sem perigo ou dano ao interesse jurídico, há crimes cuja existência não depende da verificação de um acontecimento distinto da ação ou omissão. O resultado (evento naturalístico) é elemento do fato típico, realizando-se no mundo físico. A lesão jurídica (que para os normativistas corresponde ao evento) surge com o reconhecimento da antijuridicidade do fato típico.

Muito embora no art. 13, *caput*, conste que para a existência de um crime é necessário um resultado, predomina na doutrina que se trata do resultado naturalístico. Entretanto, como visto, nem todo crime possui resultado naturalístico, como os crimes formais e os de mera conduta. Com efeito, nesse sentido, o dispositivo necessita de uma interpretação, restritiva, a fim de considerar que apenas os crimes materiais necessitam de resultado para sua existência.

Os tribunais superiores tem entendimento firmado quanto à inexigibilidade de resultado nos crimes de mera conduta. Encontrou-se muitos julgados quanto ao porte de arma de fogo, que também é crime de mera conduta. Citar-se-á um acórdão do STJ como exemplificação do entendimento firmado nos tribunais superiores, quanto aos crimes de mera conduta.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO DESMUNICIADA. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIRMADO POR AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVADO.

1. A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando absolvição ante a atipicidade da conduta, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ. 2. Por outro vértice, realça-se a incidência da Súmula 284/STF na hipótese de simples alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre a efetiva ofensa dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não sendo, portanto, suficiente para fundamentar recurso especial. 3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o mero porte de arma de fogo de uso permitido, ainda que sem munição, viola o previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. 4. "É típica a conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desconformidade com determinação legal ou regulamentar, ainda que desmuniada, por se tratar de delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública,

independentemente da existência de qualquer resultado naturalístico" (AgRg no REsp 1299730/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013). 5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp: 309476 ES 2013/0090927-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de julgamento: 15/05/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 21/05/2014)

Doutrina majoritária também tem entendido sobre a inexigibilidade de resultado naturalístico nos crimes de mera conduta, entre eles estão Julio Fabrinni Mirabete (2001, p. 140), Alexandre Salim (2017, p. 148), Cesar Roberto Bitencourt (2018, p. 301) e entre outros.

Afirma Cesar Roberto Bitencourt (2018, p. 301) que “a omissão de socorro, crime omissivo próprio ou puro, por excelência, não admite a tentativa, pois não exige um resultado naturalístico produzido pela omissão.”

Por outro lado, parcela minoritária da doutrina (Luiz Flávio Gomes e Rogério Greco, por exemplo) entende que se deve interpretar o dispositivo no sentido que se trata do resultado normativo, dispensando, assim, uma interpretação restritiva, tendo em vista que todo crime possui resultado normativo (lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado).

3.3 INEXIGIBILIDADE DE NEXO CAUSAL NOS CRIMES OMISSIVOS

O nexo causal é a relação entre a conduta e o resultado, ocorrendo uma relação de causalidade, disposto no art. 13 do CP, *ipsis litteris*, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Causa é a ação ou omissão (teoria da equivalência dos antecedentes) sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Não há, contudo, nexo causal entre a omissão e o resultado, uma vez que do nada, nada surge. Como bem acentua Damásio (2010, 153), a estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. O omitente responde pelo resultado não porque causou o resultado, mas porque não agiu para impedi-lo, realizando a conduta a que estava obrigado.

No mesmo sentido, esclarecem Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina (2007, apud CUNHA, 2016, p. 244):

Lógico que no plano naturalístico nós podemos perceber a omissão (o sujeito não faz o que a norma manda) e mentalmente fazer a devida conexão entre ela e o resultado ofensivo ao bem jurídico. Entretanto, para fins penais, não importa esse vínculo mental. Isso não conta, porque a base da responsabilidade penal nos crimes omissivos, reitere-se, não é naturalística, sim, jurídica (puramente normativa, deriva da norma)

Não se fala em nexo causal objetivo nos crimes omissivos próprios, pois a omissão é normativa e não causal. “O nexo normativo, nesses casos, incide para estabelecer o elo entre a conduta omissiva e a omissão tipificada (basta que exista um tipo penal punindo a abstenção e que esta ocorra por parte do agente)” (CUNHA, 2016, p. 244). O nexo causal somente tem aplicação nos crimes materiais.

A obrigação do sujeito ativo “era agir e não evitar o resultado, e, por isso, via de regra, os crimes omissivos próprios dispensam a investigação sobre a relação de causalidade, porque são delitos de mera atividade, ou melhor, inatividade” (CUNHA, 2016, p. 244).

Com razão, ensina BITENCOURT (2012, apud CUNHA, 2016, p. 244) que, “mesmo que a omissão de socorro seja um crime omissivo próprio, que se consuma com a simples inatividade, nesse caso é indispensável que se analise a relação de causalidade.”

3.3.1 Teorias

3.3.1.1 Teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da sine qua non)

Atribuída a Maximilian von Buri e Stuart Mill, que a teriam desenvolvido no ano de 1873. Conceitua nexo causal como a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ocorrendo um processo hipotético de eliminação. Elimina-se as condutas e se o crime acontecer da forma que aconteceu, tem-se a causa. Tal teoria sofre críticas, pois se a causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, não haveria limites para a causalidade objetiva. Dessa forma, ter-se-ia a regressão ao infinito (*regressus ad infinitum*). A resolução proposta para essa crítica seria a limitação da responsabilidade penal, através do dolo e da culpa (causalidade psíquica).

3.3.1.2 Teoria da causalidade adequada

Define causa como o fato antecedente indispensável e adequado à produção do resultado. Dessa forma, tem-se uma probabilidade matemática. Quando houver duas ou mais causas que, de forma independente ou relacionada, geram determinado resultado, tem-se a concausa. Elas podem ser absolutamente independentes e relativamente independentes.

As absolutamente independentes geram o resultado independentemente da conduta do agente, o qual só responde pelos atos praticados e não pelo resultado, uma vez que a causa absolutamente independente sempre rompe o nexo causal.

Já nas relativamente independentes, a causa que gera o resultado se origina, ainda que indiretamente, do comportamento do agente. Isoladamente consideradas, não produziriam o resultado. Em regra, o agente responderá pelo resultado, exceto quando a causa é superveniente relativamente independente e produziu por si só o resultado.

3.3.1.3 Teoria da imputação objetiva

Desenvolvida por Karl Larenz (1927) e Richard Honig (1930) - e atualmente reapresentada por Claus Roxin e Gunther Jakobs, a teoria da imputação objetiva utiliza critérios para eliminar o nexo causal entre uma conduta e o resultado, sem que seja necessário fazer a análise do dolo ou da culpa. As etapas para haver a responsabilização penal são a equivalência dos antecedentes, imputação objetiva e o dolo ou a culpa.

Só haverá relação de causalidade, se presentes a criação ou aumento de um risco, se o risco for proibido pelo direito e o risco deve ser realizado no resultado. Não haverá nexo causal quando o risco criado é juridicamente irrelevante ou quando há a diminuição do risco. Também não haverá nexo causal quando o risco for permitido, quando houver adequação social da conduta, quando o risco for criado pela própria vítima e quando houver proibição de regresso - ação não dolosa anterior a uma ação dolosa. E por último, também não haverá nexo causal quando o resultado decorrer de danos tardios, quando os danos são resultantes de choque, quando as ações são perigosas de salvamento e quando o comportamento indevido é posterior e cometido por terceiro.

3.4 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO NA MODALIDADE OMISSIVA NAS REDES SOCIAIS

O suicídio, também denominado pela medicina de *autocídio* ou *autoquiria*, é um dos enigmas que envolvem a humanidade. A falta de esperança, a ausência completa de qualquer resposta aos seus problemas, o desconhecimento da pessoa de Deus podem levar alguém a eliminar a própria vida. O suicida, em virtude do desespero de que é acometido, pratica o ato extremo de matar-se, entendendo-o como única e última resposta a tudo que enfrenta.

Contudo, apesar do Estado possuir o dever de tutelar a vida como principal bem jurídico, o mesmo não pode incriminar o ato suicida, pois o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolam o âmbito do próprio agente,

que venham a atingir bens de terceiros, atendendo-se, pois, ao brocardo *nula ex poena lis sine injuria*.

A OMS considera o suicídio como um problema de saúde pública e que sua prevenção deve ser prioridade mundial. A mesma exigiu dos seus estados-membros que reduzissem os seus índices de suicídio, através de programas de prevenção, até o ano de 2020. O Brasil que, integra o quadro de estado-membro da OMS, possui alguns programa de prevenção, e.g. centro de valorização da vida (CVV), porém, no âmbito jurídico há uma escassez legislativa no que se refere à prevenção ao suicídio. Dentro do Código Penal (CP), o único artigo que se refere ao suicídio, mais especificamente ao induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, é o 122.

O crime ora analisado é classificado como crime: comum; simples; de forma livre; doloso (pois o tipo penal não fez previsão expressa da modalidade culposa); de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (em caso de morte da vítima); não transeunte; monossubjetivo; plurissubsistente; de conteúdo variado (crimes de ação múltipla, podendo o agente levar a efeito os vários comportamentos previstos no tipo - induzir, instigar ou auxiliar -, devendo responder, tão somente, por uma única infração penal).

O delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio pode ser praticado por qualquer pessoa, uma vez que o tipo penal não especifica o sujeito ativo. Com relação ao sujeito passivo, da mesma forma, poderá ser qualquer pessoa, desde que a vítima tenha capacidade de discernimento, de autodeterminação, pois, caso contrário, estaremos diante do delito de homicídio.

Porém, o legislador tipificou o ato de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e recentemente o art. 122 do CP foi alterado, com a inclusão do induzimento, instigação e auxílio à automutilação. Dispõe o art. 122, *caput*, do CP, *ipsis litteris*, induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça.

Quanto à participação indireta ou mediante omissão em suicídio, trata-se de questão polêmica, em particular com relação às condutas de induzir e prestar auxílio, que denotariam atividade comissiva – enquanto que o instigar pode, em tese, ocorrer tanto ação como por omissão.

Na doutrina brasileira, preponderam duas correntes, sendo que a primeira não admite a forma omissiva, uma vez que a expressão induzir ou prestar auxílio denotaria um ato comissivo, sendo impossível a prestação de ajuda por inação. Filiam-se a este entendimento os doutrinadores Frederico Marques, Bento de Farias, Roberto Lyra e Damásio de Jesus. A propósito, este último assinala: “Mesmo que o sujeito tenha o dever jurídico de impedir a morte,

não existe delito de participação em suicídio por atipicidade do fato, podendo haver omissão de socorro (CP, art. 135)” (2012, p. 98).

Em sentido inverso, há doutrinadores que consideram cabível o induzimento ou a prestação de auxílio mediante omissão, quando o agente ostentar a posição de garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do CP. Nélson Hungria, Magalhães Noronha, Julio Mirabete, Cesar Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci e Luiz Regis Prado filiam-se a esta segunda corrente. Conforme expresso pelo último autor: “Em verdade, o auxílio a suicídio por omissão é, em tese, admitido, se o omitente ocupa posição de garante. Entretanto, esta não existe ou desaparece a partir do momento em que o suicida recusa a ajuda para impedir o ato suicida ou manifesta sua vontade nesse sentido” (2017, p. 651).

Em suma, doutrina majoritária e jurisprudências dos tribunais superiores consideram a possibilidade de participação indireta mediante omissão imprópria, nos crimes de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e a automutilação. Contudo, com relação aos crimes omissivos próprios mantém-se inertes quanto à defesa da sua tipificação. Greco (2015, p.228) preleciona que,

Entendemos, como a maior parte da doutrina, ser admissível a prestação de auxílio por omissão, desde que o agente se encontre na posição de garante, quando, no caso concreto, devia e podia agir para evitar o resultado, razão pela qual poderá responder, de acordo com a norma de extensão prevista no §2º do art. 13 do Código Penal, pelo delito tipificado no art.122 do mencionado diploma repressivo, se com a sua omissão dolosa contribuiu para a ocorrência do resultado morte da vítima.

Com as mudanças trazidas pela internet no que se refere à maneira da sociedade se relacionar no âmbito das redes sociais, as relações se tornaram extremamente artificiais e superficiais. As redes sociais transformaram-se em um canal de exteriorização de pensamentos, ideias, atitudes e ideologias dos usuários, onde os mesmos passaram a atuar como jornalistas cidadãos.

Contudo, não há cautela no modo como esses usuários usufruem das redes sociais, os quais, por muitas vezes, sobrepõem seus direitos de liberdade de expressão frente ao direito de privacidade de outrem ou até mesmo do maior bem jurídico tutelado pelo estado e pela sociedade: a vida. É de suma importância ressaltar que tanto a internet quanto as redes sociais trouxeram inúmeras vantagens para a sociedade de modo geral, quebrando a barreira do tempo e do espaço, mundialmente, e auxiliando na relação interpessoal de milhares de pessoas que por ora era impossível de acontecer sem a existência das mesmas. Entretanto, as redes sociais

digitais trouxeram prioridades fúteis para a sociedade como um todo, onde os usuários buscam alcançar a cada dia um número maior de likes e views através de suas publicações.

A sociedade precisa e deve entender que existe um dever maior, necessário não somente ao convívio social, mas à manutenção da própria sociedade em si, que é o dever de solidariedade. Como não podemos contar com a boa vontade de todos, faz-se necessário normatizar esse dever de solidariedade esclarecendo, em algumas situações, quando devemos agir sob pena de sermos responsabilizados criminalmente por nossa inação. O fato de virarmos as costas ao nosso semelhante, que vive um momento de perigo não criado por nós, será objeto de reprimenda penal.

A omissão de socorro (omissão própria) possui como um dos sujeitos passivos qualquer pessoa em grave e iminente perigo e “exige-se, portanto, que se trate de perigo de grandes proporções, prestes a acontecer” (PRADO, 2019, p. 899). Desta forma, a vítima suicida em virtude do desespero de que é acometida, pratica o ato extremo de matar-se, entendendo-o como única e última resposta a tudo que enfrenta, configura-se como um dos sujeitos ativos impostos pelo Código Penal.

Por tratar-se de um crime omissivo próprio, onde o agente pode ser qualquer pessoa que não esteja no papel de garante, se o agente se omite de prestar socorro à vítima durante o seu ato suicida, com o intuito de obter imagens do momento, afim de divulga-las nas redes sociais, é notória a possibilidade de ação do agente. A lei não exige nenhum ato heroico do sujeito ativo do crime de omissão de socorro, contudo exige a ação do mesmo para prestar socorro caso não tenha risco pessoal para si. O nexo causal e o resultado, como já expostos anteriormente e de acordo com entendimento majoritário da doutrina, são inexigíveis na omissão de socorro, por tratar-se de um crime de mera conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma das maiores taxas de suicídio do mundo, tornando-se um problema de saúde pública, e suas políticas de prevenção e repreensão são ínfimas se comparadas ao número de suicídio cometidos todos os anos. Por lógico, é inviável a penalização da conduta do suicida, pois estar-se-ia lhe colocando em uma situação que o levasse ao cometimento de um novo suicídio, em caso de uma tentativa falha.

O estado possui o dever jurídico de tutelar a vida e a saúde, pois são os maiores bens jurídicos do ser humano. O direito à vida é inerente, contudo o ato suicida não é tipificado no código penal brasileiro. Entretanto, aquele que induz, instiga, auxilia o suicídio ou a automutilação estará cometendo um ilícito penal.

Doutrina majoritária defende a tese jurídica de que o crime de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e a automutilação dá-se somente na modalidade comissiva e omissiva imprópria. Contudo, diante de todo o exposto, defender-se-á a possibilidade de enquadramento do ilícito penal na conduta omissiva própria (omissão de socorro) diante do induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e a automutilação.

Contudo, o estado deve tomar uma postura diferente quanto à tipificação de atos de terceiros que se mantém inertes ao ato suicida. É de extrema relevância que o estado, doutrinadores e sociedade como um todo entendam que a omissão de socorro ao suicídio pode sim ser levada em consideração para tipificação, diante de todo o exposto ora defendido e analisado com bases doutrinárias e jurisprudenciais.

O agente que se omite de prestar socorro à vítima que está prestes a cometer um ato suicida, com o intuito apenas de que o ato se concretize para assim obter benefícios patrimoniais, e mesmo diante do motivo fútil que o leva à inércia, o estado também se mantém inerte quanto à tipificação do ato, há de se levar a questionamentos quanto à atualização do ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário que o legislador abra os olhos e comece a enxergar o que acontece não apenas no mundo real, mas também no mundo virtual, pois a lacuna jurídica quanto aos crimes cometidos na *internet* ou para obter benefícios na *internet* é de tamanha notoriedade. O próprio Código Penal é datado de 1940, quando poucas pessoas tinham acesso à *internet*. O mundo, a sociedade e as pessoas já evoluíram demasiadamente e seus atos dentro da rede virtual também.

Desta forma, e diante de todo o exposto, faz-se necessário que a sociedade, os doutrinadores, os legisladores e o estado mudem de postura quanto ao tema do suicídio. Que comecem a analisar a possibilidade de omissão de socorro ao suicídio, lógico que diante de

casos concretos, pois, caso contrário, a taxa de suicídio no Brasil só aumentará a cada ano até chegar a um ponto que será inviável a sua redução. Por isso, a mudança deve começar desde logo para conseguirmos mudar esse número catastrófico de suicídios cometidos no Brasil. Tal mudança deve começar primeiro no âmbito jurídico, para somente depois poder ser cobrada uma atitude diferente da sociedade.

Deve-se anotar que a ocorrência do delito de omissão de socorro poucas vezes resulta em apuração criminal, produzindo, com respeito à omissão de socorro, uma importante *cifra negra* (isto é, um déficit entre os fatos ocorridos e aqueles que chegam ao conhecimento das autoridades).

Daí não se pode concluir, todavia, pela desarrazoabilidade da incriminação, pois, como se a omissão de auxílio deve ser punida, o correto não será combater o texto legal que lhe comina sanções, mas sim tornar efetiva a sua vigência, utilizando-o sempre que se apresentar uma ocorrência nele compreendida. E não deve ser esquecida a influência educativa e coativa que ele exerce sobre os membros da comunhão social, levando-os a praticar atos úteis ao bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBCNEWSBRASIL. **Brasil é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais.** Set. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2018 - Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRITO, Gisele Ferreira de (Org.) [et al.]. **Manual ABNT: regras gerais de estilo e formatação de trabalhos acadêmicos.** 4. ed., atual e ampl. São Paulo: Biblioteca Paulo Ernesto Tolle, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120).** 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2016.

COLOMBO, Cristiano; NETO, Eugênio Facchini. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 7, nº 3, p. 216-234, 2017.

COMO ganhar dinheiro no *Youtube*. [2019]. Disponível em: <https://support.Google.com/Youtube/answer/72857?hl=pt-BR&ref_topic=9257989>. Acesso em: 13 nov. 2019.

EDITORASARAIVA. **Vade Mecum Saraiva OAB.** Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B).** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EVOLUÇÃO histórica das comunicações. [2010]. Disponível em: <http://www.gamaesouza.edu.br/site/ENADE/Redes/evolu%C3%A7%C3%A3o_hist%C3%BCrica_da_comunica%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

GONÇALVES, Ingrid Milched Moura; TORRES, Jaqueline da Silva. **Apropriação das Redes Sociais nas Práticas Jornalísticas: Um estudo dos conteúdos noticiosos nos sites teresinenses sobre o caso Júlia Rebeca.** set. 2014. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/sis/2014/resumos/R9-2165-1.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal: Volume único.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Manual de direito penal: Parte geral (arts. 1º ao 120).** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAZER, Adriano. **Como ganhar dinheiro com o instagram - Guia completo e atualizado.** jan. 2019. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/como-ganhar-dinheiro-com-o-instagram-guia-completo-e-atualizado>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

MONTEIRO, Luís. **A internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações.** set. 2001. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/62100555399949223325534481085941280573.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

PERLES, João Batista. **Comunicação: conceitos, fundamentos e história.** 2005. (Artigo científico submetido para publicação).

POLÍTICAS e segurança. [2019]. Disponível em: <<https://www.Youtube.com/intl/pt-BR/about/policies/#community-guidelines>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUADROS, Carolina Machado (Org.) [et al.]. **Guia para elaboração de trabalhos acadêmicos.** 6. ed., atual e ampl. Caxias do Sul: Universidade Caxias do Sul, 2019.

REGRAS para monetização. [2019]. Disponível em:
<<https://www.facebook.com/help/publisher/169845596919485>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal: Parte geral (Coleção Sinopse para concursos)**. 7. ed., atual e ampl. Salvador: Juspodvim, 2017.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da *internet*: paradigmas de proteção da dignidade humana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 1159-183.

TAXA de engajamento nas redes sociais: o que é, como calcular e como melhorá-la usando a psicologia. 2019. Disponível em: <<https://www.mlabs.com.br/blog/taxa-de-engajamento-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

WEARESOCIAL. **Digital in 2019**. Nova Iorque. 2019. Disponível em:
<<https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>>. Acesso em: 24 nov. 2019.