

**FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA**  
**RAMBLER GUSMÃO DO NASCIMENTO**

**DA INEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO POR PARTE  
DO ESTADO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

**CARATINGA**

**2016**

**RAMBLER GUSMÃO DO NASCIMENTO**

**DA INEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO POR PARTE DO  
ESTADO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

Projeto Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga-MG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador Prof. Msc. Dário Júnior.

**CARATINGA**

**2016**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico essa obra, primeiramente ao Senhor nosso Deus, pois sem ele nenhum objetivo seria alcançado, pois sua misericórdia me acompanhou nas mais distantes ocasiões turbulentas. Dedico também à minha família, que sempre me apoiou e que sempre me fez enxergar o que é mais importante nesta vida.

## **AGRADECIMENTO**

Quero agradecer primeiramente a Deus, o nosso criador, por toda sabedoria que nos concede e toda misericórdia que tem tido por nossas vidas, ao companheirismo dos meus amigos e colegas de jornada, que sentiram na pele a batalha travada com a rotina pesada e os compromissos fora de sala, para alcançarmos a vitória e o primeiro passo nesse mundo tão fascinante, que é o Direito. Agradeço sinceramente, aos nossos professores, mestres e doutores pela dedicação, detalhe este que, que trouxe um efeito indispensável para nossa construção do saber jurídico.

Faço também, um agradecimento em especial ao professor e Doutor Dário Júnior, pelas orientações e generosidade que tiveram um caráter *sine qua non* para o resultado.

“Não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo.”

— Michel Foucault

## RESUMO

A presente Monografia irá analisar a regulamentação das formalidades jurídicas da doutrina garantista no que concerne a obrigação do Estado na gestão ordinária dos problemas sociais nos ambientes virtuais e delitos informáticos no Brasil. Tendo em vista o crescimento e uso das tecnologias e da dependência dos indivíduos aos aparatos eletrônicos, bem como fazer um levantamento do princípio da vedação da proteção deficiente. De certo, a pesquisa tenta corroborar a falta em nosso país, de uma legislação especial no que tange aos crimes cibernéticos, que demonstre eficácia, ao passo que Estado não atua de forma a coibir incisivamente os crimes cibernéticos no Brasil, isto, à luz do princípio da vedação da proteção deficiente, como previsto no Estatuto Jurídico Fundamental, e que também aponta a obrigação da tutela dos direitos e garantias fundamentais, tanto na proibição de ações de caráter excessivo, quanto na em sua inércia, ou seja, na omissão. Deve-se haver uma melhor atenção a temática, fazer levantamento de discussões, trazendo soluções a este grave problema social, que só faz crescer e podendo se tornar algo fora do controle estatal. Tem-se como ganho jurídico na elaboração da presente pesquisa, o apontamento do princípio da vedação da proteção deficiente, que ainda é obscuro, e é mister para o fortalecimento do nosso Estado Democrático. Há também um pretense ganho social, pois daremos ênfase na importância da matéria tratada visto que as relações sociais no campo virtual tornaram-se mais fluidas onde a privacidade e individualidades estão cada vez mais expostas à riscos.

Palavras-chave: Estado democrático de Direito; Vedação à Proteção Deficiente; Garantismo Penal; Crimes Cibernéticos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>15</b>
1.1. Fundamentos do Estado democrático.....	17
1.2. Garantias fundamentais e individuais.....	20
<b>CAPÍTULO II – GARANTISMO PENAL.....</b>	<b>23</b>
2.1. Considerações acerca do aspecto positivo da doutrina garantista.....	24
2.2. Análise do princípio da proporcionalidade.....	25
2.3. Análise do princípio da proibição da proteção deficiente ou infra proteção.....	26
<b>CAPÍTULO III – A PROTEÇÃO DO ESTADO E A EXIGÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS.....</b>	<b>27</b>
3.1. Breve relato histórico da internet no Brasil .....	30
3.2. Análise da matéria tratada na Lei 12.737/12.....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>35</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>37</b>

## INTRODUÇÃO

Desde sua chegada ao Brasil até um passado não muito distante, os avanços tecnológicos ligados a informática e a internet no Brasil, não teve uma merecida atenção nas vias do Direito brasileiro. Essas ferramentas de extrema importância teve o seu uso cada vez mais expandido, em vários setores de nossa sociedade, como por exemplo, na economia, na cultura, nas relações sociais e profissionais, nas transações financeiras, na saúde e vários outros, elas atingem hoje um número expressivo de usuários de acordo com o a União Internacional de Telecomunicação (UIT), O Brasil integra o grupo de 79 países onde mais de 50% da população tem acesso à Internet. No país, 57,6% das pessoas estão conectadas. A forma de acesso, porém, apresenta variações. A cada 100 brasileiros, apenas 11,5 possuem uma assinatura de banda larga fixa. Quando avaliadas as assinaturas de banda larga móvel, esse valor sobe para 78,1. Ainda segundo o relatório da UIT, 48% dos domicílios no Brasil possuem conexão. Os números vão de encontro aos resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2013 (PNAD), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).<sup>1</sup>

Infelizmente, cumpre dizer, que em contraponto a esta conquista, cresce também o surgimento de inúmeros problemas atrelados a esses avanços, como, os delitos em suas mais variadas formas deletérias a sociedade.

No ano de 2012 surge a letra da Lei 12.737. Lei esta, que acabou ganhando o epíteto no Brasil de “Lei Carolina Dieckmann” e no contexto da época, esta atriz teve seu dispositivo informático privado invadido, arquivos de imagens subtraídos, vindo a sofrer ameaças mediante tentativa de extorsão e os criminosos não logrando êxito, tornou público estas imagens, evento este que só fez acelerar a tramitação do processo legislativo da lei supramencionada, numa atual situação em que ainda não havia normatização que tratava dos crimes cibernéticos com a mínima especificidade.

A Lei “Carolina Dieckmann”, é o dispositivo legal que acresce outros dois artigos no nosso Código Penal brasileiro, sendo eles o artigo 154-A e 154-B, ambos versando no que

---

<sup>1</sup>Disponível em: <https://nacoesunidas.org/no-brasil-quase-60-das-pessoas-estao-conectadas-a-internet-afirma-novo-relatorio-da-onu/>. Acessado em 21/11/2016

tange a invasão de dispositivos informáticos e a ação penal cabível, que veremos mais a frente nos detalhes do texto legal e mencionado e sua eficácia mediante sua pena prevista.

É de Mister importância colocarmos em alta este assunto, uma vez que é notório o crescimento do uso das tecnologias e dos dispositivos informáticos, sejam eles conectados ou não a uma rede de internet, e de certo, cresce exponencialmente também o número de criminosos que se aproveitam dessa vasta oportunidade para agir e obterem vantagens indevidas. Cabe ressaltar que além dessas agravantes, evoluem-se também as ferramentas criminosas e o *modus operandi* dos agentes.

No primeiro capítulo trataremos de falar do Estado Democrático de Direito, seus fundamentos, e claro, as garantias fundamentais e individuais previstas aos destinatários legais da sociedade brasileira.

Logo, passaremos ao segundo capítulo, e neste momento, pautaremos a doutrina do Garantismo Penal, onde faremos uma abordagem do princípio da proporcionalidade, juntamente com os aspectos positivos e negativos da doutrina garantista, pois, tal matéria possui alta pertinência com o tema principal tratado nesta pesquisa.

No terceiro capítulo, adentraremos mais profundamente no que tange aos crimes cibernéticos no Brasil e a exigência da sociedade a uma maior proteção do Estado nos casos concretos, caberá também dizer que, a edição da Lei 12737/12, não demonstra tanta eficácia no que tange intimidação de criminosos.

Seguindo ainda no terceiro capítulo, é de grande valia que levantemos algumas considerações sobre a globalização e o avanço da internet no Brasil, logo em seguida, faremos a análise da lei 12.737/12 Finalizaremos este capítulo tratando do dever de proteção do Estado, não somente na verticalidade, mas também na horizontalidade, ou seja, não somente a proteção contra os excessos estatais para com a sociedade, mas também dos cidadãos para com seus semelhantes.

Acerca do tema, tem-se como marco teórico os dizeres de Lênio Streck, pela sua plena concordância de que não se esgota na categoria de proibição do excesso o princípio da proporcionalidade.

O tipo de pesquisa utilizada para a confecção da presente pesquisa é teórico-dogmática, tendo em vista investigações de ordem bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

É também marcada pelo caráter de natureza transdisciplinar, haja vista o intercruzamento de conteúdos do Direito Penal, do Direito Constitucional e uma carga significativa de princípios.

A escolha do caminho a ser trilhado neste trabalho, é considerado pelo autor medular, para a construção de um embasamento que nos suportam, para que possamos concluir o que é pretendido nesta pesquisa, ou seja, demonstrar que o Estado brasileiro, ainda não consegue nos proteger de forma desmedida perante aos crimes cibernéticos.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Antes de entrarmos no escopo proposto desta pesquisa, é importante explicarmos alguns pontos. Esta explicação é essencial para nos situarmos numa mesma linha de pensamento, e em contrapartida, já demonstrando um problema social cada vez mais crescente e uma omissão, ainda que parcial, já que atualmente no Brasil, existem algumas leis que dispõe acerca de determinados temas relacionados à internet, por parte do Estado, baseando-se em um princípio que está cada vez mais internalizado no ordenamento jurídico pátrio e talvez obscuro aos operadores do Direito brasileiro, que é o princípio da vedação a proteção deficiente por parte do Estado.

Cabe esclarecer, que o princípio da proibição da proteção deficiente é uma herança da escola alemã de Direito, derivado diretamente do princípio da proporcionalidade, que não o exerce apenas em seu aspecto da proibição do excesso (*ubermassverbot*), como se é propagado largamente entre os juristas brasileiros, mas também de sua face, ainda pouco conhecida que é a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*), cumpre mencionar, que sua finalidade é a de vedar o Estado a não agir em face aos problemas na sociedade. Para uma melhor compreensão, mostraremos o que aponta o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no RE 418.376, que para fazer incidir o Direito penal num caso em que se buscava extinguir a punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra uma menina de oito anos, de quem abusou por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando, com o seu agressor, uma união "estável"; neste momento havia como objetivo extinção de punibilidade do agente e segundo o conceito de Mendes:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>www.stf.jus.br - RE 418.376-5. Acessado em 18/11/2016

Dado o a conceituação acerca do referido princípio, seguiremos narrando que, a realidade atualmente da sociedade brasileira moderna aponta a necessidade de estudos e levantamentos de pontos positivos na doutrina garantista em face da proteção de direitos fundamentais, especialmente à intimidade, a vida privada e o direito ao sigilo de dados constantes nos dispositivos informáticos assegurados na Lei 12.737 de 2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

Apresentando o conceito de crimes cibernéticos o Conselho Europeu sobre esta abordagem, usa o termo "cyber crime" para definir delitos que vão de atividades criminosas contra dados até infrações de conteúdo e de copyright<sup>3</sup>. No entanto, outros autores<sup>4</sup> sugerem que a definição é mais ampla e inclui atividades como fraude, acesso não autorizado, pornografia infantil e cyber stalking, que se trata de assédio na internet, incluindo ainda as fraudes, falsificações e vários outros tipos.

Podemos concluir ainda que, crime de informática é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os perpetrados através do computador. Inclui-se neste conceito os delitos praticados através da internet, mas não necessariamente o dispositivo precisa estar conectado a uma rede, e podemos entender computador num sentido mais amplo, visto que são várias a tecnologias e aparatos utilizados, como por exemplo, *smartphones*, *pen drives*, *HD's* e etc.

Em relação à proteção dos direitos e garantias, estes são deveres do Estado e o Estado Democrático de Direito é caracterizado, pela legitimação de seu povo, e em nome deles o Estado deve agir de forma a garantir esses direitos fundamentais jamais sejam feridos, acerca dessa afirmação Moraes no alude que:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>Krone, T., 2005. High Tech Crime Brief. AustralianInstituteofCriminology. Canberra, Australia. ISSN 1832-3413. 2005.

<sup>4</sup>Zeviar-Geese, G. 1997-98. The Stateofthe Law onCyberjurisdictionandCybercrimeonthe Internet. California Pacific Schoolof Law. Gonzaga JournalofInternational Law. Volume 1. 1997-1998.

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005.p. 17.

Sob a ótica de termos uma Constituição garantista, que vai de encontro a tudo que já foi mencionado anteriormente, cabe conceituarmos ainda o Garantismo Penal.

Segundo Ferrajoli:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.<sup>6</sup>

Uma vez que o Estado garante os direitos fundamentais através das vias legais, de maneira a punir e coibir as violações cometidas por agentes, com intuito de garantir a paz social, e a preservar a dignidade da pessoa humana, não cometendo nenhum excesso contra a liberdade desses indivíduos, mas imputando duras penas.

Ora, diante tudo o que foi exposto até aqui, que se fazemos menção a criação da lei 12.737, que analisaremos mais a frente, como um intento por parte do Poder Legislativo de coibir a violação da intimidade e das relações subjetivas, como as de trato íntimo da pessoa, isto é, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada inclusive nas relações comerciais e de trabalho nos ambientes virtuais, que estão asseguradas na carta maior em seu artigo quinto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;<sup>7</sup>

O crescente uso das tecnologias vêm exigindo uma regulamentação formal mais eficaz por parte do Estado no que se refere aos crimes praticados em ambientes virtuais, dado,

---

<sup>6</sup>FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 786

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ao aumento de ações mal intencionadas nos anos posteriores a criação da referida lei, como veremos mais a frente. Com isso a sociedade encontra-se em estado de vulnerabilidade a prática dos atos ilícitos cometidos por agentes que por meio de dispositivos informáticos, praticam condutas dolosas com a finalidade de obter vantagens ilícitas violando direitos individuais, resguardados em nossa Constituição Federal.

É de suma importância a criação de leis mais eficazes para coibir os delitos informáticos e afins, pois são as leis que garantem ou deveriam garantir as condições de convivência pacífica em sociedade, no intuito de diminuir a insegurança diante de divergências ente os membros da mesma. Para tanto, cada um sacrifica parte das suas liberdades e depositam no estado o poder/dever de garantir a paz social.

Diante disso, o processo democrático garantista ainda em construção, exige por parte do Estado, dever de ajuste das situações com certa generalidade nos ajustes sociais. Assim, as normas jurídicas atendendo as formalidades legais assumem um importante papel na modulação do comportamento dos indivíduos em sociedade.

Ainda sobre o poder das leis sobre o comportamento do homem Beccaria afirma que:

A soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal. Mas não foi o suficiente apenas estabelecer este depósito também foi necessário defendê-lo da usurpação de cada indivíduo, que sempre se empenhará para não apenas tomar da massa sua própria porção, mas também usurpar aquela de outros. Portanto, alguns motivos que agridem os sentidos necessitaram ser criados para impedir que o despotismo individual mergulhasse à sociedade, novamente, em seu antigo caos.<sup>8</sup>

Tratando de uma análise do compromisso do Estado Democrático de Direito, que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. MORAIS define o direito constitucional como:

a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como

---

<sup>8</sup> BECCARIA, Cessare. Dos delitos e das penas. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 12.

um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza.<sup>9</sup>

Diante o exposto nas considerações conceituais, e firmando um percurso a ser feito neste trabalho, daremos início no capítulo seguinte, onde falaremos do Estado democrático de Direito, pois sem este não haveria como falar de dever de proteção do Estado.

---

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p.138, *apud* MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.33.

## CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O surgimento do Estado se deu nas organizações humanas e sucessão dos círculos cada vez mais largos e de crescente integração dos grupos sociais, podendo tomar que, ele é o resultado de uma lenta e gradual evolução organizacional de poder.

Pontes de Miranda, levanta que o Estado que conhecemos hoje surgiu somente no século XV, em virtude de sua estruturação e o define como “o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si”<sup>10</sup> e ressalta também a importância dessas relações e afirma que “ desde que cesse qualquer disponibilidade de relações de tal espécie, o Estado desaparece. Desde que surja, o Estado nasce”<sup>11</sup>.

Afirma ainda, Alexandre de Moraes, sobre o conceito Estado que:

O Estado, portanto, é a forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno, configura-se em um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional.<sup>12</sup>

Ainda tratando do fato gerador que deu origem ao Estado, temos as mais variadas teorias, bem como a teoria do poder de Hobbes, o pacto social de Rousseau e Kant; O da vontade divina de Santo Agostinho, e ainda, o da necessidade moral de Platão, Aristóteles e mais recentemente Hegel. Cabe aqui ressaltar nas palavras de Alexandre de Moraes que “As teorias são complementares, pois o estado sempre almeja fins, ainda que difusos, definíveis e mutáveis e para o pensamento político-constitucional trata-se de uma categoria estruturante”.<sup>13</sup>

Na medida em que o Estado evoluía e atravessava o tempo, nasceu a necessidade de tornar o Estado em Estado de Direito, que segundo os ensinamentos de Moraes, apontava a

---

<sup>10</sup>MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946, v.I, p. 39.

<sup>11</sup>MIRANDA, Pontes. Manual de direito constitucional, t.3, p. 20 ss.

<sup>12</sup>MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional/Alexandre de Moraes. – 27. Ed. – São Paulo: Atlas 2011.

<sup>13</sup>MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional/Alexandre de Moraes. – 27. Ed. – São Paulo: Atlas 2011 p. 3.

necessidade do Direito ser respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pelo poder público. Segundo ele, a evolução foi acompanhada pela consagração das mais variadas novas fórmulas, de exercício da democracia representativa, pendendo sempre pela universalização do voto e a legitimação dos detentores do Poder, fazendo com que surja a ideia de Estado Democrático.

Em suma, ainda falando pela via “Estado Democrático de Direito”, significa dizer, que o Estado é regido por normas democráticas, com eleições livres, respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Autoridades estas, que depositamos nosso poder de decisão, e que deve nos retribuir com todo um sistema que atenda a todas as necessidades da sociedade, ou pelo menos se aproxime desse ideal e inclusive, o de proteção, tanto das ações do próprio Estado quanto de nossos iguais.

É nesse mérito, que se faz mister fazer a relação do Estado Democrático de Direito com a falta de proteção necessária para a coibição dos crimes cibernéticos no Brasil, pois é dever e poder do Estado oferecer a tutela necessária, de forma impedir qualquer lesão aos direitos e garantias individuais que já consta previsto em nossa Carta Magna, como menciona Sahid Maluf:

Cumpre ressaltar, todavia, que a Constituição de 1988 contém aspectos altamente positivos. É expressão legítima da vontade do povo brasileiro. Deu ênfase à proteção dos direitos individuais, enfatizou e ampliou os direitos trabalhistas, criou novos instrumentos de proteção e garantia dos direitos individuais e coletivos.<sup>14</sup>

Mas mesmo com essa autonomia e discricionariedade, há uma grava falta de preocupação em combater um problema social com fortes tendências a tornar cada vez mais preocupante, que é o dos delitos informáticos. Como afirma Mougenot, se referenciando ao dever do Estado, nos conta que o Estado é titular de um poder que deriva da sociedade, e segunda ele, esse é o motivo pelo qual esse poder deve ser exercido para o bem da coletividade.

Mougenot ainda afirma:

---

<sup>14</sup> MALUF, Sahid – Teoria Geral do Estado/Sahid Maluf; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 31. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

(...) é certo que a presença do Estado enquanto entidade interfere cotidianamente na vida na sociedade, direcionando sua atuação, impondo restrições ao que os indivíduos podem ou não fazer, reprimindo os infratores que afrontam bens ou interesses da sociedade ou do próprio Estado. Este, exercendo o poder, limita a liberdade individual, fazendo-o por meio do direito, que, nesse sentido, funciona ele próprio como instrumento regulador da atividade estatal, já que esta não se pode dar sem controle, ou seja, de forma ilimitada.<sup>15</sup>

Destarte, como mencionado por Mougenot acima, a ação estatal para proteção dos direitos e garantias individuais e coletivas, deve se pautar na eficácia e na forma incisiva, sem nenhum tipo de omissão ou falha perante aos problemas sociais e pertinentemente aos crimes cibernéticos no Brasil.

### 1.1 Fundamentos do estado democrático

Sob a égide do fortalecimento cada vez maior de um Estado Democrático de Direito, os constituintes brasileiros, já fizeram constar em nossa Carta Maior de 1988, os fundamentos em que se pauta a construção de nossa nação em seu primeiro artigo, como podemos observar abaixo:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>16</sup>

É de certo, muito válido tecer algumas explicações sobre cada inciso do artigo primeiro da CF/88. Pois, em se tratando de todas essas características do Estado Democrático de Direito, entendemos que, deve haver a obrigação de proteção, de forma a garantir todas as liberdades e principalmente a dignidade da pessoa humana, que está ligada diretamente com a

---

<sup>15</sup> BONFIM, Edilson Mougenot – Curso de Processo Penal/Edilson Bonfim Mougenot – 10. Ed. – São Paulo: 2015.

<sup>16</sup>BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

violação da privacidade, vida íntima e etc. no momento em que são colocadas em xeque, mediante as condutas criminosas em ambientes virtuais.

A começar pelo fundamento da soberania, é válido aludir que a soberania do ponto de vista interno, se trata da existência de um só poder, que não se subordina a nenhum outro poder ou organização, que demonstra sua atuação imposição das leis, que em tese devem ser efetivas no controle das problemáticas sociais, que executam atos administrativos e tem o poder de decisão sobre as lides quando acionado ou quando pode agir de ofício. Como bem Elucida Sahid Maluf em sua obra Teoria Geral do Estado, “Soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”;<sup>17</sup>

Já a definição de Soberania para Marcelo Caetano, consiste em:

Um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.<sup>18</sup>

Em suma, o Estado é a personificação de um só poder atuando no determinado território, sendo uno e indivisível, e com a tripartição de poderes, que são, o Legislativo, Executivo e Judiciário. Compreendemos também, uma outra perspectiva, que é a externalização do efeito da soberania, como sendo, a representação da vontade do povo brasileiro perante as outras nações e povos.

Passamos agora a pontuar o segundo inciso, que diz respeito a cidadania. O ser cidadão, é aquele dotado de direitos, políticos, civis e sociais. Em contrapartida, todo um contexto e convivência social é regido por deveres, logo a cidadania é exercida de maneira a exigir os direitos e sempre atuando de forma a cumprir com os deveres. Como bem versa Dallari “a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo.” (1998, p.14).

Seguindo, entramos no fundamento da dignidade da pessoa humana, talvez um dos pilares mais lembradas no cotidiano jurídico, por se tratar de um fundamento que influencia as mais variadas decisões de tribunais e seguindo a tendência do constitucionalismo

---

<sup>17</sup> MALUF, Sahid – Teoria Geral do Estado/Sahid Maluf; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 31. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

<sup>18</sup> CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 169. V. 1.

contemporâneo, a Constituição a incorporou, expressamente, ao seu texto. Visto a importância que a dignidade da pessoa humana se sobressai até mesmos aos interesses estatais e o mesmo deve se moldar e acompanhar a evolução social, de maneira a sempre preservar a dinâmica interpretativa das leis, que, sempre põe à prova, a eficácia desse fundamento. Neste sentido nos mostra Dallari:

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.<sup>19</sup>

Em suma, cumpre ressaltar, que é dever do Estado garantir, que seus destinatários tenha o mínimo, para terem uma vida digna, e que não tenham seus direitos e garantias individuais feridos.

Trataremos nesta oportunidade, do fundamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamento este, que em sua essência visa a proteger o trabalho no Brasil, tanto o empregado quanto o empregador, pois o constituinte acreditava que uma sociedade, evidentemente, evolui a partir do trabalho. As atividades cumprem uma importante função social, ela ressalta a propriedade e os adventos, para aqueles que as exercem.

Neste aspecto, devemos entender, que se trata também do meio de subsistência dos membros da sociedade, o que influencia diretamente nos incisos anteriormente mencionados, principalmente, na dignidade da pessoa humana, e embora é mencionado a livre iniciativa, não se trata aqui de uma menção as atividades relacionadas ao capitalismo propriamente, mas sim, proteger os valores do trabalho na livre iniciativa.

Neste sentido, Paulo Roberto dos Santos Corval é contundente ao dizer:

Objetiva-se, no fim, deixar claro que o art.1o, IV, da Constituição de 1988 não cuida de estabelecer a “livre iniciativa”, mas os “valores sociais da livre iniciativa” como fundamentos da República Federativa do Brasil, tendo em vista o distinto pressuposto político-ideológico da Constituição de 1988 – norteadas pela dignidade da pessoa humana.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania, 2002, p. 8.

<sup>20</sup> ROBERTO DOS SANTOS CORVAL, Paulo – Os Valores Sociais da Livre Iniciativa - Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

Por fim, o artigo primeiro da Constituição de 1988, garante em seu último inciso, a liberdade de ideais, ressaltado através do pluralismo político, desde que essas liberdades não atentem contra nossa democracia, tampouco, aos direitos e garantias fundamentais elencadas no texto do Diploma Maior. Nesse sentido, os membros da sociedade, tem a liberdade de influenciar no destino político do país, ao seu ponto de vista, seja ele filosófico ou político.

Longe de exaurir os dizeres acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, damos por finalizadas as esclarecimentos que foram feitas, com o intuito de explicarmos rapidamente inciso a inciso e a intencionalidade do legislador constitucionalista, provocando uma reflexão acerca do que o Estado se propõe e nos aspectos que ele acaba por falhar, como detentor da tutelajurídica.

## 1.2Garantias fundamentais e individuais

Continuando nossa trajetória até chegarmos ao clímax desta pesquisa, é de extrema relevância as tratativas de alguns preceitos relacionados as garantias fundamentais e individuais.

A começar pelo conceito de garantias fundamentais e individuais. Entendemos que, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico, no nosso caso, por exemplo, ele foi inserido em nosso Diploma Maior. São direitos fundamentais em razão de sua juridicidade. São aqueles direitos reconhecidos ao ser humano, como inerentes a sua humanidade. São exemplos: direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade, e deve ter seu lastro em todas as legislações no país, ou seja, seu preceito deve ser internalizado em todo e qualquer processo de criação de lei, atendendo a constitucionalidade.

Uma de suas características é a historicidade, pois são direitos que foram reconhecidos e inseridos no ordenamento jurídico conforme o evoluir da história. E adquiriram forças por surgirem, talvez, nas mais difíceis condições e batalhas produzidas pelo homem e toda sua tirania, a partir desses eventos surgiu a necessidade de impor limites e tornando esses direitos de viésfundamental, para que as atrocidades cometidas não se repitam.

Vivendo em uma democracia, como já sabemos, o Estado deve exercer seu poder de tutela em razão da sociedade, devendo haver também um controle dado pela constituição para que não haja excesso, tornando o Estado, não absoluto. Por tanto, cumpre dizer que o

Estado, apesar de responsável por gerir, possui várias linhas de contenção de suas ações, ou seja, deve agir de maneira a proteger, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais, protegendo tanto a sociedade dela mesma e também, quanto dos excessos vindos de cima.

Para tanto ressalta Canotilho que:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>21</sup>

No ordenamento pátrio brasileiro, os direitos e garantias fundamentais estão previstos no artigo quinto em diante da Constituição, passando pelos direitos e deveres individuais, coletivos e sociais, e como bem determina o caput versando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (Constituição Federativa do Brasil, 1988.).

Destarte, a Constituição Federal de 1988 assume o topo do ordenamento jurídico, como fonte de consenso das interpretações do Direito, onde a dignidade da pessoa humana assume o núcleo central do texto constitucional, apresentando aos intérpretes do Direito um novo paradigma a partir de valores fundamentais.

Como podemos ver, a gama de direitos que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado é vasto. Cumpre direcionar um maior foco em nosso objetivo, sendo oportuno destacar o conteúdo constante no inciso décimo, que versa sobre a proteção da intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e que tem uma grande pertinência com o tema principal.

Pois bem, neste sentido, passamos a tratar com maior cuidado, do direito a privacidade intimidade. A jurisprudência e vários autores não fazem distinção entre ambos os direitos muito embora, há apontamentos que dizem que a intimidade estaria inserida na

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

privacidade, que por sua vez, seria mais ampla. Esses direitos dizem respeito, as relações comerciais, familiar, de amizade e afins que devem permanecer no âmbito particular de cada indivíduo, como bem aponta Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no Curso de Direito Constitucional:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não desejam que espalhem ao conhecimento público. O objetivo do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.<sup>22</sup>

Com isto dito, torna-se necessário apontar uma relação com o tema principal dos crimes cibernéticos e cabe levantar que , atualmente, a maior parte dos relacionamentos são mantidos em ambientes virtuais, das mais variadas maneiras, conseqüentemente ocorre troca de arquivos, informações, dados e afins, com isso, fica cada vez mais expostos, os indivíduos que se utilizam desses meios para essa prática, e como já mencionamos, cresce cada vez mais o número de ações delituosas contra estes.

---

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2015. (Série IDP)

## CAPÍTULO II – GARANTISMO PENAL

Antes de adentrarmos nesse tema, é de suma relevância tecer algumas considerações acerca da Teoria do Garantismo Penal. Pois bem, ela foi elaborada pelo Professor e filósofo Luigi Ferrajoli e com base em seu livro *Direito e Razão*, levantaremos algumas explicações que o autor faz e que elucidam bem o seu propósito.

Neste sentido alude Ferrajoli que:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.<sup>23</sup>

Com isto, o Garantismo é a segurança que os cidadãos, vivendo em um Estado Democrático de Direito, onde o poder de atuação deriva de um ordenamento jurídico obrigatoriamente e tendo em seu topo a Constituição, age como uma garantia para minimizar o poder punitivo e garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos.

Entretanto, podemos pontuar uma crítica construtiva, que embora o Estado tenha que garantir essas liberdades, intervindo minimamente no que tange o caráter punitivo, ele deve ter normas fortalecidas e que sejam eficazes ante a prevenção dos delitos.

Podemos observar aqui, de veras, uma crítica de Ferrajoli ao ordenamento que em tese, teria um pano de fundo garantista mas que na prática adotaria postura diversa. Em suma deveria haver o agir de forma válida, por parte do Estado, ou seja, de forma a garantir a liberdade e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, mas que acaba atuando de forma diversa considerada por ele, mais eficaz, em face aos delitos cometidos na sociedade.

---

<sup>23</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 785/786.

Mas podemos questionar esse posicionamento e até mesmo o motivo deste fenômeno da seguinte forma, não deveria o Estado além de manter esta proteção, exercer também o seu poder de tutela, no sentido de não omitir a ponto das normas se tornarem ineficazes ou incapazes de coibir as ações delituosas?

## 2.1 Considerações acerca do aspecto positivo da doutrina garantista

Atualmente há fortes discussões e também fortes críticas ao entendimento da teoria do Garantismo Penal, por muitos juristas defenderem, que ele se divide em duas correntes. A primeira, que chama de garantismo negativo, que seria aquela que se preocupa somente com a restrição indevida da liberdade do cidadão, como já conhecemos. A segunda, que denominam de garantismo positivo, cuida de proteger os direitos fundamentais de terceiros da serem violados pelos criminosos, bem como o direito de ação do Estado para punir estes últimos.

Como bem enfatiza Lenio Streck:

Não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a uma dever de proteção por parte do estado, inclusive quanto à agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramento da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativos de exemplos a serem explorados.<sup>24</sup>

E ainda preceitua Sarlet que:

(...)o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista de Estudos Criminais, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul, 2003, p.86 segs. Apud STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista de Estudos Criminais, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul, 2003.

Como se pode perceber, o garantismo penal em seu aspecto positivo, é a utilização do princípio da proporcionalidade em sua dupla face, onde é garantido os direitos daquele contra o qual o Estado exerce sua pretensão punitiva e, ao mesmo tempo são garantidos os direitos fundamentais também dos demais membros da sociedade. Por tanto, o entendimento é que a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de insuficiência reside na Constituição Federal e, mais especificamente, nos direitos fundamentais que dão legitimidade à aplicação do princípio da proporcionalidade visto sob essa vertente.

## 2.2 Análise do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surge inicialmente na seara do Direito Administrativo, funcionando como um limite à atuação do poder de polícia do estado, lastrado no ideal de garantir a liberdade individual em face dos interesses da administração, justamente em virtude da realidade do poder (absoluto) do monarca frente aos seus súditos, cumprindo elucidar que o surgimento do princípio da proporcionalidade, remonta a atuação do Estado absolutista, onde o poder estatal não tinha travas e nem limites e sua atuação não se encontrava condicionada, ou seja, eram cometidos numerosos excessos em face a sociedade.

Com o nascimento desse importante princípio, o Estado passa a ser condicionado a lei, uma vez que ela o impede de agir contra os interesses da população, contra os direitos e garantias fundamentais. Embora não haja uma unanimidade na doutrina quanto ao fundamento legal do princípio da constitucionalidade, sua vinculação ocorre através dos direitos fundamentais, adquirindo extrema usualidade e importância.

Como bem ressalta Paulo Bonavides citando o entendimento de Pierre Muller alude que “quem utiliza o princípio (proporcionalidade), segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso dos meios desproporcionados.”(BONAVIDES, 2015, p. 407).

O princípio da proporcionalidade sob a ótica Penal e a tutela punitiva pertencente ao Estado, é de extrema necessidade, uma vez que os homens vivem em sociedade, têm interesses privados diversos, que merecem proteção; a adequação, quando menciona que ao legislador caberá escolher a pena de acordo com cada espécie de delito, não aplicando a pena

mais grave a um delito de menor gravidade, tampouco, o contrário, aplicando uma pena branda a um delito com maior poder de lesividade.

### 2.3 Análise do princípio da proibição da proteção deficiente ou infraproteção

Diante das considerações acerca do princípio da proporcionalidade, pautaremos agora, o levantamento de seu duplo viés, ou seja, além da proibição de excesso (*Übermassverbot*), onde encontramos seus efeitos, juntamente com a atuação dos direitos fundamentais, na limitação do poder do Estado, trataremos também do princípio da vedação de proteção deficiente (*Untermassverbot*), que é o foco de nossos levantamentos, e trata da exigência de atuação do Estado de maneira a proteger os direitos fundamentais. Em suma o Estado não pode se omitir, tanto parcialmente quanto de forma total, na coibição, tratamento e prevenção dos problemas sociais.

Neste sentido Mougenot aponta que:

Assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição de direitos fundamentais (princípio da proibição do excesso) – a chamada “proteção vertical”, namedida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizando, portanto, de “cima para baixo”) – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressão de terceiros – “proteção horizontal” - , no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança” garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor “justiça”, assegurado na Constituição Federal).<sup>26</sup>

Alessandro Baratta nos lembra também:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significatambién definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respectodel Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos, económicos, sociales y culturales) e no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos que podríamos denominar de derechos de prestación de protección, em particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BONFIM, Edilson Mougenot – Curso de Processo Penal/Edilson Bonfim Mougenot – 10. Ed. p 113. – São Paulo: 2015.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Argentina: editora IBdeF, 2004, p. 191-192.

Um exemplo onde o princípio da proteção deficiente foi aplicado foi na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.301/DF, pela procuradoria Geral da República, no que diz respeito à nova redação dada pelo artigo 225 do Código Penal. Esta redação dada pela Lei 12.015/2009 passou a versar que nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, a ação penal será pública condicionada, o que é o oposto da revogada lei que determinava ser pública incondicionada, bem como a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

A Procuradoria Geral da República alegou neste momento oportuno que, ao condicionar à representação a ação penal pública, estaria ferindo o princípio da proporcionalidade em sua face de proteção deficiente, já que, em se tratando desses casos, a decisão do início da persecução penal, não pode ficar a cargo da vítima ou de seu representante legal. Ela sustentou ainda a contradição contida no parágrafo único do próprio artigo 225, que versava que a ação penal seria pública incondicionada quando se tratasse de vítima menos de 18 anos ou vulnerável.

Contudo, vimos que o nosso ordenamento jurídico, internaliza cada vez mais o princípio da vedação da proteção deficiente, uma vez que, percebemos casos como o da ADI 4.301/DF, O Estado brasileiro pode deixar cada vez mais, de proteger os direitos fundamentais, sendo insuficiente ou deficiente, indo longe demais com excessos ou fazendo muito pouco para exercer seu dever de tutela.

Longe de esgotar o assunto, encerramos aqui esta importante e crucial parte de nosso trabalho.

### **CAPÍTULO III – A PROTEÇÃO DO ESTADO E A EXIGÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

Conforme já dito em várias oportunidades e também demonstrado no gráfico, atualmente, ocorre um alarmante crescimento dos crimes, delitos e ações mal intencionadas cometidos nos ambientes virtuais, fica cada vez mais latente a necessidade de uma legislação especial, que aprofunde mais sobre tema, levantando mais informações e estudos especializados, para viabilizar a criação de mecanismos mais eficientes e que traga respostas mais enérgicas.

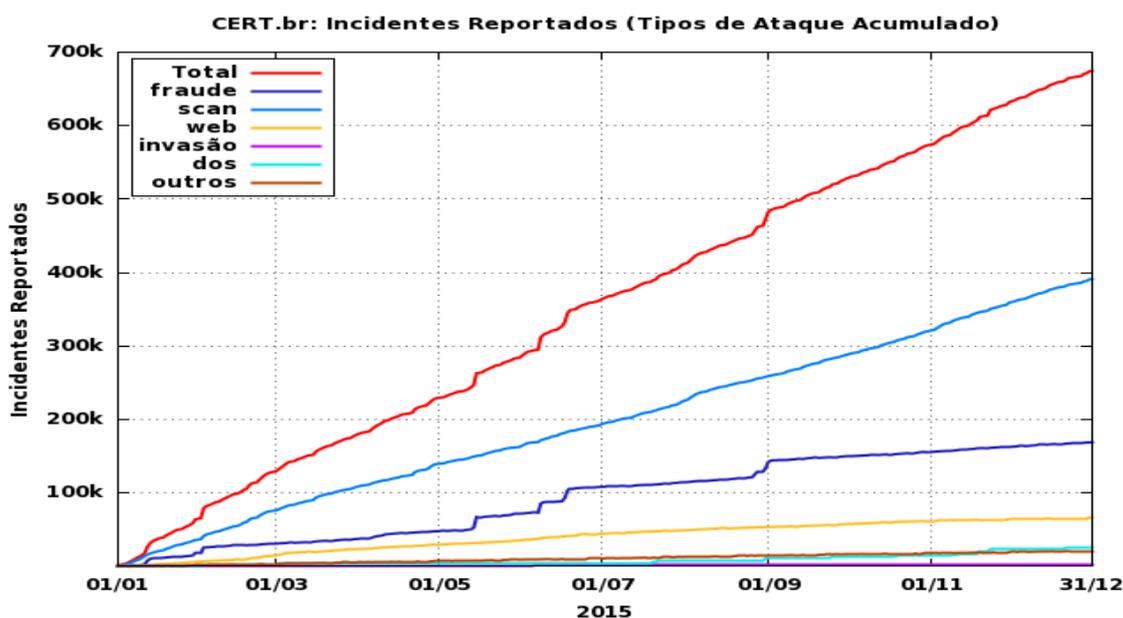
Embora em nosso ordenamento jurídico nos dias de hoje, estejam inseridas várias leis para coibir e proteger vários direitos e garantias fundamentais em relação a nossa temática, mas, os mesmos se mostram insuficientes, visto que as penalidades são brandas demais. Como por exemplo, temos a Lei nº 11.829/08, que combate a pornografia infantil na internet; a Lei nº 9.609/98, que trata da proteção da propriedade intelectual do programa de computador; a Lei nº 9.983/00, que tipificou os crimes relacionados ao acesso indevido a sistemas informatizados da Administração Pública; a Lei nº 9.296/96 disciplinou a interceptação de comunicação telemática ou informática; e a Lei nº 12.034/09, que delimita os direitos e deveres dentro da rede mundial, durante as campanhas eleitorais e temos também a referida lei 12.737/12 que iremos analisar mais a frente.

Além desses, ainda temos aqueles crimes já tipificados no Código Penal, que vale lembrar que é de 1940, onde o contexto da época era muito diferente da nossa atual realidade, que são cometidos através de vários meio tecnológicos, principalmente por computadores das mais variadas formas, tais como, calúnia, difamação, ameaça, racismo, injúrias e etc.

Conforme já mencionamos, todos esses mecanismos legislativos tem se mostrado ineficaz, pois de acordo com o CERT – Centro de Estudos, Respostas Tratamentos de Incidentes de Segurança no Brasil, houve crescimento de mais de 500% das fraudes virtuais no país no ano de posterior a criação da lei “Carolina Dieckmann”, fato que piorou nos anos que se seguiram, apresentando uma galgada de patamares, e que indica que enquanto tivermos uma legislação de caráter apático, teremos a cada ano um aumento, e sempre superando ao anterior, visto que só irá se expandir o número de pessoas que passarão pelas vias da inclusão digital, como podemos perceber que é o que aconteceu no ano de 2014, Os dados mostram, de acordo com o IBGE que 36,8 milhões de casas estavam conectadas, o que representa 54,9% do total. Em 2013, esse índice era de 48%, ou seja, entre um ano e outro, é notório verificar o aumento dos acessos. O IBGE indicou ainda que a quantidade de internautas chegou a 54,4%

das pessoas com mais de 10 anos em 2014. São 95,4 milhões de brasileiros com acesso à internet.<sup>28</sup>

Para melhor visualização da gravidade em pauta, vide abaixo gráfico divulgado pelo CERT<sup>29</sup>, com estatísticas do ano de 2015:



Fonte: Página do Cert – Centro de Estudos, Respostas e Tratamentos de Incidentes de Segurança no Brasil.

Para uma melhor compreensão, iremos explicar o gráfico acima: pois bem, a composição deste gráfico para a construção de seus dados envolvem: fraude, que é qualquer ato ardiloso, enganoso, de má-fé, com intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever; logro. Esta categoria engloba as notificações de tentativas de fraudes, ou seja, de incidentes em que ocorre uma tentativa de obter vantagem, scan, que são notificações de varreduras em redes de computadores, com o intuito de identificar quais computadores estão ativos e quais serviços estão sendo disponibilizados por eles. É amplamente utilizado por atacantes para identificar potenciais alvos, pois permite associar possíveis vulnerabilidades aos serviços habilitados em um computador. Temos também web, que trata de um caso particular de ataque visando especificamente o comprometimento de servidores Web ou desfigurações de páginas na Internet, a próxima ação é a invasão, nada mais é do que um ataque bem sucedido que resulte no acesso não autorizado a um computador ou rede. Podemos observar também o dos, que é a notificações de ataques de negação de serviço, onde o atacante utiliza um computador ou um conjunto de computadores para tirar de operação um

<sup>28</sup>Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>. Acessado em 23/11/2016.

<sup>29</sup>Disponível em: <http://www.cert.br/stats/incidentes/2015-jan-dec/tipos-ataque-acumulado.html>. Acessado em 10/10/2016.

serviço, computador ou rede e finalizando o gráfico, temos a categoria outros, notificações de incidentes que não se enquadram nas categorias anteriores.

### 3.1 Breve relato histórico da internet no Brasil

Passando agora por um momento de melhor compreensão da história da chegada da internet no Brasil, a internet surgiu na década de 1960, e tinha como intuito de auxiliar a Guerra Fria, que foi uma disputa de poderes pela comunicação, desencadeada por dois países, os Estados Unidos, contra a então União Soviética.

No entanto a história da internet no Brasil demorou um pouco mais para abrir seu caminho e espaços no meio tecnológico. No Brasil a internet surgiu a partir da década de 1990 e foi disponibilizada apenas para pesquisas, para algumas universidades, as mesmas poderiam utilizar para fins apenas de pesquisas. A internet só começou a ser comercializada uns anos mais tarde, em meados de 1994 ela começou a ser vendida pela empresa de telecomunicação Embratel. Neste mesmo ano, a internet finalmente sai do nicho acadêmico e passa a ser comercializada para o público em geral. No Brasil, a EMBRATEL lança o Serviço Internet Comercial, em caráter experimental e com conexão internacional de 256 Kbps. Cinco mil usuários foram escolhidos para testar o serviço.

Em maio de 1995 o serviço começou a funcionar de forma definitiva e, para evitar o monopólio estatal da internet no Brasil, o Ministério das Comunicações tornou pública a sua posição a favor da exploração comercial da rede mundial no país.

A internet passou a ser capa de revistas e até assunto de novela, se popularizando cada vez mais, crescendo de maneira espantosa. Em 1996 foram lançados grandes portais e provedores de conexão à rede no Brasil e, em 1998, o país já ocupava o 19º lugar em número de hosts no mundo e o liderava o pódio na América do Sul. No continente americano, ficava atrás apenas dos Estados Unidos e Canadá.

Como podemos ver, historicamente falando, a internet sempre foi alvo de constante crescimento e de popularidade, e é notório o entendimento do motivo do caráter fundamental que ela tem sobre nosso país.

A internet é produto de um mundo cada vez mais globalizado, onde as relações ficam cada vez mais estreitas, barreiras e fronteiras tornam-se inúteis no que concerne às comunicações, e esse efeito no Brasil não poderia ser diferente. No entanto, devemos sempre frisar o dever de tutela do Estado nas tratativas dos crimes cometidos por essas vias.

### 3.2 Análise da matéria tratada na Lei 12.737/12, nos artigos 154-A e 154-B

De acordo com o que foi escrito, muitas são as tentativas do Estado, mediante as normatizações existentes e expostas aqui, para tratar o as mais variadas ações nos ambientes virtuais. Entretanto, apesar de ser algo evidente em nosso cotidiano, o legislador pátrio não consegue evoluir e criar dispositivos com a mesma celeridade da empregada pela sociedade em suas transformações, logo, o legislador acaba pecando em relação à celeridade em que oferece o devido amparo legislativo.

Cabe apontar também o reconhecimento que a sociedade está sempre a evoluir, se modificar e ser alterada, em diversas épocas, ela tende a se comportar de alguma determinada forma.

Nessa via, ressalta Liliana Minardi Paesani que:

Vivemos em uma época em que a produção normativa é insuficiente tanto para fazer frente às mudanças sociais, causadas pelo rápido avanço tecnológico, como para obter sua legitimação diante de grupos sociais cada vez mais fracionados, que não compartilham seus valores com os demais e encontram um dos poucos pontos de contato justamente no próprio avanço tecnológico, notadamente na internet.<sup>30</sup>

Contudo, embora o propósito aqui é fazer uma crítica ao Estado, e apontar uma possível omissão, ainda que parcial, no que concerne aos crimes cibernéticos, há que se mencionar que o mínimo apresentado por ele, ou seja, a própria lei 12737/12, já é um grande avanço para sociedade.

Diante o exposto iremos analisar a lei 12.737, sancionada em 2 de Dezembro de 2012 pela presidente Dilma Rousseff. Proveniente do projeto de lei 2.793 do ano de 2011 apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo célere no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as casas de leis apreciavam, como, por exemplo, o PL 84/1999, a "Lei Azeredo", também transformado em lei ordinária 12.735/2012 em 3 de dezembro de 2012). Talvez, a tramitação acelerada da mencionada lei, com o intuito de dar uma resposta à sociedade com maior premência, dadas as circunstâncias daquele momento vivido no País, é que não se teve um tempo de maturação necessária para a lei

---

<sup>30</sup> PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2007.

encorpar e tornar uma ferramenta com maior poder para coibir os crimes nela previstos e também aprofundar mais na matéria.

Alvo de muitas críticas entre juristas, peritos, especialistas e profissionais de segurança da informação, pois seus dispositivos são amplos, confusos e podem gerar dupla interpretação, ou mesmo interpretação subjetiva, o que pode ser utilizado para enquadramento criminal de condutas triviais ou mesmo para a defesa e respaldo de infratores cibernéticos, o que tornaria a lei injusta e ineficaz. Sob um outro prisma, ainda, as penas são pouco inibidoras. Feito estas considerações, passaremos adiante, analisando o dispositivos constantes na lei 12.737/12.

Relembrando que, a Lei nº 12.737/12 inseriu no Código Penal Brasileiro as letras A e B ao artigo 154, ou seja, a redação da nova lei acabou por criar e inserir na referida codificação os artigos 154-A e 154-B, bem como alterar/ampliar a redação dos artigos 266 e 298 da legislação penal em vigor. O primeiro dispositivo a ser inserido foi o artigo 154-A, elaborado em complementação ao disposto no artigo 154 do Código Penal que prevê sanções para as hipóteses de violação ao segredo profissional.

Pois bem, o artigo 154-A, versa sobre a invasão de dispositivos informáticos versando:

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.<sup>31</sup>

Neste artigo, está tutelado a intimidade, a vida privada e o direito ao sigilo de dados constantes em dispositivos informáticos. Há também, ao final do caput, do patrimônio do titular do dispositivo violado, punindo a intencionalidade de obtenção de vantagem ilícita, ao agir, instalando vulnerabilidades no dispositivo da vítima.

O núcleo central da conduta típica, se consubstancia no verbo invadir, que nas palavra de Fernando Capez<sup>32</sup> é “ingressar virtualmente, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”.

---

<sup>31</sup>Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acessado em 23/11/2016.

<sup>32</sup> <sup>32</sup> Capez, Fernando. Código Penal Comentado. Fernando Capez, Stela Prado. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 347.

Destarte, o crime consiste em invadir computadores, tablet, smartphone, HD's, instalando programas ou conectando a outro dispositivo e não necessariamente precisa estar conectado à internet.

Salienta Capez ainda que:

A invasão deve se dar por meio de violação indevida de mecanismo de segurança estabelecido pelo usuário do dispositivo. Como exemplos de segurança, podemos citar: firewall, antivírus, antimalware, antispware, senha restrita para acesso pessoal de usuário e etc.<sup>33</sup>

E exige ainda a finalidade, que neste caso, seria buscar a obtenção, a adulteração ou a destruição de dados ou informações, sem este elemento o crime não se aperfeiçoa. No tocante a este *caput*, Capez aponta uma polêmica, e alega ainda que existe ali uma redação dúbia, uma vez que, ao final do *caput* é descrita a conduta de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, passado assim, a existir duas descrições típicas distintas, quais sejam a já mencionada de invasão de dispositivo, com o fim de obter, adulterar e destruir dos ou informações como também, o de instalar vulnerabilidade para obter vantagem ilícita, neste último o crime se aperfeiçoa somente com a instalação de vulnerabilidade, não sendo necessário que ocorrência da obtenção da vantagem ilícita; já no primeiro caso, a consumação se dá no simples fato de invadir, mesmo que não haja a obtenção, adulteração e destruição de dados, ambas as condutas são crimes formais.

Acerca do exposto, Capez alega que:

pode surgir também a interpretação de que só há um verbo no tipo penal, consistente na ação de invadir. Nesta hipótese, a invasão se daria com o fim especial de: (a) obter, adulterar ou destruir dados; ou (b) instalar vulnerabilidades. Apenas um crime portanto. E crime formal. A parte final, nessa hipótese, seria apenas mais sobre as finalidades exigidas pelo tipo penal (invadir dispositivo informático com o fim de instalar vulnerabilidades).<sup>34</sup>

Dá-se o entendimento de haver dois crimes distintos, primeiro o agente invade dispositivo alheio com o fim de obter, adulterar ou destruir dados e posteriormente instala vulnerabilidades com o fim especial de obter vantagem ilícita.

---

<sup>33</sup> Capez, Fernando. Código Penal Comentado. Fernando Capez, Stela Prado. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 347.

<sup>34</sup> Capez, Fernando. Código Penal Comentado. Fernando Capez, Stela Prado. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 348.

Ainda analisando a letra da lei, no que tange o parágrafo terceiro, aquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde mecanismos para executar a conduta do caput, incorrerá na mesma pena. Seguindo, no parágrafo segundo, há uma clara proteção do patrimônio da vítima, pois traz a previsão de aumento de um sexto a um terço se da invasão resultar prejuízo econômico.

Continuando ainda, no quarto parágrafo, nos versa uma qualificação pelo resultado, onde se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, como os envios de e-mails, mensagens de texto e etcetera, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, acarretará para o agente uma pena de seis meses a dois anos e multa, se não resultar em crime mais grave. No parágrafo quarto, a pena pode ser aumentada de um a dois terços, se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro.

Pois bem, a pena ainda poderá ser aumentada no parágrafo quinto, se for praticada contra Presidente da república, governadores e prefeitos; Presidente do STF; Presidente da Câmara, Senado, Assembleias Legislativas de Estado, Distrito federal ou de Câmara Municipal, sendo aumento de um terço até a metade.

Indispensável esclarecer que estabelece o artigo 154-B que os crimes previstos no dispositivo 154-A se procederão por intermédio de representação, exceção feita às hipóteses em que a prática delituosa se efetiva em face da administração pública direta ou indireta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ou ainda, contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Dessa maneira, o artigo 154-B se presta a estabelecer qual a ação penal que deve ser movida para que a vítima tenha a devida tutela jurisdicional e conseqüentemente ocorra a sanção do sujeito ativo do crime.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante toda a presente pesquisa, fica em evidência que o aspecto crítico, se trata em pautar a insuficiência de proteção por parte do Estado nos crimes cibernéticos, não que não haja uma preocupação, até pode se notar que o Estado não é integralmente omissivo, face à algumas regulamentações mencionadas e seus déficits de eficácia punitiva e alguns outros fatores mencionados.

De acordo com os levantamentos, até mesmo estatísticos, pode-se deparar com um panorama onde, a sociedade está cada vez mais ligada à tecnologia, em seus mais diversificados setores, seja o meio de aparatos eletrônicos, seja a dependência da rede de internet, com isso aumentando também a criminalidade e ações que acarretam em transtornos sociais, prejuízos dos mais variados e a mais grave das consequências, a lesão aos direitos fundamentais, conforme já visto.

Entendemos também que a constância da lei 12.737/12, que em muito pouco combateu efetivamente as problemáticas tratadas aqui, e que surgiu num contexto de extremo calor midiático, e pressão social, não havendo um tempo necessário para elaborar uma estruturação de caráter punitivo de melhor excelência.

Cumprir dizer também que a penalidade em face as consequências graves que a ineficácia desta lei pode causar, torna-se mais uma vez a Lei insuficiente, uma vez que tratamos também do princípio da proporcionalidade, em seu viés da proibição de proteção deficiente estatal, no que lhe cabe à proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição, esta que se encontra no vértice da pirâmide escalonada e que balizam todo criação e composição de nosso ordenamento jurídico.

Fizemos também uma menção breve ao garantismo penal, pois traz bastante pertinência ao nosso assunto, ao passo que vivemos sob a égide de uma Carta magna que não admite e não recepciona uma legislação infra constitucional que não for dotada de caráter garantista, e aqui podemos mencionar o nosso Código Penal, que deve atender a esse preceito, mas também, foi levantada uma importante crítica, fazendo uma ligação com o princípio da proibição de infra proteção, que, além de não agir pelas vias do excesso, não deve o Estado ser omissivo.

A dinâmica da vivência em um Estado Democrático de Direito, exige esses levantamentos e discussões, de modo a preservar os avanços de nossa sociedade e impulsioná-la a continuar nessa marcha inexorável da evolução humana e suas tecnologias.

Concluimos destarte, que o Estado fere o princípio da proibição de infra proteção nos crimes cibernéticos, visto a ineficácia da lei 12.737/12, que estatisticamente, após sua implantação, não conseguiu conter a onda de crimes cibernéticos que a sociedade brasileira

viria a sofrer nos anos que se seguiram e até aos dias atuais. De certo, que o ideal é uma legislação mais ampla e especial para tratar dos crimes cibernéticos em geral nas suas mais variadas formas, meios e finalidades e uma ampliação dos sistema de investigação, fortalecendo assim o poder de polícia das autoridades responsáveis, para que o Estado combata efetivamente os crimes cibernéticos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia y Sistema Penal*. Argentina: editora IBdeF, 2004.
- BECCARIA, Cessare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012
- BONFIM, Edilson Mougenot – *Curso de Processo Penal/Edilson Bonfim Mougenot – 10. Ed.* p 113. – São Paulo: 2015.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- Capez, Fernando. *Código Penal Comentado*. Fernando Capez, Stela Prado. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>. Acessado em 23/11/2016.
- <http://www.cert.br/stats/incidentes/2015-jan-dec/tipos-ataque-acumulado.html>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).
- <https://nacoesunidas.org/no-brasil-quase-60-das-pessoas-estao-conectadas-a-internet-afirma-novo-relatorio-da-onu/>.
- Krone, T., 2005. *High Tech Crime Brief*. Australian Institute of Criminology. Canberra, Australia. ISSN 1832-3413. 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005
- PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo. Atlas, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista de Estudos Criminais, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul, 2003.