

## **Lacunas jurídicas e crimes informáticos: comentários sobre o tratamento acerca do crime de pornografia infantil na internet**

Legal gaps and computer crimes: comments on the treatment of the crime of child pornography on the Internet

**José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins** <sup>1</sup>

**Victor Augusto Estevam Valente** <sup>2</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de Campinas*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da subsunção e os problemas de solução do caso concreto. 3. Interpretação. 3.1. Integração e construção. 4. Da incompletude do ordenamento jurídico. 4.1. Lacuna e Inconstitucionalidade por omissão. 5. Das lacunas nos crimes informáticos. 5.1. Legalidade Penal. 5.2. Legalidade e Tridimensionalismo Jurídico. 5.3. Das lacunas ontológicas nos crimes informáticos. 5.4. Lacunas axiológicas e análise econômica dos crimes informáticos. 6. Pornografia infantil na Internet e a atividade jurisprudencial. 6.1. Habeas Corpus n. 76.689-0 e a ausência de lacuna normativa. 6.1.1. Críticas. 6.1.1.1. A Internet no Direito Penal: Analogia, Interpretação Extensiva ou Interpretação Analógica?. 6.1.1.2. Equidade e Excludentes de Ilícitude nos crimes informáticos. 6.2. Evolução da atividade legislativa. 6.3. Evolução jurisprudencial. 7. Da exposição pornográfica não consentida na Internet. 8. Da aplicação analógica na produção das provas virtuais e o processo penal brasileiro. 9. Conclusões.

**Resumo:** O presente artigo analisa a evolução jurisprudencial no tratamento do crime de pornografia infantil praticado pela internet, sobretudo através do Habeas Corpus n. 76.689-0/PB. Para tanto, é realizada uma revisão bibliográfica do tema das lacunas jurídicas na perspectiva do direito penal e dos crimes informáticos, sob o prisma dos fundamentos e distinções entre aplicação, interpretação, integração e construção. Ao final, entende-se pela inexistência, em parte, de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, sendo as redes digitais apenas um novo meio para a prática do crime de pornografia infantil, suficientemente regulados pelo Código Penal e legislação extravagante.

**Palavras chave:** lacunas jurídicas; crimes informáticos; pornografia infantil.

**Abstract:** This article analyzes the evolution of jurisprudence in the treatment of the crime of child pornography practiced on the internet, especially through Habeas Corpus n. 76.689-0/PB. To this end, a bibliographic review of the theme of legal

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. cursou *Law and Economics* na Universidade de Chicago. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogado.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenador do curso de Especialização de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal e dos Cursos de Extensão em *Compliance Digital* da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Advogado, parecerista e consultor jurídico.

gaps from the perspective of Criminal Law and computer crimes is carried out, under the prism of the fundamentals and distinctions between application, interpretation, integration and construction. In the end, it is understood that in partly there is no gap in the Brazilian legal system, with digital networks being only a new means for the practice of the crime of child pornography, sufficiently regulated by the Penal Code and extravagant legislation.

**Keywords:** legal gaps; computer crimes; child pornography

## 1 Introdução

A presente incursão tem o objetivo de analisar o julgamento do *Habeas Corpus* n. 76.689-0/PB e a evolução jurisprudencial para suprir eventuais lacunas jurídicas referentes ao crime de pornografia infantil praticado pela internet.

Antes de adentrarmos na compreensão das lacunas jurídicas na perspectiva do direito penal e dos crimes informáticos, revela-se indispensável o estudo, sob o ângulo da teoria geral do direito, acerca dos seus fundamentos científicos e da distinção entre aplicação, interpretação, integração e construção<sup>3</sup>.

Primeiramente, discorrer-se-á sobre a aplicação jurídica com ênfase na atividade judicial.

O direito é uma prescrição ou um imperativo, eis que existe para ser obedecido e aplicado. Porém, a aplicação do direito consiste na forma de aplicação de uma norma geral, por um órgão ou autoridade judicial competente, a um fato individual<sup>4</sup>. Ou seja, a aplicação do direito decorre de uma competência legalmente imposta ao órgão ou autoridade.

Assim, a aplicação da norma deve ser compreendida na perspectiva do direito positivo, eis que a própria norma existe para ser aplicada por um órgão competente, ou seja, juiz, tribunal, autoridade administrativa ou particular<sup>5</sup>.

Assinala Miguel Reale: "a aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara [...]"<sup>6</sup>. Assim, a aplicação do direito, ainda que a norma geral seja clara, pressupõe a interpretação do próprio direito, em especial a subsunção.

Complementa Maria Helena Diniz que a aplicação do direito envolve as seguintes operações técnicas: (i) construção de conceitos jurídicos e ordenação sistemática do direito pela ciência jurídica; (ii) determinação da existência da norma jurídica no espaço e no tempo, pelo órgão competente; (iii) interpretação da norma pelo jurista e pelo órgão; (iv) integração do direito pelo órgão; (v) investigação corretiva do direito pelo órgão e pelo jurista; (vi) determinação, pelo

<sup>3</sup> Sob o ângulo da ciência jurídica, interpretação, aplicação e integração guardam relação entre si, embora tenham significados distintos Cf. REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295.

<sup>4</sup> Para Maximiliano: "A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em norma jurídica adequada. Submete as prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a Aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes" (MAXIMILIANO, C. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 05).

<sup>5</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

<sup>6</sup> REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296.

órgão, da norma ou das normas aplicáveis, por servirem de fundamento de validade à norma individual, chamada de sentença; e (vii) estabelecimento de uma relação entre a norma individual, criada pelo órgão para o caso *sub judice*, com outras do ordenamento que se sabe válidas<sup>7</sup>.

Para Ferrara, a aplicação das leis envolve uma tríplice investigação, isto é, compete ao juiz verificar a existência da norma, o seu significado e valor e, por fim, a sua aplicabilidade<sup>8</sup>. Reconhece o predito jusfilósofo: "*Mas a atividade central que se desenvolve na aplicação da norma de direito é a que tem por objeto a interpretação*"<sup>9</sup>.

Segundo Serpa Lopes: "a aplicação do direito envolve sempre a interpretação, mas esta nem sempre importa na primeira, atento a que pode permanecer muitas vezes no plano da exegese, sem objetivar um caso concreto"<sup>10</sup>.

Por exemplo, compete ao juiz, na sentença, aplicar as normas gerais para solucionar o conflito de interesses. Da mesma forma, é de incumbência do legislador aplicar as normas da Constituição para editar leis infraconstitucionais.

Ademais, o administrador ou funcionário público aplicam as normas gerais para a prática dos atos administrativos.

Na esfera privada, os particulares aplicam normas gerais para a celebração de negócios jurídicos ou elaboração de testamentos<sup>11</sup>.

É indispensável a análise, nada obstante, acerca da aplicação da norma pelo Poder Judiciário, submetendo o particular ao império da própria norma jurídica<sup>12</sup>.

Precipualemente, a norma jurídica é caracterizada por sua generalidade ou abstração, pois, ao fixar tipos de comportamento, se refere a casos indefinidos, sem ainda abarcar os casos concretos.

Sustentamos que, sob o ângulo do tridimensionalismo jurídico, o direito é fato, valor e norma. Essa concepção é indispensável para se compreender o caráter generalizante das normas jurídicas.

Tendo em vista que as normas jurídicas tratam de situações genéricas, elas estão, ao menos em um primeiro momento, afastadas da realidade, exsurgindo um antagonismo ou hiato entre as próprias normas e os fatos.

Essa contrariedade, no entanto, não é insanável, haja vista que os fatos individuais, ou seja, aqueles que ocorrem no caso concreto, trazem em seu bojo a abstração da norma jurídica. Vale dizer, há, nos fatos individualmente considerados, o mínimo de tipicidade, sendo que eles se enquadram na hipótese abstrata e generalizante da norma jurídica.

À medida que ocorre o fato concreto, a norma jurídica, outrora estática, torna-se dinâmica, pois será suscetível à aplicação pelo magistrado, competindo-lhe resolver o caso concreto com o mínimo de perturbação social.

Entendemos, neste ponto, que a aplicação do direito é o momento final do processo interpretativo, convertendo a disposição normativa abstrata em regra

---

<sup>7</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448.

<sup>8</sup> FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963, p. 113 e 185-187.

<sup>9</sup> Cf. FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963, p. 127.

<sup>10</sup> Cf. SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 105.

<sup>11</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

<sup>12</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

concreta, quer dizer, em norma de decisão. Busca-se conformar a realidade ("ser") ao direito ("dever-ser")<sup>13, 14</sup>

Assim, o juiz é o intermediário entre a norma e o fato da vida social, passando a conduzir o direito com vista à solução do caso concreto.

Exemplificativamente, o direito civil prevê o conceito de posse, assegurando-a ao possuidor no plano abstrato. Porém, ao alegar turbação da posse, o possuidor, valendo-se da sua legitimidade, invoca a proteção do órgão judicante, a quem compete aplicar a norma destinada a resguardar a posse<sup>15</sup>.

A norma de direito é um modelo funcional, cujo fato abstrato nela contemplado pode ser adaptado às peculiaridades do fato individual. Assim, ela assume dupla função, a saber: (i) serve para, em seu bojo, designar elementos hipotéticos de um fato com relevância jurídica; e (ii) apreender e expor as relações jurídicas que integram aquele fato social.

Porém, a subsunção, que integra o processo de interpretação do magistrado, pode ser objeto de diversas dificuldades no caso concreto, conforme será analisado a seguir.

## 2 Da subsunção e os problemas de solução do caso concreto

Denomina-se subsunção o processo de aplicação da norma jurídica ao fato social. Para Maria Helena Diniz:

O conceito normativo contém uma potencialidade que possibilita a subsunção dos objetos individuais por ele

<sup>13</sup> Nesse sentido: BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269-270.

<sup>14</sup> Por outro lado, Limongi França emprega "aplicação" como sinônimo de "integração" – não no sentido de preenchimento de lacunas -, mas para designar o fato de que quando o intérprete aplica a lei, por um princípio puramente eidético (ou seja, do "ser" da lei), tal lei passa a integrar a realidade dos fatos jurídicos. Assim, a aplicação (ou integração) seria composta por três fases distintas: (i) a primeira refere-se ao conhecimento da hermenêutica, ou seja, ao conjunto de regras que norteiam a interpretação, verificando o direito contido nas leis e nas demais formas que o direito se apresenta; (ii) a segunda refere-se à fase de interpretação do direito, no sentido de aplicação das regras hermenêuticas; e (iii) a terceira é a fase propriamente dita da integração dos resultados do trabalho interpretativo, recaindo já no caso concreto, com a finalidade de dar uma melhor solução jurídica (FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 55-56). E complementa o predito autor: "Sobre esta matéria são correntes dois erros que não há razão para continuarem sendo perpetrados. Um deles consiste no fato de alguns autores, ao versarem o seu objeto, confundirem aquilo que efetivamente constitui *meio de integração da norma jurídica* com assuntos que dizem respeito ao estudo das formas de expressão do direito, ou das "fontes" do direito, como comumente se diz. É o caso daqueles juristas que, sob a rubrica acima extremada, cuidam do costume e dos princípios gerais de direito. O outro engano está no procedimento inverso: ao se ocuparem das chamadas "fontes formais", aí incluem a analogia e a equidade. Como já foi visto, a despeito da sua indicação no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – atual LINDB -, referente à aplicação do direito, o costume e os princípios gerais de direito, assim como a lei, a jurisprudência etc., constituem modos de expressão da regra jurídica, devendo ser examinados sob um mesmo prisma e dentro da mesma exposição sistemática. Por outro lado, a analogia não tem o mesmo caráter, senão o de simples método de *aplicação do direito*; ao mesmo passo que a equidade, não sendo propriamente um daqueles modos de expressão, vem a ser, como a justiça, *um princípio de direito natural*. O costume e os princípios de direito pertencem ao capítulo das "fontes" do direito, e não devem ser referidos quando do tratamento dos meios de integração. Inversamente, entre esses meios se inserem a analogia e a equidade, cuja matéria é deslocada no capítulo das "fontes" (FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 59-60, grifo do autor).

<sup>15</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

abarcados, excluindo os que não o são. A subsunção revela a perseverança do juiz em se aproximar mais da realidade fática, completando o pensamento abstrativo contido na norma<sup>16</sup>.

A qualificação jurídica dos casos concretos é o problema central da subsunção, devido aos seguintes motivos: (i) falta de conhecimento empírico, ou seja, de informação sobre os fatos do caso; e (ii) indeterminação semântica dos conceitos normativos<sup>17</sup>.

No que concerne à falta de conhecimento empírico, o juiz, com frequência, não possui as informações necessárias sobre o caso concreto, razão pela qual não tem condições de determinar a qual classe pertence o caso *sub judice*.

O magistrado, sem ainda entrar na análise do caso concreto, não reúne condições necessárias de enquadrar tal caso no preceito normativo, eis que se encontra diante da indeterminação semântica, vaguidade ou ambiguidade da norma jurídica.

De todo caso, compete ao magistrado construir o seu livre convencimento a partir de presunções legais, com o objetivo de suprir o desconhecimento das circunstâncias fáticas relevantes.

Assim, ele deverá tomar em conta o ônus de prova (*onus probandi*), sob o fundamento de que quem alega violação à direito próprio ou alheio deve prová-lo.

Ademais, a produção da prova é indispensável para a construção do convencimento do juiz acerca da existência do fato individual, sendo que tal produção deve seguir uma forma prescrita em lei e que admita certos meios de prova, tais como a confissão, depoimento testemunhal, perícia, entre outros.

Se não bastasse, devem ser analisados diversos critérios auxiliares que servem para determinar a existência jurídica dos fatos, a exemplo da boa-fé<sup>18</sup>.

Entendemos, outrossim, que a subsunção não se restringe simplesmente a um silogismo legal, ou seja, a aplicação de uma lei geral a um fato individual. Vai

<sup>16</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

<sup>17</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

<sup>18</sup> Obtempera Maria Helena Diniz: "1º) A falta de informação sobre os fatos do caso. Com frequência, o juiz ignora se o caso concreto pertence ou não a uma classe, a um tipo legal, porque não possui as informações necessárias. P. ex.: mesmo sabendo que todo ato de alienação é gratuito ou oneroso, ele pode ignorar se a alienação que 'A' fez de sua casa a 'B' foi a título oneroso ou gratuito, simplesmente porque desconhece se 'B' pagou ou não uma importância pelo imóvel. Essa dificuldade de se saber se 'A' dispôs da casa a título oneroso ou gratuito pode originar-se de outra fonte, ou seja, a *indeterminação semântica, vaguidade ou ambiguidade*, dos conceitos gerais contidos na norma. Mesmo conhecendo todos os fatos do caso, pode o magistrado, ainda, não saber se a soma de dinheiro que 'B' entregou a 'A' como pagamento pelo imóvel constituía ou não um preço, em sentido técnico. Suponha-se, p. ex., que essa quantia fosse muito inferior ao valor econômico da casa. Hipótese em que podem surgir dúvidas sobre o fato: trata-se de uma compra e venda ou de uma doação encoberta? Essa primeira dificuldade – falta de conhecimentos empíricos – é de uma certa forma remediável pelas *presunções legais*, que permitem ao órgão jurisdicional suprir sua falta de conhecimento dos fatos e atuar como se conhecesse todas as circunstâncias relevantes do caso; levam-se em conta o princípio do *onus probandi*, segundo o qual todo aquele que afirma a existência de um fato deve prová-lo, e uma série de outras presunções: a da boa-fé, a da onerosidade dos atos mercantis etc., que constituem um conjunto de regras auxiliares para a determinação da existência jurídica dos fatos. A produção da prova cria no juiz a convicção da existência de certos fatos, direta ou indiretamente relevantes, descobertos sempre com base nas normas que regem os meios de prova admitidos em direito (confissão, depoimento testemunhal, documentos, perícia etc.)" (DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442-443, grifo da autora).

mais além: desde o processo de subsunção, o magistrado já é adepto a uma linha hermenêutica.

E, conforme já salientado, outro problema da subsunção é a indeterminação semântica dos conceitos normativos<sup>19</sup>.

Não é possível que essa indeterminação seja totalmente eliminada, mas pode ser mitigada ou atenuada “[...] mediante a introdução de terminologia técnica, o emprego de conceitos técnicos, introduzidos por meio de definições explícitas, que estipulam suas regras de aplicação”<sup>20</sup>.

Nesse compasso, juristas passaram a empregar a palavra “lacuna” para designar o problema da indeterminação semântica dos conceitos normativos.

Em uma primeira proposta teórica, foi cunhada a distinção entre lacunas normativas e lacunas de reconhecimento, com o objetivo de vincular a última categoria aos problemas afetos à subsunção.

De um lado, as *lacunas de conhecimento* significam que, nos casos individuais, o magistrado, devido à falta de informação fática, não sabe se os próprios casos individuais pertencem ou não a determinada classe ou grupo<sup>21</sup>.

Noutro viés, as *lacunas de reconhecimento* significam que, nos casos individuais, o juiz enfrenta uma indeterminação semântica dos conceitos normativos, que são genéricos e abstratos, sendo que ele não reúne condições de determinar se tais conceitos se enquadram ou não no caso *sub judice*.

Certo é que as lacunas de reconhecimento decorrem do que Herbert Hart denominou problemas de penumbra. Ou seja, o direito, diante das penumbras existentes nos casos individuais, é incompleto e, via de consequência, contém diversas lacunas.

De se esclarecer, no entanto, que as penumbras não são decorrentes das lacunas jurídicas, tampouco desencadeadas da completude ou incompletude do ordenamento jurídico. Em verdade, se originam de problemas semânticos da linguagem<sup>22</sup>.

### 3 Interpretação

Para resolver os problemas decorrentes das lacunas de conhecimento e de reconhecimento, a subsunção requer interpretação. Ou seja, a subsunção se condiciona, inexoravelmente, à interpretação.

Complementa Maria Helena Diniz: “[...] Para subsumir o órgão precisa interpretar. A subsunção está condicionada por uma prévia escolha de natureza axiológica, entre as várias interpretações possíveis”<sup>23</sup>.

Aqui, interpretar significa definir a qualificação jurídica do fato individual para, com isso, concluir qual norma geral deverá incidir sobre aquela situação fática<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

<sup>20</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

<sup>21</sup> Elucida Maria Helena Diniz: “A subsunção do caso individual sob um genérico encontra-se, sinteticamente, ante a questão: o caso concreto tem solução, mas o magistrado não sabe qual é, ou porque falta informação sobre algum fato relevante (lacuna de conhecimento) ou porque o caso individual cai dentro da zona de vaguidade ou de penumbra de algum conceito relevante (lacuna de reconhecimento). Na determinação do direito que deve prevalecer no caso concreto, o juiz precisa verificar se o direito existe, qual o sentido exato da norma aplicável e se esta aplica-se ao fato *sub judice*” (DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444, grifo da autora).

<sup>22</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

<sup>23</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

E a interpretação não é tarefa simples, tampouco imediata, pois pressupõe a escolha entre as várias interpretações possíveis.

Nessa vereda, a interpretação consistente em apurar e apreender o conteúdo da lei, no intento de completá-lo para aplicar o direito. Assim, a interpretação é, precipuamente, uma interpretação prática, pois se volta a uma finalidade prática<sup>25</sup>.

Caracteriza-se como uma operação em que o aplicador da lei apreende o conteúdo do texto legal e das situações correspondentes, buscando aplicação normativa. À medida que realiza tal operação, o aplicador do direito deixa o plano textual e, gradativamente, ingressa no plano fático real, tomando conhecimento, em maior medida, sobre o caso *sub judice*.

No mesmo sentido, o entendimento de Herkenhoff:

A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito. A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. A aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob forma de sentença ou decisão administrativa. Quando para o fato não há norma adequada, o aplicador preenche a lacuna, através da integração do Direito. A integração é o processo de preenchimento das lacunas existentes na lei. Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. Na integração, parte-se da inexistência de lei. Se existe a norma, o aplicador, grosso modo, enquadra o fato na norma. Na pesquisa da relação entre o caso concreto e o texto abstrato, entre norma e o fato social, a tarefa do aplicador, sobretudo a do juiz, não se resume, contudo, a um mero silogismo, no qual fosse a lei a premissa maior, o caso, a premissa menor, e a sentença judicial, a conclusão. A liberdade maior ou menor do juiz, no julgar, a irrestrita submissão à lei ou abrandamento dessa submissão, em diferentes graus, marcam posturas ligadas às diversas escolas hermenêuticas<sup>26</sup>.

Essa sistemática corrobora do entendimento de que a interpretação antecede à aplicação do direito<sup>27</sup> - embora sustentamos certa ressalva sob a ótica do pós-

---

<sup>24</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

<sup>25</sup> Corroborando do entendimento de Maximiliano, a interpretação se volta à análise das palavras e de seus respectivos sentidos, com o objetivo de depreender o exato alcance do texto legal. É o caso da exegese, que busca a compreensão do texto, no intuito de verificar a autenticidade da norma positiva e a do costume. Assenta-se na crítica, que assume uma acepção técnica, consistente em fase que precede à hermenêutica. Ou seja, é um pressuposto de aplicação geral do direito, pois precede à interpretação. Obtempera o predito autor que em certos países, como no caso do Brasil, a crítica é empregada de modo mais vasto, eis que, além de verificar a autenticidade das normas, deve também analisar preliminarmente a constitucionalidade do dispositivo. Ademais, se o legislador ultrapassar os limites de suas próprias atribuições, o juiz tem o condão de negar eficiência ao texto. No caso, não há de se falar em disposições válidas, mas em típico excesso de poder no processo de elaboração da lei. Nesse sentido: MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

<sup>26</sup> HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011, p. 09-10.

<sup>27</sup> Cf. ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p 12; REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296).

positivismo nos dias atuais, no qual a interpretação consiste em concretização e aplicação das regras-princípio com base na técnica da ponderação.

Em miúdos, a aplicação do direito pressupõe a interpretação, que, por sua vez, envolve a subsunção.

Por outro lado, há situações em que o magistrado não logra encontrar norma que seja aplicável a determinado caso, tornando inviável a subsunção.

Vislumbra-se, assim, um defeito no sistema normativo, que pode ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) diante da ausência de solução do ordenamento jurídico, ou seja, há fato e valor, mas não há norma para regulamentá-los, perfazendo a chamada *lacuna normativa*; e (ii) há conflito ou incompatibilidade entre as normas a serem aplicadas no caso concreto, o que se denomina *antinomia* ou conflito normativo.

E, se antes buscava-se a interpretação, torna-se inevitável, diante dos problemas acima mencionados, formas de integração com vista ao preenchimento da lacuna e, via de consequência, à solução do caso concreto.

Neste ponto, a aplicação e interpretação do direito não se confundem com integração, tampouco com construção.

Até porque, se existem lacunas, não há um estado completo do sistema que torna viável a interpretação. Em verdade, há um estado incompleto que, à primeira vista, impede uma linha coerente de raciocínio interpretativo e de subsunção por parte do aplicador da lei.

No propósito de tornar o ordenamento jurídico coerente, faz-se indispensável a integração, ou seja, a colmatação da lacuna. Já para os casos de antinomia, é necessária a correção do estado incorreto do sistema.

Diante disso, se revela necessário compreender o sentido de integração e construção do direito.

### 3.1. INTEGRAÇÃO E CONSTRUÇÃO

Em que pesem entendimentos doutrinários em sentido contrário, a integração não se insere no campo da interpretação.

A integração está relacionada aos problemas de lacuna, ou seja, da falta de norma abstrata ou, mesmo em caso de existência, da sua incompatibilidade no ordenamento jurídico, havendo um vácuo ou uma falha legislativa na regulamentação de um fato social.

Assim, o juiz não reúne condições para a interpretação, mas, tendo em vista que não pode se furtar da decisão, lhe compete integrar o direito, com o objetivo de suprir a lacuna<sup>28</sup>.

Assim, procede-se à colmatação da lei quando de sua aplicação ao caso concreto, porquanto é necessário preencher os vazios legislativos em busca de uma resposta jurídica favorável ou contrária, com fundamento da proibição do *non liquet* e no *iuria novit curia*.

Há, assim, uma perquirição do direito, sendo que, apenas depois de encontrada a norma jurídica ao caso, é que se realiza a interpretação<sup>29</sup>.

Se houver norma legal ou costume jurídico aplicáveis ao caso concreto, proceder-se-á à interpretação (em sentido estrito) e, conseqüentemente, aplicação do direito, não havendo que se falar em lacuna. Porém, se inexistir qualquer

---

<sup>28</sup> Segundo Serpa Lopes, a doutrina já designava a integração como uma interpretação em sentido lato ou impróprio, ao passo que a interpretação em si classificava-se como uma interpretação em sentido estrito ou próprio (SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 104).

<sup>29</sup> SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 104.

norma, cabe ao magistrado a integração da ordem jurídica, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito para preenchimento da lacuna<sup>30</sup>.

Prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>31</sup>, deixando de admitir-se o *non liquet*, ou seja, o juiz está impedido, diante da falta de disposição legal regulando o caso concreto, abster-se de julgar sob a alegação de que não há elementos suficientes para a decisão<sup>32</sup>.

Neste caso, compete ao jurista analisar se o caso é solúvel pelas técnicas de interpretação, tais como a interpretação extensiva ou analógica.

Se ainda prosperar o problema no caso *sub judice*, há de se recorrer ao disposto no artigo 4º da LINDB, empregando-se, sequencialmente, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

E, caso ainda subsista o problema, recorre-se à equidade, ou seja, à busca do justo no caso concreto, com esteio no artigo 5º da LINDB, que assim dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Importante salientar que o fato de existir uma lacuna jurídica não impede a existência, paralelamente, de antinomia jurídica.

Por fim, interpretação também não se confunde com construção. Com feito, a construção vai além, vez que tem por fim precípua descobrir e revelar o direito além dos textos ou signos correlatos<sup>33</sup>. Dedicar-se, destarte, a tirar conclusões extrínsecas e fora do texto da norma, de modo que "[...] São conclusões que se

---

<sup>30</sup> Complementa Franco Montoro que, na integração das leis, há dois métodos que podem ser empregados: (i) método das construções jurídicas, de cunho legalista (dogmático ou lógico-sistemático), consubstanciado em processos indutivos ou dedutivos, mas sempre com apoio nos textos legais; e (ii) método da livre investigação científica, perfilhado por Geny e as escolas correlatas, pois, diante da lacuna da lei, deve o jurista criar a norma aplicável por meio da livre investigação científica, sendo considerada como "livre" pelo fato de não sujeitar aos textos ou fontes formais e, "científica", pelo fato de dever fundamentar-se em critérios objetivos – e não subjetivos (MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434-435).

<sup>31</sup> REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

<sup>32</sup> Para Franco Montoro: "Podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos os casos. Na omissão da lei, cabe-lhe encontrar ou mesmo criar uma norma especial para o caso concreto. Trata-se, então, não apenas propriamente da 'interpretação' de uma norma preexistente, mas de 'integração' de uma norma no ordenamento jurídico." (MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 432).

<sup>33</sup> De acordo com Alípio Silveira, a construção dedica-se ao exame das normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, deduzindo um todo orgânico. Privilegia a explicação da norma, buscando sua compreensão e observação. Exemplificativamente, no campo da hermenêutica ampla e tradicional do direito norte-americano, a construção ("*construction*") das leis constitucionais consiste em um processo mais amplo que a interpretação propriamente dita. A interpretação consiste em matéria de direito, limitando-se a analisar o texto normativo, ao passo que a *construção* refere-se à matéria de política, com a finalidade do jurista extrair, por meio de seus elementos axiológicos atrelados à realidade social, conclusões a respeito de matérias que se situam além da expressão direta dos textos, mas a partir de elementos contidos no texto. Quer dizer, extraem-se aspectos extrínsecos ou situados fora da lei a fim de se imprimir um sentido, mas ainda atrelado à norma. Dividia-se a "*construction*" em "*liberal construction*" – para a interpretação do direito constitucional norte-americano, considerando a característica sintética e elástica do texto constitucional – e em "*strict construction*" – geralmente aplicada à lei penal anglo-americana (SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 08).

*colhem no espírito, embora não na letra da norma [...]”<sup>34</sup>*, ao passo que a interpretação é se circunscreve ao texto normativo.

Indispensável, doravante, a análise acerca das lacunas jurídicas, eis que consistem no objeto temático da presente incursão para análise dos crimes informáticos<sup>35</sup>.

#### **4 Da incompletude do ordenamento jurídico**

Diante da incompletude do ordenamento jurídico, é indispensável o constante desenvolvimento da ciência jurídica, ou seja, a construção de critérios, por meio de linguagem descritiva e que tenha o direito como objeto, que sejam aptos o suficiente a solucionar a omissão, a vagueza ou as contradições existentes no ordenamento jurídico.

Vale dizer, compete ao jurista, identificando a lacuna ou a antinomia jurídica, sistematizar o direito, apontando critérios que sejam aptos ao preenchimento da lacuna ou à solução da antinomia<sup>36</sup>.

Certo é que a lacuna e os critérios de integração apresentam diversas nuances conforme a corrente jurídica adotada.

Sob o prisma do jusnaturalismo, sustenta-se que os princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico são insuficientes para o preenchimento das lacunas, tornando-se indispensável que se recorra ao direito natural para a solução desse problema.

Por outro lado, defende a corrente positivista que os princípios existentes dentro do ordenamento jurídico positivo podem ser tomados em conta, por analogia, para colmatar lacunas<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 270.

<sup>35</sup> A presente incursão não tem por finalidade a análise terminológica da criminalidade praticada no ambiente digital, sob o risco de desvirtuamento temático. A despeito das mais diversas propostas conceituais e de classificação, registramos a nossa preferência pelo emprego da nomenclatura “crimes informáticos”, haja vista que os bens jurídicos penalmente tutelados são a inviolabilidade dos dados, ou seja, as informações automatizadas, além dos programas de computador, que também são dados. No mesmo sentido: VIANNA, T. L.; MACHADO, F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle), posição 228.

<sup>36</sup> Em países de *common law*, compete ao jurista sistematizar os precedentes judiciais, cujas as sentenças ou acórdãos (direito objetivo) reconhecem um estado de coisas (direito subjetivo).

<sup>37</sup> Preconiza Paulo Bonavides: “A juridicidade dos princípios passa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial [...] Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Váldes, em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana” [...] Com efeito, escreve esse autor espanhol: “Em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.” (BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233-236).

Já no tridimensionalismo jurídico, o direito será sempre lacunoso, posto que as modificações dos fatos sociais geram novos valores e, conseqüentemente, a necessidade de compatibilizar as normas à realidade social.

Obtempera Ferraz Júnior:

[...] Com a palavra incompletude, negamos a palavra completude, aquilo que é completo, qualidade do que está acabado, concluído, mais propriamente: acabado de fazer. Completo é, assim, o que está feito, plena e cabalmente, o que não possuía mas passou a possuir tudo o que lhe convém [...] incompletude é um não acabado, o que não foi acabado de ser feito, dentro de um limite [...] No caso da lacuna, conforme Engisch, essa incompletude é ainda insatisfatória [...] Quando dizemos, portanto, que a lacuna é uma incompletude insatisfatória, exprimimos uma falta, uma insuficiência que não devia ocorrer, dentro de um limite<sup>38</sup>.

Destarte, a lacuna é a falta de solução do ordenamento jurídico para um caso individualmente analisado. Quer dizer, é um estado de coisas dado que, dentro de um sistema de normas, não é regulado pelo próprio sistema.

Essa incompletude ocorre por deficiência do sistema, daí o que denomina *incompletude por deficiência*. Isto é, há uma insuficiência no ordenamento jurídico em resolver os casos submetidos à análise do aplicador da lei. A problemática deve ser resolvida por meio da *unidade positiva*, consistente no método de integração ou preenchimento de lacunas.

Para Maria Helena Diniz: "*A lacuna constitui um estado incompleto do sistema que deve ser colmatado ante o princípio da plenitude do ordenamento jurídico [...]*"<sup>39</sup>.

Acrescenta Maria Helena Diniz que o direito é, na perspectiva dinâmica do fenômeno jurídico, sempre lacunoso, embora, concomitantemente, não possua lacunas<sup>40</sup>.

Existem lacunas pelo fato de a vida social e as condutas humanas possuírem dinamismo e passarem por constantes mudanças, surgindo novos problemas sociais e, via de conseqüência, tornando impossível que a norma jurídica alcance todas as situações da vida social na coletividade.

Assim, as lacunas se dividem em: (i) normativa, quando há fato e valor, mas a ausência de norma sobre determinado caso; (ii) ontológica, quando há norma, conquanto ela não mais corresponda aos fatos sociais, tornando sem eficácia social, devido ao dinamismo da realidade e, ao mesmo tempo, ao caráter estático da legislação, que se encontra vinculada à carga axiológica da sua época; (iii) axiológica, se existir preceito normativo, porém, uma vez que tal é aplicado, trará solução insatisfatória ou injusta, havendo, por conseguinte, a ausência de norma justa no ordenamento jurídico; e (iv) de conflito ou colisão, como no caso das antinomias jurídicas reais.

Paralelamente, o direito se revela sem lacunas, em razão de o seu dinamismo apresentar soluções que servem de base para toda e qualquer decisão, tanto em nível jurisdicional, como na esfera do Poder Legislativo<sup>41</sup>.

Faz-se indispensável, nesse quadrante, a perquirição sobre o método de integração normativa, com o desiderato de compreendê-lo, em um primeiro

<sup>38</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 187.

<sup>39</sup> DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 445.

<sup>40</sup> DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

<sup>41</sup> DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 477.

momento, na perspectiva da ciência do direito e, em sequência, sob o ângulo da dogmática jurídico-penal.

#### 4.1 LACUNA E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Na ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, não tem cabimento a pronúncia de nulidade da norma, eis que não há norma, não podendo ser declarada a inconstitucionalidade de uma lacuna jurídica. O problema não é no sentido de se constatar eventual existência de inconstitucionalidade da norma para revogá-la, mas da falta de norma que deveria regular determinada matéria em nível constitucional.

Assim, estar-se-á diante de mora inconstitucional por parte do legislador, sendo que, nos termos do §2º do artigo 103 da Constituição de 1988: "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*".

Assim, os remédios constitucionais para sanar a inconstitucionalidade por omissão são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF) e a ação de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF)<sup>42</sup>, a fim de que se propicie o cumprimento do preceito constitucional pelo legislador, evitando que a Lei Maior torne-se "*letra morta*" e, conseqüentemente, seja rechaçada a violação negativa da Constituição<sup>43</sup>.

Sustentamos, nesse ponto, que é equivocada a atual proposta de criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, porquanto não lhe compete, por força da divisão de poderes, o exercício da atividade legiferante, sobretudo em matéria penal.

### 5 Das lacunas nos crimes informáticos

Antes de discorrermos sobre a evolução jurisprudencial do crime de pornografia infantil praticado pela internet, é indispensável a compreensão sobre as noções gerais dos crimes informáticos.

A criminalidade informática não é fenômeno recente. Desde a década de 70, esse tipo de criminalidade, conhecida à época como criminalidade mediante computadores, tem sugerido a implantação e o desenvolvimento de novas formas de controle da manifestação patológica por meio da tecnologia.

Assinala-se que, em 1973, um dos casos emblemáticos de criminalidade econômica envolveu a manipulação de dados virtuais por certa empresa norte-americana de seguros, qual seja, a *Equity Funding Corporation of America*.

---

<sup>42</sup> Cumpre salientar que tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como ao mandado de injunção são espécies de ações constitucionais autônomas de impugnação que visam a sanar a inércia do legislador infraconstitucional, no intuito de que ele atenda ao preceito constitucional para regulamentar o direito neste previsto. De todo caso, ambas as ações são distintas, em particular quanto à legitimação, objeto, procedimento, julgamento, competência legitimação, efeitos da decisão, dentre outros. Com efeito, o *mandado de injunção* (artigo 5º, LXXI, CF) possui as seguintes características: (i) pode ser impetrado por qualquer pessoa que se sinta prejudicada no exercício de algum direito ou prerrogativa assegurada pela Constituição, em virtude da falta de norma regulamentando a respectiva matéria quando o legislador já deveria tê-lo feito; (ii) tem por objetivo declarar a mora inconstitucional e comunicar ao poder ou órgão competente a obrigação de complementar a Constituição, sendo que, tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, não se declara a nulidade da lei; e (iii) trata da ausência (inconstitucional) de norma regulamentadora, de modo que não há norma alguma para ser declarada inconstitucional.

<sup>43</sup> Para mais detalhes, cf. VALENTE, V. A. E.. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

Neste caso, a *Equity* praticou fraude em seu sistema de processamento de dados destinado ao controle das apólices de seguros, sofrendo um prejuízo superior a 30 milhões de dólares e, via de consequência, chegando à falência<sup>44</sup>.

Verifica-se que, ao menos um primeiro momento, a criminalidade mediante computadores era punida, preponderantemente, no contexto da criminalidade econômica. A título de exemplo, a Alemanha, uma das primeiras nações a legislar sobre o tema, passou a punir a criminalidade informática para garantir a proteção da ordem econômica<sup>45</sup>.

Na década de 80, o Comitê Europeu chegou a certas conclusões sobre os problemas criminais de competência do Conselho da Europa, constatando que a criminalidade informática não violava unicamente a ordem econômica, senão também direitos de diversas naturezas, tais como a privacidade e os direitos autorais.

Em nível global, a Convenção de Budapeste prevê recomendações para o tratamento universal e uniformizado de prevenção e de combate à criminalidade digital.<sup>46</sup>

Sustenta-se, nesse sentido, que o acesso à comunicação virtual, em especial o direito de acesso à internet, é um direito fundamental de quinta dimensão, guardando relação umbilical com os direitos humanos na atualidade.

Isto porque a internet é uma ferramenta indispensável para a inserção social e a educação do cidadão na globalização mundial, garantindo o alcance dos direitos sociais (CF, Art. 6º) e, via de consequência, um piso mínimo existencial, com fundamento na dignidade humana e no princípio da proibição ao retrocesso social (efeito *cliquet*).

Em que pese não ser expressamente previsto na Constituição, entende-se que o direito de acesso à internet encontra fundamento no §2º do artigo 5º da Constituição Federal, sob o fundamento de que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Dessa forma, indispensável que o ordenamento jurídico interno, em especial o direito penal, seja conformado com a atual dinâmica dos direitos humanos em nível global. Cabe dizer, deve o direito penal brasileiro ser compatibilizado com a Convenção de Budapeste em matéria de crimes informáticos, legitimando a edificação de um microsistema jurídico-penal que seja sistemicamente coerente e eficiente para o combate dos delitos informáticos, tanto em nível nacional, como na perspectiva da cooperação jurídica internacional.

Nos dias atuais, constata-se um aumento exponencial nos crimes praticados por meio da internet, causando danos incomensuráveis às pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público, como no setor privado.

Se não bastasse, não se vislumbra um efetivo controle de prevenção e repressão dessa criminalidade por parte do Estado, fomentando as situações de autotutela como forma de solução dos conflitos. Para Rossini e Brito:

A busca intensa por inclusão digital, em geral, aquém do adequado; a substituição de contato físico por relacionamentos via internet; a expansão e a popularização

<sup>44</sup> ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

<sup>45</sup> ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

<sup>46</sup> ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

do comércio eletrônico; e, principalmente, o aumento das transações bancárias e financeiras pelo computador são as principais características identificadas na sociedade atual como incrementadoras dos riscos relacionados à delinquência informática<sup>47</sup>.

Assim, o direito penal tradicional não se apresenta suficientemente apto ao combate dos crimes perpetrados na sociedade contemporânea, máxime dos delitos informáticos, eis que desvencilhado da carga axiológica da atual sociedade da informação e da tecnologia. Nesse sentido, preconiza Antonio Carlos da Ponte:

Forçoso torna-se reconhecer que o Direito Penal tradicional não possui ferramentas suficientes ao combate de novas formas de criminalidade, que atentam contra bens jurídicos que se afastam da criminalidade ordinária. A salvaguarda do meio ambiente, do consumidor, do mercado financeiro, da lisura do processo eleitoral, da informática, etc., exige um novo atuar, que começa com o reconhecimento da existência de tais bens jurídicos e da necessidade de proteção dos mesmos.<sup>48</sup>

Revela-se imprescindível, à luz do tridimensionalismo jurídico, a compatibilidade do direito penal com os novos fatos sociais, de relevância criminal, praticados na sociedade da informação, com o fim precípua de proteção penal dos direitos da personalidade na rede mundial de computadores, tanto na perspectiva da pessoa física, como no da pessoa jurídica.

## 5.1. LEGALIDADE PENAL

Historicamente, a Carta Magna de 1215, também chamada de *Magna Charta Libertatum* ou Carta do "Rei João Sem Terra", editada na Inglaterra, consagrou diversos princípios basilares para a construção dos sistemas constitucionais modernos, entre os quais o princípio da legalidade.

Nesse contexto, Feuerbach cunhou, pela primeira vez, o brocardo "*não há crime nem pena sem prévia lei*" ("*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*").

Obtempera Roxin, nada obstante, que aludido princípio tem raízes nos períodos do Iluminismo e do liberalismo político, devido à divisão de poderes no contexto do Estado<sup>49</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1824, em seu artigo 129, II, privilegiava os princípios da legalidade, da anterioridade e do juiz natural. As Constituições brasileiras posteriores também reproduziram o princípio em tela, embora com singelas alterações (Constituição de 1891; 1934; 1937; 1946; 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69; 1988).

Assim, tornou-se a legalidade a viga-mestra do direito penal liberal, desdobrando-se em três vertentes: (i) princípio da legalidade em sentido político: cuida-se de conotação política em nível constitucional, de modo que a legalidade constitui-se em garantia fundamental do cidadão face ao Estado, a fim de evitar arbitrariedades; (ii) princípio da legalidade *lato sensu* ou em sentido amplo: também é analisado em nível constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso II, da Constituição, que assim proclama: "*Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.*"; e (iii) princípio da legalidade *stricto*

<sup>47</sup> ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

<sup>48</sup> PONTE, A. C. da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43.

<sup>49</sup> ROXIN, C. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, La estructura de La teoria do delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2006, p. 144.

*sensu* ou em sentido restrito ou penal: também é analisado em nível constitucional, mas com efeitos diretamente vinculados à esfera penal, porquanto consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que assim dispõe: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Segundo Nucci, a legalidade em sentido penal consiste em princípio constitucionalmente explícito, referindo-se à atuação do Estado<sup>50</sup>.

Com essa conotação, exara esse princípio que a matéria penal – leia-se, crime e sanção correlata-, é reserva de lei. Quer dizer, a conduta e a sanção correspondente devem ser expressamente definidas em lei, antes da prática da conduta delituosa.

Essa sistemática admite exclusivamente o emprego de analogia favorável ao réu (“*in bonam partem*”), rechaçando-se a analogia “*in malam partem*” e a imposição de penas não previstas em lei<sup>51</sup>.

Por fim, a legalidade penal fornece balizas ao aplicador da lei, a saber: (i) anterioridade (*lege praevia*); (ii) taxatividade (*lege certa*); e (iii) reserva legal (*lege scripta*).

## 5.2. LEGALIDADE E TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO

A tipicidade penal, que guarda relação umbilical com a legalidade, é princípio implícito na Constituição brasileira de 1988, constituindo um dos principais alicerces do direito penal liberal.

Por esse princípio, todo comportamento delituoso deve ser descrito pormenorizadamente em lei, com fundamento nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Porém, entendemos que a legalidade, ainda que pretenda garantir um núcleo duro ou imodificável em matéria penal, também é, forçosamente, elástica. Até porque todas as normas jurídicas são caracterizadas por sua elasticidade no tempo, a fim de que ela mantenha sua vigência na ordem jurídica<sup>52</sup>.

Quer dizer, as leis penais não apresentam sentidos e descrições absolutas e unísonas, de modo que cada intérprete confere a interpretação conveniente conforme os aspectos axiológicos, humanísticos e técnico-jurídicos de seu tempo.

Tais considerações se amoldam à perspectiva do tridimensionalismo jurídico, no sentido de que os elementos “valor” e “fato” invariavelmente influenciam o elemento “norma” na sua dialética de complementaridade. Com isso, os fatos sociais demandam, constantemente, a adaptação das leis penais para a proteção de novos valores da sociedade, em especial dos bens jurídico-penais de nova geração.

Assim, não existe ordenamento jurídico perfeito, sobretudo no que diz respeito à legislação penal face às novas formas de criminalidade, sobretudo da delinquência informática, conforme será analisado a seguir.

## 5.3. DAS LACUNAS ONTOLÓGICAS NOS CRIMES INFORMÁTICOS

Ao longo da história da humanidade, jamais se presenciara, tal como se verifica na atual sociedade da informação, tamanha devassa à intimidade e à

<sup>50</sup> NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

<sup>51</sup> Para Bitencourt: “*Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime 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. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida*” (BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11).

<sup>52</sup> A propósito das correntes moderada e extremada que versam sobre a elasticidade das normas jurídicas, cf. ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27.

privacidade do ser humano por meio do uso desregrado e desmensurado da tecnologia, em especial na rede mundial de computadores (*internet*).

Com efeito, a criminalidade informática acarreta danos incalculáveis e indelévels à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, tanto das pessoas físicas, como das pessoas jurídicas, sugerindo não só uma atuação reparatória, senão também uma resposta criminal inibitória e prospectiva.

A título de menção, podem ser indicados certos aspectos controvertidos acerca dos crimes informáticos, a saber: (i) quanto à interpretação de certos tipos penais incriminadores, tendo em vista que o Código Penal então vigente, se revela incompatível, à primeira vista, com certos crimes praticados pela internet e, concomitantemente, a atual carga axiológica da sociedade da informação; e (ii) quanto à leitura integrada e conjuntural dos crimes informáticos com os demais ramos jurídicos e os textos normativos então vigentes, tais como a Convenção de Budapeste, também conhecida como Convenção do Cibercrime, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), o GDPR (*General Data Protection Regulation*) e a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), além de outras legislações e diretrizes normativas no direito comparado.

Nessa linha, a realidade brasileira sugere uma reformulação do Código Penal de 1940<sup>53</sup>, assim como de legislações penais extravagantes que foram elaboradas, em sua maioria, em sintonia com os valores e ideologias preponderantes de épocas passadas e desconexas à atual sociedade tecnológica da informação.

Assim, o Substantivo Penal então vigente, que ora se aplica, em sua maioria, aos crimes praticados pela internet, apresenta incongruências nas tipificações penais, bem como no sentido e alcance dos elementos normativos do tipo, havendo lacunas ontológica e axiológica para o tratamento suficiente da criminalidade informática no Brasil.

Em se tratando de lacunas ontológicas, há a vigência do Código Penal brasileiro, embora aludido diploma não mais corresponda aos fatos sociais de relevância penal praticados pela *internet*, devido ao dinamismo da realidade tecnológica e, ao mesmo tempo, ao caráter estático daquela legislação. Exemplificativamente, há embaraços práticos para se caracterizar o crime de falsa identidade perpetrado no ambiente digital, devido ao conceito tradicional de "identidade pessoal" no artigo 307 do Código Penal, o qual demonstra ser incompatível com o atual sentido e o alcance da identidade digital na era da sociedade da informação.

Evidencia-se, nessa senda, que a resposta criminal é incongruente e, acima de tudo, insuficiente no ambiente digital, em especial quanto à proteção da intimidade e dos dados pessoais, a despeito da edição da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), da Lei 13.709/18 (Lei de Proteção de Dados) e da Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012<sup>54</sup>, sendo que a última produziu repercussões na órbita criminal, dispondo sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos e alterando o texto penal então vigente.

Certo é que a existência ou não de lacunas dependerá da espécie de crime informático; ou seja, se estar-se-á diante de um crime informático puro ou próprio, impróprio ou misto<sup>55, 56</sup>.

---

<sup>53</sup> É o caso do Projeto do Novo Código Penal (PLS n. 236/12).

<sup>54</sup> Repudia-se qualquer discurso de etiquetamento social ou de *labeling approach*. De todo caso, registra-se, apenas para fim de identificação, que a mencionada legislação é conhecida vulgarmente como "Lei Carolina Dieckmann".

<sup>55</sup> Os crimes informáticos mistos são condutas praticadas, intencionalmente, contra a inviolabilidade das informações automatizadas, conquanto a lesão também seja direcionada a bem jurídico de diferente natureza. Caracterizam-se, pois, por uma mescla – daí chamados de "mistos" – entre a inviolabilidade dos dados informáticos e a natureza comum do outro bem-jurídico.

<sup>56</sup> Ao lado dessas classificações, Túlio Vianna e Felipe Machado acrescentam outra que se refere ao crime informático mediato ou indireto, ou seja: "[...] é o delito-fim não informático

Em se tratando de crimes informáticos próprios ou puros<sup>57</sup>, entendemos que apenas uma parcela dessas condutas é tipificada na legislação penal brasileira. Exemplificativamente, a Lei nº 9.983/2000 inseriu no Código Penal os crimes de peculatos anômalos, que se dividem em: (i) "peculato eletrônico", também chamado de inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A); e (ii) peculato "hacker", também identificado como modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B).

Contudo, outra parcela das condutas correspondentes a essa categoria delitiva não possui tipificação (v.g., interferência em sistemas computacionais), tampouco legislação própria, contando com uma subsunção forçada no Código Penal, como ocorre na conduta lesiva aos dados informáticos e controvérsias acerca do crime de dano, por exemplo.

Os crimes informáticos impróprios, por seu turno, são as condutas nas quais o agente, intencionalmente, se vale do computador como instrumento de execução do delito, embora o bem jurídico atingido seja diverso ao da inviolabilidade da informação automatizada, caracterizando crimes comuns previstos na legislação penal, a exemplo da pornografia infantil e da exposição pornográfica não consentida. Entendemos, ainda assim, que não é incomum uma subsunção forçada desses crimes quando praticados pela internet, eis que as tipologias correspondentes não disciplinam tal meio de execução na maior parte das vezes.

Nota-se que a atividade jurisprudencial se encarregou de suprir as lacunas jurídicas nos crimes de pornografia infantil praticados na internet, conforme será analisado oportunamente.

#### 5.4. LACUNAS AXIOLÓGICAS E ANÁLISE ECONÔMICA DOS CRIMES INFORMÁTICOS

Aponta-se a existência de lacunas axiológicas no ordenamento penal brasileiro, havendo uma desproporcionalidade na sanção quanto aos crimes praticados pelas redes digitais.

Sustentamos que a existência de lacunas axiológicas guarda relação umbilical com a análise econômica do direito, em especial dos crimes informáticos.

A análise econômica do direito é um método que permite analisar e detectar as utilidades e os motivos que levam o indivíduo a se enveredar à prática de crimes na sociedade.

A partir dessa linha, sustenta-se que são inviáveis a prevenção e a repressão plena dos delitos no tecido social, devendo se reconhecer, por outro lado, a necessidade de redução da criminalidade. Preconiza Vasco Rodrigues:

---

que herdou esta característica do delito-meio informático realizado para possibilitar a sua consumação" (VIANNA, T. L.; MACHADO, F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle), posição 572). Por exemplo, a invasão a dispositivo informático de um banco pelo infrator, com a consequente transferência indevida de dinheiro para a sua conta, configura dois crimes, a saber, o de invasão de dispositivo informático, que é genuinamente informático, e o furto, considerado crime essencialmente patrimonial. Logo, o crime de invasão de dispositivo informático é crime-meio para a prática do furto, que é crime-fim, razão pela qual o agente será punido somente pelo último delito, por força do princípio da consunção.

<sup>57</sup> Os crimes informáticos próprios ou puros são as condutas humanas praticadas intencionalmente contra o sistema de informática ("hardware" ou "software"), por meio de atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, com o objetivo de atingir a inviolabilidade das informações automatizadas (dados informáticos). Cf. VIANNA, T. L.; MACHADO, F.; PINHEIRO, R. C.. *Dos Delitos praticados no Âmbito da Internet Em Face da Legislação Penal Brasileira*. In: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Toledo/PR, v. 5, n. 1, p. 83-94, jan./jun. 2002, p. 85.

A afirmação de que a sociedade bem governada aceita um certo nível de crime refere-se ao esforço que deve ser efetuado para o prevenir. Não se refere à atitude que a sociedade deve ter perante um qualquer ato criminoso já efetivamente concretizado. O que se está a afirmar é que a sociedade não deve dedicar à prevenção do crime os meios que seriam necessários para o reduzir a zero, salvo se essa for a afetação mais eficiente dos recursos, não que a sociedade deva deixar de punir quem, em concreto, cometeu um determinado crime<sup>58</sup>.

Entende-se, nessa senda, que a prevenção e repressão da criminalidade informática deve ser suficiente e, ao mesmo tempo, eficiente no ordenamento penal brasileiro.

Por eficiência, entende-se necessária a relação entre os resultados obtidos e os meios empregados, tornando-se indispensável a metodologia da análise econômica do direito para o tratamento dos delitos informáticos<sup>59</sup>.

Porém, diante das incongruências e das lacunas ontológicas e axiológicas, é evidente que há uma ampla utilidade ou rendimentos decorrentes da prática da criminalidade informática no Brasil.

A partir da análise econômica do direito<sup>60</sup>, é possível apontar que as decisões de se praticar o crime são voltadas às seguintes utilidades: (i) acréscimo de rendimento gerado pelo crime diante da melhor alternativa a ser adotada no tempo, ou seja, o crime proporciona melhor nível de utilidade ou de rendimento, inclusive financeiro, do que outras atividades ao longo do tempo; (ii) o custo que o autor terá de arcar se for penalizado; e (iii) a probabilidade subjetiva de o infrator ser penalizado<sup>61</sup>.

Complementa Vasco Rodrigues que os indivíduos escolhem suas atividades às quais pretendem se dedicar com o objetivo de maximizar ou potencializar a utilidade de tais atividades, "*Ou mais precisamente, a sua 'utilidade esperada': as decisões são tomadas em função de expectativas em relação ao futuro*"<sup>62</sup>.

Com relação aos crimes informáticos, nota-se que, ao menos no atual contexto da sociedade brasileira, os três vetores acima mencionados estão

---

<sup>58</sup> RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 217.

<sup>59</sup> Preleciona Vasco Rodrigues: "As questões a que a Análise Econômica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre diretamente da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a questão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Esse tipo de questões corresponde à 'análise positiva' do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma 'análise normativa', que decorre da preocupação dos economistas com a 'eficiência'. Diferentes sistemas de incentivos, e portanto diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes" (RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 32).

<sup>60</sup> Tecnicamente, a análise econômica do direito não corresponde com os fundamentos do tridimensionalismo jurídico. Ainda que a presente incursão não seja endereçada ao estudo do tema, é indispensável que seja compreendida a análise econômica do direito na perspectiva dos crimes informáticos, eis que consiste em temática em voga, cujas diferenças devem ser melhor delineadas com outras linhas do pensamento jurídico, tal como o tridimensionalismo jurídico.

<sup>61</sup> RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 207.

<sup>62</sup> RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 206.

onipresentes, tornando positiva a utilidade esperada por meio da prática daqueles delitos.

Primeiramente, a internet se apresenta como um meio eficiente e dinâmico de o infrator alcançar os seus objetivos, inclusive para fins delituosos. Por exemplo, o infrator, em um crime contra a honra, pode lograr, em poucos segundos, em aviltar a honra objetiva tanto de uma pessoa jurídica, como de uma pessoa física, utilizando-se da internet como meio de potencializar as ofensas e, com isso, obter maior utilidade do que se fossem adotados outros meios.

Ademais, a maioria dos crimes previstos no Código Penal e em legislações extravagantes conta com penas brandas, geralmente o que ocorre nos crimes contra a honra, que consistem, em regra, em infrações penais de menor potencial ofensivo e que comportam benefícios despenalizadores, a exemplo da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95). Também seria cabível uma simples retratação, de modo que o conteúdo ofensivo ainda poderia correr o risco de permanecer em circulação na rede mundial de computadores<sup>63</sup>.

É evidente, neste ponto, a existência de lacunas axiológicas, diante da desproporcionalidade na sanção penal cominada aos crimes praticados pelas redes digitais.

Ou seja, há preceito normativo, porém, uma vez que tal é aplicado, acarreta em solução insatisfatória ou injusta.

Por vezes, sequer existe uma tipologia penal adequada e específica para o fato concreto, tornando o fato atípico e, via de consequência, gerando impunidades. Noutros casos, sequer os crimes informáticos são comunicados às autoridades competentes, caracterizando o que denominamos "cifra digital ou cibernética da criminalidade".

Também é possível afirmar a existência de antinomia valorativa para certos crimes informáticos, tendo em vista que opta o legislador penal, entre os mais diversos tipos penais, por cominar sanção penal menos drástica a delito de elevada de intensidade de lesão.

Além do que, é reduzida ou precária a probabilidade de o autor ser penalizado. Isto porque, ao menos no presente estágio da realidade brasileira, os tipos penais e os mecanismos de persecução criminal são incongruentes, insuficientes e ineficientes, havendo um elevado número de usuários no Brasil que dificulta o armazenamento e o fornecimento de todas as informações por parte dos provedores da internet, além de não existir um banco de dados nacional para identidade digital obrigatória.

Salienta-se, outrossim, que existe reduzida quantidade de Varas Especializadas em Crimes Digitais, além de ser tímida a cooperação jurídica entre os órgãos de persecução criminal, tanto em nível nacional, como internacional.

Se não bastasse, os mecanismos de persecução criminal, muitos deles inéditos, ainda se encontram em fase de evolução no direito brasileiro, dificultando a identificação da autoria e da prova de materialidade dos crimes informáticos.

Diante disso, devem ser encontrados meios eficientes para a prevenção e a repressão dos delitos informáticos. Ou seja, é salutar que o Estado se utilize das seguintes soluções para desmotivar o crime, cuja sistemática também deve ser aplicada aos crimes informáticos: (i) ampliar a perda de utilidade do crime, causando uma insatisfação no infrator, isto é, tornar mais difícil que a utilidade decorrente do crime seja positiva, o que pode ser feito por meio da pena; e (ii)

---

<sup>63</sup> Em razão disso, sugere-se não apenas suficiência da lei penal, mas, acima de tudo, uma maior eficiência, com o objetivo de reduzir a utilidade decorrente da prática dos crimes informáticos. Assim, se revela coerente e necessária a adoção da tutela penal inibitória e do direito à desindexação virtual, pois ambas são medidas eficientes para reduzir a utilidade da prática dos crimes informáticos. Por exemplo, o infrator de um crime contra a honra saberia que, nestas circunstâncias, as ofensas por ele proferidas seriam imediatamente desindexadas ou, até mesmo, deixariam de ser vinculadas se fossem adotadas essas medidas.

ampliar a probabilidade de penalização<sup>64</sup>, pois “quanto mais provável a punição, menos o incentivo para cometer o crime”<sup>65</sup>.

Por exemplo, sugere-se que, para a proteção eficiente da honra no ambiente virtual, torna-se indispensável a seleção de meios materiais e processuais legítimos para se alcançar aquela proteção, a exemplo do direito à desindexação virtual.

Nesse sentido, parece que o legislador penal tem se inclinado a adotar essa política criminal para a prevenção e a repressão dos crimes dos crimes de pornografia infantil e de exposição pornográfica não consentida na internet, conforme será compreendido a seguir.

## **6. Pornografia infantil na internet e a atividade jurisprudencial**

### **6.1. HABEAS CORPUS N. 76.689-0 E A AUSÊNCIA DE LACUNA NORMATIVA**

Em 1998, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 76.689-0, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal inovou, de forma paradigmática, no tratamento conferido aos crimes informáticos no Brasil, sob o fundamento de que é possível a adaptação do Código Penal e das legislações extravagantes para a repressão dos delitos praticados pela internet.

Neste julgamento, o Pretório Excelso, no voto de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, firmou o entendimento de que a publicação de cena de sexo explícito infanto-juvenil pela internet configura o crime previsto no artigo 241 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA)<sup>66</sup>.

No caso em tela, adolescentes de quinze anos de idade, por meio da internet, veicularam imagens de crianças e adolescentes completamente nus, em práticas sexuais diversas, razão pela qual foi imputada, aos menores infratores, a prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 241 do ECA.

Diante disso, aos dois adolescentes foi imposta, perante a Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Campina Grande/PB, medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, nos termos do artigo 112, inc. III, c./c. o artigo 241 da lei n. 8.069/90.

Os adolescentes, por intermédio de advogados, interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, sendo negado o provimento ao recurso, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Após, interpuseram recursos especial e extraordinários contra o acórdão que negou provimento à apelação.

Ainda inconformados, impetraram ordem de *Habeas Corpus* (HC n. 76.689-0) perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de liminar, com o objetivo de rejeição da representação, além do trancamento do processo e arquivamento, sob

---

<sup>64</sup> Obtempera Rodrigues: “O outro instrumento é a probabilidade de penalização: quanto mais provável a punição, menor o incentivo para cometer o crime. A probabilidade de penalização depende da eficácia policial na detecção e captura dos criminosos que, por sua vez, resulta do número de polícias existentes, do seu treino, dos meios que têm para exercer a sua função, entre outros fatores. Mas depende, também, do funcionamento do sistema judicial. Num país em que os processos caíam frequentemente em prescrição, por exemplo, a probabilidade de penalização reduz-se e, conseqüentemente, o crime torna-se mais atrativo. Outra vertente importante do funcionamento do sistema judicial é o padrão exigido em matéria de produção de prova. Um padrão pouco exigente aumenta a probabilidade de penalização e, dessa forma, desincentiva o crime. Evidentemente, fá-lo à custa de uma maior probabilidade de condenação de inocentes. Tornar o padrão de prova mais exigente, reduz a probabilidade de condenar inocentes, mas aumenta a probabilidade de inocentar criminosos e, dessa forma, incentiva o crime. Não há solução perfeita para o problema: diminuir um tipo de erro implica aumentar o outro” (RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 209).

<sup>65</sup> RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 209.

<sup>66</sup> STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* n. 76.689-0/PB, Rel Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 22/09/1998. Divulg. 06/11/1998.

o fundamento de inexistir qualquer legislação específica referente aos fatos que lhes foram imputados.

Em geral, alegaram os impetrantes: (i) a atipicidade da conduta; (ii) a ofensa ao princípio da reserva legal; e (iii) a nulidade pela ausência do indispensável exame *corpo de delito*.

Quer dizer, argumentaram que o "pseudocrime" não existe no ordenamento penal nacional, não havendo qualquer previsão legal de inclusão de cenas pornográficas pela internet, com a consequente ofensa ao princípio da legalidade e o emprego de analogia *in malam partem*.

Nada obstante, de acordo com o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, o tipo penal em referência, ainda que norteado pelo princípio da legalidade, é uma norma aberta, eis que, para a caracterização do crime de pornografia infantil, basta a idoneidade técnica do veículo utilizado com a divulgação das cenas de sexo explícito pela internet para um número indeterminado de pessoas.

Na ocasião do julgamento, o Ministro Relator ressaltou que, no caso analisado, não se trata de colmatar lacuna da lei por analogia, pois o fato se enquadra perfeitamente no artigo 241 do ECA. Nos termos do voto do Relator:

Não se trata no caso, pois de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realiza-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo<sup>67</sup>.

Segundo esse posicionamento, a lei se preocupa com a conduta, e não com o meio de tornar públicas as cenas proibidas, bastando o emprego de qualquer meio visual eficaz. Consequentemente, o tipo penal restou integralmente preenchido, não havendo que se falar em atipicidade ou ofensa ao princípio da legalidade.

E, ainda que a transmissão de dados e imagens por meio da internet tenha ocorrido em data anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e que tenha se popularizado apenas posteriormente, não há que se falar em analogia *in malam partem* quanto à aplicação do ECA.

Essa sistemática segue o posicionamento de que quem interpreta a lei de dado momento histórico tem o objetivo de nela buscar respostas em conformidade com os padrões da atualidade.

De se ver que, na ocasião do julgamento, foi analisada a redação do tipo penal vigente à época, embora tal tenha sido alterado pela lei n. 11.829/2008.

Nada obstante, trata-se de caso emblemático, eis que foi um dos primeiros a consolidar o entendimento de que é possível a prática de pornografia infantil pela internet.

Portanto, essa jurisprudência teve o condão de demonstrar que, na maioria dos casos, não há a existência de lacuna normativa para o tratamento dos crimes informáticos.

Inclusive, não seria o caso de se falar de analogia *in malam partem*, haja vista que os fatos se enquadravam no crime preceituado no artigo 241 do ECA.

### 6.1.1. Críticas

#### 6.1.1.1. A Internet no Direito Penal: Analogia, Interpretação Extensiva ou Interpretação Analógica?

<sup>67</sup> STF, Primeira Turma, Habeas Corpus n. 76.689-0/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 22/09/1998. Divulg. 06/11/1998.

Conforme já salientado, doutrina e jurisprudência entendem que a atual legislação penal, embora seja incompleta, fornece soluções para o tratamento dos crimes praticados por meio das novas tecnologias, reconhecendo a internet ora como meio, ora como objeto material.

De acordo com esse entendimento, não há que se falar em analogia, mas em interpretação analógica ou extensiva.

A jurisprudência já reconheceu as diferenças entre analogia, interpretação extensiva e interpretação analógica:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. Embora taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte. 2. Esse entendimento não ofende a regra o art. 108, §1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Na hipótese, não se cuida de analogia, mas de recurso à interpretação extensiva, de resto autoriza pela própria norma de tributação, já que muitos dos itens da lista de serviços apresentam expressões do tipo "congêneres", "semelhantes", "qualquer natureza", "qualquer espécie", dentre outras tantas. 3. Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos. 4. Recurso especial improvido<sup>68</sup>.

Sob o ângulo do direito penal, a interpretação extensiva consiste em método de interpretação de normas penais, tendo por fim precípuo o de ampliar o conteúdo de determinados termos e expressões constantes em alguns tipos incriminadores.

Acrescenta Ferraz Júnior que a interpretação extensiva amplia o conteúdo da norma para além do contido em sua letra<sup>69</sup>.

Destarte, a interpretação extensiva não se confunde com a analogia.

Isto porque a interpretação extensiva se restringe a incluir no conteúdo da norma um sentido que nela já se encontra previsto, sendo que tal sentido apenas não havia sido mencionado explicitamente pelo legislador.

Já na analogia, o intérprete toma de uma norma de um caso semelhante e a aplica a outro para o qual não há preceito algum.

A interpretação analógica, por sua vez, consiste em método de interpretação que permite seja extraído o conteúdo de certa norma penal incriminadora, utilizando-se de exemplo previamente previsto na mesma ou em outra norma.

Assim, a interpretação analógica ou extensiva teria o condão de tornar aplicáveis as normas penais então existentes para o tratamento da criminalidade informática, incluindo o estelionato virtual, furto eletrônico, dano informático,

---

<sup>68</sup> STJ, Segunda Turma, REsp 121428 RJ 1997/0014040-7, Rel. Min. Castro Meira, Data de Julgamento: 01/04/2004, Data de Publicação: DJ 16/08/2004.

<sup>69</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 271.

crimes contra a honra perpetrados pelas redes digitais, violação de correspondência ou de *e-mail*, entre outros.

Por outro lado, sustenta parte da doutrina que os ilícitos praticados por meio das novas tecnologias da informação e comunicação<sup>70</sup> não se enquadram no Código Penal de 1940 ou na legislação criminal extravagante, sendo o caso de analogia *in malam partem* e, conseqüentemente, ofensa ao princípio da legalidade, previsto no artigo 1º do Substantivo Penal e no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Sob o ângulo do direito penal, o emprego acentuado da analogia remete aos períodos de exceção, embora essa técnica de interpretação tenha sido adaptada às bases do direito penal liberal ao longo do tempo.

Para Mezger, a culpabilidade era embasada na personalidade do autor, pois consistia no conjunto de pressupostos que fundamenta a reprovação pessoal do agente pelo fato punível praticado<sup>71</sup>.

Assim, operava-se uma antecipação da tutela penal sem precedentes, priorizando o emprego de prisões cautelares e o uso da analogia, com arrepio aos princípios da segurança jurídica, da legalidade dos delitos e das penas, da irretroatividade da lei penal, do devido processo legal e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Com a reimplantação das bases liberais, o direito Ppnal garantista tornou a permitir apenas o emprego da analogia "*in bonam partem*", ou seja, desde que benéfica às partes.

De se ver que não há um conceito unívoco sobre analogia. Nada obstante, aponta Tércio Sampaio de Ferraz Júnior: "[...] *Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada 'facti species', é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança [...]*"<sup>72</sup>.

Destarte, a analogia é método de integração das normas diante de uma lacuna normativa. O próprio termo "*integrar*" significa, em sua essência, "*completar*", "*preencher*", a ponto de tornar um sistema coerente e satisfatório.

Assim, a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não contemplada em lei, disposição legal que regula caso semelhante.

Em se tratando de direito penal, é complexo o uso de analogia, pois todos os comportamentos e as respectivas sanções penais devem ser previstos em lei, em consonância com o princípio da legalidade.

Neste azo, não se admite analogia em prejuízo ao acusado (analogia "*in malam partem*"), de modo que é vedada a criação judicial (por analogia) de tipos penais, causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes.

Sem prejuízo, é possível o emprego de analogia em favor do réu (analogia "*in bonam partem*"), como forma de se privilegiar o direito penal liberal e as garantias individuais do acusado, a exemplo da criação judicial de atenuantes, causas exculpantes (dirimentes, eximentes ou exclusão da culpabilidade) e justificantes (exclusão da ilicitude ou da antijuridicidade).

No aporte de Juan Pablo Montiel:

Em nuestra discusión actual la analogia favorable al reo encuentra una muy amplia cogida. Tanto em la doctrina nacional, como también, se acepta la prohibición de analogia

<sup>70</sup> Por novas tecnologias da informação e comunicação, entendem-se a fotografia digital, vídeo digital, *wi-fi*, *webcam*, *Bluetooth*, telefonia móvel, correio eletrônico (*e-mail*), entre outros.

<sup>71</sup> MEZGER, E. *Derecho penal. Parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985, p. 189.

<sup>72</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 277.

deve ser exceptuada em aquel terreno donde no se produce uma extensión de la punibilidad. Precisamente el sentido liberal de nuestro Derecho penal aboga por exceptuar el principio de legalidade en supuestos en los que la Asunción de potestades creativas por parte del juez significa una ampliación de la libertad individual. Por esta razón, la creación judicial por analogia de tipos penales o agravantes (analogia *in malam partem*) se mantiene vedada por el principio de legalidade, mientras que la creación analógica de eximentes o de atenuantes (analogia *in bonam partem*) es de recibo em nuestros esquemas garantistas. De este modo puede observarse que la analogia favorable al reo y la retroactividad de la ley penal más favorable comparten em su esencia um idêntico fundamento de admisibilidad<sup>73</sup>.

Como exemplo de aplicação de analogia "*in bonam partem*", Nucci cita o exemplo de autorização de aborto relativo à gravidez decorrente de crime de violação sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal).

Como se sabe, o aborto é tão somente legalmente autorizado quando a gravidez decorre de estupro, nos moldes do artigo 128, II, do Código Penal. Porém, se a gravidez não decorrer de estupro, mas de crime de violação sexual mediante fraude – como no caso do *stealth*<sup>74</sup> –, entende-se ser possível a aplicação de analogia "*in bonam partem*" à "autora-gestante", como forma de autorizar o aborto. Isto porque a gravidez decorreu igualmente de crime contra a dignidade sexual<sup>75</sup>.

Por outro lado, Nucci cita caso de analogia "*in malam partem*" em assédio sexual.

O crime de assédio sexual (artigo 216-A do Código Penal) exige, para sua configuração, relação laboral entre autor e vítima, na qual o agente se vale de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do cargo, emprego ou função. Não poderia ser considerada, para a configuração do delito em questão, eventual relação existente entre docente e aluno. Se assim fosse concebido, estar-se-ia diante do emprego de analogia "*in malam partem*", aplicada com o fim de incriminar indevidamente o acusado.

Certo é que, para a segunda corrente, a aplicação das normas penais então vigentes é caso de analogia *in bonam partem*. E, se não há legislação penal a ser aplicada para o tratamento dos crimes informáticos, é indispensável que seja suprida essa lacuna normativa no ordenamento penal brasileiro, com a edição de legislação específica sobre o tema, versando sobre os mais diversos delitos.

#### **6.1.1.2. Equidade e Excludentes de Ilicitude Nos Crimes Informáticos**

A analogia favorável ao réu (analogia "*in bonam partem*") e os reflexos dela advindos são amplamente discutidos no atual contexto do direito penal, a ponto de despertar as seguintes reflexões:

(i) ao longo dos anos, a doutrina tem debatido as problemáticas do emprego da analogia favorável ao acusado. Neste azo, discute-se acerca da legitimidade do

---

<sup>73</sup> MONTIEL, J. P. *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. In: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 279-280.

<sup>74</sup> Consiste na conduta de o companheiro, durante a prática sexual, retirar sorrateiramente o preservativo sem o consentimento da outra(o) companheira(o). Discute-se se tal conduta caracteriza o crime de estupro, embora prevaleça o entendimento de que configura o crime de violação sexual mediante fraude (CP, art. 215).

<sup>75</sup> NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 105.

julgador de criar o Direito, o que afrontaria os princípios da legalidade e da separação dos poderes<sup>76</sup>;

(ii) discute-se sobre os limites e possibilidades de reconhecimento, por meio de analogia "*in bonam partem*", de causas (supralegais) de justificação, diante da existência de lacunas axiológicas;

e (iii) existem problemas de natureza conceitual da analogia "*in bonam partem*", de modo que pode apresentar um formato peculiar em cada sistema jurídico. Nem sempre o conceito de analogia é empregado no mesmo sentido, mas é associado a diferentes questões: à criação livre do Direito, criação moderada do Direito, interpretação, conceitos vagos, cláusulas gerais, discricionariedade judicial, entre outros.

Entendemos, nada obstante, que a analogia *in bonam partem* deve ser vista como um instrumento de aperfeiçoamento do direito penal, permitindo a criação judicial de uma nova causa de justificação, causa de exclusão da culpabilidade ou atenuante, a partir da análise da semelhança estrutural e jurídica entre o caso regulado pela eximente legal e o afetado pela lacuna.

Uma vez comprovada essa semelhança, é possível que o juiz, por equidade, crie uma norma geral, tomando como molde a regulação legal análoga, com fulcro no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>77</sup>.

Essa sistemática é compatível com o tridimensionalismo jurídico, sob o fundamento de que o direito é aberto e sempre lacunoso. Consequentemente, a possibilidade de integração das normas, notadamente o emprego de analogia *in bonam partem*, pode tornar a "nova norma" compatível com o fato social e, ao mesmo tempo, o valor.

Ademais disso, a analogia "*in bonam partem*" tem o condão de enaltecer a dignidade humana e os direitos fundamentais, guardando pertinência com o direito penal de linha liberal.

De se ver que essa postura judicial é indispensável nos crimes informáticos, pois, por consistirem em novas modalidades típicas que envolvem a complexidade das tecnologias da informação, é possível que, em certos casos, se faz necessária ora a analogia *in bonam partem*, ora a interpretação extensiva, para a ampliação das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal.

## 6.2. EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Ainda que se discutisse sobre eventual lacuna normativa referente à pornografia infantil engendrada pela internet, tal foi superada no âmbito legislativo com a edição da Lei n. 11.829/08, que alterou os artigos 241 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto porque o legislador penal, acompanhando a evolução dos meios tecnológicos e dos fatos sociais subjacentes, alterou a redação do artigo 241 da Lei n. 8.069/90, que prevê o crime de fotografia, vídeo ou registro de cena de sexo explícito ou pornográfica, com o objetivo de conferir proteção integral e assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente no contexto da pornografia infantil.

No caso, a conduta do crime é "vender" ou "expor à venda", dolosamente, fotografia, vídeo ou registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

<sup>76</sup> Cf. MONTIEL, J. P. Creación judicial de derecho penal y analogía *in bonam partem*. In: AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fábian I.; CESANO, José Daniel. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje AL Prof Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 280.

<sup>77</sup> MONTIEL, J. P. *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. In: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 287.

Se não bastasse, foi inserido o artigo 241-A, que prevê, de forma específica, o crime de transação de fotografia, vídeo ou outro registro de cena de sexo explícito ou pornográfica, inclusive por meio de sistema informático ou telemático.

Assim, se o crime for praticado pela rede mundial de computadores, estar-se-á diante de conflito aparente de normas, sendo que, pelo princípio da especialidade, será aplicada a norma especial, qual seja, a do artigo 241-A do ECA.

Trata-se de crime formal, pois basta para a sua caracterização a prática das condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático.

Já o §1º traz o verbo “assegurar”, equiparando-o à figura típica do “caput” do art. 241-A do ECA. Neste caso, o assegurar refere-se aos meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens proibidas, ou ainda, ao acesso por rede de computadores.

É bem de ver que esse crime pode ser praticado não só por revistas e jornais, mas também por computador, sobretudo pela internet, nos casos em que houver a publicação da imagem a um número indeterminado de pessoas.

A consumação ocorre com a efetiva prática das condutas descritas no tipo incriminador, independentemente de qualquer resultado naturalístico.

A conduta delituosa recai sobre as fotografias, vídeos ou outros registros que contenham cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo crianças e adolescentes.

O §2º do artigo 241-A prevê uma condição objetiva de punibilidade das figuras típicas previstas no §1º, I e II. Essa condição objetiva de punibilidade é a negativa do responsável legal pela prestação do serviço (de armazenamento ou de acesso), após oficialmente notificado, em desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito.

De se esclarecer que a definição de “cena de sexo explícito ou pornográfica” é trazida pelo artigo 241-E do ECA, compreendendo qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

### 6.3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RE 617.221/RJ, firmou o entendimento de que, mesmo que os agentes realizem troca particular de fotos pornográficas de crianças e adolescentes em ambiente virtual, resta caracterizado o crime do artigo 241 do ECA – atual artigo 241-A -, pois os próprios agentes permitiram ou ao menos correram o risco da difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, gerando um dano potencial às vítimas, as quais devem ser protegidas integralmente, por força do princípio da proteção integral.

Logo, é prescindível, para a caracterização do crime em questão, apenas o dano efetivo ou real<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Nesse sentido: “V. Hipótese em que o tribunal “a quo” (de origem) afastou a tipicidade da conduta dos réus, sob o fundamento de que o ato de divulgar não é sinônimo de publicar, pois “nem todo aquele que divulga, publica”, entendendo que os réus divulgavam o material “de forma restrita, em comunicação pessoal, utilizando a internet”, concluindo que não estariam, desta forma, publicando as imagens. VI. Se os recorridos trocaram fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes através de internet, resta caracterizada a conduta descrita no tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas. VII. Para a caracterização do disposto no art. 241 do ECA, “não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta com o dano à imagem abstratamente considerada”. VIII. O ECA garante a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, acima de qualquer individualização. IX. A proposta de suspensão condicional

Além disso, outra evolução jurisprudencial em crimes de pedofilia pela internet (ECA, arts. 240 e 241) diz respeito à competência.

Prevalece que, em se tratando da prática desse crime pela internet, mediante divulgação de imagens pornográficas de crianças e de adolescentes, como não é possível determinar o lugar do resultado, a competência será firmada pelo lugar da ação ou omissão (momento consumativo do crime), sendo irrelevante o local da sede do respectivo provedor<sup>79</sup>.

Ademais disso, compete à Justiça Federal o processo e o julgamento desse crime se a sua consumação ocorrer no estrangeiro (artigo 109, V, CF)<sup>80</sup>.

## 7. Da exposição pornográfica não consentida na internet

A exposição pornográfica não consentida na internet é ampla, compondo-se das mais diversas condutas que envolvem a divulgação da intimidade da vítima em casos de pornografia de vingança e em cenas de estupro.

Assim, a Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, alterou os artigos 215, 217, 218, 225, 226 e 234 do Código Penal, bem como o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

Essa legislação inseriu o artigo 218-C no Código Penal, criando o crime de exposição pornográfica não consentida<sup>81</sup>.

Entende-se que essa alteração legislativa é de suma importância para suprir eventuais lacunas jurídicas, a despeito de tal ser insuficiente, porquanto se restringe a tipificar a pornografia de vingança, enquanto que a exposição pornográfica não consentida abarca outras situações de maior amplitude.

No mesmo dispositivo penal, também foi inserido o crime de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável e de apologia ou induzimento a sua prática.

Também foi criado o crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, sendo revogada a contravenção penal preceituada no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

Ademais, foi modificada a natureza da ação penal referente aos crimes contra a dignidade sexual, que se tornou pública incondicionada, além de serem criadas novas causas de aumento de pena para o crime do artigo 218-C<sup>82</sup>.

Por fim, passaram a ser previstas as causas de aumento de pena no artigo 218-C, §2º, do Código Penal, com a finalidade de evitar a colisão com o princípio constitucional da liberdade de expressão (CF, art. 5º, inc. IX)<sup>83</sup>.

---

do processo incumbe ao Ministério Público, titular da ação penal pública, sendo inviável sua propositura pelo julgador. X. Recurso parcialmente provido, para cassar o acórdão recorrido, dando-se prosseguimento à ação penal instaurada contra os réus" (STJ – 5ª Turma, RE 617.221/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j 19/10/2004).

<sup>79</sup> TAVORA, N. *Curso de direito processual penal*. 9 ed. Juspodivm: Salvador, 2014, p. 338.

<sup>80</sup> STF, 1ª Turma, HC 86289/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 06/06/2006, Data de Publicação: DJ 20/10/2006

<sup>81</sup> "Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave."

<sup>82</sup> "Aumento de pena §1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação."

<sup>83</sup> "Exclusão de ilicitude Art. 218-C. § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou

## **8. Da aplicação analógica na produção das provas virtuais e o processo penal brasileiro**

É indispensável, para a análise dos crimes informáticos, a compreensão acerca da persecução criminal correlata, em especial da produção analógica das provas digitais.

Tecnicamente, prova digital é qualquer tipo de informação, dotado de valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digital, ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicação, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital<sup>84</sup>.

Além das provas digitais, são admissíveis as chamadas evidências digitais, as quais, segundo Patrícia Peck, são evidências de maior solidez que indicam a ocorrência do ilícito, tais como as informações coletadas, mediante busca e apreensão, de um disco rígido<sup>85</sup>.

O Código de Processo Penal, datado de 3 de outubro de 1941, não veda a produção das provas virtuais. Com efeito, as provas digitais são imprescindíveis para a demonstração da autoria e da materialidade delitivas, motivo pelo qual são plenamente legítimas e admissíveis no âmbito do processo penal, com baluarte nos artigos 231 e 232 do Código de Processo Penal<sup>86</sup>. Ademais, o artigo 3º do CPP admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito, cujos instrumentais podem ser aplicados para a persecução penal dos crimes informáticos.

Sustentamos, outrossim, a possibilidade de aplicação analógica do Novo Código de Processo Civil, desde que a matéria disciplinada no NCPC não seja incompatível com o disposto no CPP.

Diante de eventual lacuna normativa no CPP, torna-se indispensável a aplicação residual do NCPC, contanto que sejam respeitadas a lógica e os princípios do processo penal.

Esse é o teor do Enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil: “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”. Também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] A Lei 9.756/98, ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal. O Código de Processo Penal é omissivo a respeito do tema. Igualmente a Lei 8.038/90. A lei processual civil é aplicável ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3º). É possível o Relator dar provimento a RE, em matéria criminal, por despacho [...] **(STF, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso**

---

acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.”

<sup>84</sup> Segundo Antunes e Rodrigues: “Ou seja, a prova digital é a informação armazenada ou transmitida em formatos ou meios digitais, cujo teor consubstancia prova, seja ela material ou meramente indiciária, de um determinado incidente ou acontecimento. A prova digital é frágil e volátil, pelo que a atenção de um perito forense certificado é requerida, com o intuito de garantir que os dados de valor probatório são efetivamente isolados e extraídos de forma correta e lícita, respeitando as normas técnicas e legais existentes sobre esta matéria.” (ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018, p. 137).

<sup>85</sup> Cf. PINHEIRO, P. P.. *Direito Digital*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263.

<sup>86</sup> “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.”.

**Extraordinário nº 256.15, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 31/10/2000).**

Se não bastasse, devem ser aplicadas residualmente no processo penal outras legislações especiais para a produção das provas virtuais, a exemplo do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14).

Em se tratando de manipulação de dados e informações pessoais, os autores dos crimes informáticos são pessoas de perfil diferenciado, pois dotados de elevado conhecimento tecnológico e que se utilizam da internet para assegurar o anonimato, principalmente nos crimes de pedofilia e de pornografia infantil.

Nessa esteira, a Constituição Federal veda expressamente o anonimato, que é a forma mais vil e torpe de se omitir o pensamento, motivo pelo qual os crimes praticados pela internet devem ser punidos, em especial a falsa identidade. Dispõe o artigo 5º, inciso IV, da CF: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

De se ver que esse é um dos principais empecilhos da persecução penal relativa aos crimes informáticos, pois é cediço que o autor se utilize da internet como meio facilitador para a prática de ilícitos, principalmente para garantir o anonimato e a clandestinidade que ela proporciona.

Nessa esteira, é de suma importância que a infiltração clandestina em sistemas de tecnologia da informação seja enfrentada no direito brasileiro, com o escopo de viabilizar a eficiência da persecução criminal.

No decorrer do tempo, além de não haver qualquer precedente na Suprema Corte, havia uma insuficiência legislativa quanto à possibilidade de utilização de *softwares* espiões com o propósito de monitorar *online* as atividades cibernéticas.

Por sinal, discutia-se se seria viável a aplicação analógica, a todas as infrações penais, dos procedimentos de interceptações telefônicas e telemáticas, regulamentados pela Lei n. 9.296/1996, para fundamentar a utilização de *software* espiões e, conseqüentemente, o monitoramento *online* das atividades cibernéticas.

Suprindo essa lacuna normativa, a Lei n. 13.441, de 8 de maio de 2017, alterou a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para prever a infiltração de agentes de polícia na internet, com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> "Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: I - será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; II - dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; III - não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. §1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo. §2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se: I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. §3º A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios. Art. 190-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o

Ocorre que essa alteração legislativa não alcançou todos os crimes, mas unicamente aos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, razão pela qual se identificava, a nosso sentir, uma insuficiência da proteção penal nesse âmbito. Contudo, o artigo 10-A da Lei nº 12.850/13, inserido pela Lei nº 13.964/19, popularmente chamada de “Lei Anticrime”, disciplina sobre a “infiltração digital”, é dizer, um meio de obtenção de prova que se destina à apuração de crimes cometidos pela internet, geralmente no caso de pornografia infantil<sup>88</sup>, além de outros possíveis delitos cometidos no ambiente *web*.

Se não bastasse, é comum que autor dos delitos informáticos proceda ao envio de e-mails em cibercafés ou *lanhouses*, cujas redes corporativas permitem uso particular ou carecem de autenticação.

Dessa forma, é comum que cada Estado discipline o fornecimento de dados cadastrais, tais como nome, documentos de identidade, endereço e demais dados disponíveis, para auxiliar na identificação de usuário que se utiliza da conexão à internet de alguma *lanhouse* ou cibercafé em período devidamente indicado<sup>89</sup>.

Também são comuns as seguintes solicitações: **(i)** fornecimento de eventuais filmagens feitas por câmeras de filmagem instaladas no estabelecimento comercial ou em sua fachada para auxiliar na identificação do responsável; e **(ii)** fornecimento de eventuais comprovantes de pagamento para utilização da internet e qualquer outra evidência que for possível para identificação do infrator.

Entendemos, neste azo, que as provas periciais não devem se restringir a simples e-mail e a números de *Internet Protocol* (IP). Em verdade, para a demonstração da autoria e da prova da materialidade do delito, é indispensável que outras provas virtuais sejam robustas e cuidadosamente produzidas, tais como a perícia virtual, a ligação de sinais da internet e de sinais *wireless* (*wi-fi*), procedimentos auditáveis, ata notarial, entre outros.

Com efeito, pode ocorrer de o suposto número de *Internet Protocol* (IP) fornecido ser considerado um IP “dinâmico”, havendo uma mutação contínua de máquinas de usuários que se valem do mesmo endereço de IP para, assim, navegar pela rede mundial de computadores. Explica-se:

O IP é, a rigor, um código numérico atribuído a cada dispositivo conectado em uma rede, de modo que esse número é único para cada aparelho, ou seja, é encarado como um endereço desse equipamento.

Devido à quantidade excessiva de usuários na rede mundial de computadores no Brasil, não há números de IP suficientes para todos os usuários, razão pela qual um único número de IP, que pertence a certa rede de operadora, pode designar a utilização e o acesso à internet por mais de uma máquina de usuário.

Além disso, o IP “dinâmico” se refere a um endereço que muda constantemente, ou seja, quando o usuário liga o *modem* ou em intervalos de tempo definidos pelo provedor, o que geralmente ocorre em conexões domésticas<sup>90</sup>.

---

acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações”.

<sup>88</sup> Salienta-se que, no ordenamento penal brasileiro, não há a tipificação específica da pedofilia, mas tão somente de crimes que com ela guardam certas relações, tais como a pornografia infantil, o estupro de vulnerável, entre outros. Quer dizer, existem estruturas típicas de incriminações que tratam, indiretamente, da pedofilia, tal como ocorre no ordenamento português, que tipifica a coação sexual e violação, o abuso sexual de crianças lenocínio, o tráfico de menores, o exibicionismo e condutas afins. CF. LEITE, I. F. Pedofilia: *Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23-51.

<sup>89</sup> Por exemplo, no estado de São Paulo, a Lei n. 12.228/2006 dispõe sobre os estabelecimentos comerciais que colocam à disposição, mediante locação, computadores e máquinas para acesso à internet, abrangendo os designados como “*lanhouses*”, “*cibercafés*” e “*cyber offices*”.

<sup>90</sup> Como se sabe, o número de IP (*Internet Protocol*) se divide em estático e dinâmico. Primeiramente, o IP estático ou fixo é um número IP atribuído permanentemente a dado computador, não havendo qualquer mudança, salvo se tal ação for feita manualmente. Por

Cabe dizer, o endereço de IP “dinâmico” é passível de mudança a todo momento, não se sabendo ao certo qual o endereço da máquina que teve acesso à internet.

Discute-se, outrossim, acerca da veracidade e da carga probatória das atas notariais.

Para uma primeira corrente, a ata notaria assume apenas presunção relativa, haja vista que o interessado comparece junto ao cartório e indica ao tabelião o conteúdo que deve ser preservado, seja ele original seja fabricado, sendo este lavrado sem a adoção de procedimentos ideais de conferência do conteúdo.

Nessa linha, a doutrina, ciente acerca dessa realidade, reconhece que o conteúdo atestado em ata notarial não deve ser tomado com força probatória absoluta (*jure et de jure*), mas deve ser objetivo de relativização, ou seja, de presunção relativa (*juris tantum*):

E, se a presunção relativa da ata notarial é adotada na esfera cível, com mais cuidado e diligência deve ser na seara criminal, na qual se discute os bens jurídicos mais caros do cidadão.

Para outra corrente, é indispensável que a vítima preserve, para a comprovação das ofensas, os conteúdos por meio de ata notarial, que é documento dotado de fé pública, nos termos do art. 384 do Novo Código de Processo Civil<sup>91</sup>, c/c o artigo 232 do Código de Processo Penal<sup>92</sup>.

Neste viés, é possível a utilização da ata notarial como prova no processo penal digital.

Também é possível a solicitação às operadoras de telefonia celular para o fornecimento de dados e de ligações telefônicas registradas em ERB’S (Estações-Rádio Base), com fundamento no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Sustentamos, de qualquer sorte, que a identificação do usuário na internet deveria ser realizada por meio do fornecimento pleno dos seus dados pessoais, inclusive com biometria e certificado digital, reunindo-os todos em um banco de dados de identificação no âmbito nacional. Complementa Patrícia Peck Pinheiro:

Definitivamente, um dos assuntos mais importantes a tratar no Direito é o tema da Identidade Digital obrigatória. Não adianta ter qualquer outra lei, se não pudermos gerar prova de autoria, seja para questões civis, criminais, trabalhistas, tributárias, entre outras. Isso tudo deve ser consolidado, unificado, senão cada vez que pára no Judiciário corre-se o risco de o juiz ter um entendimento distinto. Há juiz que entende que senha é suficiente para prova da identidade, outros aplicam isso apenas quando há certificado digital da ICP-Brasil, e há ainda os que dizem que só com assinatura do papel (como se isso trouxesse uma garantia maior, sendo que, na verdade, o papel é cópia quando a relação original foi manifestada no ambiente digital primeiramente)<sup>93</sup>.

Portanto, duas alternativas se revelam possíveis, à primeira vista, para a tutela penal no ambiente virtual, com o desiderato de afastar qualquer proteção deficiente.

---

outro lado, o IP dinâmico é um número fornecido a um computador quando este se conecta à rede, mas que muda todas as vezes em que há conexão.

<sup>91</sup> “Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.”.

<sup>92</sup> “Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

<sup>93</sup> PINHEIRO, P. P. *Direito Digital*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

A primeira seria a criação de uma identidade digital obrigatória no Brasil e sua compatibilização com o crime de falsa identidade (CP, Art. 307). A outra também demandaria a criação da identidade digital obrigatória, mas acompanhada da formulação de um novo tipo penal que tratasse, de forma específica e suficientemente, de conduta que atente contra a identidade digital.

*In pari passu*, revela-se indispensável o uso estratégico da inteligência digital<sup>94</sup> e das fontes abertas<sup>95</sup> e dos meios de obtenção de prova (v.g., infiltração virtual de agentes), com a finalidade de obtenção das evidências ou provas digitais, que são aptas a garantir a eficiência da persecução criminal<sup>96</sup>, contanto que respeitadas as garantias e direitos fundamentais do acusado na persecução criminal, a exemplo da cadeia de custódia dos vestígios<sup>97</sup> e sua autodeterminação informativa.

---

<sup>94</sup> A inteligência digital compõe-se quer da atividade de inteligência, que tem por finalidade produzir conhecimentos a partir de informações existentes no ambiente digital, quer da investigação criminal, de natureza pré-processual, cujo escopo é o de coletar evidências para a elucidação de fatos delituosos e de seus autores, concebendo-as como indícios ou provas que possam ser avaliados pelo magistrado ao cabo da persecução penal. Cf. BARRETO, A. G.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017, p. 22.

<sup>95</sup> As chamadas fontes abertas (*Open Source Intelligence* ou OSINT) permitem sejam colhidos, publicamente, dados disponibilizados por uma pessoa desde em revista, jornal ou periódico até em seu perfil criado nas redes digitais, tal como ocorreu no combate ao crime organizado nos Estados Unidos e na Europa nas décadas de 70 e 80, respectivamente. Os dados obtidos mediante fontes abertas podem se apresentar nas mais diversas formas, tais como fotografias, gravações de áudio, impressões, relatórios, entre outros; ou seja, "A informação disponível em fontes abertas corresponde a dados agregados, que foram sujeitos a um processo de edição (por exemplo, a notícia do mesmo acidente de viação publicada num jornal 'online')" (ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018, p. 194).

<sup>96</sup> Os meios de obtenção de prova não se confundem com os métodos ocultos de investigação. Segundo David Silva Ramalho: "O problema que nos propomos tratar resulta da conjugação de dois temas de especial relevância no Direito Processual Penal da actualidade: os métodos ocultos de investigação criminal e a prova digital. Os primeiros consistem, 'grosso modo', em <<todos aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou disso sequer se apercebam>>. Assumem, por isso, como principal elemento caracterizador a imposição secreta de neutralização caustica de direitos fundamentais e garantias processuais do visado, ou mesmo da criação de um 'estado de excepção' a certos princípios gerais do process penal, em prol da eficácia na realização da Justiça. O seu secretismo - instrumental à obtenção de prova e fundamental para a sua eficácia -, e o crescente recurso a estes meios, representam, mais do que o mero agravamento da acção repressiva do Estado, uma verdadeira modificação da tradição clássica do processo penal, assente na colaboração involuntária e desinformada do suspeito para prova da sua própria conduta criminosa" (RAMALHO, D. S. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 33).

<sup>97</sup> Entendemos que, com a advento da investigação criminal tecnológica, dois critérios atinentes à prova digital se tornaram indispensáveis na persecução criminal, quais sejam, a cadeia de custódia e o manuseio da prova de acordo com a proteção de dados pessoais. A cadeia de custódia pressupõe uma prova confiável (fiabilidade probatória), auditável e íntegra, servindo de utilização por todas as partes do processo e, acima de tudo, assegurando o contraditório. Os vestígios de uma prova devem ser obtidos por meio de métodos específicos de procedimento de coleta e manuseio, de natureza científica e técnica, com base na transparência e em respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Nesse sentido: PRADO, G.. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014; BARRETO, A.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017, p. 237. Sustentamos, outrossim, que a cadeia de custódia é consentânea com o princípio da manipulação ou relativização dos elementos informáticos, assim denominado por Sydow. Quer dizer, a cadeia de custódia tem o condão de afastar que a desconfiança de que um elemento coligido no procedimento criminal tenha sido

Em caso de investigação de crimes sexuais mediante meios tecnológicos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, em processo que se apure a suposta prática de crime sexual contra adolescente absolutamente incapaz, é admissível a utilização de prova extraída de gravação telefônica efetivada a pedido de genitora da vítima, em seu terminal telefônico, mesmo que solicitado auxílio técnico de detetive particular para a captação das conversas<sup>98</sup>.

Nesse quadrante, entendemos que o uso de meios tecnológicos de obtenção de provas já é, em certa parte, reconhecido pelas diversas legislações nacionais, superando o temário das lacunas, embora deva ser alçado a um debate crítico na perspectiva da atividade jurisprudencial, a fim de que sejam melhor conformados com os direitos e garantias individuais constitucionalmente consagrados, sem perder de vista a suficiência da proteção penal em prol da vítima de delitos, tais como de crimes sexuais praticados pela internet.

## 9. Conclusões

O sistema informático pode ser utilizado de diversas formas para a prática de infrações penais. De um lado, as redes digitais podem constituir apenas em um novo meio ou *modus operandi* para a perpetração de crimes. Neste caso, o Código Penal então vigente, com base na interpretação analógica ou extensiva, já se apresenta como uma resposta para esse grupo de delitos, tendo em vista que tais poderiam ser cometidos de modo equiparado sem o sistema informático.

A própria jurisprudência, tal como assinalado no julgamento paradigmático do *Habeas Corpus* n. 76.689-0 pelo Supremo Tribunal Federal, tem firmado o entendimento, diante de legislação específica, de aplicação do Código Penal brasileiro ou de legislações extravagantes.

Assim, discordamos de que o ordenamento penal brasileiro, em sua totalidade, possui lacunas normativas para o tratamento da criminalidade informática.

Em certos casos, vislumbra-se a evolução tanto da jurisprudência como da atividade legiferante para suprir eventuais lacunas dos crimes de pornografia infantil e da exposição pornográfica não consentida na internet (crimes informáticos impróprios).

Noutro viés, uma parcela das condutas correspondentes aos crimes informáticos puros ou próprios não possui tipificação - v.g., interferência em sistemas computacionais -, tampouco legislação específica, subsistindo com uma subsunção forçada no Código Penal, tal como ocorre na conduta lesiva aos dados informáticos e controvérsias acerca do crime de dano, por exemplo.

Malgrado sejam identificadas lacunas de diversas naturezas, a resposta criminal aos delitos informáticos não é solúvel meramente mediante o método de integração. Vai mais além: condiciona-se a uma política criminal sistemicamente coerente e suficiente, prezando, em parte, pela criação de tipos penais próprios em face das constantes mudanças e inovações provocadas pelos meios tecnológicos disponíveis, em homenagem aos princípios da intervenção mínima e da legalidade.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, C. J. de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

---

manipulado. Cf. SYDOW, S. T.. *Curso de Direito Penal Informático: Partes Geral e Especial*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 120.

<sup>98</sup> STJ. 6ª Turma. REsp 1.026.605-ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/5/2014. Publicado no Informativo 543.

- ANTUNES, M.; RODRIGUES, B.. *Introdução à Cibersegurança: a internet, os aspectos legais e a análise digital forense*. Lisboa: FCA, 2018.
- BARRETO, A. G.; WENDT, E.; CASELLI, G.. *Investigação Digital em Fontes Abertas* (Livro Virtual - E-Book Kindle). Rio de Janeiro: Brasport, 2017.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, M. H. *As Lacunas no Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011.
- LEITE, I. F. *Pedofilia: Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Almedina, 2004.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MEZGER, E. *Derecho penal. Parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985.
- MONTIEL, J. P. *Creación judicial de derecho penal y analogía in bonam partem*. In: AROCENA, G. A.; BALCARCE, F. I.; CESANO, J. D. *Reflexiones sobre la cuestión criminal: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano*. Córdoba: Lerner, 2011.
- MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PRADO, G.. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.
- PINHEIRO, P. P. *Direito Digital*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PINHEIRO, R. C.. Dos Delitos praticados no Âmbito da Internet Em Face da Legislação Penal Brasileira. In: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Toledo/PR, v. 5, n. 1, p. 83-94, jan./jun. 2002.
- PONTE, A. C. da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RAMALHO, D. S. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, V. *Análise econômica do direito*. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ROSSINI, A. E. de S.; BRITO, A. U. de. Apontamentos Sobre a Criminalidade Informática. In: VILARDI, C. S.; PEREIRA, F. R. B.; DIAS NETO, T. (Coords). *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROXIN, C. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, La estructura de La teoria do delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2006.
- SERPA LOPES, M. M. de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Volume 1. Livraria Freitas Bastos, 1953.
- SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

- SYDOW, S. T.. *Curso de Direito Penal Informático: Partes Geral e Especial*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- TAVORA, N. *Curso de direito processual penal*. 9 ed. Juspodivm: Salvador, 2014.
- VALENTE, V. A. E.. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais*. 1 Ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- VIANNA, T. L.; MACHADO ,F.. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2017 (E-Book Kindle).