

CRIMES DIGITAIS: O AUMENTO DA COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES SOCIAIS E OS NOVOS ESPAÇOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL

*Luís Antônio Licks Missel Machado*¹

*Jardel Luís da Silva*²

RESUMO

O presente artigo visa propiciar o debate acerca dos crimes digitais, inseridos em um contexto de aumento da complexidade das relações sociais e novos espaços de intervenção criminal por parte do Estado. Em uma breve síntese, buscará referir sobre a necessidade de fundamentação do Direito Penal não mais apenas em critérios puramente formais, mas em uma efetiva proteção de bens jurídicos penalmente protegidos pela sociedade atual, principalmente considerando os novos espaços, dentre os quais se insere o virtual. Posteriormente, a análise será, ainda que de forma breve, focada na análise das recentes leis aprovadas sobre a matéria, demonstrando-se sua incompletude para atingir a almejada segurança jurídica das relações.

Palavras-chave: crimes digitais – novas relações sociais – espaço virtual - regulação criminal

ABSTRACT

This article aims to promote discussion about digital crimes, inserted in a context of increasing complexity of social relations and new arenas of criminal intervention by the state. In a brief summary, seek to refer the need for justification of criminal law not only in more purely formal criteria, but in an effective protection of legal interests protected by criminal society today, especially considering the new spaces as the virtual. Subsequently, the analysis will be focused on the analysis of recent laws passed on the subject, demonstrating its incompleteness to achieve the desired legal relations.

Keywords: digital crimes - new social relations - virtual space - criminal regulation

1. Introdução

Desde o século XVII a humanidade tem se acostumado a enxergar a realidade como algo que se movimenta, em contraponto ao pensamento anterior de perenidade das coisas. Tal

¹ Professor de Direito Tributário dos cursos de Ciências Contábeis e Administração de empresas da FACCAT. Advogado. Mestre em Economia (UNISINOS). Aluno especial do Doutorado em Direito da PUCRS.

² Advogado. Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

modo de pensar pode ser tido como um dos marcos que apontam para o início do pensamento moderno, introduzido pela mudança do *ser* para o *dever*, ou seja, a alteração para um modo de pensar que evolui sempre para algo novo e diferente ou, em outras palavras, a transferência do interesse do permanente para o mutável³.

Essa mudança, ainda tímida no século XVII, foi realmente acelerada nos séculos XIX e XX, principalmente considerando as grandes revoluções dos tempos modernos, tais como, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e a revolução tecnológica, tanto mecânica quanto elétrica, que acabaram por mudar a estrutura social, aceleraram o ritmo da vida e “*bombardearam os sentidos com novos e inumeráveis estímulos*”⁴.

Assim, com o desenvolvimento dos meios de produção e do comércio, o homem sentiu a necessidade de realizar o aperfeiçoamento de máquinas ou equipamentos que pudessem ajudá-lo na tarefa de realizar operações matemáticas de maior complexidade.

Nesse contexto, surge a ideia de máquinas voltadas para o processamento de dados, aproximando-se, de forma ainda muito distante, do que hoje podemos denominar de computadores. Porém, antes disso, foi necessário um desenvolvimento considerável na eletrônica, e, principalmente, de avanços na microeletrônica.

Diante dessa realidade, em uma fase inicial, os “computadores” eram máquinas grandes e operadas apenas por especialistas, pois poucas pessoas possuíam conhecimentos aprofundados de *hardware* e linguagens de programação. Com relação ao Brasil, os primeiros computadores voltados para atividades científicas teriam datado da década de 1960, sendo que apenas com o lançamento dos computadores pessoais o seu uso foi, de forma ainda muito lenta, disseminado na sociedade⁵.

Ainda na década de 1960 surge uma nova dimensão da tecnologia, no sentido da tentativa de interligar computadores em rede, semelhante ao que hoje vemos como internet. Um grande passo nesse sentido foi possibilitado quando algumas universidades se uniram

³ BAUMER, Franklin. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I, séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1990. p. 37.

⁴ Idem. p. 39.

⁵ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes Digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 16.

para desenvolver a ARPANET (*Advanced Research Projects Administration*)⁶, inicialmente de uso exclusivo das Forças Armadas norte-americanas.

Essas formas de organização social, conectadas por meio de uma rede, propiciam o surgimento de um fenômeno de indubitável proporção na atualidade, qual seja, da globalização⁷, facilitando, sobremaneira, os meios de comunicação e a velocidade da informação. Nesse sentido, especialmente no âmbito financeiro, os mercados no mundo estão ficando cada vez mais integrados, onde especialmente os investidores institucionais voltam-se cada vez mais para ativos estrangeiros⁸. E para tal integração, se faz necessário o acesso à tecnologia e aparelhos que facilitem o acesso a esse universo virtual.

Mas, historicamente, o homem sempre fez uso dúplice dos novos equipamentos e tecnologias, criadas inicialmente com o intuito de facilitar a operacionalização de determinadas atividades, todavia, por vezes, utilizadas em atos destrutivos, o que aponta para a possibilidade humana de destinação diversa da construtiva na utilização de novos equipamentos/tecnologias⁹.

Diante disso, o surgimento de novos “espaços” sociais, como o virtual, trazem novas complexidades ao contexto da sociedade, inclusive oriundas da regulamentação de condutas por parte do Estado, o que gera certa tensão e insegurança quando não há uma clara identificação, até mesmo em razão da assumida dificuldade de interpretação da legislação, por parte de seus usuários, das condutas que são proibidas pelas autoridades estatais.

Nesse sentido, por exemplo, conforme a UNESCO¹⁰ são disseminados *spam* direcionando usuários para falsos sites de bancos, onde pessoas indesejadas (*hackers*) podem obter informações confidenciais passíveis de promover movimentação financeira indevida,

⁶ Idem. p. 16.

⁷ “A idéia de globalização traduz uma internacionalização das relações entre os povos, um inter-relacionamento entre os Estados nacionais, de molde a identificarmos, ao lado destas microrrealidades, uma só região, um só mundo, ou, como dizem muitos, uma "aldeia global"”. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Globalização e crime*. Revista dos Tribunais. vol. 811, p. 469, Mai-2003.

⁸ SACHS, Jeffrey. LARRAIN, B. Felipe. *Macroeconomia em uma economia global*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2000. Pág. 674.

⁹ “As machadinhas, que originalmente foram concebidas para realizar tarefas úteis e simples do dia a dia, logo foram utilizadas para a guerra (um mau uso da tecnologia), ou para a prática do homicídio (um mau uso extremo)”. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Op. cit. p. 17.

¹⁰ *Social Transformation in an Information Society: Rethinking Access to You and the World*, Published by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization 7, place de Fontenoy F-75352 Paris (2004), p.19.

causando sérios prejuízos à sociedade e difícil identificação dos agentes do dano. Ou seja, exatamente em um complexo emaranhado de conceitos e proposições, oriundas de diferentes áreas do conhecimento, que surgem os crimes digitais¹¹, tema central do presente trabalho.

Como se não bastassem tais dificuldades, não pode passar despercebido que os crimes digitais são consideradas espécies do gênero Direito Penal, o que implica referir que, em se tratando da forma de atuação mais severa possível do Estado contra o cidadão, deve ser aplicada de forma racional, de modo a propiciar a proteção mais efetiva possível do indivíduo e da sociedade¹².

Isso significa dizer que, em espaços de atuação estatal mais recente, assim como de maior complexidade, a fundamentação do crime ganha especial relevância, no intuito de impedir que haja atuação desproporcionada do Estado contra o indivíduo, o que obviamente não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito.

2.1. Da necessária fundamentação do Direito Penal em critérios não puramente formais

Antes de adentrar especificamente no debate acerca dos crimes digitais, necessário tecer algumas brevíssimas considerações, sem contudo, pretensão de esgotar o assunto, sobre a necessidade de fundamentação do Direito Penal, tendo em vista a gravidade das consequências da configuração de uma conduta como sendo criminosa.

O conceito de crime mais comumente encontrado nos manuais refere a conduta como sendo criminosa quando o fato praticado pelo agente for considerado típico, ilícito e culpável. Trata-se do conceito analítico de crime, que considera um fato típico quando indicado pela lei como crime, em que haja nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e, ainda, quando a conduta for dolosa ou culposa.

¹¹ Não há consenso com relação à terminologia adequada ao se falar em “crimes digitais”, sendo utilizadas várias expressões, tais como: “crimes por meio da informática”, “infrações cometidas por meio do computador”, “*cybercrimes*” ou “crimes cibernéticos”. Contudo, no decorrer deste artigo se utilizará apenas da expressão “crimes digitais”.

¹² Nesse sentido: “El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de funcionalidad de la Justicia Penal, así como la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas”. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

Ainda de acordo com o conceito analítico de crime, a ilicitude do fato será apreciada por um juízo negativo, ou seja, se não houver nenhuma excludente de ilicitude, dentre as quais podemos destacar a legítima defesa e o estado de necessidade, haverá enquadramento da conduta como ilícita.

Já a culpabilidade, último requisito a ser analisado em tal conceito de crime, visa definir o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. Os elementos que compõem o juízo de culpabilidade são: a) imputabilidade, excluindo-se da criminalização os doentes mentais e pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) potencial consciência sobre a ilicitude; e c) exigibilidade de conduta diversa.

Desta feita, de acordo com o conceito analítico de crime, bastam que estejam presentes os requisitos acima expostos em apertada síntese, para que um fato seja considerado criminoso e, portanto, sujeito a responsabilização criminal¹³.

Porém, em razão das transformações sociais experimentadas nos últimos anos, inaugurando novos espaços de interesse do Direito Penal e novos problemas em sua fundamentação, fica evidente que os antigos critérios jurídicos não são mais suficientes para sua fundamentação, demandando aprimoramento e modernização de alguns conceitos para que se possa evitar práticas arbitrárias, obviamente contrárias ao nosso ordenamento jurídico¹⁴.

Para além de uma simples previsão legal a indicar a ocorrência de um delito, a atuação punitiva do poder estatal na seara criminal só se deve dar quando houver também fundamentos de ordem material a justificarem tal intervenção. Tal dimensão se traduz no fato de que a criminalização de determinadas condutas deve atingir, para além de conceitos meramente formais, a proteção de bens jurídicos penalmente protegidos que, em determinado período histórico¹⁵, são considerados pela sociedade como de necessária proteção estatal.

A função do Direito Penal seria, portanto, a de proteger bens jurídicos que mereçam dignidade penal. A análise da previsão de condutas criminosas para além de uma simples

¹³ A grande maioria dos manuais de Direito Penal refere o conceito analítico de crime da forma como exposto. A título exemplificativo: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. vol. I. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

¹⁴ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁵ Sobre a influência do período histórico da comunidade na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados (fundamentação onto-antropológica do Direito Penal). COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2009.

análise do texto legal, almejando a proteção de bens jurídicos, pode ser tida como verdadeiro direito fundamental, constitucionalmente previsto, e inderrogável em um Estado Democrático de Direito.

Todavia, não é suficiente a interrogação acerca da existência de um efetivo bem jurídico a fundamentar a norma, mas é necessário acrescentar um segundo nível de valoração, no qual se busque resgatar a validade jurídico-penal da proibição de uma conduta, qual seja, a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, traduzida como a aplicação do princípio da ofensividade¹⁶.

Nas palavras do português José de Faria Costa: “*A ofensa a um bem jurídico é a chave que permite a intervenção do detentor do ius puniendi (Estado), enquanto única entidade susceptível de cominar, legitimamente, penas criminais*”¹⁷.

Apenas quando presentes tais requisitos é que poderemos estar diante de um Direito Penal fundamentado em premissas consistentes e de ordem democrática.

Feitas tais ponderações, cabível verificar precisamente o bem jurídico tutelado, assim como a ocorrência efetiva de sua ofensa, no caso dos crimes digitais, para uma posterior análise da legislação que aborda a matéria.

Diante dos novos riscos provenientes da evolução da informática, é óbvio que o bem jurídico penal a ser tutelado deve assumir novos contornos, não sendo viável relacionar os crimes digitais aos bens jurídicos tradicionalmente protegidos (vida, integridade física, patrimônio, entre outros).

Nessa senda, pode-se incluir a necessária proteção das informações armazenadas (dados), a segurança dos sistemas de redes informáticas ou de telecomunicações como novos espaços de intervenção a serem incluídos na esfera de proteção da norma, como bens jurídico-penais passíveis de tutela.

A informação seria, portanto, o bem jurídico principal a ser tutelado nos crimes digitais, seguido dos sistemas, todavia, é necessário que reste especificamente previsto na

¹⁶ D’AVILA, Fábio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80, p. 07-34, 2009.

¹⁷ COSTA, José de Faria. Op. cit. p. 172.

norma o grau de afetação da informação passível de caracterizar o ilícito penal, sob pena de não obedecer a proporcionalidade necessária entre a conduta e a punição¹⁸.

Devidamente referidos os argumentos acima, que se entendem como de inderrogável análise para uma abordagem minimamente consciente de qualquer assunto pertinente ao Direito Penal, cabível direcionar o foco para uma análise da legislação que aborda os crimes digitais.

2.2. Dos crimes digitais

Em prol da objetividade, a análise da legislação que aborda os crimes digitais ficará restrita ao âmbito brasileiro, salientando-se, desde logo, que não há nenhuma pretensão de esgotar o assunto, apenas contribuindo, de uma forma eminentemente crítica, para uma reflexão sobre a problemática da questão posta em debate.

Cumprindo inicialmente observar que, no ano de 2012, o Congresso Nacional promulgou duas leis que visam coibir a prática de crimes digitais, quais sejam, a Lei 12.735 (conhecida como Lei Azeredo), e a Lei 12.737 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann)

A Lei 12.735/12 possui apenas duas disposições, sendo que uma delas se traduz em uma determinação às autoridades policiais de estruturação organizada no combate aos crimes digitais¹⁹, e a outra acrescenta a possibilidade de cessação de transmissões eletrônicas quando houver prática, induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Já a Lei 12.737/12 foi divulgada logo após a notícia de que fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann foram publicadas na internet, o que induz ao pensamento de que houve forte influência da mídia na atuação do Legislativo em tal caso, sendo extremamente perigosa tal ocorrência, pois diante da seriedade que se espera quando se aborda o Direito Penal, não seria ideal que cedesse a pressões sofridas pela imprensa, reduzindo o debate e, possivelmente, a qualidade do texto legislativo.

¹⁸ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Op. cit. p. 58.

¹⁹ 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.

Com relação ao texto propriamente dito, a lei insere artigos no Código Penal aduzindo sobre a invasão de dispositivo informático²⁰, assim como interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático e telemático.

A respeito do crime de invasão de dispositivo informático seria uma das espécies de crime digital propriamente dito. Tal conduta pode ocorrer por diversas razões, tais como, pelo mero deleite em superar desafios técnicos de segurança, vontade de invadir a privacidade alheia, inclusive com acesso a informações sigilosas, ou, na hipótese mais grave, de intenção de manipular, defraudar ou sabotar dados.

Assim, a conduta criminosa acima descrita assume especial relevância, pois pode ser tido como verdadeiro crime meio para a realização de tantos outros crimes. Porém, o legislador optou por não identificar as demais condutas, tampouco aduzir formas específicas para seu combate, o que gera certa insegurança jurídica²¹.

Podem figurar nessa lista de possíveis condutas subseqüentes a obtenção e transferência ilegal de dados, assim como o dano informático, em alusão ao previsto no artigo 163 do Código Penal²².

Ademais, existem inúmeros crimes apenas cometidos por meio da internet, mas que encontram sua previsão legal em outras áreas criminais, o que abre espaço para discussões posteriores, podendo gerar a impunidade de seus agentes, ou o indiciamento equivocado.

Logo, o Estado já avançou prevendo algumas condutas criminosas, mas da simples leitura da lei facilmente se percebe que ainda há muito a ser feito e estamos longe de uma proteção estatal efetiva em se tratando do “espaço digital”.

E é exatamente a ausência de disposição clara das condutas no texto legal que acaba agravando as dificuldades já existentes para a investigação dos crimes digitais, principalmente

²⁰ 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.

²¹ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Op. cit. p. 171.

²² Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

tendo em vista que o sujeito, o tempo e o lugar do crime se tornam bem mais complexos de analisar quando se está diante de um crime digital²³.

3. Conclusão

Diante de todo o exposto, verifica-se que o Estado não possui os meios suficientes para coibir a prática de crimes realizados por meio da internet, seja por ausência de disposição e clareza no texto legal, ou até mesmo por falta de estrutura específica para realizar uma investigação de consistência nessa área.

Assim, qualquer empresa que hoje possui um *site* na internet precisa estar ciente de que o Estado ainda não poderá garantir, com a certeza que se espera, a punição dos eventuais responsáveis por violação de dados, assim como outras condutas praticadas contra a Pessoa Jurídica pelo meio virtual.

Em razão de tal quadro, atualmente, o melhor caminho que se apresenta é a prevenção, com o necessário investimento em medidas visando a segurança das informações postas na rede, evitando prejuízos de várias ordens, até mesmo para a imagem da empresa.

E no mesmo caminho, no meio social, seriam válidas as medidas preventivas de inclusão digital, com a conscientização das pessoas quanto ao uso racional e seguro dos meios informáticos.

Isso sem falar no aspecto criminal que deverá ser obviamente aperfeiçoado para tratar das novas realidades sociais, mas sempre deixando claro que é necessária a observância, por parte do Estado, da ideia de proporcionalidade, que nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet se traduz em dupla dimensão, ou seja, proibição de excesso estatal na aplicação da pena, mas também proibição de insuficiência da punição²⁴.

²³ COLLI, Maciel. *Ciber Crimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos*. Curitiba: Juruá, 2010.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BAUMER, Franklin. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I, séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1990.

COLLI, Maciel. *Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2009.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes Digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

___ *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80, p. 07-34, 2009

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. vol. I. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Globalização e crime*. Revista dos Tribunais. vol. 811, p. 469, Mai-2003.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

SACHS, Jeffrey. LARRAIN, B. Felipe. *Macroeconomia em uma economia global*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

UNESCO, *Social Transformation in an Information Society: Rethinking Access to You and the World*, Published by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization 7, place de Fontenoy F-75352 Paris (2004).