

REFLEXÕES CONTEXTUAIS SOBRE O CRIME CIBERNÉTICO: DAS MUDANÇAS OPERADAS AOS DESAFIOS IMPOSTOS

Contextual reflections on cybercrime: from the changes committed to the challenges imposed

Eduarda Quinteiro Ramos Portela¹

Lillian Sampaio Ramos²

Maria Clara Viana Rosiak³

Mayke Stofel Sampaio⁴

RESUMO

O estudo tem por objetivo analisar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a tipificação dos crimes praticados em ambiente virtual. Os autores assinalam a dificuldade de tipificação dos crimes, ao mesmo tempo que destacam a desconformidade com o direito penal o uso da analogia, prática utilizada pelos tribunais, mas que, conforme a doutrina, só pode ser utilizada in bonam partem. Destacam que as medidas tomadas pelo Estado brasileiro no combate aos crimes virtuais, tanto no que permeia a eficácia quanto a densidade, promove uma incômoda situação de deficiência legal para punição exemplar daqueles que se utilizam do meio informático para efetuar atividades nocivas ao conjunto da sociedade.

Palavras-chave

Crimes cibernéticos, princípio da legalidade, tipificação.

ABSTRACT

The study aims to analyze, in the light of doctrine and jurisprudence, the typification of crimes committed in a virtual environment. The authors point out the difficulty of typifying crimes, while highlighting the non-conformity with criminal law the use of analogy, a practice used by the courts, but which, according to the doctrine, can only be used in bonam partem. They highlight that the measures taken by the Brazilian State in the fight against virtual crimes, both in terms of effectiveness and density, promote an uncomfortable situation of legal inability for exemplary punishment of those who use the computer environment to carry out activities harmful to society.

Keywords

Cybercrime, principle of legality, typification.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Premissas para compreensão do conceito de crime. 3 Crimes cibernéticos *Lato e Stricto Sensu*. 4 O arcabouço legal e constitucional para proteção contra os crimes cibernéticos. 5 O instituto da analogia sob a ótica penal em

1 Graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

2 Graduada em Enfermagem pela Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal (FACIMED), pós-graduada em Metodologia do Ensino Superior pela FACIMED e graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

3 Graduanda em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

4 Graduado em Gestão Pública pelo Claretiano e graduando em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

debate. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 Premises for understanding the concept of crime. 3 Cybercrimes Lato and Stricto Sensu. 4 The legal and constitutional framework for protection against cybercrimes. 5 The institute of analogy from the criminal perspective under discussion. 6 Final Considerations. 7 References.

1. INTRODUÇÃO

A Internet surgiu na década de 60, com o advento do trabalho de uma das mais inovadoras instituições de pesquisa do mundo: a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) que integrava o Departamento de Defesa dos EUA⁵. Desde a entrada desse marco comunicacional, nota-se o seu crescimento e aprimoramento no cenário mundial. Percorreram-se caminhos travados por acordos colaborativos e multilaterais advindos das diversas ramificações comerciais que foram integrando a teia global de informações, haja vista que para que a rede pudesse sustentar o crescimento exponencial no volume de comunicações, era preciso aprimorar a tecnologia de transmissão.

Em decorrência das intensas relações que emergem dos meios virtuais é que o Direito, uma ciência mutável, deve ater-se e adequar-se as transformações da realidade social, resguardando a sociedade digital da intensa criminalidade que se alastra nos espaços virtuais. A acentuada evolução da Internet também desencadeou o aperfeiçoamento de crimes que estavam inseridos no texto normativo do Código Penal como sendo praticados apenas de forma física. Não havia expressamente uma previsão legal da prática de delitos cometidos via internet, até a edição da Lei 12.737/2012.

A relevância do presente estudo repousa no seio das reflexões entre os paradigmas que imputam os crimes cibernéticos, visto que os levantamentos de informações auxiliam no contorno jurisdicional e na compreensão acerca da função do Direito enquanto instrumento regulador dos fatos juridicamente relevantes. De forma que as mudanças tecnológicas e as perniciosidades decorrentes dessas devem ser punidas de modo a resguardar os direitos das vítimas, cumprindo-se assim, o ideal do Estado Democrático de Direito.

Tratar-se-á das premissas necessárias à compreensão do conceito de crime, principalmente, no que tange ao princípio da legalidade, haja vista a importância da previsão legal dos delitos, com a máxima determinação e taxatividade. Tornando excludente a utilização da analogia *in malam partem*, prática rejeitada pelos doutrinadores,

5 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. Paz e Terra, 1990.

uma vez que possui a finalidade de prejudicar o agente; o instituto da analogia sob a ótica penal também será abordada em seus pormenores no decorrer do trabalho. Também será realizada uma abordagem acerca do crime cibernético *stricto sensu*, a fim de propiciar os recursos basilares para a sustentação do arcabouço legal e constitucional da proteção contra os crimes cibernéticos.

Esmera-se no método dedutivo para o estabelecimento de um raciocínio lógico, com o intuito de auferir respostas visando o alcance de um fim, norteado pelas hipóteses traçadas. No que tange o procedimento técnico utilizado para a investigação da temática, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, construída a partir de meios exploratórios. Por meio desses caminhos investigatórios, buscou-se construir um resultado para a seguinte indagação: Como as definições e tipificações difusas do legislador em matéria de crimes cibernéticos dificultam a realização de uma tutela jurisdicional efetiva?

Assim sendo, este estudo não possui o objetivo de exaurir os debates sobre o assunto, mas ponderar sobre algumas questões que corrobore com a temática em discussão. Dessa forma, procura-se identificar como o princípio da legalidade juntamente com a implícita participação do princípio da taxatividade, provocam a necessidade da melhor tipificação dos crimes cibernéticos.

2. PREMISSAS PARA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE CRIME

Exordialmente, com vistas à promoção da compreensão acerca dos assuntos e das discussões que se pretende realizar sobre o tema pugnado, é imprescindível a conceituação de crime. Beccaria disserta sobre o nascimento do Direito de punir e das penas:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros⁶.

O autor estabelece as razões primárias de existência do Direito Penal, justificando por intermédio do contrato social, a necessidade de o homem ceder sua liberdade

6 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

intransigente do estado de natureza para o convívio harmônico em sociedade, assim zelando pela sua própria integridade física, sob a égide de leis que estabeleçam o dever-ser daquela nação. Toda coletividade deve sucumbir à vontade geral, obedecendo aos conceitos morais que se identificam culturalmente com aquela sociedade.

Modernamente, avançou-se muito na delimitação do conceito de crime. Diversos foram os tratadistas do Direito que se dedicaram à construção de teorias, criação de institutos jurídicos, observação de fenômenos para consignar um conceito abrangente de crime. Com efeito, ainda existem divergências na doutrina no tocante ao assunto, como, por exemplo, a adoção de ação típica, ilícita e culpável para alguns; fato típico, antijurídico e culpável para outros tantos. Será adotada a segunda opção, pela compreensão de que o termo “fato” proporciona sentido semiótico melhor contemplativo: “Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável)”⁷.

Dessa forma, definiu-se que crime ou delito é toda conduta, passível de individualização, cujo agente realiza ato doloso ou culposos, comissivo ou omissivo com vistas a um resultado, para tanto, havendo de existir nexos causal entre conduta e resultado esperado, devidamente tipificado por lei, antijurídico porque viola o dever-ser positivado, tampouco se enquadrando em hipótese excludencial de ilicitude e punível em virtude de imputação legal, discernimento sobre a conduta praticada e possibilidade de agência diversa à antijuridicidade.

O crime concerne em um fenômeno social, não podendo ser tratado como um conceito imutável, estático e único, à medida que a dimensão espaço e tempo interferem rigorosamente no modo de atuação e caracterização do mesmo. “Seria este, talvez, o momento de examinar e distinguir as diferentes espécies de delitos e a maneira de punilos; mas o número e a variedade dos crimes, segundo as diversas circunstâncias de tempo e lugar, lançar-nos-iam num atalho imenso e fatigante”⁸.

Nesse diapasão, há alguns princípios no campo do Direito Penal que norteiam o conceito de crime e o caracterizam, dentre esses, destaca-se o princípio da legalidade (conjunção da reserva legal com a regra da anterioridade da lei). Como preleciona Rogério Greco,⁹ o Estado de Direito está intrinsecamente relacionado ao princípio da legalidade, uma vez que o primeiro tem como intuito retirar o poder absoluto das mãos do soberano, destarte, subordinam-se as exigências previstas em lei.

7 ZAFFARONI, 1996, p. 324 apud GRECO, 2017, p. 229.

8 BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 21.

9 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

Dessa forma, “o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes”.¹⁰ O princípio da legalidade possui grande destaque no Direito Penal, haja vista a sua previsão no art. 1º do Código Penal e no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal,¹¹ os quais definem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A fonte do Direito Penal reside na lei, sendo por meio dessa que se executam as proibições ou impedimentos de condutas sob pena de incidência de sanção.

Nesse ínterim, considera-se lícito no Direito Penal tudo o que não estiver expressamente previsto/proibido em lei. Esse fenômeno garante a segurança jurídica do cidadão, uma vez que não serão punidas ações que não estejam taxadas como ilegais. Desse modo, repudia-se o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, visto que esse recurso não pode ser utilizado in malam partem, ou seja, para prejudicar o agente. Incumbe-se ao legislador o dever de fazer leis penais, não podendo o intérprete socorrer-se da analogia. Parafraseando Beccaria,¹² o magistrado não pode infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e no momento em que o juiz se tornar mais severo do que a lei, ele é injusto.

Sob essa perspectiva, a reserva legal está calcada na máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, cabendo ao Poder Legislativo redigir as leis almejando a precisão, de forma que o Poder Judiciário fique responsável por interpretá-las restritivamente. Como é aludido por Rogério Greco,¹³ enquadra-se nesse fenômeno não apenas a existência de lei anterior ao fato cometido pelo indivíduo, mas é essencial que tal conduta incriminadora apresente uma definição precisa em lei.

Os princípios da taxatividade e o da anterioridade são cruciais, na visão de Guilherme Nucci,¹⁴ para a construção dos tipos penais incriminadores, uma vez que contribui à aplicação de pena ao delinquente. Sendo que “inexistiria o devido processo penal, caso se aceitasse a condenação de alguém, com base em tipo penal extremamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade”.¹⁵

A Taxatividade da Lei é uma garantia de que o legislador elaborará tipos penais precisos de acordo com a conduta delituosa. Dessa forma, evitam-se interpretações extensivas e difusas, que possam gerar insegurança jurídica. Ou seja, esse princípio tem o

10 BONAVIDES, p.112 apud GRECO, 2017, s.p

11 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

12 BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 24.

13 Op. cit.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

15 NUCCI, 2015, p. 33 apud FREITAS JUNIOR, Dorival, **Princípios da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**, p. 19.

intuito de tornar claro o objetivo de cada figura delituosa, optando-se por uma descrição detalhada.

3. CRIME CIBERNÉTICO *LATO E STRICTO SENSU*

Os progressos sinalizados a partir da revolução tecnológica trouxeram conseqüências desconhecidas e inimagináveis transformações. As fronteiras econômicas e política são transpostas, tendo como corolário o livre acesso a pessoas, capitais, serviços e mercadorias, independente de barreiras institucionais ou territoriais, propulsando uma nova onda de globalização.

O acesso à internet proporcionou facilidades para a realização de diversas atividades habituais, de forma rápida e simplificada, seja através de computadores, *tablets* ou *smartphones*. A dependência a essa tecnologia tem se expandido, tanto no uso por pessoas físicas quanto jurídicas. Todos estes fatores tornaram o espaço cibernético um campo atrativo para práticas delituosas.

Daniel Ventre, citado por Lucas Soares Portela¹⁶ preleciona que o espaço cibernético é constituído por três elementos: os equipamentos físicos (*hardware*), os quais sustentam uma dimensão virtual com programas, sistemas, aplicativos e informações (*software*), cuja manipulação se dá por usuários (*peoplenware*). Portela¹⁷ ratifica que o espaço cibernético não é natural, contudo, transpassa todos os demais espaços (aéreo e terrestre), podendo gerar conseqüências no espaço físico, como foi no caso do vírus Stuxnet, que paralisou uma usina nuclear iraniana no ano de 2010.

Não obstante, toda a facilidade que essa rede conferiu à sociedade também serviu como mola propulsora para o surgimento de malefícios inerentes ao convívio digital. Pessoas mal-intencionadas passaram a explorar esse campo virtual com o intuito de delinquir.

O descompasso entre o célere avanço dos delitos virtuais e o moroso arranjo do direito digital, torna frágil a resposta às demandas crescentes. Nesta área do saber jurídico, não há conceitos predominantes para a definição de crime virtual. As publicações existentes apontam para acepções abertas. Monteiro¹⁸ pondera os riscos de se conceituar os crimes eletrônicos. Definições muito amplas podem abranger condutas que embora indevidas, não podem ser tipificadas como crime, por conflitar com o princípio da estrita legalidade penal. “Para a OECD – *Organization for Economic Cooperation and Development*

16 AGENDA de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais. Disponível em: <<https://bit.ly/2OpCF80>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

17 PORTELA, Lucas Soares. Op. cit., 2020.

18 MONTEIRO, Renato Leite. **Crimes Eletrônicos: Uma Análise Econômica e Constitucional**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dm31qq>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

(Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento) da ONU, “crime de computador é qualquer comportamento ilegal, aéctico, ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados”.¹⁹

Emanuel Alberto Sperandio Garcia Gimenes, conceitua o crime virtual como “ [...] qualquer ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à rede mundial de computadores (Internet) seja o instrumento ou o objeto do delito.”²⁰

Para Damásio de Jesus e José Antônio Milagre²¹ um dos principais erros cometidos pelos doutrinadores e legisladores ao tratar sobre crimes informáticos, é confundir técnica com conduta. Não analisam as técnicas e tipificações penais, mas as condutas incrimináveis, que podem ser realizadas por diversas técnicas como, por exemplo, considerar vírus de computador, conduta incriminável. O *phishing scam* (pescaria de senhas), um tipo de vírus, permite que o agente obtenha vantagens ilícitas, roubando dados confidenciais. A conduta é uma sabotagem informática, mas o vírus um artefato usado. O Direito Penal merece considerações de especialistas em tecnologia e segurança da informação.

Os amplos conceitos e definições utilizados pela doutrina precisam ser repensados, levando em consideração a especialidade da matéria, versando a distinção entre conduta (ação realizada por meio da técnica), técnica (método, software, processo informático) e crime (comportamento, utilizando a técnica, para agredir um bem jurídico), verificando a correspondente tipificação. Ao se definir o crime ou se legislar sobre a técnica, inobservando precipuamente a conduta, constitui-se uma norma excessivamente específica, e conseqüentemente inefcaz.

Embora divergentes conceituações no campo da do crime digital, a doutrina majoritária tem adotado entendimento de que os crimes eletrônicos se classificam em crimes cibernéticos próprios e impróprios. No que tange os primeiros, nota-se a importância do princípio da legalidade, de forma que, por meio dessa é possível que esses tipos de delitos sejam combatidos. Segundo preleciona Anderson Soares Furtado Oliveira, os crimes cibernéticos próprios são aqueles que: “[...] só pode ser cometido no ciberespaço, ou seja, necessariamente, deve ser realizado no ambiente do ciberespaço, para que a conduta seja concretizada, tendo um tipo penal distinto do tradicional. Ademais,

19 BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional. Disponível em: <<https://bit.ly/2AL71OF>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

20 GIMENES, Emanuel Alberto Spetandio Garcia. Crimes virtuais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Emanuel_Gimenes.html>. Acesso em: 01 abr. 2020.

21 JESUS, Damásio de; MILAGRE José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

tanto a ação quanto o resultado da conduta ilícita consumam-se no ciberespaço.”²²

Haja vista a autonomia e a distinção dos crimes cibernéticos próprios em relação aos delitos positivados no Código Penal, torna-se dificultoso a criminalização dessas ações, sendo que o ordenamento penal brasileiro se respalda na estrita legalidade, ou seja, não pune infrações não previstas em lei.

A respeito dos crimes cibernéticos impróprios, Aires José Rover afirma que: “São todas aquelas condutas em que o agente se utiliza do sistema de informática como mera ferramenta para a perpetração de crime comum, tipificável na lei penal. Dessa forma, o sistema de informática não é essencial à consumação do delito, que poderia ser praticado por meio de outra ferramenta”.²³

Nesse diapasão, os crimes impróprios apresentam grandes diferenças quanto ao *modus operandi*, de modo que os dispositivos informáticos configuram apenas mais um meio para a prática desses delitos; não se vislumbrando a necessidade de conhecimentos técnicos. Nesse tocante, para esse tipo de crime considera-se possível a aplicação de normal penal para o exercício da punibilidade. Todavia, rejeita-se o emprego da analogia *in malam partem*, sendo essa rechaçada pelos dispositivos doutrinários.

4. O ARCABOUÇO LEGAL E CONSTITUCIONAL PARA PROTEÇÃO CONTRA OS CRIMES CIBERNÉTICOS

Para a compreensão da lógica de relações jurídicas que pressupõe a bilateralidade atributiva, ou seja, a titularidade de um direito pelo sujeito ativo e a titularidade de um dever pelo sujeito passivo, atribuindo ao responsável pelo dano a sua reparação, é mister e inadiável a demanda por uma norma jurídica capaz de responder com efetividade a tutela do bem jurídico violado, no caso em estudo, os vilipêndios do dever-ser relacionados aos crimes perpetrados em ambiente cibernético.

Mesmo com a nítida e ligeira evolução das tecnologias de informação e comunicação, sobretudo desde o início do século XXI, o Brasil parecia deitado em berço esplêndido no que concerne o seu olhar para a repressão de condutas perniciosas no mundo virtual. Somente na atual década é que se observa algum despertar dessa República, com a sanção de leis que tratam da tipificação de atitudes ilícitas cometidas por meio eletrônico ou contra este.

O Decreto-Lei n.º 2.848/2940, doravante nominado Código Penal, tem a finalidade

22 OLIVEIRA, Anderson Soares Furtado. **Crime por Meios Eletrônicos**. Brasília: Universidade Gama Filho, 2009, p. 33.

23 ROVER, Aires José. **Crimes de informática**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qh1uop>>. Acesso em: 16 abr. 2020, p.3.

de regulamentar e tipificar os fatos típicos e antijurídicos. No entanto, dada a sua carência em estabelecer as hipóteses qualificadoras, agravantes ou atenuantes para os diversos crimes que ocorrem em meio digital, é célebre produtor de insegurança jurídica, posto que pelo princípio da legalidade, abordado aqui e alhures, os elementos da antijuridicidade de práticas delituosas devem estar preconizados em lei. O legislador não pode escusar-se da observação empírica da vivência social. Condutas antes inimagináveis de serem cometidas na rede mundial de computadores, atualmente estão naturalizadas em nosso meio, como o furto, o qual os tribunais atribuem forma eletrônica ao mesmo quando há utilização de sistemas informáticos ao seu cometimento. Amolda-se ao discutido, o presente julgamento de Conflito de Competência:

1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal - CP.²⁴

Outrossim, o crime contra a economia popular também ganha viés cibernético, conforme julgamento da egrégia Corte Superior de Justiça por meio do Conflito De Competência:

1. A criação de site na internet por quadrilha, sob o falso pretexto de vender mercadorias, mas sem a intenção de entregá-las, amolda-se mais ao crime contra a economia popular, previsto no art. 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/1951, do que ao estelionato (art. 171, caput, CP), dado que a conduta não tem por objetivo enganar vítima(s) determinada(s), mas, sim, um número indeterminado de pessoas, vendendo para qualquer um que acesse o site.²⁵

Em ambos os casos, o que se observa é a ausência na lei de dispositivos que tipifiquem essas práticas em contexto digital, ocasionando verdadeiras anomalias decisórias. Isso é observado no cometimento de outros crimes, como aqueles contra a honra, extorsão, dano, estelionato, crimes tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, entre outros. Além disso, há questões controversas como tempo e lugar do crime cibernético que prescindem de positividade. Malgrado, algumas mudanças começaram a ser operadas.

24 STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 145.576 - MA (2016/0055604-1). Relator: Ministro Joel Ilan Parcionik. DJe: 20/04/2016. STJ, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2DkD2j9>> Acesso em: 22 abr. 2020.

25 STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 133.534 - SP (2014/0094026-9). Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJe: 06/11/2015. STJ, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2F0pATn>> Acesso em: 22 abr. 2020.

A Lei n.º 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, inovou ao introduzir no Código Penal, o crime de invasão de dispositivo informático, *in verbis*:

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

[...]

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”²⁶

A lei em comento também altera os artigos 266 e 298 da Lei Penal, prevendo a possibilidade de punição de quem interrompa serviço telemático ou de informação quando esse for de utilidade pública e estabelece agravante de punição em dobro das penas quando o cometimento do ato delituoso ocorrer em estado de calamidade pública.

Tratando da Lei n.º 12.735/2012, mormente conhecida como Lei Azeredo, uma vez que Eduardo Azeredo foi o relator do Projeto que resultou na sanção da lei supramencionada. Essa norma emanou na edição de duas medidas, *in verbis*:

[...] Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 5º O inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

[...]

II -a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; [...]”²⁷

Apesar de edificante, tais medidas produzem efeitos pouco pragmáticos, haja vista a ínfima materialização de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento dos órgãos policiais na coibição desses tipos de crimes. No que tange ao inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716/89, pela previsão de cessação das transmissões descritas no inciso atinentes à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência

26 BRASIL. Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/1jQz4va>> Acesso em: 12 abr. 2020.

27 BRASIL. Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2yPPzqS>> Acesso em: 12 abr. 2020.

nacional, o dispositivo parece pouco eficaz, pois em sede de medida cautelar, os juízos já podiam promover tais ações.

Em 2014, foi sancionada a Lei n.º 12.965/2014 que versa sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, o chamado Marco Civil da Internet. Sobre a Lei, disserta Gonçalves:

Do problema constitucional. O Marco Civil inicia-se com o comando legal de que nele se estabelecem os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Primeiramente, há que se ressaltar que tal comando pressupõe um equívoco do legislador e uma total dissonância do sistema jurídico em que se insere o Marco Civil. Quem estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para quaisquer usos e tecnologias é a Constituição Federal do Brasil. O Marco Civil é uma legislação infraconstitucional que deveria implementar e regulamentar a Constituição.²⁸

Em matéria de previsão constitucional, José Afonso da Silva preleciona, nesse ínterim, acerca da privacidade e informática:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grades bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas, como vimos acima. Mais do que isso, acolheu um instituto típico e específico para a efetividade dessa tutela, que é o habeas data, que merecerá nossa consideração mais adiante.²⁹

É indubitável a existência da tênue linha entre a privacidade e o avanço das redes eletrônicas, especialmente, no que concerne as informações pessoais. Haja vista que, como mencionado pelo autor, a Constituição Federal concebe o *habeas data* como tutela efetiva para o caso. Porém, é preciso que os institutos jurídicos estejam em plena ascensão, paralelamente com o desenvolvimento dos meios eletrônicos, resguardando os direitos dos indivíduos.

5. O INSTITUTO DA ANALOGIA SOB A ÓTICA PENAL EM DEBATE

28 GONÇALVES, Victor Hugo Pereira Gonçalves. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 8.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 211-212.

Devido a constante evolução social, o legislador não consegue acompanhar essa transmutação. Tal fenômeno é explicado por Miguel Reale³⁰ ao comparar a sociedade e o Direito com a curva geométrica e com a curva aritmética dos ensinamentos matemáticos, que, em síntese, opera da seguinte maneira: enquanto a sociedade tem uma progressão geométrica, na qual o seu produto cresce ou decresce de acordo com uma constante, tendo um resultado cada vez maior, o Direito, sendo determinado pela progressão aritmética, ficará sempre atrás das transformações no âmbito social.

A escassez da tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, concernente a todas as áreas do direito, torna-se indispensável a utilização de conjunturas análogas para a concretização da justiça. Apesar de que a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) foi sancionada com o intuito de penalizar os crimes virtuais, o arcabouço de Leis penais ainda apresenta lacunas, caracterizando-se a inexistência de normas jurídicas aplicáveis em alguns casos concretos.

A analogia “consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia”,³¹ podendo ser dividida em duas dimensões: analogia legal e analogia jurídica. Segundo Cunha,³² a analogia legal é “aplicação de norma já existente”, enquanto a analogia jurídica é a utilização de “um conjunto de normas para se extrair elementos que possibilitem a sua aplicabilidade ao caso concreto não previsto, mas similar”. Para Reale: “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos.”³³

O ponto a ser considerado e enfatizado é a permissão ou a proibição da utilização de analogia no Direito Penal. É notório que esse instituto jurídico é uma forma de aplicação do Direito, todavia, pelo fato de que as Leis que regem a ordem no Brasil, quando se abarca o instituto penal, entende-se que prevalecerá o princípio de presunção de inocência, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal³⁴ a saber: “ninguém será

30 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

31 DIREITONET. **Analogia - novo CPC** (Lei nº 13,105/2015). Disponível em: <<https://bit.ly/2qrWuSR>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

32 CUNHA, Douglas. **Aplicação, interpretação e integração da norma jurídica**. Disponível em: <<https://bit.ly/2FbMZBw>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

33 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278.

34 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, ninguém é culpado até que se prove o contrário. Dito isso, a aplicação da analogia nos casos práticos no que tange a criminalidade, é proibida, a não ser que seja *in bonam partem*, beneficiando o réu. Com as palavras de Miguel Reale,³⁵ tem-se as seguintes considerações a respeito do emprego de casos análogos no domínio penal “Ainda no tocante à analogia cumpre advertir que ela não tem emprego em todos os domínios do Direito, sendo inadmissível, em princípio, quando se tratar de regras de caráter penal, ou se as normas forem restritivas de direitos ou abrirem exceções”. No artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³⁶ está expresso que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, conquanto que, quando abranger o Direito penal, não constitua caráter incriminatório, caracterizando a analogia *in malam partem*.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existem prescrições para tipificar algumas condutas no meio virtual, perceptivelmente, não abrangendo todo o contexto de crimes que podem ser cometidos no mundo cibernético, realçando as falhas presentes na legislação. Grande parte dos magistrados, advogados e consultores jurídicos consideram que cerca de 95% dos delitos cometidos eletronicamente já estão tipificados no Código Penal brasileiro por caracterizar crimes comuns praticados por meio da internet.³⁷

Com o propósito de justificar a inexistência de imposições que possam controlar ou impedir os crimes virtuais, usa-se uma analogia sobre as normas que constituem o ordenamento jurídico com as normas já existentes, ou seja, as leis que prescrevem alguns crimes comuns também servem para os crimes virtuais, em virtude de que a distinção de tais especificações é a forma como o crime é realizado. Sendo essas condutas:

Calúnia (art. 138 do Código Penal); Difamação (art. 139 do Código Penal); Injúria (art. 140 do Código Penal); Ameaça (art. 147 do Código Penal); Furto (art. 155 do Código Penal); Dano (art. 163 do Código Penal); Apropriação indébita (art. 168 do Código Penal); Estelionato (art. 171 do Código Penal); Violação ao direito autoral (art. 184 do Código Penal); Pedofilia (art. 247 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente); Crime contra a propriedade industrial (art. 183 e ss. da Lei nº 9.279/96); Interceptação de comunicações de informática (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Interceptação de E-mail Comercial ou Pessoal (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Crimes contra software - “Pirataria” (art. 12 da Lei nº 9.609/98).³⁸

35 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 280.

36 BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Introdução às normas do direito brasileiro. Brasília: Distrito Federal, 1942.

37 BRASIL, Superior Tribunal da Justiça. Justiça usa código penal para combater crime virtual. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pd24r6>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

38 CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação.

É evidente que a justiça brasileira adota a analogia para a conclusão de processos criminais, mesmo esse instituto jurídico estando indisponível para aplicação no âmbito do direito penal, em condutas que versam sobre a falta de tipificações específica para crimes cibernéticos. O que não pode ocorrer é a utilização da analogia *in malam partem*, em decorrência do atraso da evolução do Direito Penal Brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Olhos no por vir é o que se espera da sociedade e do conjunto de instituições do Estado Brasileiro para promoção de uma verdadeira proteção aos usuários de sistemas e equipamentos eletrônicos. É gritante a necessidade de realização de um amplo e profundo debate para a atualização da legislação penal pátria que busque junto à academia, aos poderes constituídos do Estado, a legislação internacional comparada e as diversas esferas da sociedade, os caminhos para resolução da patologia do crime. Não sendo possível sua extinção, ao menos sua mitigação.

Ao longo deste trabalho foi possível estabelecer contato com o pensamento jurídico doutrinário, com a jurisprudência dos tribunais, com o compêndio normativo brasileiro que rege o assunto e observar as mudanças de paradigmas ocorridas, sobretudo, nessa década, ao mesmo tempo perceber o hiato normativo que inobserva as relações sociais em ambientes tecnológicos. É inadmissível o código penal brasileiro não dar respostas concretas aos casos que envolvam crimes cibernéticos. A sociedade é informatizada e o Direito deve conjugar esses fatores.

Nesse epílogo, a concretude jurisdicional para resolução dos litígios e a proteção dos indivíduos na rede comunicativa só será alcançada se houver uma convergência de forças normativas, investigativas, coercitivas e sancionatórias capazes de reagir imperiosamente contra aqueles que insistem em fazer do ambiente virtual a seara de cometimento de crimes.

7. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional**. Disponível em: <<https://bit.ly/2AL71OF>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

- BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Introdução às normas do direito brasileiro**. Brasília: Distrito Federal, 1942.
- _____. Superior Tribunal da Justiça. **Justiça usa código penal para combater crime virtual**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pd24r6>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- _____. **Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <<https://bit.ly/2yPPzqS>> Acesso em: 12 abr. 2020.
- _____. **Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <<https://bit.ly/1jQz4va>> Acesso em: 12 abr. 2020.
- _____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 133.534 - SP (2014/0094026-9). Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. DJe: 06/11/2015. **STJ**, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2F0pATn>> Acesso em: 22 abr. 2020.
- _____. STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 145.576 - MA (2016/0055604-1). Relator: Ministro Joel Ilan Parcionik. DJe: 20/04/2016. **STJ**, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2DkD2j9>> Acesso em: 22 abr. 2020.
- CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. Disponível em: <<https://bit.ly/2LZ39ws>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. Paz e Terra, 1990.
- CUNHA, Douglas. **Aplicação, interpretação e integração da norma jurídica**. Disponível em: <<https://bit.ly/2FbMZBw>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- DIREITONET. **Analogia** - novo CPC (Lei nº 13,105/2015). Disponível em: <<https://bit.ly/2qrWuSR>>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- FREITAS JUNIOR, Dorival. **Princípios da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**. Disponível em: <<https://bit.ly/2DnG8DI>>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- GIMENES, Emanuel Alberto Spetandio Garcia. Crimes virtuais. **Revista de Doutrina da 4º Região**, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZypF8R>>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira Gonçalves. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo : Saraiva, 2016.
- MONTEIRO, Renato Leite. **Crimes Eletrônicos**: Uma Análise Econômica e Constitucional. Disponível em: <<https://bit.ly/2Dm31qq>>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**.

4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

OLIVEIRA, Anderson Soares Furtado. **Crime por Meios Eletrônicos**. Brasília: Universidade Gama Filho, 2009.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes Virtuais: Uma Análise da Criminalidade Informática E Da Resposta Estatal**. Disponível em: <<https://bit.ly/2yOLLWT>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PORTELA, Lucas Soares. **Agenda de Pesquisa sobre o Espaço Cibernético nas Relações Internacionais**. Disponível em: <<https://bit.ly/2OpCF80>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROVER, Aires José. **Crimes de informática**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Qh1uop>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 12.08.2020

Aceito em: 20.11.2020