

**II CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO E INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL**

DIREITO PENAL E CIBERCRIMES

D597

Direito Penal e Cibercrimes [Recurso eletrônico on-line] organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fernando Henrique da Silva Horita; Fausto Santos de Moraes; Camila Martins de Oliveira. – Belo Horizonte:Skema Business School, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-263-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Um olhar do Direito sobre a Tecnologia

1. Direito. 2. Inteligência Artificial. 3. Tecnologia. II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

DIREITO PENAL E CIBERCRIMES

Apresentação

Renovando o compromisso assumido com os pesquisadores de Direito e tecnologia do Brasil, é com grande satisfação que a SKEMA Business School e o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito apresentam à comunidade científica os 12 livros produzidos a partir dos Grupos de Trabalho do II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (II CIDIA). As discussões ocorreram em ambiente virtual ao longo dos dias 27 e 28 de maio de 2021, dentro da programação que contou com grandes nomes nacionais e internacionais da área em cinco painéis temáticos e o SKEMA Dialogue, além de 354 inscritos no total. Continuamos a promover aquele que é, pelo segundo ano, o maior evento científico de Direito e Tecnologia do Brasil.

Trata-se de coletânea composta pelos 255 trabalhos aprovados e que atingiram nota mínima de aprovação, sendo que também foram submetidos ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI. Os oito Grupos de Trabalho originais, diante da grande demanda, se transformaram em doze e contaram com a participação de pesquisadores de vinte e um Estados da federação brasileira e do Distrito Federal. São cerca de 1.700 páginas de produção científica relacionadas ao que há de mais novo e relevante em termos de discussão acadêmica sobre a relação da inteligência artificial e da tecnologia com os temas acesso à justiça, Direitos Humanos, proteção de dados, relações de trabalho, Administração Pública, meio ambiente, formas de solução de conflitos, Direito Penal e responsabilidade civil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de 36 proeminentes professoras e professores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores. Cada livro desta coletânea foi organizado, preparado e assinado pelos professores que coordenaram cada grupo. Sem dúvida, houve uma troca intensa de saberes e a produção de conhecimento de alto nível foi, mais uma vez, o grande legado do evento.

Neste norte, a coletânea que ora torna-se pública é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e fomentar o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais. Fomentou-se, ainda, a formação de novos pesquisadores na seara interdisciplinar entre o Direito e os vários

campos da tecnologia, notadamente o da ciência da informação, haja vista o expressivo número de graduandos que participaram efetivamente, com o devido protagonismo, das atividades.

A SKEMA Business School é entidade francesa sem fins lucrativos, com estrutura multicampi em cinco países de continentes diferentes (França, EUA, China, Brasil e África do Sul) e com três importantes creditações internacionais (AMBA, EQUIS e AACSB), que demonstram sua vocação para pesquisa de excelência no universo da economia do conhecimento. A SKEMA acredita, mais do que nunca, que um mundo digital necessita de uma abordagem transdisciplinar.

Agradecemos a participação de todos neste grandioso evento e convidamos a comunidade científica a conhecer nossos projetos no campo do Direito e da tecnologia. Já está em funcionamento o projeto Nanodegrees, um conjunto de cursos práticos e avançados, de curta duração, acessíveis aos estudantes tanto de graduação, quanto de pós-graduação. Em breve, será lançada a pioneira pós-graduação lato sensu de Direito e Inteligência Artificial, com destacados professores da área. A SKEMA estrutura, ainda, um grupo de pesquisa em Direito e Inteligência Artificial e planeja o lançamento de um periódico científico sobre o tema.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Belo Horizonte-MG, 09 de junho de 2021.

Prof^a. Dr^a. Geneviève Daniele Lucienne Dutrait Poulingue

Reitora – SKEMA Business School - Campus Belo Horizonte

Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Coordenador dos Projetos de Direito da SKEMA Business School

MODUS OPERANDI E O CRIME CONTINUADO NO CIBERESPAÇO
MODUS OPERANDI AND THE CONTINUED CRIME IN CYBERSPACE

Arthur Bernardo Cunha e Silva ¹
Rafael Miranda Amazonas ²

Resumo

Este projeto de pesquisa se propõe fazer uma análise sobre o Direito Penal no ambiente virtual, mais especificamente quanto ao elemento “modo de execução semelhante” do crime continuado (art.71). Essa investigação passa pela fase da análise de como aquele é analisado e aplicado nos casos concretos do mundo real e como é feito esse mesmo processo no ciberespaço. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. Quanto à investigação, pertence à classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), o tipo jurídico-projeto. Predominará o raciocínio dialético.

Palavras-chave: Modus operandi, Ciberespaço, Crime continuado

Abstract/Resumen/Résumé

This research Project aims to make an analysis on criminal law in the virtual environment, more specifically as to the elemento “similar mode of execution” of the continued crime. This investigation goes through the analysis phase of how it is analyzed and applied in concrete case of the real world and how this same process is done in cyberspace. The research that is proposed belongs to the legal-sociological methodological aspect. As for investigation, it belongs to the classification of Gustin, Dias and Nicácio (2020), the legal Project type. Dialectical reasoning will prevail.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modus operandi, Cyberspace, Continued crime

¹ Graduando em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara

² Graduando em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A deficiência na regulamentação penal do espaço digital causa confusões quanto ao conteúdo de algumas proposições do Direito vigente, que, a princípio, foram criadas e pensadas com base nos fatos reais. Logo, torna-se necessário pensar esses conceitos com base no ambiente virtual, uma vez que podem causar diferentes interpretações e, conseqüentemente, interferir de forma direta na dosimetria da pena. Assim, a presente pesquisa busca analisar o elemento “maneira de execução semelhante” do crime continuado dentro do ciberespaço.

É preciso lembrar a importante função da ciência do direito que não possui caráter vinculativo, isto é, não tem força e não é norma, entretanto, seus estudos influenciam diretamente a atividade criadora do judiciário. Dessa forma, o objetivo de estabelecer uma interpretação do referido termo legal sob a perspectiva de um novo plano é de extrema importância para contínua busca pela justiça.

A internet ampliou o mundo e trouxe infinitas possibilidades que não somente facilitam como proporcionam um novo modo de viver. Porém, entre tantos pontos positivos emergem os crimes digitais. O grande problema que essa pesquisa enfrenta é a análise do elemento “maneiras de execução semelhantes” no meio digital, visto que algumas jurisprudências apontam que o referido requisito, dentro do ambiente virtual, depende, em suma, do crime ser cometido nesse plano. Entretanto, Bitencourt aponta que para ser considerado mesmo *modus operandi* o crime tem de ser cometido da mesma forma, modo e igual estilo (BITENCOURT, 2020, p.1932). Nesse sentido, o fato de ser virtual já é condição suficiente para declarar semelhança ou devemos observar as particularidades dos meios utilizados para execução do delito?

A pesquisa que se propõe, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Dessa forma, a pesquisa se propõe a analisar o elemento “mesma maneira de execução” dentro do meio virtual.

2- *MODUS OPERANDI* NO CRIME CONTINUADO

O Direito Penal brasileiro se valeu da teoria da ficção jurídica para fundamentar o crime continuado, visando atenuar a sanção penal. Entende-se por ficção jurídica as situações que, em primeiro momento, parecem ser contrárias à lei, entretanto, são saídas lógicas que

satisfazem os interesses sociais. Ou seja, o que a princípio deveria ser contabilizado como uma multiplicidade de crimes acaba admitindo os crimes posteriores como sendo uma continuação do primeiro.

A legislação brasileira no art. 71 é bem clara ao tratar a continuidade delitiva, sendo assinalada quando “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, em razão de determinadas circunstâncias devam os delitos seguintes ser havidos como continuação do primeiro” (PRADO, 2019, p.518). Ademais, o Código Penal brasileiro, ainda no mesmo artigo, define quais são essas circunstâncias caracterizadoras: tempo, lugar, maneira de execução, entre outras semelhantes (BRASIL, 1940).

O presente trabalho cuida de investigar a circunstância maneira de execução semelhante, que segundo Bitencourt (2020, p.1932): “se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva”, ou seja, a maneira que o indivíduo comete o crime deve ser a mesma para que tal elemento seja satisfeito. Dessa forma, se os crimes não são semelhantes nos modos de agir e executar não há o que se falar em continuidade delitiva, pois não apresentam o mesmo *modus operandi*.

Para exemplificação do elemento em investigação cabe a análise da seguinte Apelação Criminal (MINAS GERAIS, 10040160009417001, 2019), em que o apelado fraudou a fiscalização fazendária, omitindo operações tributárias em documentos e livros exigidos pela lei fiscal.

O concurso de crimes firmado pelo des. Octavio Augusto de Nigris Boccalini, é consequência dos delitos praticados pelo apelado entre dezembro de 2012 a setembro de 2013, ao total 10 omissões de ICMS. Tais crimes devem ser reconhecidos como crime continuado, visto que os delitos são de mesma espécie e praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução (art.71 do CP).

Portanto, o elemento maneira de execução em devida apelação criminal se mostrou como semelhante, pois o apelado, em coautoria, omitiu em documentos e livros exigidos pela lei fiscal devido ao Estado de Minas Gerais nas operações de venda de mercadorias realizadas através da empresa autuada no valor de R\$14.274,39, em decorrência de aposição, nos documentos fiscais, de base de cálculo diversa (a menor) do efetivo valor as operações na quantia de R\$ 889.387,36. Agindo dessa maneira sempre da mesma forma, nos delitos ocorridos entre dezembro de 2012 a setembro de 2013, demonstrando mesmo *modus operandi*, satisfazendo dessa maneira o elemento modo de execução semelhante.

3. MODUS OPERANDI NO CIBERESPAÇO

A corrente análise busca responder a seguinte pergunta: “o fato de ser virtual já é condição suficiente para declarar semelhança no modo de execução ou devemos observar as particularidades do *modus operandi* de cada delito?”. Para chegar em uma resposta é importante, em primeiro lugar, expor a jurisprudência que gerou tal dúvida. Sendo assim, segue: (STJ, 1190977, 2013) no qual os réus, praticaram 71 (setenta e um) delitos de mesma espécie, furtos cibernéticos. Ademais, a relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, alega que os crimes foram executados mediante semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução e devem ser recepcionados como crime continuado.

Os réus, conforme aponta a jurisprudência, utilizavam de 3 (três) artifícios, ferramentas, distintos para poder executar o crime. Assim, a primeira era o programa cavalo de tróia, espalhado através da internet, para poder capturar informações de usuários. Outro meio usado era a emissão de falsas mensagens de “e-mail” com objetivo de obter informações pessoais e senhas das vítimas. Em terceiro, criavam páginas clones de instituições bancárias com mesmo intuito do método 1 (um) e 2 (dois).

De forma infeliz a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, decidiu que os crimes foram executados mediante a “semelhantes maneiras de execução”, e o cumprimento de tal condição junto aos outros requisitos do concurso material poderiam ensejar a exasperação das penas que, conforme o HC 107.443, começa em 1/6 (um sexto) para 2 (dois) crimes e pode chegar a 2/3 (dois terços) para 7 (sete) crimes ou mais, dessa maneira visto que os agentes cometeram através de mais de uma ação 71 (setenta e um) delitos cabe a pena ser majorada em 2/3 (dois terços).

Entretanto, o requisito maneira de execução foi preenchido equivocadamente. Para comprovar devido ponto é necessário a reanálise à jurisprudência apontada no tópico dois. Devida sentença condenou os réus por fraude na fiscalização fazendária, considerando seus delitos como crimes continuados por sempre omitirem as operações de formas parecidas, ou seja, apresentavam um semelhante *modus operandi*.

Com isso, é praticamente explícito que o elemento maneira de execução na jurisprudência de Recurso Especial foi analisado de modo superficial. A ministra considerou 3 (três) *modus operandi* como semelhantes de maneira errônea, pois embora o código fale em semelhança e não igualdade de maneiras de execução e segundo dicionário Michales, semelhante é aquilo que apresenta características comuns em relação a outra coisa, a consideração de semelhança do Superior Tribunal de Justiça deveria ao menos exigir que os

modos de execução utilizados pelos réus compartilhassem características entre si, tal fato não ocorre.

Assim, não ocorrem pois: I- Cavalo de Tróia é um *software* malicioso II- e-mails falsos, ainda que falsos, não constituem em si um *software malicioso*, como trojan do item I, são então, um artifício ilícito utilizado pelos criminosos por meio de uma plataforma legal, e-mail III- Sites falsos, esse terceiro *modus operandi* não coincide com os outros anteriores, porque uma página clone pode por si roubar os dados bancários das vítimas sem haver um *software malicioso*.

Para facilitar a compreensão segue uma analogia. Consideremos três delitos abarcados pelo art. 121 do CP (BRASIL, 1940), que rege sobre o homicídio. I- Criminoso matar alguém com uso de arma de fogo, II- Agente faz uso de martelo para assassinar alguém, III- Perverso assassino faz uso de martelo para perfurar o coração de um indivíduo com uma bala calibre 50, tal fato acarreta sua morte. Embora os 3 (três) acabem gerando um só resultado, morte, guardam também em si diferenças técnicas que descartam a consideração de serem semelhantes entre si.

Considerar os crimes cibernéticos I, II, III, como parecidos seria como observar os homicídios I, II, III do parágrafo anterior como executados sobre semelhante *modus operandi*. Dessa maneira, a análise dos crimes cibernéticos foi feita sobre uma leitura fria e superficial, pois não consideram as particularidades de cada ferramenta em si, mas somente o seu macro de serem todas produtos do meio digital.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, verifica-se que a o elemento “modo de execução semelhante” tem requisitos mínimos os quais tem que ser atendido. Entretanto, a pesquisa entende que código penal brasileiro foi desenvolvido em uma época que não havia tecnologia e que ainda não há uma regulamentação para o ambiente virtual. Porém, como se escolheu essa antiga legislação para atuar sobre os crimes virtuais, por mais que ela ofereça um leque de possibilidades infinitamente maior e o texto legal defenda que deve prevalecer o mais favorável ao réu, o juiz precisa observar com atenção os requisitos exigidos por cada elemento.

Importante ressaltar que o meio virtual não pode ser considerado como um todo, mas como uma realidade paralela que dispõe de infinitas ferramentas e está intrinsecamente ligada com o mundo real. Assim, com exatidão, é possível afirmar que a decisão tratada no tópico 3 (três) não observou corretamente o elemento tratado na presente pesquisa.

Não obstante, é perceptível que o mundo está cada vez mais líquido e grande responsabilidade disso é do ciberespaço que deixa tudo mais rápido. Logo, é certo afirmar que há carência do ordenamento jurídico brasileiro quanto a uma regulamentação do espaço virtual que, mais do que nunca, faz parte da vida de grande parte dos brasileiros e a quantidade de pessoas só tende a aumentar. Ademais, como isso não é realidade, o judiciário deve seguir atendendo os requisitos exigidos pelas normas e não deve considerar o ambiente virtual como uno indivisível.

5. REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STJ - REsp: 1190540 GO 2010/0071198-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 28/05/2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000711988. Acesso em: 26 abr. 2021

TJ-MG - APR: 10040160009417001 MG, Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini, Data de Julgamento: 22/01/2019, Data de Publicação: 01/02/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/670368654/apelacao-criminal-apr-10040160009417001-mg/inteiro-teor-670368823>. Acesso em: 28 abr. 2021

BRASIL. Vade Mecum RT. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.