

GABRIEL BORGES DA SILVA

**LEGÍTIMA DEFESA DIGITAL:
novas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2020

GABRIEL BORGES DA SILVA

**LEGÍTIMA DEFESA DIGITAL:
novas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Me. Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2020

GABRIEL BORGES DA SILVA

**LEGÍTIMA DEFESA DIGITAL:
novas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro**

Anápolis, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

RESUMO

Com os avanços tecnológicos, surge a necessidade de que haja uma forma de regulamentar o uso, fazendo com que seja originado o Direito Digital que é justamente a junção da realidade jurídica e a realidade virtual, uma vez que existem necessidades sociais que devem ser resguardadas e supridas. Mas vale destacar que dentro de uma perspectiva digital existem crimes que são cometidos que são a temática deste presente estudo, que é o enfrentamento jurídico dessas condutas criminosas que são cometidas. Deste modo foi realizada uma pesquisa bibliográfica a qual norteou uma análise a aplicabilidade da legítima defesa digital assim com um grande avanço em estudos científicos direcionado no combate ao cibercrime e a sua implementação concreta no direito brasileiro. Para que tais estudos não fiquem apenas no mundo das ideias e possam ser finalmente ser colocadas em pratica da melhor maneira possível para ser resguardado o respeito aos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático Brasileiro.

Palavras-chave: Direito Digital. Legítima Defesa. Sociedade Digital.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INOVAÇÕES	7
1.1 Dignidade da pessoa humana.....	7
1.2 Direito à segurança: e a legítima defesa	13
1.3 Direito próprio ou alheio	15
CAPÍTULO II – DA LEGÍTIMA DEFESA DIGITAL	19
2.1 Conceito e elementos.....	19
2.1.1. Presença da agressão atual ou iminente e injusta	20
2.1.2. Proteção do direito do agredido ou de terceiro.....	22
2.1.3. Repulsa da agressão com os meios necessários	22
2.1.4. Inevitabilidade da agressão.....	23
2.2 Classificações da legítima defesa	24
2.2.1. Legítima defesa recíproca	24
2.2.3. Legítima defesa da honra.....	25
2.2.4. Ofendículos	26
2.3 Crimes Cibernéticos	26
2.3.1. Crimes cibernéticos puros	28
2.3.2. Crimes cibernéticos impuros	29
CAPÍTULO III – EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA	31
3.1 Excesso da Legítima Defesa Culposa e Dolosa.....	31
3.2 Proteção dos Bens Jurídicos no Contexto da Sociedade Digital.....	32
3.3 Entendimento dos Tribunais Quanto ao Excesso da Legítima Defesa.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	Erro! Indicador não definido.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

A legítima defesa está expressa no Código Penal brasileiro, mais precisamente em seu artigo 25 da parte geral. O referido instituto é entendido pelos juristas tal qual uma excludente de ilicitude, que visa a desconsideração de conduta ilícita em casos que fazendo uso moderado dos meios necessários, repele-se injusta agressão praticada contra si ou contra outrem.

Teoricamente, a legítima defesa pode ser dividida em duas categorias, sendo elas quanto à titularidade do interesse protegido e o aspecto subjetivo do agente. A legítima defesa, quanto à titularidade do interesse, se subdivide em defesa própria (autodefesa) e de terceiro (defesa de outrem). Já quanto ao aspecto subjetivo do agente, tem-se a defesa real (comprovação da injusta agressão) e a defesa putativa (ocorre por erro). Devemos ainda citar a defesa subjetiva, na qual ocorre o erro de excesso (por erro de tipo escusável).

Atualmente, é de bastante discussão o que diz respeito ao excesso da legítima defesa, visto que para resguardar a própria vida ou a de outrem, o agente excede na conduta e deixa de agir moderadamente, como prevê o artigo 25 do código penal brasileiro. Para tal, é preciso entender que o objetivo deste instituto é afastar o agente agressor e não o vitimar. Com essa discussão, estabeleceu-se no ordenamento jurídico o excesso doloso (ou consciente) e o excesso culposos (ou inconsciente).

Posteriormente, com o advento e popularização da tecnologia, surgiu também a legítima defesa digital, que se origina da prática dos cibercrimes. Por meio da legítima defesa digital que aponta o respaldo legal para assegurar a atuação de

grupos de respostas, com a intenção de combater a impunidade gerada pelos crimes informáticos, propiciando a colheita de provas e, resguardando a inviolabilidade das informações e de outros ativos intangíveis como a aplicabilidade da lei.

Para justificar o presente tema vê-se que a legislação brasileira, ao longo do tempo, aperfeiçoou suas normas relativas à segurança jurídica das vítimas de cibercrimes e agentes da legítima defesa digital. Considera-se a legítima defesa tal qual um desdobramento natural e uma obrigação derivada das exigências de um tratamento humano digno.

O conjunto de direitos que definem a dignidade da pessoa humana não é facilmente definido já que possui inúmeros desdobramentos. No entanto, pode-se traduzir de forma genérica que trata-se dos direitos básicos para se viver, inerente a todas as pessoas. Para tanto, o Estado é sujeito responsável pela manutenção e aplicação prática desse princípio.

Diante disso, vê-se que para viver em sociedade, necessita-se que a sua vida esteja segura. Porém, quando o Estado falhar em prestar a devida segurança, nasce para o indivíduo o direito à legítima defesa. A legítima defesa está elencada de forma precisa no Código Penal Brasileiro, porém, no que tange a sua forma e característica, segundo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para complementar e facilitar a devida aplicabilidade da excludente de ilicitude.

Portanto, o objetivo geral do presente estudo é explicar e definir a legítima defesa digital em referência às novas abordagens e novas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Tal proposta gera certas indagações. Para isso, adotou-se como metodologia levantamento bibliográfico, sendo compilados os dados de livros, revistas e artigos que se relacionassem com a temática, sendo utilizado como descritores da pesquisa: dignidade da pessoa humana; legítima defesa; direito constitucional.

CAPÍTULO I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INOVAÇÕES

Este capítulo faz uma abordagem sobre a dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar que este é um direito assegurado na Constituição Federal, visto que a princípio conceituou-se e definiu-se o termo dignidade com embasamento nas doutrinárias. Posteriormente, relacionou a legítima defesa como algo aplicado dentro do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 tem como seus fundamentos a proteção dos direitos fundamentais de caráter individual e/ou coletivo. A dignidade da pessoa humana não sendo efetivamente conceituada o que a torna suscetível a interpretações e definições doutrinárias, mas não há o que negar que as definições existentes são voltadas para uma formação de equidade dentro do direito.

O princípio da igualdade é considerado um importante instrumento para a legislação brasileira, especialmente por estar inserido ao texto constitucional e por se relacionar a outros princípios fundamentais. O preâmbulo da constituição federal de 1988 não possui função normativa, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 2.076/AC, há indicações de valores e fins do Estado, a proporção em que a referência ao princípio da igualdade se apresenta em seu corpo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado

a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, é importante frisar que o legislador federal entendeu que o princípio da igualdade não poder ser um princípio de funções meramente interpretativas, de forma que o tornou positivo em alguns artigos da Carta Magna, como por exemplo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”(BRASIL, 1998, *online*).

Em função da preocupação da Constituição Federal com a igualdade, é necessário compreender este princípio, que busca tratar igualmente indivíduos com uma série de características legalmente reconhecida. Importante frisar, ainda, que apenas a lei está autorizada a criar padrões de igualdade e desigualdade visto que a própria Constituição da República expõe como os critérios que serão discriminados.

Conforme externou Moraes (2006):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico (2006, p. 31)

Assim devemos enfrentar a igualdade material para se garantir que todos tenham direito ao acesso de oportunidades em todas as áreas da vida social de forma igualitária. Por esse motivo, a igualdade formal concede aos indivíduos, além da igualdade em direitos e obrigações, a garantia que Estado possa efetivar a isonomia, (MELO, 2006).

Por isso, a igualdade formal e material não são aplicados de forma isolada. Ao contrário, há uma interdependência legal entre elas. A Constituição Republicana de 1988 elenca uma série de direitos e deveres que visam, de maneira genérica, dirimir diferenças sociais e jurídicas (princípio da igualdade sob o viés

formal), mas que não são capazes de, por si só, atingir a eficácia programada, já que dependem, muitas vezes, da estipulação de requisitos legais para tanto (princípio da igualdade sob viés material), considerando diferenças entre grupos sociais.

Assim, retomando a ideia da aplicabilidade do preâmbulo da Constituição de 1988, que expressa menção à igualdade, pode-se verificar a função social deste princípio. Deste modo quando se fala do Estado democrático de Direito deve se ater o campo do Executivo, Legislativo e Judiciário, uma vez que os mesmos tem que ter uma preocupação com os direitos fundamentais constitucionais que englobam o direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Diante o exposto destaca-se o artigo 5º, § 3º da Emenda Constitucional nº45 de dezembro de 2004, que explana: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Vale evidenciar que a motivação deste dispositivo está relacionado ao período de ditadura vivenciado no Brasil, onde não existia direitos humanos, visto que as pessoas eram submetidas a diversos castigos e torturas (BRASIL, 1998, *online*).

Mas vale destacar que anteriormente o Brasil no ano de 1948 na Assembleia Geral Das Nações Unidas, já havia assinado um documento internacional relacionado aos direitos humanos (BEZERRA, S/D). Tal documento recebeu como nomenclatura Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual trouxe em seu primeiro artigo o dispositivo o direito de igualdade e liberdade para todos, firmando assim a dignidade da pessoa humana (ONU, 1948).

O Texto Constitucional de 1988, nas primeiras linhas, preocupou-se em positivar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CRFB), o que denota a importância desse princípio para a estrutura do Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, quando se fala em dignidade da pessoa humana deve se ater ao fato que algo que se aplica a qualquer pessoa, devendo este ser um direito respeitado, mas ainda assim deve

respeitar e considerar as outras pessoas, não podendo ferir e nem ter ferida a dignidade sendo está uma via de dois sentidos (SARLET, 2011).

Quando se fala em dignidade da pessoa humana vale destacar que são a unificação dos direitos e garantias fundamentais que são empregadas a pessoa humana, de modo bem simplificado a dignidade envolve valores e a moral individualizada de forma singular, sendo os dispositivos legais inerente a assegurar que não haja qualquer tipo de violação desse direito individual, porém vale destacar que existem limitações, visto que o direito de cada pessoa termina aonde começa o do outro (MORAES, 2006).

Ao se falar em dignidade da pessoa humana, é importante compreender que seu conceito é algo que vem sofrendo evolução ao longo dos anos. Partindo dessa perspectiva, é importante destacar que cada vez mais a sua conceituação vem se ampliando, estando diretamente relacionada com a moral e valores, influenciando consequentemente na liberdade social (SILVA, 2017).

Deste modo, a *priori* destaca-se a conceituação feita pelo filósofo Kant (2008, p. 59) que em sua obra sobre fundamentação da metafísica dos costumes e outros descritores, define do seguinte modo: “Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Deste modo a Constituição Federal traz em seu texto a perspectiva de que os seres humanos são iguais. Portanto, merece tratamento igualitário independente de quando e como ocorra qualquer situação, de forma que não tenha nenhuma discriminação ou diferenciação, tendo o direito de ser respeitado igualmente aos seus semelhantes. Neste sentido:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2008, p.65)

O direito à dignidade da pessoa humana é um critério que unifica os direitos fundamentais a que se referem a todos direitos humanos, embora pode ser relativizado em maior ou menor escala já que nenhum direito ou princípio é apresentado de forma absoluta atualmente.

O surgimento dos direitos humanos deu-se depois de muita luta, onde a sua criação tem como objetivo a proteção da dignidade humana, esses direitos protegem a pessoa em sua individualidade visando a coletividade, uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de direito, mas que apesar disso muitas vezes o governo não garante a dignidade, sendo assim os mesmos são protegidos de forma jurídica e material pela Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 1988, *online*)

Vale ainda ressaltar que a dignidade da pessoa humana é algo complexo dentro da sociedade, dentro de uma perspectiva jurídica Sarlet define:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2007, p. 62).

Destaca-se ainda que a dignidade da pessoa humana, como princípio, deve ser observada, inclusive, dentro do âmbito familiar. Isso pois, a família é o primeiro grupo social ao qual o cidadão faz parte. É dentro da família que se inicia a educação cidadã, e faz parte da dignidade das famílias o direito à assistência educacional dos filhos. Neste sentido, evidencia-se o pensamento de Diniz (2017) aponta que dentro da família deve haver um diálogo onde valores como tolerância, respeito e direitos devem ser compartilhados, promovendo a dignidade dentro do seio família.

A dignidade da pessoa humana está relacionada com a moral e o gênero humano, não havendo espaço para preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação. Como reforça Capez (2009, p.07): “Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentaria ao próprio fundamento da existência de nosso Estado”.

Neste mesmo sentido, Kant destaca;

(...) só poderemos esperar pela paz universal quando os monarcas e ditadores, que se consideram os possuidores únicos do Estado, forem coisa do passado, quando cada homem em cada país, for respeitado com fim absoluto em si mesmo, e quando as nações aprenderem que é um crime contra a dignidade humana cada homem utilizá-lo como simples instrumento para lucro de outro homem (2008, p. 38).

A dignidade da pessoa humana é cercada de fatores históricos, político, sociológico e pensamentos filosóficos. Definido na atualidade como um direito constitucional, fazendo com que sua área de abrangência seja bastante extensa o que muitas das vezes fazem com que haja alguma dificuldade de definição de forma mais específica, mas Sarlet (2007) coloca como o valor do próprio ser humano.

Sendo assim, muitos doutrinadores, como Diniz (2017) colocam a dignidade da pessoa humana como uma condição inata, pertencente a qualquer ser humano sem qualquer tipo de diferenciação ou situação, visto que esta concepção tem como fundamento dentro da história da humanidade o iluminismo que coloca cada pessoa como um ser individual.

A dignidade é um valor que o ser humano carrega, sendo irrenunciável e inalienável, quando indagado acerca das mais variadas formas de ofensas à dignidade. Faz-se necessária a busca de maior densidade jurídica deste conceito, uma vez que, na aplicação concreta deste princípio, se pode chegar a resultados divergentes e até mesmo conflitantes entre si. Conforme Barroso

A dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua

dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. (2003, p. 36).

Conforme ressalta Sarlet (2011), a dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio fundamental, que é inerente a questão de assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Por fim, destaca-se que dignidade da pessoa humana é um direito garantido e assegurado na Constituição Federal, visto que todas as pessoas independentemente do sexo, orientação sexual, idade ou etnia, não havendo qualquer possível tipo de distinção deve ter seu direitos assim como sua dignidade respeitados como qualquer outro cidadão.

1.2 Direito à segurança: e a legítima defesa

Conforme o artigo 25 do Código Penal (CP), "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". Portanto, se a hipótese de legítima defesa for reconhecida, é atestada a inexistência de crime, como prevê o artigo 23, inciso II, do referido Diploma.

Os direitos fundamentais integram-se num complexo coerente na Constituição, não havendo possibilidade de separá-los. Além disto, os direitos individuais contidos no art. 5º estão voltados para uma perspectiva social. Araújo e Nunes Júnior (2015, p. 108) contribui com seu entendimento:

O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

Ao se falar em direito a vida deve se atentar que este é um dos principais direitos existentes que deve ser protegido, porém podem existir restrições como nos casos de defesa própria. Sendo assim neste caso em específico aonde existe a

busca pela proteção da própria vida o Poder Público não intercede, sendo assim pode haver a violação de outra vida sem que haja qualquer forma de punição estatal, sendo estes casos reconhecidos como legítima defesa e/ou estado de necessidade.

Deste modo, diante de por exemplo uma pessoa é ameaçada de uma arma de fogo, a mesma tem o direito de se defender e proteger a própria vida, deste modo a mesma tem autorização e a legalidade de agir em legítima defesa, pois a pessoa ameaçada tem como objetivo proteger a própria vida, que é considerado legalmente como um bem de extremo valor. Vale destacar ainda que em situações como diante de um naufrágio a pessoa tem o direito de pegar o colete salva vida do outrem com o objetivo de salvar a própria vida, sem que seja imputado sobre si qualquer tipo de penalidade, uma vez que fica caracterizado estado de necessidade (SIQUEIRA, 2019).

O Estado não tem a capacidade de assegurar a proteção dos direitos de cada sujeito que se encontre sob sua soberania, permite-se a defesa privada. Destaca-se assim como coloca Prado (2005, p. 404): “Essas são, pois, as razões ou fundamentos, como denomina a doutrina, pelas quais a reação à agressão injusta é autorizada pelo direito: necessidade de defesa de bens jurídicos e preservação do ordenamento jurídico.”

É natural do ser humano o instinto de autoconservação, sendo uma herança do *homo sapien*, sendo assim o bem jurídico de proteção a vida é algo que é da natureza humana, e mesmo que haja uma vida em sociedade onde as pessoas convivem em grupo, tendo uma vivencia social a questão de sobrevivência permanece, sendo algo humano, ou seja, o homem irá reagir com o propósito de autodefesa, de preservar a própria vida, deste modo é considerado um instinto humano a manutenção pela segurança (COMPARATO, 2013).

A atuação do Estado deve ser em conformidade com aquilo que é trazido no texto da lei, ou seja, a proteção dos direitos humano, deve ser algo assegurado, visto que não pelo fato de que a violação atinge uma pessoa em específico, mas sim pelo fato de que acaba atingindo o ordenamento jurídico. Neste viés o Estado deve

atuar de forma justa e congruente com o que é trazido no texto da lei protegendo o bem jurídico (SIQUEIRA, 2008).

Em relação as excludentes de licitude prevista no Artigo 23, II, do Código Penal prevê a legítima defesa, sendo assim, a pessoa que foi ameaçada que praticar uma conduta diante da circunstância, tiver conduta para se defender não pratica ato ilícito, não podendo assim o ofendido ser responsabilizado criminalmente pelo ato cometido. Diante da Temática de legítima defesa, discorre Masson:

Meios necessários são aqueles que o agente tem à sua disposição para repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, no momento em que é praticada. A legítima defesa não é desforço desnecessário, mas medida que se destina à proteção de bens jurídicos. Não tem por fim punir, razão pela qual deve ser concretizada da forma menos lesiva possível (MASSON, 2011, p.441).

A legítima defesa, é uma atitude não punível, pois existe uma previsão legal, ou seja, amparado pelo direito, sendo considerado na doutrina como a negação de uma ação criminosa fazendo com que haja uma reafirmação de um direito, afirmando o direito constitucional não somente a vida, mas também a segurança (LISZT, 2003).

Porém a legislação prevê um limite de ação durante um ato de legítima defesa, não podendo o ofendido reagir de qualquer maneira, devendo obedecer aos limites legais, e caso atue em forma de excesso a lei prevê conseqüentemente uma responsabilização, uma vez que passa a ter caráter de uma condutado criminosa e não mais de defesa (CUNHA JR., 2011).

1.3 Direito próprio ou alheio

O direito de se de defender legitimamente, vai além do próprio indivíduo, se estendendo a terceiros, para uma melhor compreensão é importante ter o domínio sobre o conceito a respeito das diferenças entre direito próprio ou alheio no que tange a legítima defesa.

Sobre o assunto discorre Cleber, Rogério Masson (2011, p. 441):

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa, pertencente àquele que se defende ou a terceira pessoa. Em compasso com o auxílio mútuo que deve reinar entre os indivíduos, o Código Penal admite expressamente a legítima defesa de bens jurídicos alheios, com amparo no princípio da solidariedade humana. E na legítima defesa de terceiro, a reação pode atingir inclusive o titular do bem jurídico protegido. O terceiro funciona como agredido e defendido, simultaneamente. Exemplo: “A”, percebendo que “B” se droga compulsivamente e não aceita conselhos para parar, decide agredi-lo para que desmaie, e, assim, deixe de ingerir mais cocaína, que o levaria à morte.

A vida é considerada um patrimônio individual que deve ser protegido, sendo este, juridicamente como inviolável, antes desse período da compreensão e definição dos direitos humanos não existiam qualquer modo ou forma que limitasse a legítima defesa. Em um contexto atual os limites são o uso de força necessária para repelir a conduta, não devendo haver excessos, uma vez que a vida é um bem jurídico (RAMOS, 2018).

Nos casos cabíveis de excludente de licitude em relação a tutela de um bem pode ser aplicado a pessoa jurídica, e inclusive ao Estado, pois a atuação se dá por forma de representação, uma vez que não possui a capacidade de autodefesa. Inclusive um exemplo clássico usado, é de um ladrão entra em uma residência e diante da percepção da empregada, viu-se a intenção de cometer um furto, a mesma promove uma luta com o meliante e o imobiliza até a chega da polícia. Outro exemplo clássico é um feto, que tem por direito a vida, porém o mesmo deve ser defendido por terceiros, sendo assim se a mulher tiver a menção de praticar um autoaborto o agente pode conduzir ao hospital e a mesma deve se manter ali até que o parto ocorra de forma normal (LOBATO, 2019).

Outro caso que imputa a terceiros a defesas são os casos de vilipendio a cadáver; destruição, subtração ou ocultação de cadáver, que são crimes previstos nos artigos 211 e 212 do Código Penal, ou seja, o cadáver não é o titular de direito mas seus familiares são, desde modo diante desses casos não poderá caber a

excludente de licitude, uma vez que a dignidade ou ainda o respeito com o falecido é algo reconhecido pelo Estado.

Em relação a uma agressão que for proferida de forma injusta, pode ser escolhido meios que estiverem disponíveis e que forem necessários para que o agressor seja interrompido, devendo sempre prezar para que não haja excessos devendo assim conter de forma moderada, sendo este um requisito essencial para a caracterização da legítima defesa.

Ao se falar em mecanismo ou meios necessários Estefam (2018, p. 316) informa:

É o meio menos lesivo que se encontra à disposição do agente, porém hábil a repelir a agressão. Havendo mais de um meio capaz de evitar o ataque ao alcance do sujeito, deve ele optar pelo menos agressivo. Evidentemente essa ponderação, fácil de ser feita com espírito calmo e refletido, pode ficar comprometida no caso concreto, quando o ânimo daquele que se defende encontra-se totalmente envolvido com a situação. Por isso se diz, de forma uníssona, que a necessidade dos meios (bem como a moderação, que se verá em seguida) não pode ser aferida segundo um critério milimétrico, mas sim tendo em vista o calor dos acontecimentos. Assim, exemplificativamente, a diferença de porte físico legítima, conforme o caso, agressão com arma.

Existe uma expressão bastante utilizada quando existe uma agressão que é “calor do momento”, uma vez que o autor ou até mesmo quem revidou a agressão age de modo dificultoso de mesurar a forma de ação ou a reação, porém as mesmas podem não ocorrer em maior proporção do que o conflito, ou seja, a defesa deve ser aplicada de forma Moderada

Sendo assim, existe atualmente um posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, que prevê que deve ser analisado cada caso e situação, o doutrinador, Estefam (2018, p. 317) dispõe sobre a moderação: “Não basta a utilização do meio necessário, é preciso que esse meio seja utilizado moderadamente. Trata-se da proporcionalidade da reação, a qual deve dar-se na medida do necessário e suficiente para repelir o ataque”.

Por fim, destaca-se que legítima defesa é um direito assegurado na lei. Mas deve ser aplicado dentro de uma mesma proporcionalidade, tendo como finalidade sempre a proteção, devendo sempre analisar o meio, para que seja aplicada ou não a excludente de licitude de forma justa e coerente.

CAPÍTULO II – DA LEGÍTIMA DEFESA DIGITAL

O presente capítulo faz uma abordagem do conceito de legítima defesa trazendo os principais elementos que a compõe; também será tratado sobre a classificação de legítima defesa e, por fim, faz uma abordagem sobre o que vem a ser os crimes cibernéticos.

2.1 Conceito e elementos

Os atos jurídicos podem ser considerado lícitos ou ilícitos. Os primeiros não geram responsabilidade civil capaz de causar efeito indenizatório ao agente, em virtude de se situar no campo das pretensões garantidas pelo Direito. Os segundos são aqueles praticados em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, ou seja, consiste no comportamento humano voluntário, contrário ao Direito, e causador de prejuízo de ordem material ou moral (GAGLIANO, 2012).

De fato, na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado. Busca restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação. Enquanto que, pela responsabilidade penal ou criminal, o agente sofre a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pecuniária. (GAGLIANO, 2012).

Preleciona o artigo 25 do Código Penal, ao positivar a legítima defesa em nosso ordenamento jurídico, o seguinte: “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940, *online*).

Desse modo e de acordo com as lições de Santos (2010, p.224), coloca a situação justificante da legítima defesa, é uma causa de exclusão da ilicitude que se caracteriza pela existência de agressão ilícita, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, que pode ser repelida usando-se moderadamente dos meios necessários. Consoante a este entendimento, e acrescentando o elemento subjetivo da norma, ou seja, a vontade de se defender, Cezar Roberto Bitencourt:

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito (bem jurídico) próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo: *animus defendendi*. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos (2012, p. 112).

Assim e defendida a tese em que a defesa necessária não exige proporcionalidade entre os meios de defesa e os meios de agressão quando usados os meios de defesa disponíveis, porém defende-se que quando usada a desproporcionalidade extrema é incompatível com o conceito de necessidade de defesa.

2.1.1. Presença da agressão atual ou iminente e injusta

O doutrinador Nucci (2005, p. 23) conceitua agressão como “a conduta humana que põe perigo ou lesa um interesse juridicamente protegido”. Deve se ater que tal concepção deve ter a inclusão da omissão da ação, uma vez que um ato de omitir pode ser associado a imprudência, uma vez não sendo algo exclusivo de um ato violento.

As não ações, são excluídas dentro da legítima defesa, ou seja, em casos onde exista um estado de inconsciência ou até mesmo um ataque epilético, os

movimentos que são feitos pela pessoa não são conscientes não existindo uma consciência humana dos atos, sendo os movimentos meramente casuais (SANTOS, 2010).

Nesta mesma vertente Mirabete (2003), define a reação contra um ato agressivo como legítima defesa, está aplicada quando existe alguma situação que esteja ligada ao risco e perigo, sendo apenas um ato de defesa; porém não deve ser aplicados onde exista dissimulação, omissão e fraude. Deste modo, não é qualquer ato violento que pode ser considerado ou tipificado como legítima defesa, devendo ser analisada a situação a qual foi feito o ato de violência.

Deste modo, a legítima defesa de ser aplicada a situação fática ocorrida no presente, não podendo ser aplicada a uma situação passada ou ainda em uma possível ação futura de agressão, compreende-se a legítima defesa somente deve ser aplicada na situação presente e não a fatos ocorridos ou que poderiam ocorrer (SANTOS, 2010).

Neste mesmo sentido Capez (2013, P.23), explana a seguinte perspectiva:

[...] deve a agressão ser atual ou iminente. Atual é a que está ocorrendo, ou seja, o efetivo ataque já em curso no momento da reação defensiva. Se a agressão for passada, não haverá legítima defesa, mas vingança. [...] a agressão pode ser iminente, isto é, a que está prestes a ocorrer. Nesse caso, a lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar a qualquer momento. Admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe (*nemo expectare tenetur donec percutietur*). A agressão futura não autoriza a legítima defesa. Não pode, portanto, arguir a excludente aquele que mata a vítima porque está o ameaçou de morte.

Em casos os quais ocorram uma injusta agressão é considerado um ato ilícito, sendo assim não pode ser caracterizada como legítima defesa, podendo o agressor não responder somente na esfera criminal, mas também na esfera civil e constitucional, uma vez que o ato não é compatível com a legislação (CAPEZ, 2013).

2.1.2. Proteção do direito do agredido ou de terceiro

Inicialmente vale destacar o pensamento de Santos (2010, P.226), que conceitua o direito próprio ou de outrem são “os bens jurídicos, as necessidades ou interesses individuais ou sociais que recebem a proteção do Direito”. Conseqüentemente, a legítima defesa é invocada somente por aquele que estiver agindo em defesa de um bem ou interesse que seja protegido, isto significa que não pode haver uma defesa se não houver uma injusta agressão.

A legítima defesa é admitida quando verifica-se os requisitos necessários previsto na lei, assim é cabível como direito próprio ou terceiro sendo este para pessoa física ou jurídica, porém diante da possibilidade de legítima defesa de terceiro, é necessária que seja feita uma análise sobre o bem legal protegido, como expressa o doutrinador Bitencourt (2012, p17) “na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido, pois quando se tratar de *bem jurídico disponível*, seu titular poderá optar por outra solução, inclusive a de não oferecer resistência”.

A vida não é um bem jurídico disponível, sendo assim considerar necessariamente o consentimento pode ser descartado, uma vez que somente a vontade presumida já é suficiente por parte do agredido. Agora ao se falar em bem jurídico disponível é necessário que haja um consentimento da vítima (aplica-se em casos de agressão ou lesão leve) sempre que houver a possibilidade (NUCCI, 2005).

2.1.3. Repulsa da agressão com os meios necessários

A definição trazia por Nucci (2005) como meios necessários é definida como uma situação onde exista uma situação de agressão ou ainda de grave ameaça, a pessoa pode se defender podendo utilizar os meios que forem necessários, estando completamente amparado pela lei.

Nesta mesma linha de pensamento Dias expões que:

O meio será necessário se for um meio idôneo para deter a agressão e, caso sejam vários os meios adequados de resposta, ele for o menos gravoso para o agressor. Só quando assim aconteça se poderá afirmar que o meio usado foi indispensável à defesa e, portanto, necessário (2007, p115).

Porém vale destacar que dentro da legítima defesa a principal característica é que a utilização dos meios necessários sejam aplicados de forma moderada, sendo o único objetivo conter a agressão ou ainda afastar o agressor, sendo assim a reação deve ser feita dentro dos moldes e nas mesmas proporções da agressão que foi sofrida, devendo ser aplicada uma razoável proporção (CAPEZ, 2013).

Neste viés, o agredido deve agir em mesma proporção com a finalidade de provocar o afastamento do agressor e se proteger, não devendo ser utilizada a repulsa como forma de agressão, mas sim como forma de cessar a agressão e a afastar o agressor, sendo deste modo caracterizado como legítima defesa.

2.1.4. Inevitabilidade da agressão

A inevitável agressão não pode ser colocada como uma situação de legítima defesa, mas sim um estado de necessidade, o qual a pessoa poderá utilizar do direito de defesa quando for submetido a agressão, ainda que o ataque seja considerado injusto. Nesta linha de raciocínio destaca-se o pensamento de Nucci (2005, p. 229). Não é necessário, no contexto da legítima defesa, como no estado de necessidade que o agredido fuja já que a agressão é injusta.

Deste modo no ordenamento jurídico brasileiro e de forma expressa no Código Penal estabelecido o perigo de forma concreta existe sem qualquer questionamento a necessidade de defesa. Independentemente do elemento subjetivo a situação externa deve ser avaliada e não somente a conduta do agente (SANTOS, 2010).

2.2 Classificações da legítima defesa

2.2.1. Legítima defesa recíproca

Conforme Masson (2015) este tipo de legítima defesa ocorre quando há agressão entre ambas as partes, ou melhor, ataque e defesa ao mesmo tempo. Quando acontece, é difícil de identificar quem iniciou a injusta agressão, e, como não tem como saber quem iniciou a agressão, no caso o juiz deve aplicar legítima defesa recíproca.

No mesmo sentido Cezar Roberto Bitencourt, define como legítima defesa recíproca:

É inadmissível legítima defesa contra legítima defesa, ante a impossibilidade de defesa lícita em relação a ambos os contendores, como é o caso típico do duelo. Somente será possível a legítima defesa recíproca quando um dos contendores, pelo menos, incorrer em erro, configurando a legítima defesa putativa (BITENCOURT, 2012, p.154).

Somente irá ocorrer a legítima defesa recíproca quando não houver justa agressão que deva ser repelida, uma vez que é ilícita a conduta inicial do agente, evidencia-se que esta modalidade não é admitida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, não sendo aplicada a legítima defesa contra a legítima defesa, visto que só é reconhecida a legítima defesa quando houver uma injusta agressão (MASSON, 2015).

2.2.2. Legítima defesa putativa

A legítima defesa putativa também pode ser conhecida como legítima defesa ficta, deste modo somente será considerado legítima defesa putativa quando acontece quando ocorrer uma agressão de forma injusta, atual ou eminente, que faz com que haja o pensamento de legalidade em repelir a agressão, havendo um perigo de forma imaginária da pessoa que repele a agressão injusta (SANTOS, 2010).

Neste viés Damásio de Jesus (1988, p. 23) defin:

Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (arts. 20, § 1º, 1ª parte, e 21). Não se confunde com a legítima defesa subjetiva. Nesta, há o ataque inicial, excedendo-se o agente por erro de tipo escusável. Na legítima defesa putativa, o agente supõe a existência da agressão ou sua injustiça.

Vale destacar que o psíquico a pessoa que comete a legítima defesa putativa está convencido que corre risco de alguma agressão isso agregado a um conjunto de fatores e informações que são observadas e até mesmo sentida, onde o agressor originário está com a intensão de agredir de forma verdadeira, sendo assim destaca-se que putativo tem como significado suposto ou aparentemente verdadeiro (MASSON, 2015).

2.2.3. Legítima defesa da honra

A legítima defesa da honra é configurada dentro de uma tese jurídica a qual explana em um molde o qual coloca impune a pratica de maridos, irmãos, ex-companheiros e outras pessoas próximas de matarem ou até mesmo agredir o outrem de forma justificada pela honra da família, ou da imagem, porém essa tese não vem sendo mais aceita dentro dos tribunais em especial pelo STF, o que faz da tese bastante polemica (BITENCOURT, 2012).

Fernando Capez (2013, P.309) explanou o seguinte:

Em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero.

Conclui-se a honra é algo individual e não pode ser posta sobre o outro, sendo este um dos motivos os quais faz com que esse tipo de tese não seja mais aceita, visto que os crimes motivados por traição e com algum motivo afetivo passam a ser vistos apenas como crimes passionais, fazendo com que a tese seja considerada nefasta (MASSON, 2015).

2.2.4. Ofendículos

Os Ofendículo, são todos os aparatos que são colocados em um determinado local com a finalidade de que seja proporcionada maior segurança, sendo estes considerado excludente de licitude, considerados como legítima defesa. Porém existe uma segunda corrente que colocam os ofendículos como exercício regular de direito e não uma legítima defesa, pois os mecanismos criados só poderão ferir alguém se caso ocorre uma ofensa. (JESUS, 1998).

Com o mesmo entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2009, P.261):

[...] proveniente o termo da palavra *offendiculum*, que quer dizer obstáculo, impedimento, significa o aparelho, engenho ou animal utilizado para a proteção de bens e interesses. São autênticos obstáculos ou impedimentos posicionados para atuar no momento da agressão alheia.

Por fim destaca-se que a instalação de um ofendículo deve ser feita de forma moderada, devendo ainda ser espalhados cartazes e notificação evidenciando o período, como presença de cão feroz ou cerca elétrica, caso isso não seja feito poderá ser considerado excessos, respondendo assim a lesão da causa (MASSON, 2015).

2.3 Crimes Cibernéticos

Com a evolução da tecnologia o mundo virtual cresce cada vez mais e hoje em dia é impossível pensar onde a internet não esteja presente. São milhares

de informações e dados informáticos transitando a todo momento na rede. Isso fez despertar em muitos criminosos uma nova possibilidade, novos espaços a serem tomados para a prática de crimes. Houve uma grande migração desses bandidos com o objetivo de apoderar-se dessas informações para obter vantagem iniciando uma nova categoria de crimes: os crimes cibernéticos.

A tecnologia sofreu um avanço significativo com o advento da internet. A expansão é notória quando observa-se que os meios de comunicação ficaram mais evoluídos e acessíveis a um percentual maior da população. Comprar, conversar com os amigos e até mesmo namoros vem acontecendo pela rede. Hoje em dia é absolutamente normal e possível.

A internet é uma inovação tecnológica presente em diversos setores e atividades desenvolvidas dentro da sociedade, e diante de toda essa facilidade, os crimes nesse cenário tomaram forma mais sutil e estão se tornando recorrentes, fazendo mais vítimas e transformando o ambiente virtual um local perigoso e repleto de armadilhas. Para os crimes desta categoria, em virtude de ser uma novidade também no mundo jurídico, não existe uma nomenclatura predefinida. Por isso, esses delitos podem ser denominados de Crimes Virtuais, Crimes Digitais, Crimes Computacionais dentre outros nomes possíveis.

Para que haja um melhor entendimento, se faz necessário compreender o conceito de crime sob a égide do Código Penal Brasileiro destacamos os seguintes Lima Carvalho (2014 *apud* CAPEZ, 2008):

[...] material, como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade da paz social". E, formal, onde o "crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo.

Já no conceito analítico, o crime informático, que também é uma espécie de delito cibernético é aquele que tutela o bem jurídico inviolabilidade dos dados informáticos. (VELLOSO, 2015). E já partindo dos conceitos acima citados sobre crime, Da Silva (2014, p 34), relata que:

Importante destacar, que os crimes cometidos em meio ambiente virtual ou contra os dados e sistemas de funcionamento de uma máquina informatizada, são consequência da evolução dos equipamentos de comunicação eletrônicos/informatizados e da internet.

Conforme já fora dito anteriormente, grande parte dos doutrinadores não possuem um consenso no que tange este instituto. Entretanto, existe também uma classificação bem evidenciada nas literaturas atuais. Seguindo o que diz Velloso (2015 *apud* Corrêa, 2000b, p. 43), os crimes cibernéticos, são “todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar”.

É importante destacar que, de acordo com o que foi colocado no parágrafo anterior, o ato delituoso seria contra a máquina, o computador em si, ou seja, crimes cometidos contra os dados existentes no dispositivo. Destruição de *software* e dados, furto de informações dentre outros são exemplos de alguns danos que o computador pode vir a sofrer. Então, para classificar de forma mais instrutiva, a classificação mais aceita pela doutrina é a divisão entre crimes cibernéticos “Puros”, “Impuros” ou “Mistos”.

2.3.1. Crimes cibernéticos puros

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. Nesta situação estão envolvidas não só a invasão e captura dos dados salvos em massa, mas também a intenção de alterar, inserir, adulterar ou destruir dados existentes no computador.

Nesta linha de pensamento, Carneiro (2012 *apud* Viana, 2003, p. 13-26), conceitua crimes cibernéticos como sendo toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou

consistir em seu objeto material. Ainda nesse contexto, Carneiro (2012 *apud* Damásio, 2003) se posicionam da seguinte forma:

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado”.

Destaca-se também a presença de duas figuras nesta mesma conjuntura: Os *hackers* e os *crackers*. Entre os significados do termo hacker Nielsen (2015) define como uma pessoa que possui conhecimento técnico que usa disso para que consiga ter acesso a sistemas privados. Fazendo uma análise sobre a acepção desta palavra, conclui-se que esta é a pessoa que detém um conhecimento singular acerca do assunto e que não necessariamente o use com o propósito de atuar na ilegalidade porque a partir desse discernimento conclui-se que o domínio no referido assunto pode ser visto de forma positiva e negativa. Já os *crackers* são pessoas que agem focando a vantagem ilícita. Eles invadem e destroem sites, sejam eles quais forem, fazem quebra de senhas, desenvolvem *softwares* capazes destruir várias máquinas ao mesmo tempo.

2.3.2. Crimes cibernéticos impuros

Os crimes cibernéticos impuros ou impróprios são aqueles que são praticados com o uso do computador. Diferente dos crimes cibernéticos “puros”, esta forma de delito usa o computador como um mero instrumento para o ato criminoso. Entretanto, os delitos consumados com o auxílio do computador já são tipificados pelo Código Penal Brasileiro demonstrando que o uso do *Personal Computer* (PC) não é um fator primordial mais sim uma das diversas formas de materializar uma conduta delituosa que já está tutelada.

Desta forma, Carneiro (2012, *apud* Damásio, 2003) demonstra:

[...] Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real",

ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática.

Tendo como base essa distribuição, fica mais acessível e mais compreensível o entendimento sobre o que vem a ser os crimes cibernéticos puros e os Impuros, enfatizando sempre que um necessariamente precisa do computador, vez que a outra modalidade precisará do computador apenas como instrumento para a realização do ato.

CAPÍTULO III – EXCESSO DA LEGÍTIMA DEFESA

O surgimento de uma sociedade digital suscitou grande reflexão hoje em dia a respeito dos dogmas jurídicos contemporâneos. Visto que o ser humano passou a viver sobre influência de dois universos paralelos: o mundo real e o mundo virtual. O fenômeno da globalização e a tecnologia digital estabeleceram conceitos inovadores a respeito do tempo, espaço e conexão transcendendo definições que se encontravam estáticas a um campo ilimitado de possibilidades reais de abordagem jurídicas.

3.1 Excesso da Legítima Defesa Culposa e Dolosa

Quando se fala em excesso da legítima defesa, deve se ater ao fato de que o agente ainda que ameaçado ultrapassou os limites previsto na lei e conseqüentemente seu ato possa ser considerado doloso ou culposos como prevê o Art. 23 do Código Penal Diante de tal, afirmação destacasse o pensamento de Estefam (2018, p. 317) que define o excesso em duas formas:

- a) intencional ou voluntário, quando o agente tem plena consciência de que a agressão cessou e, mesmo assim, prossegue reagindo, visando lesar o bem do agressor; nesse caso, o agente responderá pelo resultado excessivo a título de dolo (é o chamado “excesso doloso”);
- b) não intencional ou involuntário, o qual se dá quando o sujeito, por erro na apreciação da situação fática, supõe que a agressão ainda persiste e, por conta disso, continua reagindo sem perceber o excesso que comete. Se o erro no qual incorreu for evitável (isto é, uma pessoa de mediana prudência e discernimento não cometeria o mesmo equívoco no caso concreto), o agente responderá pelo resultado a título de culpa, se a lei previr a forma culposa (“excesso culposos”).

No caso dos chamados erros inevitáveis ou melhor erros que qualquer um pode cometer nas mesmas circunstâncias, o agente será responsável pelo resultado excessivo, eliminando a possibilidade do dolo ou culpa ficando assim definida como legítima defesa subjetiva. Diante dessa complexidade a contribuição trazida por Greco (2017, p. 493), é essencial que destaca que, o dolo em excesso pode acontecer em duas situações:

- a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou
- b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo.

Ao se fala em o excesso culposo Greco (2017, p. 494), ainda define que:

- a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal; ou
- b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito à aferição das circunstâncias que o cercavam, excede -se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação” (excesso culposo em sentido estrito).

Assim a definição de emprego de meios que se exceda o necessário para sua defesa, pode ser considerado e conceituado como excesso da legítima defesa quando usado de forma desproporcional, o que não é amparado pela Lei, devendo assim ser responsabilizado pelo excesso da legítima defesa.

3.2 Proteção dos Bens Jurídicos no Contexto da Sociedade Digital

Atualmente o Brasil é visto como um país democrático, sendo assim a tecnologia veio com o propósito de promover a informação e a comunicação, sendo este conhecido como Direito Digital, estão subentendido na Constituição Federal por meio do Artigo 5º que prevê que todos somos iguais perante a lei, e ainda de forma complementar no Artigo 24 da mesma lei que prevê que é obrigação da União, Estados e Distrito promover a educação, cultura, tecnologia e inovação entre outros,

além do mais o Artigo 218, diz ainda que o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, vejamos:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Vale destacar que ainda uma legislação infraconstitucional que também visa o Direito Digital, inclusive regem sobre a proteção civil, criminal e do consumidor em relação ao uso de veículos digitais, evidencia-se deste modo o seguinte:

1. Lei Nº 12.737/2012 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann) - Introduziu 03 tipos penais específicos envolvendo crimes informáticos: i) invasão de dispositivo informático alheio (artigo 154-A do Código Penal); ii) interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (artigo 266, §§ 1º e 2º do Código Penal); e iii) falsificação de cartão de crédito ou débito. (artigo 298 do Código Penal);
2. Decreto Nº 7.962/2013 - Regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Traz diversos esclarecimentos sobre atendimento ao consumidor em relação às compras realizadas pela internet, direito de arrependimento em comércio eletrônico, abordando até mesmo o tema das compras coletivas;
3. Lei Nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) - Estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, tanto para provedores de conexão, provedores de aplicação e usuários da Internet. É um marco mundial, no que concerne ao tratamento da Internet sob a ótica do Direito Civil, sendo referenciado por alguns como a "Constituição da Internet", tendo em vista o caráter principiológico da norma. Tem sido objeto de várias discussões, especialmente no que concerne à futura regulamentação que o Poder Executivo fará à norma, tratando, entre outros, do tema da neutralidade de rede, o que ocorrerá, após as consultas públicas do Comitê Gestor da Internet e da Agência Nacional de Telecomunicações; e
4. Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais - Ainda na fase de Anteprojeto, fundamental estar atento ao texto da futura norma, que se encontra em discussão perante a sociedade civil e complementará as disposições constantes do Marco Civil da Internet sobre a questão de coleta, uso, armazenamento, tratamento, compartilhamento e exclusão de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. (LIMA, 2019, p.1)

Deste modo, diante deste arsenal de leis, a população brasileira está resguardada em quanto ao que tange o direito digital, porém, essa disponibilização da tecnologia de informações faz que haja um retorno social, uma vez que são desenvolvidos, com a criação de programas e mecanismo de segurança de caráter genérico, como são os casos de proteção aos dados pessoais de forma de são armazenados de forma sigilosa, inclusive a violação desses dados pode imputar responsabilidades previstas em lei (LÉVY, 2019).

Neste pensamento vale destacar que a internet não é mais considerado um campo sem lei, cada vez mais vem surgindo dispositivos legais com o intuito de resguardar aqueles que usam da internet em caráter de boa-fé, visto que existem aqueles que utilizam da internet para lesar outros viu-se a necessidade de aprimorar a lei para que os usuários que usam para o trabalho, estudo, compras e outras atividades legais, não saíssem de algum modo com algum tipo de lesão (CRESPO, 2011).

Perante o exposto, Lessig (2006) ainda destaca que, no início do século XIX, havia uma preocupação em foco do liberalismo em relação a liberdade, que ameaçava diretamente o poder do Estado quanto a sua capacidade e autonomia de legislar.

Partido dessa perspectiva, e em complementação da relação ao direito brasileiro, para Streck (2011, p. 43) "[...] a dogmática jurídica que o instrumentaliza - está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! [...]". O mesmo autor ainda destaca que,

[...] não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem - em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito - desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito. (STRECK, 2011, p. 43)

No que tange a proteção de dados e a violação de dados pessoais que de deram ameaçadas com disseminação da internet, a melhor forma de regulamentar

sem que fosse ferido o direito de liberdade, se dá pela criação de leis como forma de limitar possíveis condutas que pudessem de algum modo prejudicar os usuários da tecnologia, sendo chamada dentro da doutrina como uma regulação da sociedade na rede (LEMOS. 2005).

Diante disso, o direito individual dentro da perspectiva do uso de tecnologias, onde podem ser comunicados fatos e diante dessa informação de fatos passar a ser um direito também difuso. Em outras palavras a liberdade de informar está relacionada a divulgação de fatos e a liberdade de expressão é a expressão do pensamento e sentimento humano, ou seja, aquilo que faz parte da opinião individual de cada pessoa (BARROS, 2004).

Neste viés, as leis surgem por meio de costumes, e diante da necessidade de que se torne algo regulamentando a mesma é positivada por meio da legislação, e diante da modernização trazida pelas tecnologias, fizeram necessárias que fossem feitas alterações, para que assim melhor regulamentasse o uso, sem que o direito de nenhuma pessoa fosse violado (LEMOS, 2005)

Lessig (2006), aponta que para o uso da internet ou de qualquer outro mecanismo tecnológico é necessário e imprescindível que haja uma norma regulamentadora, que fogem das convencionais existentes pois o capó virtual é complexo de enxergar as intenções e formas de uso de tais instrumentos, e para que a harmonia seja mantida e que sejam controlados os atos é necessário que com o avançar dos tempos surjam cada vez mais leis regulamentadoras.

Dentro dos ciberespaços a aplicação das leis ocorre de forma bastante complicada, uma vez que o uso desse mecanismo faz com que seja posto em risco direitos dos usuários, apesar de lei dever se seguida, é possível identificar nesses espaços a ocorrência de fraudes, crimes de tráfico e até mesmo de pedofilia, o que conseqüentemente fere uma grande gama de direitos constitucionais (SOLAGNA et al., 2015).

Como forma de suprir as deficiências existentes na lei no que tange o uso de tecnologias, surge o Marco civil da Internet, que diante de todas as inseguranças

trazidas dentro dos ciberespaços a lei veio para promover a segurança jurídica para os brasileiros que se utilizam desses meios tecnológicos (ARAUJO; WESTINEBAID, 2017).

Esta lei n. 2.126/2011, que institui o Marco Civil da Internet de forma nacional, foi fundamentada e criada por meio da exposição dos criados de páginas na Web e de usuários que responderam questionários e enviaram a opinião sobre quais medidas poderiam ser adotadas, inclusive foi utilizado nas redes sociais uma manifestação a qual usavam a seguinte *hashtag* "#marcocivil", com a finalidade de chamar a atenção para que a lei fosse efetivada (BRASIL, 2011)

No ano de 2009 o IBGE (pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) identificou que cerca de 70 milhões de pessoas faziam uso de internet no Brasil, acreditasse que o crescimento seja de 2,5% a cada ano, o que enfatizou ainda mais a necessidade da criação de uma norma regulamentadora, uma vez que não existia nenhuma lei que fosse específica que atuasse como forma de regulamentar esses ciberespaços que estão em grandes desenvolvimentos e expansão, afetando inclusive de forma positiva o desenvolvimento econômico e cultura dos brasileiros (BRASIL, 2011).

De acordo com a nova lei, possibilitou que fossem regulamentados, entre os exemplos pode se der que houve uma maior harmonia nas decisões judiciais no que tange a matéria; mensurar os prejuízos sofridos até que haja jurisprudências suficientes que se relacionem com a temática; finalizou-se a omissão no que tange as políticas públicas e ainda promoveu direitos aos usuários da tecnologia (ARAUJO; WESTINEBAID, 2017).

3.3 Entendimento dos Tribunais Quanto ao Excesso da Legítima Defesa.

A promoção de segurança a dados implantados em uma empresa por meio de um técnico de informática é considerada uma legítima defesa digital, pois a empresa prevê que os sistemas utilizados sejam contra-atacados, e como forma de

barrar isso é por meio da criação de mecanismos que venham repelir essa atuação, é usar a tecnologia contra a própria tecnologia.

Essa atividade defensiva tem caráter preventivo sendo instalada principalmente dentro de ambiente corporativos, sendo garantido o direito de propriedade, que tomam proporções intangíveis e invisíveis, sendo assim é de suma importância que sejam investido nessas tecnologias que venham promover essa proteção para as empresas que podem ter todo o sistema comprometido o que irá interferir no rendimento e lucratividade da empresa.

É necessário notar que no que diz respeito ao excesso da legítima defesa “toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos” (GRECO; 2016, p. 360). Portanto, quando for praticado dentro dos limites previsto em lei será amparado como legítima defesa, porem quando ultrapassar os limites não obedecendo os requisitos mínimos da lei devera o agente consequentemente ser responsabilizado pelo seu ato ilícito de acordo com a lei.

Portanto, embora o segundo parágrafo do artigo 23 da lei Penal estipule que não há ato criminoso quando um agente realiza o ato em legítima defesa, tais atividades defensivas devem ser amparadas pelo direito digital e pelas boas práticas de informática forense ,para que quando recolhidas as provas essas não serem rejeitadas e consideradas provas ilegais obtidas por meio ilícito (artigo 213 do Código Civil, artigo 332 do Código de Processo Civil e artigo 386 e outros do Código Processo Penal) e assim a empresa não seja responsabilizada criminalmente devido aos excessos.

Para Azevedo (2007), a legítima defesa digital, poderia ser aplicado nos casos como uma empresa contrata um técnico de informática o qual desenvolve maneiras de repelir alguma possível invasão de dados que poderiam lesar de maneira significativa a empresa por meio de interceptação de dados.

Na concepção de Crespo (2011), pelo contrário, que dentro do meio da internet é complicado e dificultoso repulsar a agressão injusta, sendo o ambiente da internet um local público, o mesmo deve ser feito de forma moderada, para que os requisitos da excludentes de licitude possam ser aplicados, e assim os atos não sejam considerados antijurídicos, uma vez que se usa as leis normais, sem que haja a criação de uma lei específica.

No que tange o ambiente virtual é complexa a aplicação da legítima defesa sem que haja excesso, uma vez que a mesma é vista como proteção individual e em defesa da ordem jurídica, devendo assim ser analisado caso a caso para que verifique-se se houve uma agressão injusta, atual ou eminente em referência do direito próprio ou alheio, e uso moderado dos meios.

CONCLUSÃO

A legítima defesa digital vem com o propósito de promover políticas públicas de segurança da informação. Conseqüentemente o Marco civil da internet foi apenas um ponta pé para a regularização do uso desse mecanismo uma vez que percebesse que inúmeros usuários estavam sendo lesados dos mais variados modos, positivando meios seguros para o uso da tecnologia.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda é bastante defasado quando se trata da aplicação das normas vigentes. Ainda se aplica a constituição ou ainda o código penal de forma genérica sem que haja uma lei específica. Desse modo, na maior parte dos casos que necessitam o Poder Judiciário, utiliza-se a lei existente, complementada com a doutrina e a jurisprudência, o que faz com que os entendimentos sejam diversificados.

Em geral no que tange a legítima defesa digital tem se utilizado como fundamento o próprio código penal com os dispositivos já existentes inerentes a legítima defesa, havendo assim evidentemente a necessidade de leis específicas que regulamente ou não a legítima defesa digital, uma forma eficiente e necessária é a criação de um tipo penal que seja voltado de forma específica para a legítima defesa digital.

Assim, como o marco civil da internet veio com o objetivo de proporcionar e de garantir a privacidade e a proteção dos dados. Existe na atualidade a necessidade de criação de mais leis que regulamentem os chamados ciberespaços, para que as pessoas consigam amparo legal e proteção para usar a tecnologia com segurança.

Tal temática do presente estudo serve como fonte para eventuais e possíveis discussões que podem surgir no futuro. Uma vez que tudo que envolve a tecnologia encontra em constante processo de evolução e as normas precisam acompanhar tal evolução para assim ser respeitados os direitos do ser humano mesmo que em meio virtual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, L. A. D. NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Adriana Baker Goveia; WESTINEBAID, Ana Augusta R. **Uma análise jurídica sobre o marco civil da internet**. Artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Oeste Paulista. São Paulo: UNOESTE, 2017.

AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido, estado de necessidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARROSO, Luis. Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Revista online jus, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3208/fundamentos-teoricos-e-filosoficos-do-novo-direito-constitucional-brasileiro/3>. Acesso em: 14/12/2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17º ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, disponível em: <www.planalto.gov.br,> acessado em 12 de maio de 2020.

CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal – Simplificado**. 15ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013. p. 309-310).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime**. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Vol. 3: Responsabilidade Civil. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. 1º. Ed. São Paulo: Editora, 2009.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo 1. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOBATO, Rafael Sousa. **Legítima defesa e seus excessos**. Revista Âmbito Jurídico, 2019.

MASSON, Cleber Rogério **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1** / Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

MELO, Ana Patrícia. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado. Parte geral**. V. 1. 9ª. Ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

NIELSEN, Jakob. **Projetando websites**. Rio de Janeiro: Campus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol1. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – parte geral**. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa: uma análise tomando como ponto de partida a sua fundamentação individual e social com vista a sua redefinição dogmática**. 2008. 97 f.. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOLAGNA, F.; DE SOUZA, R. H. V.; LEAL, O. F. Quando o ciberespaço faz as suas leis: o processo do marco civil da internet no contexto de regulação e vigilância global / When cyberspace makes its own laws: the political process of the civil rights for the internet in the context of global ruling and surveillance. **Vivência: Revista de Antropologia**, v. 1, n. 45, 18 nov. 2015.

VELLOSO, Jean Pablo Barbosa. **Crimes Informáticos e Criminalidade Contemporânea**. Out. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15756 Acesso em: 015/08/2020