



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE ALVES TINÔCO

**O ESFORÇO HERCÚLEO PARA APLICAÇÃO DA LEI
PENAL NO CIBERESPAÇO A PARTIR DE UMA ANÁLISE
DOS JOGOS DE APOSTAS ON-LINE**

Salvador
2019

HENRIQUE ALVES TINÔCO

**O ESFORÇO HERCÚLEO PARA APLICAÇÃO DA LEI
PENAL NO CIBERESPAÇO A PARTIR DE UMA ANÁLISE
DOS JOGOS DE APOSTAS ON-LINE**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação
em Direito, Faculdade de Direito, Universidade
Federal da Bahia, como requisito para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gamil Föppel El Hireche.

Salvador
2019

HENRIQUE ALVES TINÔCO

**O ESFORÇO HERCÚLEO PARA APLICAÇÃO DA LEI
PENAL NO CIBERESPAÇO A PARTIR DE UMA ANÁLISE
DOS JOGOS DE APOSTAS ON-LINE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em: 02 de dezembro de 2019.

Gamil Föppel El Hireche (Orientador) _____
Doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade Federal de Pernambuco
(UFPE)
Universidade Federal da Bahia

Eduardo Viana Portela Neves _____
Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Universidade Federal da Bahia

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos _____
Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

“Medo é a ferramenta de um Diabo idealizado pelo homem. A fé inabalável em si mesmo é tanto a arma que derrota este Diabo quanto a ferramenta que o homem utiliza para construir uma vida de sucesso. E é mais do que isso. É uma conexão direta com as forças irresistíveis do universo que apoiam o homem que não acredita em fracassos e derrotas, senão como experiências meramente temporárias”.

+ esperto que o diabo, Napoleon Hill.

TINÔCO, Henrique Alves. **O esforço hercúleo para aplicação da lei penal no ciberespaço a partir de uma análise dos jogos de apostas on-line.** 128 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente estudo discorre sobre a globalização e a Era da Informação e sua contribuição para a proliferação de crimes. Desenvolve a história da internet, o seu uso no Brasil e no mundo. Chama a atenção sobre o uso da internet para a prática de delitos em um espaço desprovido de fronteiras. Define e classifica os crimes praticados na rede mundial de computadores. Aponta os dados alarmantes dos crimes na internet no Brasil. Discute o desafio contemporâneo para a aplicação da lei penal no ciberespaço. Questiona os princípios clássicos de território pela sua deficiência para dirimir eventuais conflitos de jurisdição. Problematiza os jogos de apostas *on-line*. Explica como adquire o seu caráter transacional. Enfatiza a lacuna do ordenamento brasileiro e a importância da cooperação internacional. Ao final, aponta, na conclusão, soluções plausíveis para os conflitos de jurisdição.

Palavras-chave: Globalização. Internet. Crimes Cibernéticos. Ciberespaço. Aplicação da Lei Penal no Espaço. Jogos de Apostas On-line.

TINÔCO, Henrique Alves. The Herculean effort to enforce criminal law in cyberspace from an analysis of online gambling. 128 f. Course conclusion work (undergraduate) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present study discusses Globalization and the Information Age and its contribution to the proliferation of crimes. Develops the history of the internet, its use in Brazil and worldwide. It draws attention to the use of the Internet to commit crimes in a space without borders. Defines and classifies crimes committed on the world wide web. It points to the alarming data of internet crimes in Brazil. It discusses the contemporary challenge to criminal law enforcement in cyberspace. It questions the classic principles of territory for its inability to settle any conflicts of jurisdiction. Problematises with online gambling. Explains how it acquires its transactional character. Emphasizes the gap in the Brazilian order and the importance of international cooperation. In the end, it points out in the conclusion plausible solutions to the conflicts of jurisdiction.

Keywords: Globalization. Internet. Cyber Crime. Cyberspace. Application of Criminal Law in Space. ONLINE Betting Games.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	01
2 CONCEPÇÃO SOBRE A INTERNET E O SEU IMPACTO PARA O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	03
2.1 PERCEPÇÃO ELEMENTAR	03
2.2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO	04
2.3 HISTÓRIA DA INTERNET NO MUNDO	07
2.4 HISTÓRIA DA INTERNET NO BRASIL	11
3 O CIBERCRIME COMO FENÔMENO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS	14
3.1 O DIREITO E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS DA INTERNET..	14
3.2 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CRIME	17
3.3 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CIBERCRIME	22
3.4 REFLEXOS DO CRIME CIBERNÉTICO NO BRASIL	25
4 O LUGAR DO CRIME E O CIBERESPAÇO	29
4.1 REFLEXOS DE UM NOVO ESPAÇO PARA O DIREITO PENAL	29
4.2 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE TERRITÓRIO	30
4.3 O CIBERESPAÇO	34
4.4 O LUGAR DO CRIME	37
5 JOGOS DE APOSTAS ON-LINE	42
5.1 JOGOS DE AZAR	42
5.2 AS APOSTAS ESPORTIVAS ON-LINE	44
5.2.1 <i>Modus operandi</i> e o problema para aplicação da lei penal no espaço	45
5.2.2 Ordenamento jurídico anacrônico	48
5.3 A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.....	52
5.4 DECISÕES DE TRIBUNAIS ACERCA DA DELIMITAÇÃO DE JURISDIÇÃO NOS CRIMES TRANSFRONTEIRIÇOS.....	55
5.5 PERSPECTIVAS PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO CIBERESPAÇO	59
6 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A conexão entre Direito e Informática constitui um fenômeno cada vez mais relevante em nossa sociedade, de modo que é imprescindível realizar uma abordagem histórica para compreender as transformações causadas pelo surgimento das novas tecnologias nas Ciências Jurídicas, mais especificamente no Direito Penal e no Direito Processual Penal.

Nesse diapasão, a Era da Informação, fruto de um processo contínuo da globalização, inicia-se com a criação da rede mundial de computadores (internet) nos Estados Unidos, durante a década de 1960, no auge da Guerra Fria. Com evolução entre as décadas de 1970 e 1980, a rede mundial de computadores deixou de ser uma ferramenta meramente militar e revolucionou o cotidiano da sociedade, atingindo todas as ciências existentes e passando a ser utilizada em larga escala com finalidade econômica, política e social.

Nesse ínterim, é imprescindível ressaltar que o primeiro contato entre o Direito e a Informática, entre 1960 e 1970, se limitou ao uso desta para o armazenamento de dados legais. Entretanto, como resultado do seu desenvolvimento na década de 1990, as novas tecnologias desafiam o Direito, ao se tornar um ambiente peculiar para o cometimento de condutas delituosas, violadores de novos e velhos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento pátrio.

Imerso nessa nova conjuntura, os operadores do Direito são convidados a participar desse campo de estudo a fim de compreender esse fenômeno e buscar soluções jurídicas atinentes a essa nova realidade, pois juntamente com a evolução tecnológica, inaugura-se a era dos crimes virtuais.

Assim, além de modificar a concepção de tempo, o surgimento da internet desafia os princípios atinentes à aplicação da lei penal no espaço ao criar um lugar transnacional para a prática de crimes e contravenções penais. Não sendo propriamente um território, mas sim um ambiente virtual de troca fervorosa de informações, esse novo espaço virtual, baseado em provedores e *websites*, desafia as concepções clássicas do Direito Penal.

Nesse sentido, se uma pessoa, de sua própria casa no Brasil, acessar e praticar um fato ilícito à luz da legislação pátria, em um *site* sediado nos Estados Unidos, em que esse mesmo fato é atípico, e as repercussões provocadas por esse ato ocorrerem

no Japão, em qual território ocorreu o local do crime? Aliás, se considerarmos o território norte-americano como sendo o local, nem crime será. Enfim, sobre qual jurisdição deverá se analisar o exemplo?

Imerso nessa problemática, os jogos de apostas esportivas, tipificado no Brasil como contravenção penal, recebe um novo *modus operandi* na internet, migrando do mundo real para o mundo virtual e trazendo sérios desafios para a ideia de soberania e jurisdição de todos os países.

Desse modo, o presente trabalho busca simplificar as exposições e termos técnicos informáticos e desenvolver uma pesquisa acerca da evolução da internet, sua repercussão no Direito Penal, levando em consideração os fatos típicos já previstos no Código Penal e outros que devem integrar o ordenamento pátrio, além de responder algumas questões sobre o exercício de jurisdição e da determinação da competência em face das transgressões tecnológicas.

2 CONCEPÇÃO SOBRE A INTERNET E O SEU IMPACTO PARA O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Para o entendimento inicial de qualquer trabalho científico, é indispensável pontuar a congruência entre o objeto escolhido e sobre qual prisma que este será analisado e esmiuçado. Desse modo, o crime no mundo virtual será trabalhado na presente pesquisa científica com enfoque nas principais transformações e desafios que a internet trouxe para o Direito Penal e Direito Processual Penal.

2.1 PERCEPÇÃO ELEMENTAR

Para inteirar-se sobre o surgimento, a proliferação e a dinâmica dos crimes cibernéticos, é imperioso realizar uma análise sobre o fenômeno da globalização, pois trata-se do pilar imprescindível para o surgimento da Era da Informação. Assim, apesar de distintos, a globalização e a Era da Informação se completam, pois afetam a dimensão jurídica ao criar um ambiente com características peculiares e potencializadoras de condutas criminosas já existentes e outras que surgiram. Desse modo, quando refletimos sobre as novas perspectivas do Direito Penal e Processual Penal frente às mudanças perpassadas pela sociedade, é vital ter um olhar apurado e cuidadoso dos fenômenos vivenciados, já que uma análise rasa poderá induzir a uma falsa ou insuficiente impressão das exigências e desafios das Ciências Jurídicas.

Raúl Zaffaroni e Jose Henrique Pierangeli, preocupados com a sobrevivência do Direito Penal face às exigências do seu tempo, uma vez que transformações sociais levam a transformações na Ciência do Direito, preceituam que:

A efetividade do direito penal é a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. [...] Um direito penal que não tenha esta capacidade será não efetivo e gerará tensões sociais e conflitos que acabarão destruindo sua eficácia.¹

Da mencionada preocupação dos autores, há uma reflexão importante para o Direito Penal que diz respeito à sua efetividade frente às transformações sociais sofridas pela sociedade. Dessa maneira, assim como Ferdinand Lassale cunhou o conceito sociológico da Constituição² – ao afirmar que o referido texto normativo possui a obrigatoriedade de

¹ Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, p. 348.

² "De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder" (LASSALE, 2002, p. 68).

descrever a realidade política do país; se assim não fosse, não seria efetiva, tornando-se uma mera folha de papel –, os artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal precisam acompanhar o atual estágio da nossa cultura, sob pena de representar o exercício arbitrário do poder pelo Estado.

Como enfatiza Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

[...] os valores do Direito não são criados abstratamente, representam a expressão da vontade social. Logo, o Direito não está à disposição de conceitos eternos, imutáveis. Ao revés, tem de se adaptar aos avanços da sociedade.³

2.2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

A globalização é tratada como um processo de transformação em que a ideia de Estados soberanos, divididos e isolados, vem dando espaço a um modelo de relações transnacionais, ao facilitar a interação entre os governos no campo social, econômico, financeiro e político, além de revolucionar a forma de convívio entre as pessoas.

Apesar de conceitos mais amplos⁴, o significado costuma gerar discussões. As definições mais aceitas são as de que a globalização seria: a) a ocorrência de um fenômeno econômico, na procura pela obtenção de mercados sem barreiras tarifárias e não tarifárias ao mercado interno; b) o crescimento da independência de certos países; c) as influências culturais mútuas entre diferentes Estados; d) o deslocamento de cidadãos entre territórios distintos; e) a revolução da tecnologia e assim por diante.⁵

A definição condensada de Matias nos parece mais adequada nesse momento, para ele a globalização é:

A aceleração nas trocas de bens, serviços, contratos, informação, viagens internacionais e intercâmbio cultural ou como a maior integração dos países e das pessoas do mundo, causada pela enorme redução dos custos de transporte e comunicação, e pela derrubada das barreiras artificiais ao fluxo

³ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

⁴ Outros conceitos de globalização: 1) É uma força condutora central por trás das rápidas mudanças sociais, políticas e econômicas que estão a remodelar as sociedades modernas e a ordem mundial (HELD, 1999); 2) Podemos definir globalização como um processo que tem conduzido ao condicionamento crescente das políticas econômicas nacionais pela esfera mega econômica, ao mesmo tempo que se adensam as relações de interdependência, dominação e dependência entre os actores internacionais e nacionais, incluindo os próprios governos nacionais que procuram pôr em prática as suas estratégias no mercado global (MURTEIRA, 2003).

⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-60.

de bens, serviços, capital conhecimento e – em menor extensão – pessoas através das fronteiras.⁶

Das Grandes Navegações no século XV e XVI à queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria na década de 1980, não há um fato histórico unânime entre os estudiosos para delimitar o momento inaugural desse fenômeno que permitiu a aproximação das economias mundiais e a união entre as diferentes nações.

Em verdade, o homem sempre buscou expandir seus negócios para além de sua área de produção e da sociedade à qual pertence. No feudalismo, no século V, já se tem conhecimento do interesse, ainda primitivo, dos homens criarem esse vínculo, na medida em que o excedente da produção era levado para permuta em feiras nas cidades ou em feudos distintos.

Isso posto, os avanços e a busca pelo progresso são sempre festejados e estudados pelos historiadores, pois possibilitaram o desenvolvimento científico e a sua automática melhoria na qualidade de vida do homem em sociedade. Matias nos ensina:

São três os grandes paradigmas econômicos da humanidade após a Idade Média. No primeiro, predominaria a agricultura, o hoje chamado setor primário da economia. Com a modernização da economia, teríamos alcançado o segundo paradigma, marcado pelo predomínio da indústria, o setor secundário. Hoje, após um processo de informatização, o setor predominante seria o terciário, em que os serviços e a informação estariam no centro da produção econômica.⁷

Portanto, a globalização é um evento permanente que visa criar espaços sociais e economias transnacionais, colocando no banco dos réus antigas concepções ideológicas, religiosas e acadêmicas, e que “[...]proporciona novos hábitos, novos costumes, novas expectativas, novas possibilidades e novos problemas”.⁸

Nessa conjuntura surge a Era da Informação, impulsionada também pela Revolução Industrial e definida como um novo momento de transformação do espaço geográfico, do processo de produção, bem como do viver em coletividade. Ou seja, apesar de ser mais recente, a Era da Informação é resultado de um processo de desenvolvimento impulsionado pela globalização.

⁶ MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

⁷ MATIAS, op. cit. n. 45, p. 118-119.

⁸ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

Enrique Rovira Del Canto⁹ discorre sobre a Era da Informação, subdividindo-a em cinco grandes momentos no século XX: 1) na década de 1950, as indústrias começam a utilizar o computador e é quando se tem notícias das primeiras condutas ilícitas utilizando uma máquina; 2) na década de 1960, com o surgimento dos primeiros aparelhos de troca de dados (protótipo do *pen-drive*), os países começam a se preocupar com a segurança no armazenamento e na transmissão; 3) na década de 1970, além do surgimento da internet e das primeiras conexões, quase todas as grandes empresas já possuíam o seu sistema de produção computadorizado; 4) na década de 1980, se tem notícia dos primeiros crimes de piratarias de programas informáticos, já que houve uma expansão fervorosa e generalizada da rede mundial de computadores para o uso pessoal; 5) a década de 1990 é a alavanca que possibilitou a convergência entre informática, telecomunicações e Direito. Nesse momento, o uso dos computadores e da internet já estava disseminado por particulares, empresas, governos e administradores, mas também por grupos racistas, neonazistas e criminosos econômicos, de forma que tudo fica integrado: a tecnologia com o crime em geral.

Surge então um espaço plural, em que pessoas de todas as culturas e línguas se encontram para trabalhar, estudar, conversar, negociar e aprender. Proveniente dessa inovação, a maioria das relações sociais são modificadas, ao passo que “atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores”.¹⁰

Nessa perspectiva, além de revolucionar o tempo pela capacidade impressionante de armazenamento e transmissão de dados em milésimos de segundos, a internet revolucionou o espaço, ao criar um ambiente desprovido de barreiras, transnacional, com troca de informações ao redor do mundo sem qualquer tipo de fronteira. Para esse novo ambiente, denominou-se “ciberespaço”.

Assim, Durkheim (1978) nos ensina¹¹ que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim sendo, o surgimento do mundo virtual, além de

⁹ ROVIRA DEL CANTO, Enrique, **Delinquência Informática e Fraude Informática**, p. 14 e s.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003, p. 8.

¹¹ DURKHEIM, E. **Las reglas del método sociológico**, Espanha, Morata, 1978, p. 83.

não se encaixar fora dessa égide, propiciou um campo farto para propagação de atitudes ilícitas já existentes e outras que surgiram.

Cezar Roberto Bitencourt, ao discorrer sobre as contingências para as Ciências Jurídicas, analisa esse novo panorama de incertezas, transformações e inovações. Para o autor, indiscutivelmente há uma direção à efetividade dos direitos e garantias previstos na nossa constituição, principalmente na seara penal, ao buscar um movimento de internacionalização do Direito Penal e Processual Penal com o objetivo de construção do velho ideal de justiça universal. É brilhante o ensinamento do referido autor ao escrever que:

Pode-se afirmar, com efeito, que, atualmente, pretende-se reinventar o Direito comum, eliminando, de certa forma, as fronteiras entre as nações, pois, ao vermos a profusão de normas dos diversos ordenamentos jurídicos e o fluxo contínuo de pessoas e capitais como consequência da globalização, sentimos a necessidade de um Direito comum, em todos os sentidos do termo. Por isso, podemos afirmar que vivemos uma etapa de recriação do Direito comum, mas sem aquelas conotações do Direito comum da Idade Média.¹²

2.3 HISTÓRIA DA INTERNET NO MUNDO

A origem da internet e toda sua evolução no fim do século XX possui relação intrínseca com a criação da informática e dos computadores, motivada por uma busca incessante do homem de desenvolver máquinas que lhe ajudassem nas atividades diárias. Entretanto, discorrer sobre toda a evolução dos equipamentos demandaria um trabalho de pesquisa somente para isso e como o foco é discorrer acerca da aplicação da lei penal no ciberespaço, a pesquisa restringir-se-á à abordagem de forma sucinta, mas completa, sobre como ocorreu a evolução da internet, os reflexos dessa inovação no Brasil, bem como as perspectivas do Direito Penal e do Direito Processual Penal na era globalizada.

Em 1966, no momento mais tenso e conturbado da Guerra Fria, e em resposta ao lançamento do primeiro satélite da União Soviética, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos necessitava de uma rede interconectada para a troca de informações entre os seus centros de pesquisa e inteligência.

Em vista disso, rompeu-se com o tradicional sistema criado de troca de mensagens, em que um computador central armazenava e distribuía as informações

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** – 21. Ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

para computadores periféricos. O Departamento de Defesa dos Estados Unidos, juntamente com algumas universidades, projetou assim uma estrutura de rede que não possuía essa característica de dependência estrutural, mas sim um mecanismo interconectado através de um endereço lógico, denominado "IP"¹³.

Dessa forma, as informações iriam circular de forma sistêmica e não ficariam dependentes apenas de uma máquina. Os norte-americanos acreditavam que com esse *modus operandi*, as informações estratégicas estariam mais seguras de ataques do país inimigo, até em casos mais extremos, como um ataque nuclear.

Essa inovação tecnológica recebeu o nome de Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET) ou, em tradução livre, Rede da Agência para Projetos de Pesquisa Avançada, se tornando a base técnica da internet como conhecemos e que causou uma revolução em toda a sociedade.

Stephen J. Lukasik, físico americano e diretor da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada em Defesa (DARPA), atuante em pesquisas relacionadas aos avanços de técnicas de defesa nacional do Estados Unidos, e financiador de desenvolvimento e avanços da tecnologia, assim definiu o objetivo principal da ARPANET:

A ARPANET não foi iniciada para criar um Sistema de Comando e Controle que sobreviveria a um ataque nuclear, como muitos agora afirmam, e sim explorar novas tecnologias de computação para atender às necessidades de comando e controle militar contra ameaças nucleares, conseguir o controle das forças nucleares dos EUA e melhorar a tomada de decisões militares e táticas de gerenciamento.¹⁴

A rede desprovida de um centro logrou êxito e alcançou avanços significativos em um curto espaço de tempo. Já em 1974, quatro anos após a sua criação, a ARPANET já contabilizava 62 computadores interconectados, entretanto, o acesso ainda ficava restrito às instituições do governo, principalmente aos militares, e com algumas exceções ao ensino e pesquisa de universidades.

Contudo, a partir do ano de 1980, iniciou-se a popularização do acesso às redes, resultado de dois fatores determinantes: primeiro, houve uma queda

¹³ IP significa "Internet Protocol" e é um número que identifica um dispositivo em uma rede (um computador, impressora, roteador etc.). Esses dispositivos são parte de uma rede e são identificados por um número de IP único na rede. O endereço IP é composto por quatro números (até três dígitos) e separados por "." (ponto). Os valores que podem assumir esses números variam entre 0 e 255, por exemplo, um endereço de IP pode ser 192.168.66.254 (quatro números entre 0 e 255 separados por pontos). Disponível em: <https://meuip.eu/>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁴ LUKASIK, Stephen J. (2011). **Porque o ARPANET foi construído (tradução livre)**. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5432117>. Acesso em: 15 out. 2019.

significativa nos preços nos microcomputadores, que eram acessíveis apenas à classe alta norte americana; segundo, com o desenrolar e o fim da Guerra Fria, não fazia mais sentido continuar restringindo o acesso à ARPANET. Na compreensão de Kellen Cristina:

Quando a ameaça da Guerra Fria passou, a ARPANET tornou-se tão inútil que os militares já não a consideravam tão importante para mantê-la sob a sua guarda. Foi assim permitido o acesso aos cientistas que, mais tarde, cederam à rede para todas as universidades as quais, sucessivamente, passaram-na para as universidades de outros países, permitindo que pesquisadores domésticos a acessassem [...].¹⁵

Atualmente, o organismo sem fins lucrativos de Direito Privado, Corporação para Nomes e Números Atribuídos (tradução livre)¹⁶, vinculado ao Departamento de Comércio dos Estados Unidos, sediado em Los Angeles, nos Estados Unidos, detém o comando da rede mundial de computadores. O organismo, criado em 1988, organiza os pedidos de domínio de endereços da internet, além de gerir os sistemas de servidores.

Apesar de ter passado mais de 50 anos da criação do sistema base da ARPANET, os princípios basilares dessa inovação permanecem na estrutura da rede mundial de computadores que utilizamos. A ideia é descentralizar os comandos centrais, tornando as informações acessíveis em pontos equivalentes, ou em outras palavras, deixando a informação no “ar”, disponível em qualquer lugar do mundo.

Isso posto, são múltiplos os conceitos atribuídos a internet. O doutor Marcos Antonio Zanellato define como sendo um suporte (ou meio) que permite trocar correspondências, arquivos, ideias, comunicar em tempo real, fazer pesquisa, documentar ou utilizar serviços, e comprar produtos.¹⁷ Gustavo Testa Corrêa traz um conceito diferente e completo ao afirmar que a internet é:

Um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina à outra qualquer, conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de

¹⁵ BOGO, Kellen Cristina. **A história da internet – como tudo começou**, 2000. Disponível em: <http://www.users.rdc.puc-rio.br/rmano/comp2hc.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁶ Corporation for Assigned Names and Numbers é uma organização sem fins lucrativos responsável pela coordenação da manutenção e procedimentos de várias bases de dados relacionadas com os espaços numéricos da internet, garantindo estabilidade da rede. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/ICANN>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁷ Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_e_internet.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

fronteiras, culminando com a criação de novos mecanismos de relacionamento.¹⁸

Da mesma forma, o Ministério das Ciências e Tecnologia propõe o seguinte entendimento:

A Internet é um conglomerado de milhares de redes eletrônicas interconectadas, criando um meio global de comunicação. Essas redes variam de tamanho e natureza, bem como diferem as instituições mantenedoras e a tecnologia utilizada. O que as une é a linguagem que usam para comunicar-se (protocolo) e o conjunto de ferramentas utilizadas para obter informações (correio eletrônico, FTP, telnet, WAIS, Gopher, WWW). As informações podem ser encontradas em diferentes formatos e sistemas operacionais, rodando em todo tipo de máquina.¹⁹

Nesse diapasão, com a flexibilização do uso da internet, o novo recurso que de fato iniciou o que muitos acreditam ser a Terceira Revolução Industrial alcançou números surpreendentes; trouxe novas perspectivas para o comércio mundial; colaborou de forma significativa para o avanço da Medicina, da Engenharia e de outras ciências; informatizou e trouxe celeridade para o judiciário, e principalmente, revolucionou nossa forma de comunicação e relacionamento social, em família ou nos grupos sociais.

Os números são impressionantes. De acordo com uma pesquisa realizada em 2018 pela Organização das Nações Unidas²⁰, mais de 55% da população mundial utiliza a internet, ou seja, 4.3 bilhões de pessoas já possuem acesso à rede mundial de computadores. A estimativa é que em 2030 mais de 80% já tenha acesso ao mundo virtual em casa e que pelo menos 92% já tenha navegado alguma vez em uma rede social ou *website*.

No âmbito comercial, os dados são ainda mais impactantes e refletem de forma translúcida a importância dessa nova ferramenta. O Digital in 2018²¹, *site* que se dedica a estudar, pesquisar e expandir o acesso à internet, em levantamento realizado em 2018, estimou que 1,77 bilhão das pessoas no mundo realizou ao menos uma aquisição via comércio eletrônico²².

¹⁸ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet** 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Guia do Usuário Internet/Brasil**. 1996. Disponível em: https://www.rnp.br/_arquivo/documentos/rpu0013d.pdf%3E. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁰ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/uit-37-bilhoes-de-pessoas-ainda-nao-tem-acesso-a-internet-no-mundo/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

²¹ Disponível em: <https://hootsuite.com/pt/pages/digital-in-2018>. Acesso em: 14 nov. 2019.

²² “De acordo com o relatório, o faturamento do comércio eletrônico cresceu 7,5% em 2017, e deve ter avanço maior neste ano. As vendas pela internet totalizaram R\$ 47 bilhões no ano passado, e a estimativa do Ebit para 2018 é de R\$ 53 bilhões, o que representaria um avanço de 12%”. Disponível em:

Definitivamente, a internet modificou nossas vidas e podemos notar a sua importância como fonte de pesquisa, comunicação e entretenimento, além de exercer um papel extremamente relevante no desenvolvimento econômico e social do mundo.²³

Vivenciamos esse novo momento que trouxe avanços significativos para os anseios do ser humano em seu espectro pessoal, bem como coletivo. Nesse ínterim, a criminalidade encontrou formas de se fazer presente, seja porque há lacunas nos códigos e tratados penais, seja porque surgiram condutas que afetam novos bens jurídicos.

Nessa conjuntura, a falsa impressão de anonimato no mundo virtual leva a uma falsa percepção de impunidade no mundo real. Motivados por essa dualidade, os agentes criminosos se multiplicam, devendo o Direito se moldar e criar mecanismos para exercer a sua função jurisdicional.

O Direito deve-se adequar à nova realidade, sob pena de perder seu verdadeiro papel, qual seja disciplinar as relações sociais e impor normas de conduta. Assim, o binômio Direito e Internet não constitui fenômeno passageiro. Trata-se de uma realidade ainda pouco explorada, mas que deve ser analisada sob todos os campos das ciências jurídicas, a fim de garantir novos direitos fundamentais, bem como a efetivação dos já existentes.²⁴

2.4 A HISTÓRIA DA INTERNET NO BRASIL

Já são mais de 30 anos desde o primeiro acesso. O início da história da internet no Brasil é datado de 1988, coincidentemente o mesmo ano da promulgação da Constituição Cidadã. O país teve acesso pela primeira vez à rede mundial de

<https://g1.globo.com/economia/noticia/faturamento-do-comercio-eletronico-cresce-75-em-2018-com-aumento-no-numero-de-pedidos.ghtml>. Acesso em: 18 out. 2019.

²³ O Superior Tribunal de Justiça, em 2011, reconheceu a necessidade de estudar o surgimento da internet e seus reflexos nas Ciências Jurídicas. Assim entendeu o tribunal: “[...] intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas (...) a controversa situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídicosociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente [...]”. Para ler o inteiro teor do julgado, consultar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial n.º 1.168.547/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 07 de fevereiro. de 2011.

²⁴ BUENO, James Nogueira; COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães. **Crimes na Internet**. Disponível em: <http://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2008/12.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

computadores por meio do Laboratório Nacional de Computação Científica do Rio de Janeiro, com ajuda da Universidade de Maryland, nos Estados Unidos²⁵.

Contudo, somente em 1990 foi elaborado o primeiro projeto para disseminação da internet por todos o país, com a criação da Rede Nacional de Pesquisa (RNP), vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia. A princípio, o objetivo era de cunho estritamente acadêmico, como pontua com extrema sabedoria o fundador da RNP, Tadao Takhashi:

Uma primeira versão de serviços Internet com pontos em 21 estados no País foi implantada pela Rede Nacional de Pesquisa (RNP) de 1991 a 1993, a velocidades baixas. Entre 1995 e 1996, esses serviços foram atualizados para velocidades mais altas. Paralelamente, a partir de junho de 1995, uma decisão do Governo Federal definiu as regras gerais para a disponibilização de serviços Internet para quaisquer interessados no Brasil.²⁶

Esse cenário começou a mudar em 1994 com a criação, pelo Ministério das Comunicações, da Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel). Inicialmente foram disponibilizados para comercialização mais de 5 mil pontos de acesso à internet, entretanto, a procura pela nova tecnologia era superior, fato que obrigou o governo brasileiro a realizar um processo seletivo para escolha dos assinantes.

A alavancagem de conexão no Brasil se deu em 1996, ano em que houve abertura para comercialização dos pontos de acesso à internet por empresas privadas, sendo pioneiras no setor o Grupo Abril, juntamente com o Grupo Folha.

Seja pela diminuição do custo para instalação da rede mundial de computadores em casa, sejam pelas inúmeras formas de acesso (por celulares, bibliotecas públicas, escolas ou repartições públicas), seja pela necessidade imposta dos afazeres diários ou seja até mesmo pelo crescimento natural do mercado, fato é que a internet se faz cada vez mais presente no cotidiano da sociedade.

Um levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2017, mostrou que mais de 125 milhões dos brasileiros utilizaram a internet no ano de 2016, cerca de 70% da população, um aumento de mais de 9 milhões de usuários comparado com o ano anterior.²⁷

²⁵ STANTON, Michael. **A evolução das redes acadêmicas no Brasil: Parte 1 - da BITNET à Internet. Boletim Bimestral da RNP V.2, n. 6.** Rio de Janeiro: RNP, 1998. Disponível em: <http://www.rnp.br/newsgen/9806/inter-br.html>. Acesso em: 21 out. 2019.

²⁶ TAKAHASHI, Tadao (Org.) **Sociedade da informação no Brasil: livro verde.** Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 133.

²⁷ Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/pesquisa-do-ibge-revela-que-aumentou-o-numero-de-usuarios-de-internet-no-brasil-129545/>. Acesso em: 15 out. 2019.

Esses números colocam o país numa posição de destaque no panorama mundial, já que, segundo o especialista Winston Oyadomari, coordenador do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, o Brasil está próximo de alcançar os 80% da população conectada à rede, realidade de países desenvolvidos, como os Estados Unidos e Inglaterra.²⁸

Apesar dos avanços, muito ainda precisa ser feito para a diminuir o abismo digital existente no Brasil, já que o acesso à internet pela população mais pobre, principalmente na zona rural da região Norte e Nordeste, fica restrito a lugares públicos, como bibliotecas e universidades.

Pesquisas apontam uma contradição quando comparamos esse dado supramencionado com o número de residências que possuem acessos à rede. Apenas 36,8 milhões de lares possuem conexão com a internet, o que coloca o Brasil em um *ranking* de cobertura de rede na 78^o posição de 202 países pesquisados.²⁹

Sendo assim, apesar de não ser objeto do presente trabalho de pesquisa, há de se pontuar a necessidade de políticas públicas e iniciativas do governo brasileiro para “conectar” a população diretamente de suas casas, pois se assim não for, o país está fadado aos porões da modernidade com o agravamento das desigualdades no acesso à internet, denominada pelo autor Castells de “infoexclusão”.

Nos ensina Becker:

É, portanto, ainda uma tecnologia que exclui significativa parcela da população da Terra. Mas, já se observa, aos poucos, uma modificação nesta tendência. O número de internautas nos países em desenvolvimento aumentou 40%, três vezes mais que nos países desenvolvidos.³⁰

²⁸ Disponível em: <http://democraciaemrede.redelivre.org.br/convidados/winston-oyadomari/>. Acesso em: 2 nov. 2019.

²⁹ IBGE. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=295753>. Acesso em: 19 ago. 2019.

³⁰ ECK, Ulrich (2002), **Poder e contrapoder na era da globalização**, Paris, Éditions Flammarion.

3 O CIBERCRIME COMO FENÔMENO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS

O mundo virtual não ficaria imune das condutas criminosas, já que esse campo foi criado pelo homem e é visitado por eles.

3.1 O DIREITO E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS DA INTERNET

A Informática para o Direito é, ao mesmo tempo, uma necessidade, por servir de ferramenta, mas é também um objeto que instiga a seara penal a dar repostas face aos crimes que violam bens jurídicos importantes, compreendidos como bens vitais da sociedade e do indivíduo, merecedores de proteção legal exatamente em razão de sua significação social³¹.

O ensinamento de Miranda Rosa caminha nessa mesma linha de raciocínio:

O maior elenco de novos tipos de ilícito penal é o que oferece a expansão da comunicação eletrônica, de que é exemplo marcante a Internet. Essa rede mundial permite, de um lado grandes progressos nos contatos entre pessoas e organizações de vários tipos, entre cientistas e técnicos, homens de negócios e esportistas, enriquecendo consideravelmente a chamada mídia com o reforço da instantaneidade das notícias, informações, trocas de ideias e debates de variado objeto. Como consequência não só os bons usuários, mas também aqueles que têm objetivos ilícitos, atuam por seu intermédio na prática de crimes.³²

Nesse sentido, apesar do seu lado benéfico, a internet é reconhecida igualmente por seu lado nocivo, de modo que as ações delinquentes são potencializadas pelas características da rede, dentre as quais: a instantaneidade, superando as barreiras de tempo e espaço modificadas; a aparente igualdade dos internautas, ressalvadas as condições pessoais quanto aos conhecimentos tecnológicos pessoais; a infinidade e diversidade de informações em texto, sons, imagens, isoladamente ou em um mesmo documento (hipertexto) e a sensação de anonimato.³³

Sobre o anonimato, Vera Elisa Marques Dias assegura que:

Inegavelmente, o anonimato, a camuflagem ou o uso de identidade falsa é a característica mais aliciadora, tentadora e propulsora para a iniciação da prática criminosa na internet. É, também, a característica mais assegurada, recorrendo os infratores mais especializados ou as organizações através deles a técnicas que lhes permitam ocultar ou dissimular a sua identidade e

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral** 1.20. ed. 2015. p.52

³² ROSA, Felipe Augusto Miranda. **Criminalidade e Violência Global**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p. 44.

³³ M Furlaneto Neto, JAC Guimarães - Revista CEJ, 2003. p. 3.

as suas condutas, como a técnica de spotfing, programas de anonimização e codificação, que diariamente são aperfeiçoados e transformados. Para além de se assegurar o anonimato do autor também se pode ocultar a própria informação através de mecanismos de cifra forte ou de encriptação, como a estenografia, e outros disponíveis gratuitamente na rede. Podem, assim, os cibercriminosos diminuir ou eliminar o risco de ser descoberto ou condenado, apagando todas as provas do ciberrastro.³⁴

Em síntese, a transnacionalidade, a deslocalização, a temporalidade, a permanência, o automatismo, a repetição, o anonimato, a alta tecnologia, a disseminação e a potencialização de danos³⁵ contribuem para a migração da criminalidade do mundo real para o mundo virtual.

A *priori*, é de extrema importância ressaltar que não são todas as condutas humanas que irão ser tratadas pelo Direito Penal, mas apenas aquelas que lesarem bens jurídicos importantes, como a honra, a vida ou a política cambial de um Estado. Ou seja, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevante³⁶.

Para Cezar Roberto Bitencourt, essa é a característica que distingue o Direito Penal dos demais ramos do Direito:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daquele bens e interesse de maior importância para o indivíduo e a sociedade a qual pertence. Na verdade, é preciso reconhecer a natureza constitutiva e autônoma do Direito Penal – e não simplesmente acessória -, pois mesmo quando tutela bens já cobertos pela proteção de outras áreas do ordenamento jurídico, ainda assim, o faz de forma peculiar, dando-lhes nova feição e com distinta valoração.

Desse modo, se for possível resolver a situação na esfera administrativa ou cível, por exemplo, essa se mostra mais recomendável, já que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, criando um dano social ao invés de uma paz coletiva.³⁷ Nos ensina Maurach³⁸ e Muñoz Conde³⁹:

³⁴ DIAS, Vera Elisa Marques. **A problemática da investigação do cibercrime**. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias_investigacaocibercrime.pdf>. Acesso em: 30 out.2019.

³⁵ DIAS, Vera Elisa Marques. Op cit.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., pg. 32.

³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general**. apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

³⁸ Reinhart Maurach, **Tratado de Derecho Penal**, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t.1, p. 31.

³⁹ Muñoz Conde, **Introducción al Derecho Penal**, Barcelona, Bosch, 1975, p. 60.

Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resultado indispensável para a manutenção da ordem jurídica... Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito.

Nesse sentido, é bem verdade que o Direito Penal deve cuidar apenas dos bens jurídicos mais relevantes nas relações da sociedade. Contudo, além das violações a bens tradicionalmente reconhecidos, como a honra, outros bens jurídicos, indispensáveis para o indivíduo surgem no mundo virtual, de modo a trazer novas demandas para o Direito Penal, como a informação armazenada nos dispositivos informáticos.

É imperioso ressaltar que, assim com Claus Roxin, defendemos o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, de modo que não estamos sustentando uma atuação maior do Direito Penal; entretanto, se for necessária uma atuação da tutela penal para resguardar o bem jurídico, que essa seja realizada de forma mais ponderada e fundamentada.

Pode-se ainda citar as palavras de Vladimir Aras, já que, para ele, “a Era da Informação inaugura uma nova disciplina para área jurídica de direito público voltado para a proteção de bens jurídicos computacionais, o Direito Penal da Informática”.⁴⁰

No mesmo sentido é o entendimento de Crespo:

Ao considerarmos as condutas ilícitas por meio da informática, verificamos a possibilidade de lesão a outros bens jurídicos. Assim, pode-se falar em condutas dirigidas a atingir não só aqueles valores que já gozam de proteção jurídica, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a fé pública, mas, também as informações armazenadas (dados), a segurança dos sistemas de redes informáticas ou de telecomunicações.⁴¹

Enfim, conforme consta no Manual das Nações Unidas, o homem no século XXI dependerá cada vez mais do computador e da rede mundial de computadores para sobreviver. Trata-se então, para o Direito Penal, de um tema pulsante, presente e imprescindível para o cotidiano da sociedade. É bem verdade que na maioria das vezes o Direito não se antecipa às suas necessidades, sendo alterado apenas após o surgimento de situações antes não reguladas. Entretanto, face ao desenfreado

⁴⁰ ARAS, Vladimir. **Crimes de informática. Uma nova criminalidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴¹ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

aumento de condutas ilícitas realizadas na internet⁴², se faz necessária uma reflexão inadiável pelos operadores do Direito, pois novos bens jurídicos estão sendo violados.

Nos dizeres de Álvaro Mayrink Costa:

Dessa forma, é possível observarmos uma nova faceta da informática: como o mais novo e preponderante fator criminógeno, pois de um lado abra maior espaço aos infratores para o cometimento de injustos penais, utilizando-a como ferramenta eficaz, potencializando ilicitudes como estelionato, racismo, pedofilia e os crimes contra honra; de outro, permite o cometimento de novas ilicitudes, exemplificando-se: a utilização abusiva da informação armazenada, violando o direito à privacidade, à intimidade e à imagem dos indivíduos. Em síntese, temos injustos penais cometidos pelo uso do computador (*computer crime*), bem como contra o computador (*hardware, software*) ou mesmo contra a própria informação.⁴³

3.2 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CRIME

Imerso nessa conjuntura da globalização, da qual a Era da Informação faz parte, a história da Ciência Criminal se confunde com a história da humanidade. Mais precisamente, nos ensina Magalhães Noronha que o “Direito Penal surge com o homem e o acompanha através dos tempos; isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.⁴⁴

Paralelo a isso, assim como o computador é para a internet a ferramenta que possibilita a sua navegação, a Teoria do Crime é considerado o alicerce do Direito Penal, sendo imprescindível um estudo sobre os seus conceitos e classificações para uma posterior explanação dos crimes cibernéticos.

O Direito Penal pátrio adotou a classificação bipartida de infrações penais ao considerar a existência de crimes (delitos) e contravenções. A contravenção é um crime de menor potencial ofensivo, menos grave que o delito⁴⁵, apelidado por Nelson Hungria como

⁴² Os ganhos do crime cibernético, em 2004, excederam os do tráfico de drogas mundial, afirmou a conselheira do Tesouro dos Estados Unidos, Valeri McNiven. Segundo ela, estima-se que os crimes cometidos pela internet – como fraudes, espionagem corporativa, manipulação de ações, pedofilia, extorsões virtuais e diversas formas de pirataria – geraram 105 bilhões de dólares durante 2004. Essa é a primeira vez que o cibercrime desbanca o comércio ilegal de drogas como a atividade criminosa mais lucrativa do planeta. “O cibercrime está crescendo tão rapidamente que a lei não consegue acompanhar”, disse ela à agência Reuters, em uma conferência de segurança bancária em Riad, na Arábia Saudita. Além disso, McNiven aponta o crescimento econômico de países em desenvolvimento, nos quais o policiamento cibernético é ainda precário, como fator decisivo. “Quando você encontra roubo de identidades ou corrupção e manipulação de informação (nos países em desenvolvimento), o problema se torna quase que mais importante porque os sistemas desses países ficam comprometidos desde o seu início”, avisou ela. John E Dunn - Techworld, Reino Unido IDG Now. Disponível em: <http://www.safenetworks.com>

⁴³ COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime Informático. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, 2004, p. 32.

⁴⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.107.

⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Op.cit.*, p.108.

“delitos-anões”. Além desse, outro contraste localiza-se na natureza da pena privativa de liberdade cominada ou, em outras palavras, a distinção reside na sanção imposta a cada um deles. Com efeito, a pena de reclusão, detenção e/ou multa é utilizada para os crimes (art. 32º, CP) e, para as contravenções, são utilizadas as prisões simples e/ou multa (art. 5º do Decreto-Lei nº 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais).

No que se refere ao conceito de crime, diferentemente dos Códigos Penais de 1830 e 1890, que previa a sua definição, o atual Código não faz essa previsão. É bem verdade que o art. 1º do Código Penal nos ensina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. Entretanto, o legislador não descreve o conceito de crime, apenas relaciona uma possível conduta de um indivíduo com uma previsão legal, afirmando que nenhuma atitude será considerada criminosa e aplicada uma pena se não houver previsão legal.

Referido preceito deriva do princípio da legalidade e constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, já que nenhum fato pode ser considerado criminoso e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.⁴⁶

Nesse mesmo sentido, o Decreto-Lei nº 3.688/41 também não conceitua crime, apenas prevê uma diferenciação nas penas cominadas entre uma conduta criminosa de uma simples contravenção penal. Assim, cabe à doutrina o protagonismo para definir e classificar o crime, já que o legislador se mostrou silente a esse respeito. Inúmeros penalistas com diferentes conceitos buscaram suprir essa lacuna, surgindo assim as três correntes majoritárias de definição: crime sob o ponto de vista formal, material e analítico.

O conceito formal analisa o crime sob o ponto de vista da lei⁴⁷. Isto é, qualquer ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de uma pena é considerada criminosa. Sobre a visão formal de crime, Mirabete ensina que é “a contradição do fato, de uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal, contudo, não penetram a fundo em sua essência em seu conteúdo, em sua matéria”.⁴⁸

Contudo, tal conceito nos parece equivocado por ser muito restrito, superficial e por desconsiderar causas de exclusão de ilicitude ou normas existentes na própria legislação, ocorrendo um grande choque de direitos e garantias fundamentais. Por exemplo, é

⁴⁶ BITENCOURT, **Cezar Roberto**. **Tratado de Direito Penal** – parte geral 1.20. ed. 2014. p. 52.

⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**. 23. ed., v. 1. 2016. p. 48.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal – Parte Geral** – Arts. 1ª a 120º do CP. São Paulo Atlas, 2002, p. 95.

irrelevante as circunstâncias do fato para o conceito formal, devendo o sujeito responder criminalmente, mesmo que a pessoa necessite repelir agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários.

Já o conceito material analisa o crime sob o ponto de vista dos valores da sociedade. Nessa perspectiva, a conduta violadora de bem jurídico individual ou coletivo que contraria os valores ou interesses do corpo social é tipificada como crime. Para Mirabete, crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir que seja protegida sob ameaça de pena ou que se considere afastável somente através da sanção penal.⁴⁹

Portanto, a conduta de um agente, sob ponto de vista material, será considerada criminosa se violar bem jurídico de terceiro (é irrelevante se afetar bem jurídico próprio) e se causar anormalidades na paz social da sociedade. Capez deixou claro que, para ele, o crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade ou paz social.⁵⁰

Por fim, pela necessidade da dogmática penal em analisar os elementos estruturais do conceito de crime, já que a visão formal e material não possibilitam esse exercício, surgiu o entendimento analítico do crime. O objetivo dessa visão é esmiuçar os elementos componentes do crime, mas sem desconsiderar a característica unitária do delito.⁵¹ Na verdade, essa análise estratificada vai permitir com maior facilidade a existência ou não do crime e é defendida por autores como Cezar Bitencourt, Nelson Hungria, Juarez Tavares e Francisco de Assis Toledo.

Embora exista uma divergência entre os doutrinadores dos elementos para definição analítica de crime, especificamente pela inclusão ou não da punibilidade e da culpabilidade, a presente pesquisa adotará a teoria tricotômica e os ensinamentos do ilustre Juarez Tavares. Segundo o doutrinador, não é possível incluir a punibilidade no conceito analítico pois este não faz parte do crime, constituindo somente sua consequência.⁵² Assim, crime é toda ação antijurídica, típica e culpável.

A lição de Bitencourt sobre a tripartição do conceito de delito diz que:

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 55

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal -Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 142.

⁵¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, op.cit.,p.158

⁵² Juarez Tavares, **Teorias do delito**, op. cit., p. 12.

A divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartida de valoração permite a busca de um resultado mais adequado e justo.⁵³

A tipicidade é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta prática no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal).⁵⁴ Ou seja, para classificar um ato como sendo criminoso, é necessária uma correspondência perfeita entre a conduta humana com o que está tipificado no código. Não há de se confundir tipo com tipicidade: tipo é uma previsão legal abstrata, e tipicidade é a realização concreta com o que está descrito no tipo.

A antijuridicidade ou ilicitude é o juízo de valor que recai sobre uma conduta com o objetivo de verificar se ele está ou não autorizado pelo Direito. Ou seja, existem atos aparentemente criminosos, mas que terão suas ilicitudes afastadas por receberem tratamento diferenciado, a exemplo das causas de justificação previstas na parte geral do Código Penal, em seu art. 23º, e na parte especial, como o art. 128º, que autoriza o abortamento se não há outra forma de salvar a vida da gestante. São as chamadas “excludentes de ilicitude”, quais sejam: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Ou seja, nessas situações, apesar da conduta ser considerada típica, não será considerado ilícita pois será aplicada alguma das excludentes de ilicitude.

Por fim, a culpabilidade nada mais é que um juízo de reprovação realizado pela sociedade referente a uma conduta ilícita sob uma análise estritamente pessoal. Todavia, por possuir diversos significados e aplicações, se faz necessário delimitar de qual culpabilidade está se falando. Aqui, a culpabilidade não é a que Claus Roxin se refere como limite de pena ou como sendo uma circunstância judicial que o juiz deve aferir para dosar a pena (art. 59º do Código Penal).⁵⁵ Aqui, a culpabilidade é elemento do conceito analítico de crime, de modo que não basta que o agente tenha agido típica e antijuridicamente, mas também que o seu ato seja reprovável, pois esperava-se deste uma conduta diversa.

Assim, se o agente for inimputável ou se não existir uma potencial consciência do sujeito sobre a ilicitude do fato ou, ainda, se na situação não for exigida uma conduta diversa da praticada, não há motivo para falar em um fato típico culpável. Prado define a

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 52.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal -Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 168.

⁵⁵ Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general cit.*, p. 84-85.

culpabilidade como sendo a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos).⁵⁶

A definição de Bitencourt resume-se na seguinte:

A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal.⁵⁷

Professores como Damásio Evangelista sustentaram, a partir da segunda metade do século XX, que a culpabilidade não poderia ser elemento do crime, pois este seria um pressuposto para a aplicação da pena.⁵⁸ Entretanto, como bem ensina Paulo Queiroz, se a culpabilidade for retirada do conceito analítico de crime, menores e loucos passarão a cometer crimes.⁵⁹ Em sentido semelhante, Heleno Fragoso afirma que “crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção pena. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável.”⁶⁰

Em sua liturgia penal, Zaffaroni sintetiza:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).⁶¹

Diante do que foi exposto, apesar da existência de uma corrente majoritária para a definição de crime, a sua dissidência é fervorosa e reflete nos novos fenômenos jurídicos.

Em suma, a Teoria do Crime não se exaure nessa breve exposição realizada. Por vezes, para uma compreensão mais apurada, é imprescindível uma abordagem ampla dos elementos constitutivos do crime, contudo, a classificação realizada é suficiente para abordar os assuntos atinentes à presente pesquisa.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 8 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. Cit. p. 451.

⁵⁸ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. 23. ed., v. 1. 2016. p. 218.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 250.

⁶⁰ Heleno Fragoso, **Lições de Direito Penal; Parte Geral**, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 216.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro - Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

3.3 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CIBERCRIME

Se o dissenso na definição de crime é notório, não seria diferente para o estabelecimento de uma definição para as condutas criminosas praticadas com a utilização da internet e do computador. Para tanto, teremos que nos voltar algumas vezes para um suporte do direito e de conferências internacionais para compreender o fenômeno do cibercrime, pois os países estrangeiros estão debatendo e discutindo esse tema há muito mais tempo que o Brasil.

Conforme visto, nem todos utilizam a internet de forma responsável e correta, resultando assim em violações a velhos e novos bens jurídicos. Somado a isso, os delinquentes são impulsionados por uma falsa percepção de anonimato e de um espaço aparentemente sem lei. Assim surge o crime na internet e no computador, que pode ser denominado de diversas maneiras, dentre as quais: delitos cibernéticos, delito informático, criminalidade no computador e crimes cibernéticos.

Adotamos para a presente pesquisa o termo “crime cibernético”. No entanto, a sua denominação causa controvérsias entre a doutrina. Ricardo Martin traz a seguinte reflexão sobre esse impasse:

A realidade polifórmica da criminalidade informática se reflete e manifesta nas tentativas de definição e conceituação da mesma, assim como nas classificações dos fatos que dão lugar ao estudo deste fenômeno. Assim, a aproximação de um conceito genérico onicompreensivo do fato informático penalmente relevante dá lugar necessariamente a definições muito amplas (tradução livre)⁶².

Nesse diapasão, em 1976, ocorreu em Estrasburgo, a Conferência do Conselho da Europa sobre aspectos criminológicos da criminalidade econômica. Muitos acreditam⁶³ ter sido a primeira iniciativa a nível mundial para debater e buscar respostas para o fenômeno que acabara de surgir: os crimes virtuais. Como desdobramento desse evento, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) definiu pela primeira vez o crime cibernético como sendo

⁶² MARTÍN, Ricardo M. Mata y. **Delinquência informática e Direito Penal**. Livros jurídicos, 2001, p. 21.

⁶³ Para Stein Schjolberg, esse é o marco inicial do combate a esse novo fenômeno. In: SCHJOLBERG, Stein. **The History of Global Harmonization on Cybercrime Legislation - The Road to Geneva**. Disponível em: http://www.cybercrimelaw.net/documents/cybercrime_history.pdf. Acesso em: 6 nov. 2019.

qualquer comportamento ilegal, imoral ou não autorizado que envolva a transmissão ou processamento automático de dados.

Logo em seguida, em 1990, ocorreu em Cuba a Conferência da Organização das Nações Unidas, oportunidade em que foi editado o Manual de Prevenção e Controle dos Crimes por Computador, que estabeleceu a seguinte diretriz:

O Manual das Nações Unidas para Prevenção e Controle dos Crimes por Computador define os crimes de computador como sendo: (1) fraude por manipulação do computador; (2) falsificações por computador; (3) danos ou modificações de dados ou programas de computador; (4) acesso não autorizado a sistemas e serviços de computador; (5) reprodução não autorizada de programas legais de computador.

Segundo Chawki, conforme citado por Arnaldo Sobrinho⁶⁴: “Cibercrime pode ser definido como qualquer ação ilegal associada com a interligação de sistemas de computadores e redes de telecomunicações, onde a ausência de tal interligação impede a prática ilícita desta ação”. Ou seja, quando um computador é utilizado como base ou para facilitar o cometimento de crimes estamos diante de um delito virtual.

Završnik⁶⁵ realiza uma análise global e conclui que as características fundamentais do cibercrime são:

A complexidade técnica (preenchendo um com um senso de segurança sobre um lado e medo de ‘big brother’ sobre o outro), um desenvolvimento rápido (ampliando vulnerabilidade e alargar as possibilidades de infração) e criptografia (como medida de proteção e obstáculo para a detecção de perpetradores). Novidades na noção de cibercrime incluem as seguintes características: (1) um novo cenário (o virtual) para o crime; (2) uma dispersão de comportamentos desviantes: isso envolve antigas formas de comportamento desviante, em novas formas (ou seja, furto de dados) e completamente novas formas de criminalidade (isto é, *cracking*, *hacking*, computador ataques com *worms* e vírus); (3) novos métodos para investigar crime (aplicação da lei) e as novas regras de competência e punição (e-competência e e-punição).

É possível extrair dos apontamentos de Završnik que o mundo virtual veio para contribuir e potencializar os comportamentos desviantes do homem. É bem verdade que surgiram novos crimes, como a invasão de dados ou ataques com vírus, mas a grande novidade reside no surgimento de um espaço em que as ideias tradicionais de

⁶⁴ Neto, M. S. A. et al. **CIBERCRIME E COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL: UM ENFOQUE À LUZ DA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE**. Dissertação (Tese de Mestrado em economia) – UFPB. Paraíba, p. 68. 2009.

⁶⁵ ZAVRSNIK, Ales. **Desafios de definição de crimes cibernéticos e particularidades ciminológicas**. 2008. p. 8-10.

tempo, lugar e soberania são colocadas em discussão, contribuindo também para a disseminação de crimes já existentes.

Das diversas classificações dos crimes cibernéticos realizadas por autores brasileiros, a opção de Túlio Lima Vianna nos parece a mais acertada. Para ele, há uma classificação quadripartida: crimes informáticos próprios; crimes informáticos impróprios; crimes informáticos mistos; e crimes informáticos mediatos.⁶⁶

Os crimes cibernéticos impróprios são aqueles em que o computador é utilizado como instrumento para a execução do crime que viola bens jurídicos diversos daqueles relacionados à informática ou ao computador. Ou seja, o indivíduo utiliza o computador para praticar um crime que poderia ser perpetrado por outro meio e que não está relacionado ao bem jurídico da inviolabilidade da informação automatizada. O exemplo clássico é o crime de calúnia ou difamação em redes sociais, ou instigação ou auxílio ao suicídio e ameaça via e-mail, mas certamente o crime de estelionato praticado pela internet é o crime impróprio que chama mais atenção por suas várias formas de execução e por depender apenas da confiança da vítima que, na maioria das vezes, navega por um campo desconhecido.

Já os crimes informáticos próprios não só utilizam como dependem do computador e da internet para consumir o delito, de modo que se tirarmos a figura da máquina ou da rede virtual, não há como se falar em crime. Assim, se um indivíduo compartilhar via e-mail um vírus para danificar ou interceptar mensagens de uma outra máquina, estaremos diante de um crime informático próprio. A situação mais frequente é o ataque contra *sites* da internet que causam prejuízos milionários, pois desativam a página ou porque roubam e excluem informações no banco de dados de empresas⁶⁷.

Os crimes informáticos mistos seriam uma junção dos dois já citados, uma conduta que viola um bem jurídico informático ou bem jurídico diverso. Na Lei Eleitoral nº 9.100/1995, em seu art. 72º, há previsão de um delito derivado da invasão de

⁶⁶ VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de direito penal informático**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 98.

⁶⁷ Os 15 *hackers* mais perigosos de todos os tempos: o *hacker* conhecido como ASTRA nunca foi identificado, pelo menos publicamente. Ele seria um matemático de 58 anos, preso em 2008. Autoridades da Grécia afirmam que ele hackeou os sistemas da empresa de aviação Dassault por quase cinco anos. Nesse período, roubou informações confidenciais de aviões militares e vendeu os dados para 250 pessoas em diferentes países, incluindo o Brasil. ASTRA teria causado um prejuízo de 360 milhões de dólares à Dassault. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/os-15-hackers-mais-perigosos-de-todos-os-tempos/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

dispositivo informático, ou seja, que recalitra o sistema operacional informático eleitoral para cometer delito diverso, *in versus*:

Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos:

I - Obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos;

II - Desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral.

Por fim, os crimes informáticos mediatos, como o próprio nome já diz, seriam aqueles em que o computador é utilizado apenas como meio necessário para a prática de outros delitos. Aqui, aplica-se o princípio da consunção. Desse modo, para transferir de forma criminosa valores de uma corretora de valores para a sua conta, o indivíduo precisa primeiramente invadir o dispositivo informático da corretora. Não obstante ocorra um delito-meio (invasão de dispositivo), este constitui fase normal de preparação ou execução para o delito-fim (patrimonial). Opera-se, então, o princípio da consunção⁶⁸, de modo que o indivíduo responderá apenas pelo furto.

Não há de se confundir as classificações, pois no delito informático impróprio há transgressão ao direito à inviolabilidade dos dados informáticos, característica ausente no delito informático mediato. Diferença também extraída do crime informático misto, já que neste são protegidos dois bens jurídicos distintos.

3.4 REFLEXOS DO CRIME CIBERNÉTICO NO BRASIL

O primeiro crime cibernético que se tem conhecimento no Brasil ocorreu na cidade de São Paulo, em 1996, e era relacionado à pedofilia. Segundo França, delegado da Polícia Federal, as ocorrências aumentavam dentro da corporação de forma diretamente proporcional ao crescimento e difusão da rede.⁶⁹ Em levantamento feito pelo Portal HSBC Bank Brasil S.A, a Polícia Federal, no ano de 2007, realizou nove grandes operações para

⁶⁸ Pelo princípio da consunção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. Cit. p. 256.

⁶⁹ FRANÇA, Ronaldo. **Deixem meu PC em paz**. Revista Veja, São Paulo, nov.2004. Edição 1980. Disponível em: http://veja.abril.com.br/171104/p_160.html. Acesso em: 13 out. 2019.

combater essa modalidade criminosa. Apesar de representar cerca de 5% do total de operações realizadas no ano, o resultado das ações trouxe resultados significativos, além de ajudar a polícia a compreender como de fato os crimes aconteciam na rede e como eles deveriam ser combatidos⁷⁰.

O número crescente de usuários brasileiros conectados à rede reflete nos alarmantes dados sobre criminalidade virtual existente no país. Criado em 2002, o Instituto Ponemon, especializado em coleta de dados sobre proteção de dados e tecnologias da informação⁷¹, indicou que o Brasil figura na vice-liderança em um *ranking* de países com o maior número de crimes cibernéticos.⁷²

Para Tatiana Schoor, os dados dos crimes cibernéticos no Brasil são preocupantes e prevê que:

Os crimes digitais geraram um prejuízo de R\$ 300 milhões a bancos e administradoras de cartões de crédito em 2005 no Brasil, cerca de 150% a mais que no ano anterior quando contabilizou R\$ 100 milhões. Para 2006, o valor das perdas deverá ficar em torno de R\$ 350 milhões, de acordo com a pesquisa do IPDI (Instituto de Peritos em Tecnologias Digitais e Telecomunicações) - empresa especializada em perícias digitais e apuração de crimes e fraudes no mundo cibernético.⁷³

O excelentíssimo ministro Gilmar Mendes reconheceu a gravidade da situação ainda em 2005, em julgamento realizado no STF, ao identificar que as figuras públicas (legislativo e executivo) nada têm feito para combater organizações criminosas atuantes no mundo virtual.⁷⁴ Segundo o ministro, o que mais causa preocupação para o futuro da sociedade é o elevado grau de especialização e estrutura organizacional que esses grupos alcançaram e que o poder público não foi capaz de acompanhar para dar as respostas necessárias.

A consequência lógica dessa nova era não poderia ficar restrita aos prejuízos econômicos milionários sofridos por empresas ou bancos virtuais, visto que as pessoas físicas também já sofrem prejuízos decorrentes da informatização do crime.

⁷⁰ Portal do HSBC Bank S.A. Polícia Federal fecha 2007 com 9 operações de combate ao crime virtual. Disponível em: <http://www.hsbc.com.br/common/seguranca/artigo-seguranca-comb-crime-virtual.shtml>. Acesso em: 8 nov. 2019.

⁷¹ Disponível em: <https://www.ponemon.org/>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁷² Disponível em: <http://www.sertaniananet.com.br/noticiasmais/destaque/brasil-e-o-segundo-pais-com-maior-numero-de-crimesciberneticos>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁷³ SCHOOR, Tatiana. Crimes digitais geraram prejuízo de R\$ 300 mi em 2005. Portal Almeida Carmago Advogados. Disponível em: <http://www.almeidacamargo.com.br/AlmeidaCamargo/paginas/Informacao.asp?CodNoticia=237&Categoria=6>. Acesso em: 14 mar. 2008.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.%20E%2088905.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 out. 2019.

Nesse sentido, o lado nefasto dos delitos virtuais não pode ser mensurado apenas sob o ponto de vista econômico, mas principalmente sob o ponto de vista do bem-estar social, pois a cada dia aumenta o número de pessoas insultadas em redes sociais ou ludibriadas via redes sociais com falsos anúncios para depositarem quantia em dinheiro em troca de uma falsa promessa de prêmio.

Nesse interim, normas já foram incorporadas ao decorrer do tempo na legislação penal brasileira para tipificar algumas condutas ilícitas na internet, tais como o disposto no art. 313º-A do CP, que versa sobre a inserção de dados falsos em sistema de informação, bem como a Lei nº 8069/90, que incrimina aquele que armazena conteúdo pornográfico infantil. Nessa conjuntura, dentre os crimes cibernéticos, os principais são: contravenções penais – jogos de azar e apostas virtuais; delitos contra a honra – calúnia, difamação ou injúria; delitos contra o patrimônio – estelionato, furto, *phishing*⁷⁵; delitos contra propriedade imaterial – pirataria; delitos contra a dignidade sexual – favorecimento da prostituição; delito contra a paz pública – apologia ao crime. Em que pese exista tipificação de alguns crimes cibernéticos no ordenamento jurídico pátrio, a legislação mostra-se carente dos novos crimes, sobretudo relacionados aos crimes informáticos próprios.

Por exemplo, a conduta lesiva de apagar dados informáticos, mediante o ataque de vírus propagado por troca de e-mails, não possui previsão na legislação penal brasileira. Pode então ser enquadrada ao crime previsto no art. 163º do Código Penal? Não nos parece a melhor opção, visto que o bem jurídico resguardado no referido artigo é o patrimônio, que possui um valor atrelado. Desse modo, como iremos atribuir valor a um dado informático para igualá-lo a uma coisa⁷⁶?

Nesse toar, nos explicam Marco Antônio de Barros, Daniela D'Arco Garbossa e Christiany Pegorari Conte:

Há condutas voltadas contra um determinado computador, que visam a tomar conhecimento de todos os dados e informações nele constantes, sejam eles de qualquer natureza. Neste caso, o ato será punível pela prática do crime de furto, isto se tais informações puderem ser apreciadas economicamente, ou seja, possuírem um valor de mercado. Dito de outra forma, se os arquivos que o agente subtrair não possuírem valor econômico, a conduta restará presentemente impune. É o que ocorre quando o cracker invade o

⁷⁵ *Phishing* é uma maneira desonesta que cibercriminosos usam para enganar você a revelar informações pessoais, como senhas ou cartão de crédito, CPF e número de contas bancárias. Eles fazem isso enviando e-mails falsos ou direcionando você a *websites* falsos. Disponível em <https://www.avast.com/pt-br/c-phishing>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁷⁶ Art. 163 do Código Penal Brasileiro - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

computador de um usuário e subtrai-lhe diversos arquivos, como trabalhos de faculdade, fotografias, enfim, arquivos pessoais, aparentemente sem qualquer conteúdo econômico. Por falta de legislação específica, o invasor, mesmo que identificado, não será punido penalmente.⁷⁷

E mesmo na hipótese de um dado informático valorativo, por exemplo, se um sujeito invadir a base de dados de um supermercado e apagar o histórico de vendas, aplicar o art. 163º do CP seria um exercício vedado pelos princípios gerais do Direito Penal, pois caracterizaria analogia ou interpretação extensiva da norma para prejudicar o réu. No informativo nº 453 de 2006, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a impossibilidade de preencher uma lacuna na lei penal por analogia, devendo esta ser clara e precisa conforme o princípio penal da taxatividade.

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou denúncia apresentada contra Deputado Federal, em razão de ter despendido quantia em dinheiro na tentativa de obter, por intermédio de cola eletrônica, a aprovação de sua filha e amigos dela no vestibular de Universidade Federal, conduta essa tipificada pelo Ministério Público Federal como crime de estelionato (CP, art. 171), e posteriormente alterada para falsidade ideológica (CP, art. 299) — v. Informativos 306, 395 e 448. Entendeu-se que o fato narrado não constituiria crime ante a ausência das elementares objetivos do tipo, porquanto, na espécie, a fraude não estaria na veracidade do conteúdo do documento, mas sim na utilização de terceiros na formulação das respostas aos quesitos. Saliou-se, ainda, que, apesar de seu grau de reprovação social, tal conduta não se enquadraria nos tipos penais em vigor, em face do princípio da reserva legal e da proibição de aplicação da analogia in malam partem.⁷⁸

Nesse sentido, é imperioso compreender os riscos que os crimes cibernéticos impõem não só ao desenvolvimento econômico brasileiro, bem como ao bem-estar da população. Depreende-se a partir do que já foi exposto que a realidade brasileira clama por uma tutela estatal efetiva, a partir de estudos e reflexões de todas as ciências, para que se possa acompanhar e obter soluções para os entraves causados pela internet.

⁷⁷ BARROS, Marco Antonio; GARBOSSA, Daniela D'Arco; CONTE, Christiany Pegorari. Op. Cit, p. 413.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo453.htm>. Acesso em: 8 nov. 2019.

4 O LUGAR DO CRIME E O CIBERESPAÇO

A presente pesquisa reservou um capítulo para tratar sobre o território virtual e suas implicações no Direito Penal. Apesar da sua tecnicidade, é um assunto que possui extrema relevância para a compreensão do que está sendo discutido no trabalho, já que, indiscutivelmente, este é o âmago para aplicação da lei penal no ciberespaço.

4.1 REFLEXOS DE UM NOVO ESPAÇO PARA O DIREITO PENAL

Para compreender os reflexos dos fenômenos jurídicos no campo do Direito Penal, mostra-se insuficiente ponderar aspectos meramente doutrinários e acadêmicos sem levar em consideração as transformações da humanidade no decorrer da história. Assim, sob o ponto de vista da aplicação da lei penal no espaço, os conceitos tradicionais de território, soberania e jurisdição precisam ser analisados em conjunto com o processo de globalização, já que a lei é elaborada para vigor dentro dos limites em que o Estado exerce sua soberania e, em contrapartida, o processo de internacionalização cria um campo global sem fronteiras e sem limites.

Em seu livro sobre Direito Digital, Patrícia Peck Pinheiro reflete sobre essa problemática ao afirmar que:

Até onde um ordenamento jurídico tem alcance? O problema não está apenas no âmbito da internet, mas em toda sociedade globalizada e convergente, na qual muitas vezes não é possível determinar qual o território em que aconteceram as relações jurídicas, os fatos e seus efeitos, sendo difícil determinar que norma aplicar utilizando os parâmetros tradicionais.⁷⁹

Desse modo, Neto, Santos e Gimenes lecionam que a sociedade virtual “modificou hábitos e costumes, combinando comportamentos tradicionais com o acesso à informação e cultura, todavia também se tornou motivo de inquietude, um rico campo para as mais variadas atividades ilícitas”, criminalidade caracterizada pelo caráter transnacional e ilimitado, o que pode gerar conflitos de direito internacional em decorrência da competência da jurisdição sancionadora.⁸⁰ Dessa forma, a definição dos princípios reguladores de jurisdição, quando analisada sob a dimensão do cibercrime e da internet, perpassa obrigatoriamente

⁷⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

⁸⁰ FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e inquérito policial eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2018. p. 238.

pela determinação do lugar do crime, o seu *locus commissi delicti*, de modo que tais entendimentos encontram-se em construção pelo surgimento do ciberespaço

Destarte, a palavra “Jurisdição” deriva da expressão latina *jurisdictio*, composta por *juris* – “direito” – e por *dicere* – “dizer”, ou seja, é a capacidade que o Estado tem em decidir e impor suas decisões de conflitos que surgem no escopo de seu povo com o intuito de resguardar a autoridade da lei e o bem-estar social. Assim, o Estado não só pode, como tem o dever de resolver as questões para restabelecimento da convivência harmônica da sociedade. Padilha teoriza que ninguém em sã consciência poderá conceber uma sociedade sem atividade jurisdicional, sob o risco de sua própria desintegração.⁸¹

É o mesmo entendimento de Chiovenda ao nos ensinar que a jurisdição nada mais é que:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁸²

Desse modo, a jurisdição é, indiscutivelmente, uma forma de exercício da soberania estatal que leva em consideração a ideia de território, elemento essencial para configuração de um Estado. E é justamente essa característica, do poder jurisdicional do Estado, que encontra obstáculo para a sua real efetividade no ciberespaço, visto que o Direito Penal se depara com um território que não possui limites geográficos. Em outras palavras, a transnacionalidade dos crimes cibernéticos surge como um dos maiores temas para reflexão dos operadores do direito e como um dilema para o exercício da soberania e jurisdição do Estado contemporâneo.

4.2 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE TERRITÓRIO

A Teoria Geral do Estado traz o território como sendo um elemento indispensável para configuração de um Estado, pois compreende o espaço em que será aplicada a sua ordem jurídica. Celso Riberio Bastos nos ensina que não é permitido nenhum país estrangeiro praticar atos coativos dentro do território nacional, o que permite ao Estado

⁸¹ PADILHA, Luiz R. Nuñez. **Chiovenda, jurisdição voluntária e processo penal**. UFRGS. Rio Grande do SUI, 1996.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

exercer o primeiro fundamento da República previsto no Art. 1º da Constituição - e complementa dizendo sobre a soberania que:

No território de cada Estado vige, tão-somente, a sua ordem jurídica. Em outros termos, a nenhum país estrangeiro é lícito praticar atos coativos dentro do território nacional. A esse fenômeno dá-se o nome de impenetrabilidade da ordem jurídica estatal. Daí a importância assumida pelo território na configuração do Estado. É precisamente a circunstância de dispor ele de uma porção de terra sobre a qual apenas o seu poder é reconhecido, o que permite ao Estado ser soberano.⁸³

Entendimento similar aplica o Código Penal, ao afirmar, em seu art. 5º, caput, que a lei brasileira será aplicada, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido em território nacional. Desse modo, a lei penal brasileira é regida pelo princípio da territorialidade ao afirmar que os fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado, será regido pelo ordenamento pátrio.⁸⁴ Ou seja, em regra geral, há um limite de alcance das normas penais em face da área geográfica do Estado.

Juarez Cirino dos Santos afirma que a soberania política do Estado, entendida por Cezar Roberto Bitencourt⁸⁵ como fundamento do princípio da territorialidade, revela-se sob três pilares: “a plenitude, como totalidade de competências sobre questões da vida social; a autonomia, como rejeição de influências externas nas decisões sobre essas questões; e a exclusividade, como monopólio do poder nos limites de seu território”.⁸⁶

O Código de Processo Penal também adota o princípio da territorialidade ao disciplinar em seu art. 1º, inciso I a V, que o processo penal será regido em todo o território nacional brasileiro, ficando ressalvados por esse Código os tratados, as convenções e regras de direito internacional; as prerrogativas constitucionais do presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade; os processos de competência da Justiça Militar; os processos da competência do tribunal especial; e os processos por crimes de imprensa.

⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva: 1999, p. 58.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL. PARTE GERAL** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p.224

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.p.47.

Temos então como território nacional a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas territoriais (fluviais, lacustres e marítimas) e o espaço aéreo correspondente. Nenhum Estado irá exercer sua soberania de forma exclusiva sobre o espaço extra-atmosférico e o alto-mar, esses são considerados bens de domínio público.⁸⁷

Todavia, o conceito penal de território nacional pode ser ampliado. É o que se extrai do § 1º do art. 5º do CP, *in verbis*:

Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

Desse modo, em situações específicas, a lei brasileira também será aplicada em condutas ocorridas fora do território nacional: é o chamado “território por ficção”⁸⁸. O § 2º, do art. 5º do Código Penal elenca essas hipóteses, *in verbis*:

É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

Hipoteticamente, se um homicídio ocorrer em uma embarcação privada japonesa atracada no Porto de Santos/SP, o sujeito responderá pelo art. 121º do Código Penal e a ação penal será regida pelo Código de Processo Penal Brasileiro, pois a embarcação, apesar de não ser brasileira, é privada e está atracada em território marítimo nacional, sendo considerada território brasileiro, consoante § 2º, do art. 5º.

Em síntese, o princípio da territorialidade é adotado como regra, entretanto, há exceções, pois não raras as vezes os interesses do Estado vão além de seu território. Bitencourt destaca os demais princípios⁸⁹ observados no art. 7º, II, b (princípio da nacionalidade ativa); art. 7º, §3º (princípio da nacionalidade passiva); art. 7º, II, c (princípio da representação); já o princípio real e o princípio da universalidade,

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**, Op.cit. p. 226.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**, Op.cit. p. 228.

⁸⁹ Princípio da nacionalidade: aplica-se a lei penal da nacionalidade do agente, pouco importando o local em que o crime foi praticado. O estado tem o direito de exigir que o seu nacional no estrangeiro tenha determinado comportamento. Esse princípio pode apresentar-se sob duas formas: **personalidade ativa** – caso em que se considera somente a nacionalidade do autor do delito (art. 7º, II, b, do CP); **personalidade passiva** – nesta hipótese importa somente a vítima do delito é nacional (art. 7º, §3º, do CP). Princípio da representação: trata-se de um princípio subsidiário e, quando houver deficiência legislativa ou desinteresse de quem deveria reprimir, aplica-se a lei do Estado em que está registrada a embarcação ou a aeronave ou cuja bandeira ostenta aos delitos praticados em seu interior (art. 7º, II, c, do CP). BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p126.

extraídos respectivamente do art. 7º, I e o do art. 7º, II, a, merecem um maior destaque por corresponderem com o objeto de pesquisa desse trabalho.

Para Bitencourt⁹⁰, o princípio real adquire uma importância significativa em virtude do processo de globalização ante à necessidade do Estado de proteger seus interesses além-fronteiras, pois em tempos de “economias globais”, os interesses nacionais têm sido violados e até ultrajados no estrangeiro. O que se quer guardar aqui são bens jurídicos pertencentes e importantes para o Brasil, a exemplo da vida ou liberdade do presidente da República.

É denominado pelo autor por princípio real, de defesa ou proteção:

Esse princípio permite a extensão da jurisdição penal do Estado titular do bem jurídico lesado, para além dos seus limites territoriais, fundamentado na nacionalidade do bem jurídico lesado, independentemente do local em que o crime foi praticado ou da nacionalidade do agente infrator, protege-se, assim, determinados bens jurídicos que o Estado considera fundamentais.⁹¹

Já o princípio da universalidade ou cosmopolita pode ser compreendido com um complemento lógico do princípio real, na medida em que há uma cooperação entre os países que permite a punição dos crimes previstos em tratados e convenções internacionais a todos os homens, onde quer que se encontrem.⁹² Desse modo, o Estado brasileiro possui interesse em coibir a prática do crime previstos em tratados e convenções subscritas pelo Brasil, e proteger os bens jurídicos da lesão provocada pela infração criminal. Damásio define o princípio cosmopolita como sendo “o poder de cada Estado de punir qualquer crime, seja qual for a nacionalidade do delinquente e da vítima, ou o local de sua prática. Para a imposição da pena basta encontrar-se o criminoso dentro do território de um país”.⁹³

Nota-se que o princípio da universalidade só pode ser aplicado em virtude da internacionalização dos direitos humanos. Se assim não fosse, pondera Fragoso⁹⁴, a aplicação desse princípio encontraria um obstáculo na diversidade legislativa penal de vários países. De igual forma afirma Magalhães Noronha, mas pondera que “[...]é de difícil efetivação, considerando-se a dificuldade da coleta de prova e a falta de uniformidade na conceituação do crime, pois o que assim é considerado entre nós nem sempre o será em país de outro continente.”⁹⁵

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**, Op.cit. p. 156.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**, Op.cit. p. 223.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.**, Op.cit. p. 223.

⁹³ JESUS. Damásio Evangelista. **Direito penal.** 23. ed., v. 1. 2016. p.163.

⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral.** Ed. rev. e atual por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.132.

⁹⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. Op.cit. p.86.

Nesse viés, apesar de os Estados terem criado mecanismos materiais e processuais com a finalidade principal de reprimir de forma eficiente os crimes internacionais, os resultados são inexpressivos. Paiva alerta que:

Entretanto, a imposição de penas por cometimento de crimes internacionais pouco se tem efetivado através de jurisdições nacionais, em virtude de haver gravíssimas falhas na aplicação harmonizada do direito penal internacional. [...] Há casos ainda em que a possibilidade de pena por crimes internacionais através de jurisdições internas é praticamente nula. Isto acontece quando os mecanismos de persecução para o implemento da responsabilidade penal internacional do indivíduo estão além da capacidade de interferência do poder estatal envolvido, ou mesmo, para sua efetivação, põem-se em risco a própria plenitude do poder constituído.⁹⁶

Desse modo, conjugar a aplicação do princípio real e da universalidade com o princípio da territorialidade mostra-se uma tarefa indispensável para resolver não a problemática da aplicação da lei penal no mundo real, mas principalmente do no mundo virtual.

4.3 O CIBERESPAÇO

Diferentemente dos crimes tradicionais, em que a conduta do indivíduo é realizada em territórios definidos em legislações penais, os crimes cibernéticos acontecem em um espaço abstrato, imaginário e virtual. Esse ambiente recebeu o nome de “ciberespaço”.

O termo “ciberespaço” foi utilizado pela primeira vez pelo escritor William Gibson em 1984, em seu livro *Neuromancer*,⁹⁷ para enquadrar um espaço real constituído de um conjunto de tecnologias, que se faz presente na vida do homem em sociedade, modificando as estruturas, princípios, concepções e transformando-o, de um sujeito histórico, em um objeto de uma realidade virtual que os conduz e os determina.⁹⁸

Segundo a Unesco, o ciberespaço é um novo ambiente tecnológico de expressão, informação e transações econômicas. Participa desse novo espaço pessoas de todos os países, de todas as culturas e idiomas, de todas as idades e profissões, fornecendo e requisitando informações; uma rede mundial de

⁹⁶ PAIVA, Bruno Teixeira de. **Ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de crimes ambientais transfronteiriços.**

⁹⁷ GIBSON, William. *Neuromancer*. New York: Ace Books, 1984.

⁹⁸ GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga, MENDES-SILVA, Ivone Maria, VIGGIANO, Adalci Righi, PAIXÃO, Edmilson Leite

computadores interconectada pela infraestrutura de telecomunicações que permite a informação em trânsito ser processada e transmitida digitalmente.⁹⁹

Termos como “realidade virtual”, “internet”, “net”, “redes telemáticas” ou “cibercultura” muitas vezes são utilizados de forma equivocada como sinônimos de “ciberespaço”. *A priori*, basta ressaltar que os termos não se confundem, não sendo necessário conceituar cada um, de modo que a explanação sobre o conceito de ciberespaço e suas consequências para aplicação da lei no espaço são suficientes para a compreensão do trabalho.

Pierry Lévy, filósofo, sociólogo e um dos principais pesquisadores em ciência da informação e da comunicação no mundo, após anos de sua vida dedicados a estudar o impacto da internet na sociedade, concluiu que para definir ciberespaço é necessário primeiramente compreender o que se entende por virtual. Assim, para o pesquisador, virtual é o que está em potência no real, sendo o ciberespaço um ambiente de interação e comunicação entre as pessoas, intermediado pela interconexão das redes de computadores, no qual as informações comunicadas são de natureza digital e as relações desembocadas no virtual.¹⁰⁰

Ribeiro utiliza a ideia de virtual de Lévy para analisar sob o ponto de sociabilidade e afirma que o ciberespaço:

É um não-lugar, um lugar sem espaço, um espaço de alucinação consensual, um espaço de comunicação pura, um espaço virtual no qual as relações construídas sem a presença do corpo físico, e, portanto, vivenciadas unicamente através das construções imaginárias dos cibernautas, gerando novas formas de interações mediadas pela presença do computador.¹⁰¹

Desse modo, no entendimento de Fragoso, o virtual se apresenta como o mais recente desenvolvimento de uma linhagem de tecnologias de comunicação cuja principal intenção é propiciar ao receptor a ilusão de estar na presença imediata do objeto da representação.¹⁰² Ou seja, a ideia principal de produzir um novo espaço de interação advém de um ambiente imaginário criado na mente humana, um ambiente abstrato, nunca físico, mas que produz resultados no mundo real.

Talvez ainda não estejamos na condição de coisa ou representação, totalmente refém das novas tecnologias e sendo servo desta como um objeto irracional. Mas certamente esse

⁹⁹ Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/prizes-and-celebrations/international-day-for-universal-access-to-information/>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁰⁰ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo. p. 111.

¹⁰¹ RIBEIRO, José Carlos. **Um breve olhar sobre a sociabilidade no ciberespaço**. In: LEMOS, André; PALACIOS, Marcos. **As Janelas do Ciberespaço**. Porto Alegre: Sulina, 2001. p. 88.

¹⁰² FRAGOSO, Suely. **Realidade Virtual e Hipermídia - somar ou subtrair?** São Leopoldo: Cyberlegenda n. 9, 2002. Disponível em: <http://www.uff.br/mestcii/sueli1.htm>. Acesso em: 1 nov. 2019.

futuro não é tão distante como pudesse imaginar uma pessoa da primeira metade do século XX. No desatino de Gibson:

Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças aprendendo altos conceitos matemáticos...Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de dados de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz abrangendo o não-espço da mente; nebulosas e constelações infindáveis de dados. Como marés de luzes da cidade.¹⁰³

Deixamos de viver o mundo real, para viver o mundo virtual. Quantas vezes em celebrações natalinas ou no Ano Novo, a matriarca já solicitou que guardássemos o celular para “aproveitar o momento em família”? Exemplo como esse demonstra que o ciberespaço é uma realidade latente.

Por questões de segundos nos desconectamos de quem está ao nosso lado para disponibilizar toda a nossa atenção para uma tela de *laptop* ou mesmo para responder perguntas do assistente virtual de um *smartphone*. Talvez a máxima de Aristóteles¹⁰⁴ não possa ser aplicada na atualidade, pois está cada vez mais próximo o momento em que a vida imitará a arte, arte essa narrada no livro *Neuromancer*.

O professor André Lemos, da Universidade Federal da Bahia, denomina esse novo momento de relações interpessoais a partir de uma conectividade surgida com a rede mundial de computadores de “cibercultura”. Para ele, a cibercultura está afetando e reconfigurando todas as áreas da cultura contemporânea e conclui dizendo que:

O ciberespaço é um espaço sem dimensões, um universo de informações navegável de forma instantânea e reversível. Ele é dessa forma um espaço mágico; já que caracterizado pela ubiquidade, pelo tempo real e pelo espaço não físico. Todos esses elementos são característicos da magia como manipulação do mundo. Assim, a cibercultura nada mais é do que a cultura contemporânea em sua interface com as novas tecnologias de comunicação e informação, ela está ligada as diversas influências que estas tecnologias exercem sobre as formas de sociabilidade contemporânea.¹⁰⁵

Depreende-se da lição do referido professor que, não sendo então um território propriamente dito, o que mais interessa nesse ambiente é a localização da informação, tendo em vista ser esta a indicação do território, sendo preciso considerar ainda que, em diversos casos, os crimes realizados nesse ambiente virtual têm caráter

¹⁰³ GIBSON, William. **Neuromancer**. 3. ed. São Paulo: Aleph, 2003, p. 67.

¹⁰⁴ “A arte imita a vida” é uma frase atribuída Aristóteles (Estagira, 384 a.C. – Atenas, 322 a.C.), adaptada de sua frase original “A arte imita a natureza”, do seu livro *Física, Livro II*.

¹⁰⁵ LEMOS, André. **As estruturas antropológicas do ciberespaço**. Salvador: texto produzido para os seminários do grupo Cyberpesquisa/Facom-UFBA, 1996, p. 1 Disponível em: www.facom.ufba.br/ciberpesquisa. Acesso em: 7 nov. 2019.

transnacional, fato esse que vem a exigir dos países maior compromisso para combater esse tipo de criminalidade.

Desse modo, além da dificuldade para delimitar o território dentro do ciberespaço, outro desafio é identificar por quantos pontos (países) esse indivíduo passou na realidade virtual, já que os crimes digitais podem ser realizados de forma parcial em vários locais do mundo. Para Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas, esse é o grande problema ao se trabalhar com o conceito de jurisdição e territorialidade na internet, já que “[...]a rede de internet é mundial e sem fronteiras e sem donos, torna-se quase impossível para qualquer país, aplicar e executar leis, para regular o denominado ciberespaço”.¹⁰⁶

O autor Celso Valin discorre sobre essa problemática e traz um questionamento:

O grande problema ao se trabalhar com o conceito de jurisdição e territorialidade na Internet reside no caráter internacional da rede. Na Internet não existem fronteiras e, portanto, algo que nela esteja publicado estará em todo o mundo. Como, então, determinar o juízo competente para analisar um caso referente a um crime ocorrido na rede?¹⁰⁷

Dessa forma, como se pode observar, de tudo o que foi exposto pelos autores supracitados, o ciberespaço é, assim, contraditório, mas indispensável. Um ambiente novo, em constante reconstrução e evolução, cada vez mais presente no cotidiano da sociedade, utilizado pelo homem não como um objeto, mas como uma extensão de si. É um território, mas não tem limites geográficos. Onipresente, mas que não pode ser visto e nem tocado. Surgiu nos últimos 50 anos, mas traz reflexões e discussões para temas tratados desde os primórdios do Direito Penal.

4.4 O LUGAR DO CRIME

A identificação do lugar que se considera, para fins jurídicos, como sendo o local onde são cometidos os crimes, comuns ou cibernéticos, possui extrema relevância para determinar a quem compete julgá-lo. Contudo, para o Direito Penal da Informática, é um esforço sobre-humano identificar tal lugar, visto que os crimes cibernéticos ocorrem em um espaço desprovido de fronteiras geográficas, podendo envolver soberanias e interesses de diferentes países

¹⁰⁶ INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 79.

¹⁰⁷ VALIN, Celso. **A questão da jurisdição e da territorialidade nos crimes praticados pela Internet. In Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 115.

Em um crime de latrocínio, por exemplo, em que os atos executórios e a morte ocorrem em locais distintos, mas em território brasileiro, não há maiores complicações, visto que os atos executórios bem como o território ficaram restritos a um território subordinado a uma jurisdição. Contudo, quando envolve jurisdições diferentes, ou seja, quando os atos executórios de um crime ocorrerem em mais de um país, *a quem cabe o jus puniendi?* Apesar dessa última hipótese ser uma exceção no mundo real, na internet, essa é a regra na internet.

Nesse sentido, os crimes cibernéticos, em sua grande maioria, possuem essencialmente esse *modus operandi*: ultrapassam a barreira de jurisdição de uma nação, podendo ser realizado de forma parcial em vários países, obstaculizando concepções clássicas de território e desafiando a soberania do Estado. Como resolver, então, tais conflitos que envolvem temas tão “caros” para a autodeterminação de um Estado, podendo causar conflitos entre países, já que todos querem atuar de forma combatente para resguardar seus bens jurídicos? Conforme leciona Ferreira:

A mobilidade dos dados nos sistemas de informática, que facilita largamente que os delitos sejam cometidos à distância, usando-se um computador num determinado país e ocorrendo os resultados em outro, bem como os atentado às redes de telecomunicações internacionais, que atravessam vários países, o uso indevido de programas importados, a necessidade de proteção dos exportados, tudo isso provocou a internacionalização da questão, que deve ser discutida pelos diversos países para a harmonização das normas penais aplicáveis e de outras medidas de caráter extra-penal.¹⁰⁸

Com efeito, antes de versar sobre a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro e buscar os caminhos que direcionam para uma resposta, é de salutar importância pontuar outras duas teorias que contribuíram para a evolução da concepção de aplicação da lei penal no espaço.

A Teoria da Ação ou da Atividade afirma que o lugar do crime é aquele em que se realizou a ação ou omissão previsto no tipo penal, independentemente do local do resultado, entretanto, doutrinadores como Bitencourt sustentam que o grande defeito dessa teoria reside na “[...] exclusão da atuação do Estado em que o bem jurídico tutelado foi atingido, e, à evidência onde o delito acabou produzindo os seus maiores efeitos nocivos”.¹⁰⁹

A Teoria do Resultado ou do Evento seria o oposto lógico da teoria da ação. Se na primeira, o lugar do crime é onde se realizou a conduta típica, nesta, o lugar do crime é aquele

¹⁰⁸ FERREIRA, Ivette Senise. **A Criminalidade Informática**. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 207-237.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal**,. Op.cit. p. 183.

em que ocorreu o resultado.¹¹⁰ Ou seja, se um ato homicida se der em Salvador, mas a vítima vier a falecer em um hospital de Feira de Santana, será considerado o lugar do crime nesta cidade e não naquela.

Já o Código Penal adotou a Teoria da Ubiquidade para definir o lugar do crime ao preceituar em seu art. 6º: considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nesse sentido, o lugar do crime tanto pode ser o da ação ou omissão, como o do resultado, ou ainda o lugar do bem jurídico atingido.¹¹¹

Desse modo, a lei penal brasileira rege um delito se os atos executórios deste ou a sua consumação ocorrerem em território nacional. O poder de síntese de Nélson Hungria, citado por Bitencourt¹¹², sobre a teoria em questão, é invejável. Segundo ele, para a lei penal ser aplicada é imprescindível apenas que “o crime haja tocado o território nacional.”¹¹³

O Código Penal brasileiro também faz previsão de hipóteses em que o criminoso deve ser processado e julgado no Brasil, mesmo tendo sido cometido o delito em país estrangeiro, constituindo exceções ao princípio geral da territorialidade. As hipóteses são a da extraterritorialidade incondicionada e da extraterritorialidade condicionada.

Extraído do art. 7º, I, do CP, a extraterritorialidade incondicionada prevê que a lei brasileira será aplicada sem qualquer condicionante, na hipótese de crimes praticados fora do território brasileiro, ainda que o indivíduo tenha sido julgado no estrangeiro, nos seguintes crimes: 1) contra a vida ou a liberdade do presidente da República; 2) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, Território, Município, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; 3) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; 4) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

Já a extraterritorialidade condicionada, extraída do art. 7º, II, prevê que a lei brasileira será aplicada nas hipóteses em que: 1) por tratado ou convenção, o Brasil obrigou-se a reprimir; 2) praticados por brasileiro; 3) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados;

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p. 223.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p. 223

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p. 228

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p. 229

Luiz Otávio de Oliveira Rocha converge no mesmo entendimento do ministro Gilmar Mendes, mas sua ponderação leva em consideração o panorama mundial:

Longo é o caminho a percorrer para que a repressão internacional alcance o avançadíssimo estágio em que se encontra a delinquência organizada, sendo poucos os que duvidam que os instrumentos penais tradicionais e as clássicas técnicas de investigação não servem para fazer frente a um fenômeno criminal de tais características e dimensões, e que não é possível enfrentar a criminalidade moderna de grandes proporções, informatizada ou digital, com o Direito Penal e processual clássicos [...]. Pensar de outra forma é o mesmo que comparar os meios de comunicação e transporte do século passado com os atuais.¹¹⁴

Hipoteticamente, se um arquivo com vírus for enviado de um computador situado em um país A e ato contínuo for alastrado por provedores situados no país B e C, com repercussão dos seus prejuízos em sistema computacionais do país D, qual das três teorias citadas deve ser utilizada para determinar qual o país soberano para julgar e processar esse delito? País A, onde o autor do crime estava fisicamente presente? Países B e C, de origem dos provedores que disseminaram o arquivo? Ou no país D, onde o prejuízo e suas provas podem ser facilmente identificados?

Extraí-se, então, da abordagem realizada sobre as características dos crimes cibernéticos em que a Teoria da Ubiquidade não é a melhor alternativa para determinar o Estado que julgará determinado delito, mostrando-se ultrapassada para a era globalizada.

Esse dilema também é suscitado pelo professor Colli, ao lecionar que:

Apesar da teoria da ubiquidade resolver o problema quanto à definição do *locus commissi delicti* – considerando como lugar do crime tanto o de sua ação ou omissão como o de seu resultado –, em um eventual conflito de competência referente a um cibercrime, a questão deve ser analisada com maior atenção. E isto se deve ao fato de que em uma infração penal desta natureza podem existir diversos critérios a orientar o local onde, de fato, houve a consumação. Dentre estes critérios pode-se citar: a) local onde se encontrava o sujeito ativo do crime (quem, por exemplo, publica um vídeo de pornografia infantil na rede); b) local onde se encontrava o sujeito passivo do crime (quem visualiza aquele vídeo); c) o local do servidor que armazena o vídeo (tendo em vista que é ali que estão os dados acessados); d) ou ainda, não há como se estabelecer onde ocorreu a infração, pois ocorrida em ambiente que não possui locus definido (intangibilidade online).

Apesar de excepcionalmente existir a possibilidade de punição dos atos preparatórios de um crime no Brasil, adota-se a regra de que apenas os atos executórios serão punidos. Desse modo, é pacífico entre os juristas a necessidade de uma cooperação penal internacional entre os Estados para prever e punir aquelas condutas cibernéticas que violem

¹¹⁴ A vigência da Lei penal no espaço: efeitos da globalização. In: **Estudos de Direito Penal – Aspectos práticos e polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-57.

bens jurídicos de mais de um país. Para o professor Spencer Toth Sndow, é de fundamental importância a existência desse comportamento cooperativo, pois ajudaria também na coleta de provas, uma vez que os vestígios deixados no computador podem ser facilmente destruídos:

Se o local em que os efeitos do crime foram sentidos for diverso do local da prática delincente, é de se verificar se há algum modo de fazer com quem o delinquente seja investigado, coibido e punido, pois muitos países ainda não possuem legislação própria no sentido penal para o tema; outro problema é o fato de que, com a demora no encontro do delinquente ou da máquina utilizada, diversos vestígios foram destruídos ou não foram adequadamente preservados.¹¹⁵

¹¹⁵ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes Informáticos e sus vítimas**. Toth Sydown. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 200155. – (Coleção saberes monográficos/coordenadores Aice Bianchini e Luiz Flávio Gomes). p. 52

5 JOGOS DE APOSTAS *ON-LINE*

Apesar da existência de vários outros crimes informáticos que poderiam ser utilizados para compreender a dificuldade para a aplicação da lei penal no ciberespaço, as apostas esportivas se destacam nessa seara, ao passo que, além do esporte ser uma paixão do brasileiro, a referida conduta utiliza-se de uma brecha na lei para “driblar” o princípio da territorialidade. Assim, o Direito Penal brasileiro encontra extrema dificuldade em conter uma contravenção penal impulsionada de forma pública em páginas na internet, *outdoor* e propagandas televisivas.

5.1 JOGOS DE AZAR

Destarte, apesar de ser um tema rico para uma outra oportunidade, não é o objetivo deste trabalho desenvolver uma exposição sobre as consequências tributárias sofridas pelo Brasil pela não regulamentação dos jogos de apostas virtuais. Contudo, visto que os diferentes ramos das Ciências Jurídicas se inter-relacionam, é importante pontuar que, em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, as apostas virtuais movimentaram mais de 2 bilhões de reais no ano de 2018, sem nenhum tipo de tributação. Desse modo, depreende-se a extrema importância e urgência em discutir o assunto na seara do Direito Penal.

Juridicamente, a Lei de Contravenções Penais define o jogo de azar como sendo aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva e principalmente da sorte – as apostas sobre a corrida de cavalos fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; as apostas sobre qualquer outra competição esportiva. Ou seja, a característica fundamental dos jogos de azar é a inexistência de parâmetros para a tomada de decisões, de modo que o resultado depende única e exclusivamente do acaso.

Desse modo, jogo de azar é uma atividade em que o sujeito compromete um bem ou um valor financeiro de um evento futuro para o qual o resultado não depende das ações de si, ou seja, experiência e habilidade possuem seus papéis limitados, sendo a causalidade o grande protagonista do resultado.

Em pesquisa realizada pelo Programa Ambulatorial do Jogo Patológico do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, acredita-se que mais de 2 milhões de brasileiros são

dependentes do jogo, se tornando a terceira dependência mais comum no Brasil, apenas atrás do álcool e do tabaco.¹¹⁶

Nesse sentido, é o entendimento de Duarte:

Diz-se jogo de azar porque o resultado não depende do exercício de habilidades – diversamente do que ocorre com outros jogos: xadrez, futebol, esgrima etc. No jogo de azar o apostador fica na exclusiva dependência do acaso. Em regra, não se vence no jogo e ganhar é exceção. Daí advém a expressão que se tornou usual para identificar essa espécie de jogo.¹¹⁷

A tipificação do jogo de azar no Brasil é datada de 1941 com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 3.688/1941, mas a sua cultura remete a um tempo mais longínquo. As primeiras evidências da presença dos jogos de azar na sociedade são datadas de 4.000 a.C. na sociedade egípcia em pinturas rupestres, nas quais homens brincavam jogando ossos de tornozelo de alguns animais, como ovelhas, cervos e bubalino, evidenciando, assim, o precursor do jogo de dados de seis faces. Entre as descobertas mais importantes dos historiadores está um complexo jogo de tabuleiro com dados encontrado na tumba do faraó Tutancâmon datado de 1300 a.C. Já no Brasil, a exploração dos jogos de azar iniciou no Rio de Janeiro em 1808.

Nessa seara, o ambiente virtual não ficaria imune de uma cultura que acompanha o homem desde os primórdios da sua existência, impulsionado ainda pela sociedade essencialmente mercantil, fruto da era capitalista. Desse modo, apesar de parecer uma cultura do homem contemporâneo, a prática dos jogos de azar remete aos homens da Antiguidade. Nesse sentido, Pereira de Mello afirma:

Apesar dos jogos de azar terem assumido formas diferentes em contextos sociais históricos e geograficamente distintos, isto não altera o fato fundamental da prática dos jogos ter sido experimentada em todo tipo conhecido de sociedade, desde a mais primitiva até a mais complexa. O avanço do racionalismo não provocou nenhum declínio significativo das taxas sociais de prática dos jogos de azar. Até mesmo numa cultura racionalista e pragmática como a da Inglaterra é bastante alta a proporção de pessoas que regularmente aposta em alguma forma de jogo de azar: cerca de 46% da população adulta segundo os registros de 1944. A ideia essencial do acaso e da sorte como elementos de decisão estão presentes nas mais arcaicas manifestações da consciência humana como atestam os primitivos registros das religiões mais antigas.¹¹⁸

¹¹⁶ Disponível em: <http://viraojogo.org.br/portal/jogos-de-azar/>. Acesso em: 8 nov. 2019.

¹¹⁷ DUARTE, Davi de. Loterias no Brasil. Disponível em: <https://docplayer.com.br/17938922-Loterias-no-brasil-legalidade-e-ilegalidade.html>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹¹⁸ PEREIRA DE MELLO, Marcelo. **Criminalização dos Jogos de Azar**: A história social dos jogos de azar no Rio de Janeiro (1808-1946). Curitiba: Juruá, 2017. p. 98.

Fato é que os jogos de azar estão presentes na sociedade contemporânea, provocando impactos no imaginário popular por sua promessa de enriquecimento e, apesar de serem vistos pela maioria das pessoas como uma forma de diversão e entretenimento, tal prática pode levar o jogador à falência sem ele perceber.

5.2 AS APOSTAS ESPORTIVAS *ON-LINE*

Impulsionado pela competitividade e pelo instinto de superação natural do homem que, em outra era foi visto em guerras e conflitos, a sociedade pós-moderna encontrou no jogo de aposta esportiva o ambiente perfeito para saciar o impulso primitivo de competir. Nesse diapasão, o Brasil, reconhecido mundialmente por sua paixão ao esporte e por ser celeiro de grandes desportistas, desponta como um país propício para a prática e disseminação do jogo.

Dessa forma, a aposta virtual esportiva é mais uma inovação proveniente da globalização e revolução tecnológica e consiste em apostar uma quantia monetária em um resultado futuro de um evento esportivo, com o objetivo de lucrar com aquele prognóstico. Utilizando o futebol como exemplo, o apostador escolhe alguma das inúmeras possibilidades, por exemplo, quantos escanteios um time terá durante um jogo ou o placar final de qualquer partida no mundo. Se acertar, terá o valor apostado multiplicado pela probabilidade daquele resultado (denominado “cota”).

Enquanto o Brasil vive uma odisséia legislativa pela legalização dos jogos de azar, em vários países do mundo as apostas acontecem de forma frenética e são incentivadas pelo Estado, por constituírem uma fonte de grande importância para arrecadação impostos para o governo.

A história da legalização dos jogos de azar no Brasil perpassa três momentos importantes. Tudo começou em 1946, quando o então presidente da República Eurico Gaspar Dutra, movido religiosamente pelo sentimento da tradição moral conservadora, assinou o Decreto-Lei nº 9.215 que restaurou a vigência do art. 50º na Lei de Contravenções Penais para proibir qualquer tipo de jogo de azar no país. Contudo, décadas depois veio a legalização momentânea dos jogos de bingo. Assim, com o objetivo de arrecadar recursos para incentivar financeiramente o esporte amador, foram criadas duas leis para legalizar e tributar os jogos: a de nº 8.6725/93, mais conhecida como Lei Zico; e a de nº 9.615/98, mais conhecida como Lei Pelé.

Com isso, por quase 10 anos, as casas de bingo foram legais no Brasil, contudo, ambos os decretos foram revogados em 2004. Atualmente, há uma proposta de 2018, do ex-presidente Michel Temer, pendente de regulamentação que trata da legalização das apostas esportivas. Desse modo, ainda vigora no país a norma editada em 1946 que proíbe os jogos de azar em território nacional.

Entretanto, em uma simples busca na internet é possível encontrar vários *sites* de apostas esportivas operando de forma normal. Como isso é possível? Por que eles não são retirados do ar? Para responder tais questionamentos, é imprescindível compreender o *modus operandi* da aposta esportiva por meio da internet para, então, compreender como esse mercado passa ileso dos preceitos contidos na Lei de Contravenções Penais.

5.2.1 *MODUS OPERANDI* E O PROBLEMA PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

São inúmeras as plataformas *on-line* que oferecem esse tipo de serviço no Brasil, a exemplo da SportingBet, Bet365, Betfair etc. Atualmente, há aproximadamente 400 *sites* de jogos de aposta que operam no país.¹¹⁹ Para criar uma conta, o interessado deve acessar o *site* dessas empresas, realizar um cadastro simples e depositar qualquer valor por boleto ou transferência bancária. Após esse cadastro inicial, o interessado terá inúmeras possibilidades para apostar de forma única ou conjugada em diversas modalidades esportivas, como futebol, basquete, tênis, vôlei, boxe e natação.

Apesar de ser um exercício de futurologia, as cotas nas apostas esportivas atribuídas a cada valor baseiam-se no histórico de desempenho que aquele time ou esportista tem em relação ao seu adversário, ou seja, quanto maior o favoritismo do time ou esportista, menor será a cota da aposta e, automaticamente, menor será o prêmio do apostador.¹²⁰

¹¹⁹ Disponível em <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/mercado-brasileiro-de-apostas-on-line-pode-movimentar-r-67-bilhoes-ao-ano/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹²⁰ Exemplo de aposta no Sportingbet: Na partida entre Leganés x Barcelona pelo Campeonato Espanhol de futebol que ocorreu no dia 23 de novembro de 2019, a cota para vitória do Leganés estava em 7.50 e para a vitória do Barcelona estava em 1.36. Assim, se o interessado apostar R\$ 10,00 na vitória do Leganés, o possível ganho seria de R\$ 75,00, enquanto se apostasse o mesmo valor na vitória do Barcelona, o possível ganho seria de apenas de R\$ 13,60. Nos últimos seis jogos entre as equipes, o Barcelona venceu cinco e perdeu apenas um. Ou seja, há um favoritismo do Barcelona com

Vale ressaltar que muito tem se discutido se o jogo de aposta esportivo é de fato um jogo de azar, já que existem probabilidades diferentes do que um jogo de dados, por exemplo, em que a chance de uma face cair virada para cima é a mesma para as outras cinco faces. Os defensores de tal teoria sustentam que no jogo de futebol, por exemplo, as probabilidades são muito mais palpáveis comparado com um jogo de azar, já que pode ser levada em consideração a qualidade dos jogadores, o histórico de vitória ou o fator de jogar em seu estádio ou não. Por exemplo, a chance de o Botafogo do Rio de Janeiro vencer uma partida contra o Barcelona da Espanha é irrisória. Entretanto, não queremos discutir um assunto que já está sendo abordado em outras frentes de pesquisa. Para o presente trabalho, acreditamos que a aposta esportiva é uma espécie do jogo de azar, pois baseia-se em parâmetros incertos para prever um resultado.

Nesse sentido, segundo o advogado e professor da Fundação Getúlio Vargas, Pedro Trengrouse, o mercado brasileiro de jogos de aposta no esporte movimentava anualmente cerca de 9 bilhões de reais, quantia essa que se fosse tributada, geraria para o governo 30% desse valor, ou seja, 2,7 bilhões de reais em impostos.¹²¹ E a tendência dos valores para os próximos anos são ainda maiores. Na minuta do projeto em tramitação no Congresso Nacional do ex-presidente Michel Temer, se regulamentado, estima-se que as apostas esportivas movimentarão mais de 15 bilhões de reais ao ano.

Todo esse gigantesco mercado só consegue operar em virtude de uma brecha existente em um decreto-lei, datado da primeira metade do século XX, que não acompanhou as inovações oriundas da globalização e da Revolução Tecnológica.

Pois bem, as apostas então acontecem da seguinte forma: o apostador escolhe todas as suas opções de resultados, envia para o servidor da empresa e a aposta será efetivada apenas em território estrangeiro, quando o servidor recebe e processa os dados. Acontece que, mesmo estando o interessado fisicamente no Brasil, a conduta de realizar uma aposta esportiva por meio da internet não acontece em território nacional. Isso só é possível porque os provedores das empresas

base no retrospecto dos confrontos entre as equipes, mas isso não é nenhuma certeza de resultado, muito pelo contrário, o esporte é muitas vezes lembrado por seus resultados inesperados. Disponível em: <https://livebetting.sportingbet.com/pt-br/live#/9309019>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹²¹ Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2019/02/com-lei-brasil-mira-filao-das-apostas-esportivas-online.html>. Acesso em: 20 ago. 2019.

fornecedoras desses serviços estão sediados em países como Costa Rica, Gibraltar e Ilhas Mann, nos quais o jogo de aposta é legalizado.

Pelos ensinamentos de Pedro Trengrouse:

Conseguem operar por terem seus servidores sediados em outros países, nos quais o jogo é legalizado, como Costa Rica, Gibraltar, Ilhas Mann, Curaçao... Estes sites abrem uma conta-corrente no Brasil, o que é legal, para depósitos de apostas e pagamentos de prêmios. Mas a aposta só é feita quando os dados são remetidos para o servidor internacional. Na prática, a aposta é feita em solo estrangeiro. É a mesma coisa que um brasileiro usar seu cartão de crédito para apostar nos cassinos de Las Vegas e pagar a fatura depois no Brasil.¹²²

Desse modo, é curioso observar que as empresas seguem regimentos internacionais mesmo com os seus *sites* em língua portuguesa, sendo acessados por brasileiros e disponibilizando eventos esportivos sediados no Brasil. Nesse sentido, é possível encontrar com facilidade na página principal do SportingBet o seguinte aviso:

ElectraWorsk Limited, o provedor deste site, é licenciado pelo Governo de Gibraltar e regulado pelo Comissário de Jogos de Gibraltar sob a Lei de Aposta de 2005. Electra Works Limites A recebeu uma licença de probabilidades fixas (RGL nº 051) e licença de casino (RGL N0.50) para a operação de jogos remotos.¹²³

É como se um indivíduo estivesse fisicamente no Brasil e, por meio de um aparelho eletrônico, enviasse para um robô, que está dentro de um cassino em Atlantic City, no estado de Nova Jersey, um comando para apertar o botão do caça-níquel. Ou seja, a conduta não é típica, pois a lei penal dos Estados Unidos, que rege os atos naquele território, autoriza tal prática. Mais uma vez, a concepção de mundo real e território físico cede espaço para o mundo virtual e o ciberespaço, ao passo que, apesar de estar fisicamente em território nacional, as condutas do apostador na verdade estão sendo executadas em outro país. Frente a essa inércia do legislador pátrio, as empresas utilizam-se de um detalhe sutil, que será abordado a seguir, para expandir os seus mercados e passarem ilesos da fiscalização.

¹²² Disponível em: <https://oglobo.globo.com/esportes/o-drible-eletronico-dos-sites-de-apostas-na-lei-brasileira-18956344>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹²³ Disponível em: <https://sports.sportingbet.com/pt-br/sports>. Acesso em: 10 out. 2019.

5.2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO ANACRÔNICO

A Lei de Contravenções Penais, além de tipificar em seu art. 50º a prática do jogo de azar como sendo uma contravenção penal, prevê em seu art. 2º que a lei brasileira será aplicada para contravenções praticadas em território brasileiro, ou seja, rege-se pelo princípio da territorialidade, *in versus*: “Art. 2º A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”.

Ou seja, em sentido inverso, não será possível a aplicação da mencionada lei para as condutas práticas no território internacional. O que se observa então é uma norma ultrapassada e condizente que não poderá ser aplicada às novas condutas praticadas na rede mundial de computadores, uma vez que os crimes cibernéticos possuem a transnacionalidade como característica principal.

Para pulverizar qualquer dúvida que possa surgir, não é objetivo desta pesquisa discutir ou colocar em descrédito o princípio da territorialidade adotado pelo ordenamento pátrio. Pelo contrário, é de suma importância a consolidação da soberania do Estado em seu território, contudo, o Brasil não pode ficar inerte das demandas de uma nova era. Como mostraremos adiante, grandes países vêm discutindo há mais de 20 anos formas para enfrentar o crime cibernético, com a troca de informações, alinhamento de legislação ou cooperação para colheita de provas, ao passo que, por tudo o que já foi exposto, é indiscutível que qualquer país está fadado ao insucesso, caso queira combater esse mal de modo autônomo. Dessa forma, não se espera e nem é o nosso desejo o abandono completo pelo Brasil das suas concepções clássicas do Direito Penal, entretanto, é imperioso que se alie às boas práticas internacionais para enfrentar um delito transfronteiriço.

Já que o princípio da territorialidade não se aplica ao caso, poderia então ser aplicado o princípio da extraterritorialidade, já que a possível “conduta ilícita” foi cometida por brasileiro no estrangeiro. As hipóteses da extraterritorialidade são as seguintes, *in versus*:

Art. 7º: Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

I - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

II - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

b) houve requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

Pena cumprida no estrangeiro (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

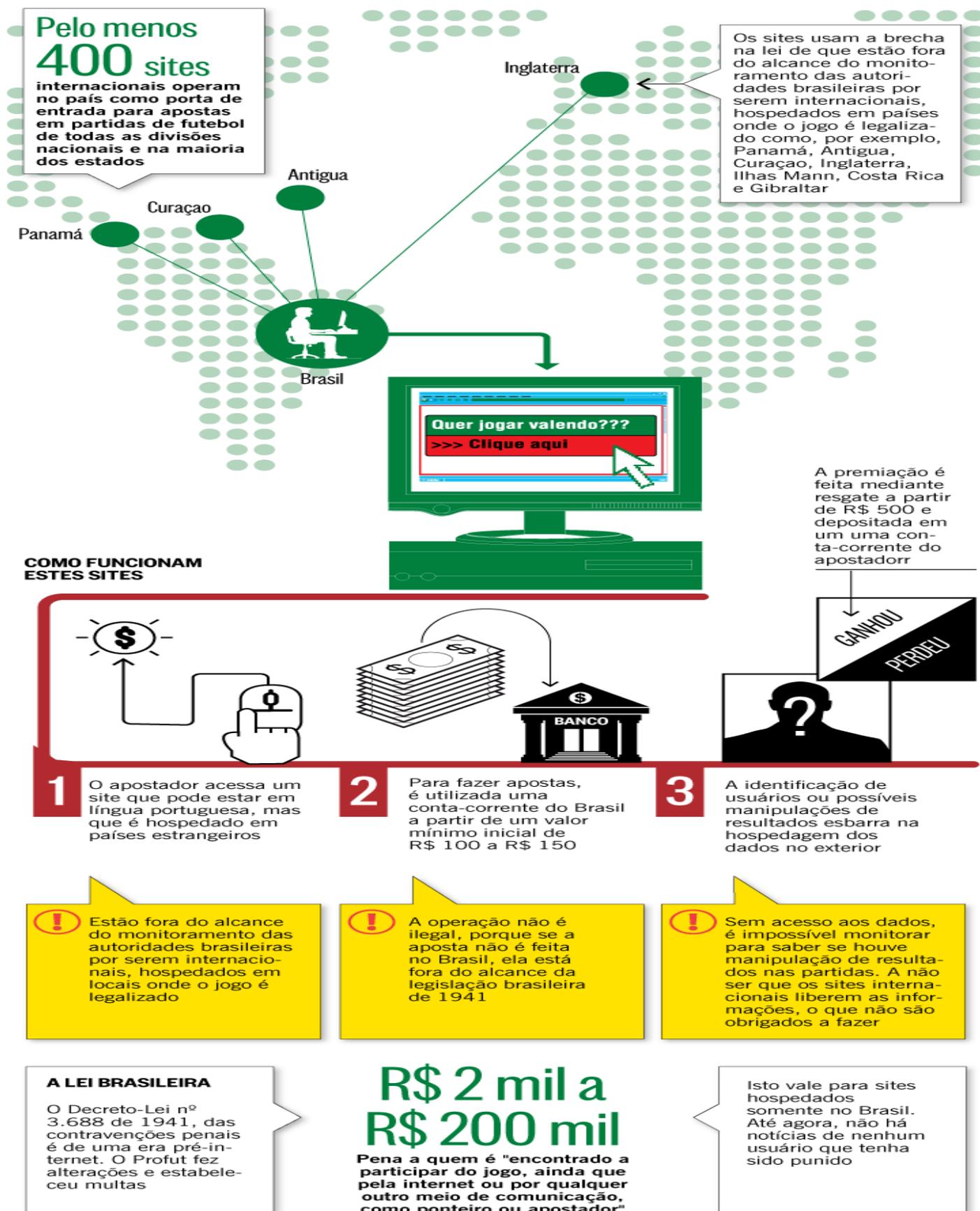
Pela leitura do art. 7º do Código Penal, em seu inciso I, não é possível extrair nenhuma previsão para enquadrar a conduta, pois não há lesão a nenhum bem jurídico elencado. Além disso, o *iter criminis* não é punido no Brasil, de modo que não existe nenhuma ilegalidade na abertura e transferência/dépósito de valores entre a conta-corrente do apostador e da casa de aposta. No mesmo sentido, conforme o inciso II, alínea a, se o país fosse signatário da Convenção de Budapeste, tal conduta poderia ter um tratamento diferenciado, já que teria previsão de cooperação internacional e alinhamento de interesse dos países. Por fim, o jogo de aposta virtual é considerado fato atípico nos país em que foi praticado, ao passo que não preenche o requisito do no inciso II, alínea b.

Desse modo, assim como na mitologia grega, em que Hércules, filho do Deus Zeus e da mortal Alcmena, era reconhecido por sua força sobre-humana, os operadores Direito Penal brasileiro, mais precisamente na seara informática,

germinado de um processo de globalização constante, se deparam com o desafio árduo de aplicar a lei penal em um espaço que possui características diversas daquelas escritas em 7 de dezembro de 1940.

O *site* O Globo, por meio de sua editoria de arte, criou um infográfico para ilustrar como acontece o jogo de aposta esportivo na rede mundial de computadores, bem como faz algumas observações legais já mencionadas (Figura 1).

Figura 1 – Modus operandi do jogo de aposta virtual



Fonte: Editoria de Arte do Grupo O Globo. Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/esportes/periplo-online.html>. Acesso em: 17 nov. 2019

5.3 A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A revolução nas tecnologias da informação operou mudanças fundamentais na sociedade, conferindo novos contornos a quase todos os aspectos das atividades do homem¹²⁴. Assim, as condutas humanas que outrora ficavam restritas a uma região ou a um país, recebem uma nova concepção pelo advento da internet ao atingir e causar transformações em questões de segundos na vida de pessoas espalhadas pelo mundo todo. Nesse sentido, a minuta do relatório explicativo da Convenção de Budapeste traz a importância desse documento para o combate às novas formas de criminalidade na sociedade pós-moderna, ao abordar os desafios dos clássicos conceitos jurídicos, face às novas tecnologias, pois:

O fluxo de informações e das comunicações, a nível mundial, é agora substancialmente mais fácil. As fronteiras já não constituem um limite para este fluxo. Cada vez mais, os autores dos crimes encontram-se em locais diferentes daqueles em que os seus actos produzem efeitos. No entanto, as legislações nacionais estão geralmente confinadas a um território específico. Assim sendo, impõe-se que as soluções para problemas que se colocam sejam abordadas por uma legislação internacional, pelo que se requer a adopção de instrumentos jurídicos de âmbito internacional. A presente Convenção propõe-se responder a este desafio, atribuindo o devido respeito aos direitos do Homem no seio da nova Sociedade da Informação.¹²⁵

Nesse diapasão, a Convenção de Budapeste é um tratado internacional da seara penal do Direito. O documento foi o resultado de anos de estudos e reflexões da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico e do G8, que tinha como objetivo o combate ao cibercrime por meio de uma proposta de uniformização da legislação penal dos futuros países signatários do tratado.

Em seu preâmbulo, a própria Convenção prioriza que:

- Convictos da necessidade de prosseguir, com carácter prioritário, uma política criminal comum, com o objectivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adopção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional;
- Conscientes das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas;

124

Disponível

em:

<https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portugese-ExpRep.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

125

Disponível

em:

<https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portugese-ExpRep.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

- Preocupados com o risco de que as redes informáticas e a informação electrónica, sejam igualmente utilizadas para cometer infracções criminais e de que as provas dessas infracções sejam armazenadas e transmitidas através dessas redes;
- Reconhecendo a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada no combate à cibercriminalidade, bem como a necessidade de proteger os interesses legítimos ligados ao uso e desenvolvimento das tecnologias da informação;
- Acreditando que uma luta efectiva contra a cibercriminalidade requer uma cooperação internacional em matéria penal acrescida, rápida e eficaz.

126

Oscar Morales García sintetiza o objetivo do Conselho da Europa sobre cibercrime ao afirmar que:

Certamente, a denominada Sociedade da Informação nasce ao abrigo das tecnologias [...]. A questão, então, está em determinar o alcance das transformações e efetuar prognósticos ponderados sobre o que virá e sobre os riscos, tomando como ponto de partida os interesses fundamentais neste novo marco de relação. Somente assim é possível aventurar-se a conclusões sobre a necessidade de intervenção do Direito Penal em um setor emergente e de aparência caótica, no qual ainda não há penetrado com decisão os instrumentos primários de regulação [...] Do mesmo modo, só assim, saberemos até que ponto as normas penais existentes são suficientes ou reclamam uma urgente modificação e adaptação das tecnologias existentes. Sob esta lógica nasce o que até o momento é o projeto legislativo mais ambicioso em matéria de delinquência associada ao uso das tecnologias da informação e comunicação, isto é, a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cybercrime.

Elaborado em 23 de novembro de 2001, na Hungria, a Convenção já foi assinada por 46 Estados e ratificada por 28 nações. Além de países integrantes da União Europeia, países como Canadá, Japão e Estados Unidos também já ratificaram o tratado sobre o cibercrime. O Brasil não ratificou o tratado apesar de existir um projeto de lei com tramitação no Congresso com esse objetivo, ou que utiliza a Convenção como parâmetro para tratar sobre o combate ao cibercrime.

O documento possui 48 artigos e é dividido em quatro capítulos: o primeiro capítulo dispõe sobre questões relacionadas à tipificação de novas condutas cibernéticas, tais como: acesso ilícito, interceptação ilícita, interferência nos dados, interferência nos sistemas, utilização indevida de equipamentos; o segundo capítulo trata do Direito Processual Penal, fazendo um enfoque maior reativas às provas; o terceiro capítulo versa sobre a importância das ações de cooperação internacional; o

¹²⁶ Convenção de Budapeste. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

quarto e último capítulo dispõe sobre as cláusulas de acordo e condições comuns aos tratados internacionais.

No tocante ao seu conteúdo, é importante destacar, para fins de estudos relacionado ao tema da presente pesquisa científica que, no primeiro capítulo, ao versar sobre a tipificação de novas condutas na internet, não é exigido que o país signatário copie integralmente os seus preceitos, mas sim possa elaborar sua legislação penal tendo a Convenção como modelo. Esse entendimento possibilita uma uniformização face ao caráter transnacional dos crimes cibernéticos, de modo a evitar que uma conduta seja típica em um país e não o seja em outro.

Sérgio Marcos Roque elenca algumas mudanças ocorridas na legislação penal de países signatários da Convenção de Budapeste, dentre as quais:

- A Alemanha, que em 1986, promulgou lei contra criminalidade informática que contempla os delitos de espionagem e falsificação de dados e a fraude eletrônica;
- Áustria, que na lei de reforma do Código Penal, de 22/12/1987, previu delitos de destruição de dados (art.126) e fraude eletrônica (art. 148);
- A França, que na lei 88-19 de 05/01/1988, dispõe sobre acesso fraudulento a sistema de elaboração de dados (462-2); sabotagem (462-3); destruição de dados (462-4), falsificação de documentos eletrônicos (462-5) e uso de documentos informatizados falsos (462-6);
- Os EUA, que adotaram o ato federal de abuso computacional, que modificou o ato de fraude e abuso computacional de 1986, direcionada a atos de transmissão de vírus¹⁸⁴.
- Portugal, com a edição da lei 109, de 17/08/1991 (lei da criminalidade informática);
- Itália, que pela lei n. 547, de 23/12/1993, introduziu no Código Penal novas figuras relacionadas ao computador, ampliadas pela convenção de Budapeste sobre Cibercrime.¹²⁷

Enfim, a Convenção de Budapeste surge como o primeiro documento no mundo a tratar sobre o cibercrime, ao transcender os interesses particulares de cada Estado, combatendo assim as infrações relacionadas aos cibercrimes, facilitando a detecção, investigação e repressão de tais delitos, tanto a em âmbito nacional quanto internacional, e fornecendo mecanismos de rápido e confiável cooperação internacional, além de representar uma novo momento na legislação penal internacional, pois é evidente a necessidade de uma cooperação internacional para tratar de um tema que transcende as fronteiras geográficas de um país.

O Brasil, conforme já pontuado anteriormente, não ratificou o tratado. Entretanto, tramita nas casas legislativas projetos de lei que visam implementar

¹²⁷ ROQUE, Sérgio Marcos. **Crimes de Informática e investigação policial**. Revista Justiça Penal, n. 7, Jacques de Camargo Penteado (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 311.

normas condizentes com as legislações internacionais atinentes aos crimes cibernéticos. O projeto de lei do Senador Azeredo número 76/2000 é a iniciativa que mais se aproxima das diretrizes preconizadas pela Convenção de Budapeste. Contudo, está longe de ser uma unanimidade entre os congressistas por conter pontos polêmicos, a exemplo do art. 22 que obriga os provedores armazenarem dados por três anos e uma criminalização desfreada, a exemplo de tipificar o fato do cidadão comum transportar arquivos em mídia de CD ou pen drive.

Diante da importância da Convenção de Budapeste na seara internacional, a fim de uniformizar a legislação penal internacional face ao caráter transfronteiriço do ciberespaço e pela necessidade de o Brasil se alinhar com as boas práticas internacionais de combate ao cibercrime, é imprescindível a ratificação do tratado pelo Congresso Nacional ou um trabalho legislativo que utilize o mesmo como um parâmetro a ser seguido.

5.4 DECISÕES DE TRIBUNAIS ACERCA DA DELIMITAÇÃO DA JURISDIÇÃO NOS CRIMES TRANSFRONTEIRIÇOS

Algumas decisões judiciais, retiradas do trabalho realizado pelo Ministério Público Federal¹²⁸, são emblemáticas, pois exemplificam a dificuldade em identificar o lugar do crime no ciberespaço, os argumentos favoráveis ou contrários utilizados pelas partes para a escolha da jurisdição que lhe é mais favorável, bem como as decisões e os fundamentos utilizados pelos juízes para delimitar a quem compete julgar referida conduta.

O primeiro caso é o da Yahoo. Um indivíduo residente na França utilizava um *site* sediado nos Estados Unidos para vender objetos nazistas para o mundo todo. Desse modo, a justiça francesa entendeu que, apesar de o provedor estar sediado no país americano, o Yahoo! da França possuía a obrigação de impedir o acesso de todos os usuários da França àquele *site*, sob o argumento de que a lei francesa proíbe a exibição de objetos nazistas, de forma que o fato de os cidadãos franceses poderem ver esses itens à venda violaria as leis internas do país. Na decisão, o juiz Gomez alegou que a conduta da Yahoo! estava produzindo efeitos no território e na população francesa e que todos os domínios do *site* deveriam ser desativados. Em resposta, a

¹²⁸ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 10 nov. 2019.

Yahoo! ajuizou uma ação nos Estados Unidos, mas o pedido foi negado pelo Tribunal Norte-Americano com base em dois fundamentos: a Yahoo! não conseguiu provar que o exercício de jurisdição da França comprometeu o amplo direito de defesa da empresa, bem como considerou que, apesar de o servidor estar sediado naquele país, as consequências da sua atividade atingiram a França. Desse modo, essa é a primeira decisão em que podemos observar a existência da jurisdição de um Estado em face de uma empresa, mesmo estando essa sediada em outro território.

Outro caso emblemático ocorreu na Austrália, entre Dow Jones & Company Inc. vs. Gutnick.¹²⁹ A Dow Jones & Company Inc. é uma editora internacional proprietária dos jornais financeiros mais importantes dos Estados Unidos. A empresa é sediada nos Estados Unidos, em Nova Jersey, e não realiza atividade e nem possui bens na Austrália. Entretanto, em 2002 a revista publicou uma reportagem em seu *site* de alcance internacional sobre o empresário australiano Joseph Gutnick. Contudo, a editora possuía assinantes na Austrália que tiveram acesso à reportagem e, diante do entendimento de que a sua imagem estava sendo violada, o empresário ajuizou uma ação contra a Dow Jones no estado de Victoria, na Austrália.

No primeiro momento, a editora alegou preliminarmente que a internet é um meio particular de comunicação humana, de forma que não havia base para jurisdição no país da Oceania, ao passo que as leis regulando a difamação deveriam ser ajustadas às novas demandas do mundo digital. Além disso, para a editora, a Jurisdição cabia aos Estados Unidos, pois o local deveria ser considerado onde foi publicada a reportagem e não onde esta foi lida.

A Suprema Corte da Austrália indeferiu os argumentos da empresa, sob o fundamento de que o conteúdo disponibilizado na internet deve ser considerado como publicado em todos os locais em que esse material seja lido. Além disso, a Corte ressaltou que as empresas devem ter conhecimento do caráter transfronteiriço da internet, de modo que aqueles que publicam na internet, o fazem sabendo que as informações ali disponibilizadas estão disponíveis a todos, sem qualquer restrição geográfica.

Nesse diapasão, na obra *Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição*, organizado por Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Luiza Couto Chaves Brandão, que visa discutir as principais questões atinentes às

¹²⁹ AUSTRÁLIA. Dow Jones & Company, Inc v Gutnick [2002] HCA 56.

políticas legislativas e regulatórias, além de diálogos de jurisprudências envolvendo o tema do direito internacional privado na internet, os autores abordam dois fenômenos resultantes dessa inadequação das regras tradicionais de jurisdição para lidar com os dilemas envolvendo a internet.¹³⁰

O primeiro fenômeno, o denominado “Fórum Shopping”, é a possibilidade de escolha pelo litigante, de forma direta ou indireta, do tribunal ou jurisdição que parecer mais favorável para resolver um eventual litígio envolvendo o caso em análise. Desse modo, diversos fatores sugerirão em qual tribunal terá a maior ou menor probabilidade de sucesso do pedido. Sob ponto de vista dos crimes cibernéticos, as hipóteses mais preocupantes são aquelas que um determinado serviço ou conteúdo está sediado (de forma proposital) em um país de legislação menos restritiva, mas que é acessado ou utilizado em todo o mundo. No entendimento dos autores:

Essa escolha de jurisdição geralmente ocorre mediante cláusulas de eleição de foro, que são instrumentos contratuais comuns e quase universalmente aceitos, apesar de certas restrições. Entretanto, uma parte pode indiretamente se engajar em fórum shopping de outras formas, como, por exemplo, por meio da constituição da empresa em um país de legislação favorável ou da alocação de suas atividades econômicas principais no território da jurisdição desejável. No domínio da internet, essas práticas são comuns, embora as cláusulas de eleição de foro sejam frequentemente limitadas pelas normas do ordenamento jurídico do Estado de destino, evitando, assim, abusividades.¹³¹

No caso supramencionado da Dow Jones & Co vs. Gutnick, a empresa estadunidense utilizou o princípio do Fórum Shopping como argumento de defesa ao afirmar que a publicação difamatória contra um empresário australiano deveria ser julgada conforme o ordenamento jurídico do país sede da empresa, devendo a publicação virtual receber tratamento diferenciado em relação à publicação física, pois sua disponibilidade na rede mundial de computadores resulta inevitavelmente em sua disponibilidade em qualquer outra jurisdição, de modo que a empresa não pode controlar o alcance da reportagem. O que a empresa realmente queria era deslocar a jurisdição para um país que possuía um ordenamento jurídico favorável sob o argumento da transnacionalidade do ciberespaço.

¹³⁰ POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costas dos; BRANDÃO, Luiza Couto Chaves. **Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição**. 1. ed. São Paulo: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. 164 p. v. 1. Disponível em: http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Governanca_global_da_internet_IRIS.pdf. Acesso em: 7 nov. 2019.

¹³¹ POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costas dos; BRANDÃO, Luiza Couto Chaves. Op.cit. op.50

O segundo fenômeno é conseqüência lógica do Fórum Shopping e é denominado de “Paraíso Jurisdicional”. Trata-se da criação de plataformas seguras sob o ponto de vista legislativo e institucional, nas quais uma regulação mais leniente atrairia empresas destinadas a oferecer um determinado produto ou serviço *on-line*. O jogo de aposta, utilizado como exemplo central desta pesquisa, é citado pelos autores como o caso mais evidente do surgimento desses paraísos, visto que alguns países estão reduzindo padrões normativos e regulatórios para atrair esse comércio.

Desse modo, a Ilha de Man ou a cidade de Gibraltar podem ser considerados Paraísos Jurisdicionais, ao passo que:

Favorecem, de maneira desequilibrada, as empresas ou indivíduos que buscam realocar seus bens, ativos, negócios, para outros países, diferentemente daqueles de sua nacionalidade, sede ou residência habitual, como forma de evasão regulatória ou de minimizar efeitos de políticas regulatórias de outros Estados. Com essa estratégia, as partes incorrem em ações de law shopping, que se difere de fórum shopping, pois o objetivo daquele é o de buscar sistemas legais que sejam mais favoráveis do ponto de vista regulatório, e não necessariamente tribunais mais eficientes ou especializados para adjudicação de litígios privados.¹³²

Nesse sentido, em 2007, o maior *site* de hospedagem de filme, jogos e seriados do mundo para *download*, o The Pirate Bay, anunciou sua intenção de adquirir uma ilha localizada a 10 km da costa sudeste da Grã-Bretanha e antiga base militar da Segunda Guerra Mundial, o Principado de Sealand. Pela pressão internacional, a compra da ilha seria uma tarefa difícil, pois possuía um objetivo audacioso: instalar os provedores do *site* no Principado para fugir da jurisdição de leis internacionais de proteção aos direitos autorais.

Ou seja, o *site*, assumidamente pirata, empenhou-se para comprar um território localizado em alto-mar, no qual alocaria seus provedores para escapar das inúmeras ações judiciais que estava sofrendo de diferentes ordenamentos jurídicos. Apesar de terem arrecado uma quantia valiosa dos seus frequentadores, o *site* não logrou êxito em sua compra. Entretanto, a tentativa de compra da ilha pelo *site* The Pirate Bay é um exemplo emblemático dos Paraísos Jurisdicionais, pois demonstra a busca desmedida por estrutura legal que seja mais favorável aos seus interesses.¹³³

¹³² POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costas dos; BRANDÃO, Luiza Couto Chaves. Op.cit. p.80.

¹³³ Disponível em: <https://meiobit.com/10041/the-pirate-bay-quer-comprar-uma-ilha/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

5.5 PERSPECTIVAS PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO CIBERESPAÇO

É bem verdade que danos causados por fenômenos da globalização e da Era da Informação não atingem somente os casos individuais de um ou dois países. E não deveria ser assim, pois a internet deve ser um meio de comunicação entre os povos, contribuindo apenas para a melhora do nível de vida das pessoas e não para a proliferação de crimes.

O tema é novo mas requer um debate urgente pois se até pouco tempo atrás o Direito não precisava se preocupar com a aplicação da lei penal no espaço pela facilidade de determinar o lugar do crime, com o advento da internet o criminoso não tem mais uma base territorial, pois além da dificuldade de se delimitar um espaço geográfico em um ambiente transnacional, na maioria das vezes o crime atinge interesses jurisdicionais de dois ou mais países. Damásio de Jesus já entendeu a gravidade do assunto e afirma que “a determinação do lugar em que o crime se considera praticado é decisiva no tocante a competência penal internacional.”¹³⁴

A aposta on-line esportiva consegue por meio de um detalhe sutil operar em todo o país alguns bilhões de reais, tudo isso graças a combinação de características peculiares de um provedor de acesso e de ordenamento jurídico fundamentos em princípios que não previam a existência do dito ciberespaço. Mas e amanhã, quantos outros crimes surgirão e serão cometidos via internet com *modus operandi* inovador, encontrando novas formas de burlar a legislação pátria? Responder tal questionamento é mais um exercício de futurologia que conta unicamente com a sorte para acertar o resultado, pois a internet é dinâmica e inovadora.

Desse modo, definir a jurisdição nos crimes informáticos é uma tarefa polemica pois envolve não só os interesses envolvidos em cada caso, mas porque envolve principalmente a questão da soberania estatal. Trata-se certamente um dos maiores desafios a ser enfrentado pela doutrina e pelos Tribunais Superiores uma vez que a teoria da ubiquidade adotado pelo Código Penal pode causar conflitos graves entre os Estados, principalmente àqueles que possuem uma legislação principiante em relação ao assunto, a exemplo do Brasil. O doutrinador Juan José Gonzalez também

¹³⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. Op.cit. p.111

entende que a teoria da ubiquidade pode gerar conflitos entre os países, e complementa afirmando que:

A principal vantagem que se aprecia é que este evita as possibilidades de impunidade que aparecem como insanáveis nas outras teorias, quando são contraditórios os critérios que regem os países que podem ver-se afetados. Em contrapartida, oferece o inconveniente de multiplicar o número de conflitos positivos de jurisdição que podem ser exercidas, na medida em que incrementa substancialmente as possibilidades de que os Estados possam aplicar suas respectivas legislações. Por isso, que talvez seja conveniente estabelecer foros secundários para determinar a competência preferencial ou exclusiva quando se produza um resultado.

Nesse sentido, a difusão da interconexão da rede de computadores e do fluxo transfronteiriço de dados fez nascer um problema jurídico no caso dos crimes informáticos internacionais. Celso Valin entende que a melhor forma de solucionar o problema é aplicar a lei onde o autor das infrações penais esteja, pois, segundo ele, seria o país com melhores condições de aplicar uma eventual pena bem como para coletar o acervo maior de provas. O posicionamento do autor caminha no mesmo sentido do caso ocorrido na Austrália, todavia não nos parece a melhor saída pois além de ser uma tarefa difícil encontrar a localização física de um sujeito que navega no ciberespaço, tal entendimento levaria mais em consideração o autor do que o fato, ao passo que entendemos que o Direito Penal é do fato e não o contrário.

O doutrinador Roberto Chacon de Albuquerque por sua vez, traz para a discussão que a solução mais plausível para definir a quem compete julgar determinada conduta que envolva mais de um país, seria aquele que “[...]apresentar as melhores condições para a defesa dos acusados e para a investigação do crime, nesta ordem”.¹³⁵ Apesar de ser uma saída mais razoável do que a apresentada por Valin, a referida ideia além de possibilitar o exercício do fórum shopping por parte do indivíduo, desprestigiaria Estados com baixo índice de desenvolvimento no que se refere a investigação de crimes no mundo virtual.

Já o autor Wladimir Aras, citado por Christiany Pegorari Conte¹³⁶, acredita que o preceito previsto no art. 42º a Lei de Imprensa, nº 5.250/67 pode se estender aos crimes transnacionais de modo a encontrar uma possível solução para o impasse. O

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. **A criminalidade Informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.64.

¹³⁶ CONTE, Christiany Pegorari Conte. **Jurisdição e competência nos crimes informáticos**. São Paulo. 2014. p.49.

artigo prevê que o foro do local onde for impresso o jornal será considerado competente para o andamento e julgamento do processo, ao passo que:

Esse dispositivo resolve conflitos de competência entre juízos situados em comarcas diferentes, no mesmo Estado ou em Estados diversos, a partir da consideração do provedor (de acesso ou de conteúdo) como ente equiparado a empresa jornalística. Bem trabalhado, o princípio pode ser adequado aos crimes transnacionais, ainda que cometidos por meio da Internet, bastando que se considere como local do fato aquele onde estiver hospedado o site de conteúdo ofensivo.¹³⁷

O Brasil precisa encontrar uma direção que possibilite um posicionamento condizente com os desafios da nova era pois as concepções previstas na parte geral do nosso Código Penal foram pensadas em épocas distantes em que nem se imaginava que crimes poderiam ser cometidos por meio de uma máquina a milhares de quilômetros do alvo.

Dessa forma, o problema é macro e precisa ser tratado de forma conjunta entre todos os países do mundo com a seriedade que o tema merece. Indiscutivelmente qualquer saída razoável que vise combater o cibercrime no Brasil perpassa necessariamente por uma cooperação internacional entre os Estados. Vale ressaltar que não se defende uma completa uniformização legislativa entre os países pois cada nação carrega intrinsecamente em suas normas muita história de luta e determinação, na verdade se defende uma conjugação de forças entre os poderes jurisdicionais para combater uma nova modalidade de cometer delitos, bem como uma tipificação uniforme dos ditos crimes cibernéticos próprios.

¹³⁷ ARAS, Vladimir. Crimes de Informática: uma nova criminalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2250>> acesso em 25 nov. 2019

6 CONCLUSÃO

Vivemos em um período de constantes inovações provenientes de dois fatos históricos que se completam: a globalização e a era da informação. Marcado por um intenso desenvolvimento tecnológico, esse é um momento em que a internet figura como protagonista de intensas transformações em todas as ciências existentes bem como no cotidiano da sociedade.

Idealizado para ajudar os Estados Unidos em tempos de guerra, a internet deixou de ser uma ferramenta meramente militar e passou a integrar as atividades corriqueiras de pessoas e empresas no século XXI, modificando as atividades econômicas, sociais, políticas e culturais.

Nesse sentido, dentro das inúmeras inovações que a rede mundial de computadores proporcionou a sociedade pós-moderna a revolução na concepção de tempo e de espaço se destacam.

Assim, em frações de segundos é possível enviar com um simples toque na tela de um smartphone uma mensagem para uma pessoa que se encontra a milhares de quilômetros de distâncias ou valores para contas bancárias no exterior.

Desse modo, juntamente com a internet surgiu o ciberespaço, caracterizado por ser um lugar abstrato, um ambiente novo, em constante evolução e caracterizado para o Direito Penal como um território sem fronteiras, denominado ciberespaço.

Nesse ínterim, esse novo lugar inaugura um momento de profundas transformações na vida em sociedade bem como possibilita aos operadores do Direito um campo farto para estudos e discussões, tendo em vista que, da mesma forma que esse novo ambiente revoluciona a forma de interação entre as pessoas, inaugura também a era do crime cibernético, caracterizado por seu caráter transfronteiriço em que não se restringe a um território e a uma jurisdição, causando percalços para um ordenamento jurídico regido pelo princípio da territorialidade e convidando os operadores do direito a refletir sobre os princípios e concepções que regem a aplicação da lei penal no espaço.

Imerso nessa conjuntura, o Brasil desponta como um país em que a discussão sobre o tema é imprescindível visto que os prejuízos e violações causados pelo delito informático já podem ser observados em pesquisas e levantamentos realizados.

É bem verdade que a teoria adotada para a definição de lugar do crime pelo Código Penal brasileiro apresenta-se com uma diretriz para a solução do impasse. Entretanto,

quando conhecemos o *modus operandi* dos crimes informáticos, a exemplo do jogo de aposta on-line, a teoria da ubiquidade traz mais indagações do que respostas.

Dessa forma, se já é difícil identificar qual o lugar do crime quando os provedores estão sediados em outros países, torna-se uma atividade sobre-humana delimitar a quem compete julgá-los, visto que, apesar do fato ser considerado ilícito no país de origem do autor, considera-se praticado a conduta no lugar de processamento das informações, onde a mesma conduta é atípica.

A cooperação internacional apresenta-se então como a única saída possível para os países enfrentar esse novo tipo de criminalidade, visto que, assim como preconizado por seus idealizadores no século passado, a rede mundial de computadores é desprovido de uma estrutura central em que a atuação singular e isolada de um país, além de não resolver o problema, contribui para a sua proliferação. Assim, o tratado elaborado pelos países do Conselho Europeu precisa ser utilizado pelo Brasil com um parâmetro de enfrentamento ao crime cibernético, uma vez que facilitaria a investigação e julgamento de condutas, bem como evitaria a dissonância das tipificações entre os ordenamentos jurídicos dos países.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca contextualizar o leitor para compreender os fatores históricos que contribuíram para o surgimento da criminalidade informática. Traz dados e opiniões sobre a expansão da criminalidade virtual no Brasil; Adota o cibercrime como fenômeno importante das ciências jurídicas, explora os conceitos e classificações atinentes a Teoria do Crime, e problematiza a definição de território ao compará-lo com os novos paradigmas do ciberespaço; Expõe os reflexos de um novo espaço para o direito penal, utilizando o jogo de aposta on-line como exemplo chave para ajudar a compreender a problemática; Por fim a pesquisa discorre sobre a importância do Brasil adotar as boas práticas internacionais, a exemplo da Convenção de Budapeste, ao trazer decisões de tribunais acerca da delimitação da jurisdição nos crimes cibernéticos e pontuar indicativos que podem ajudar para aplicação da lei penal no ciberespaço.

Verificamos a existência de um esforço hercúleo para combater os crimes perpetrados em ambiente virtual em decorrência da inaplicabilidade da teoria da ubiquidade para tutelar condutas que violem bens jurídicos de interesse do Brasil, mas que ocorrem fora do território nacional. Desse modo, a discussão é rica, por envolver temas como a soberania, jurisdição e território, devendo ser reconhecida como um tema de grande importância o desenvolvimento do Direito Penal e Processual Penal.

REFERÊNCIAS:

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** – 21. Ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal -Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003.
- CONTE, Christiany Pegorari Conte. **Jurisdição e competência nos crimes informáticos**. São Paulo. 2014
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet** 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Informático**. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, 2004
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011
Editoria de Arte do Grupo O Globo. Disponível em:
<http://infograficos.oglobo.globo.com/esportes/periplo-online.html>.
- Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**.
- FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Ed. rev. e atual, por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e inquérito policial eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2018
- Heleno Fragoso, **Lições de Direito Penal; Parte Geral**, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**. 23. ed., v. 1. 2016.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo. p. 111.

M Furlaneto Neto, JAC Guimarães - Revista CEJ, 2003

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal – Parte Geral – Arts. 1ª a 120 do CP**. São Paulo Atlas, 2002.

Neto, M. S. A. et al. **CIBERCRIME E COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL: UM ENFOQUE À LUZ DA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE**. Dissertação (Tese de Mestrado em economia) – UFPB. Paraíba, p. 68. 2009

PEREIRA DE MELLO, Marcelo. **Criminalização dos Jogos de Azar: A história social dos jogos de azar no Rio de Janeiro (1808-1946)**. Curitiba: Juruá, 2017

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costas dos; BRANDÃO, Luiza Couto Chaves. **Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição**. 1. ed. São Paulo: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

RIBEIRO, José Carlos. **Um breve olhar sobre a sociabilidade no ciberespaço**. In: LEMOS, André; PALACIOS, Marcos. **As Janelas do Ciberespaço**. Porto Alegre: Sulina, 2001. p. 88.

ROQUE, Sérgio Marcos. **Crimes de Informática e investigação policial**. Revista Justiça Penal, n. 7, Jacques de Camargo Penteado (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

ROSA, Felipe Augusto Miranda. **Criminalidade e Violência Global**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, **Delinquência Informática e Fraude Informática**.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general**. apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Impetus: Rio de Janeiro, 2011

STANTON, Michael. **A evolução das redes acadêmicas no Brasil: Parte 1 - da BITNET à Internet**. Boletim Bimestral da RNP V.2, n. 6. Rio de Janeiro: RNP, 1998.

TAKAHASHI, Tadao (Org.) **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de direito penal informático**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro - Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAVRSNIK, Ales. **Desafios de definição de crimes cibernéticos e particularidades ciminológicas**. 2008