I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre "a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual", investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado " a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização", das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estadudinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no pais.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgaste histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado "as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual", do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os "aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos", dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado "capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público", de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei n° 8.072 /90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n° 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado "do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o "estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado "evolução histórica da pena e a ressocialização", dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial’, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrota, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRIMES CIBERNÉTICOS: O ART. 154-A, DO CÓDIGO PENAL, À LUZ DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL.

CYBER CRIMES: ART. 154-A, OF THE CRIMINAL CODE, IN THE LIGHT OF THE LIMITING PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW.

Luma Vilela Ramos Fonseca [1]
Isabella Thalita Andretto Oliveira [2]

Resumo

O presente estudo analisa o art. 154-A, do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adota-se o método qualitativo e descritivo, visto que essa se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema, para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A, se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

Palavras-chave: Crime cibernético, Princípios limitadores, Direito penal, Direito à privacidade, Conflito de normas

Abstract/Resumen/Résumé

The study analyzes art. 154-A, of the Penal Code, through the limiting principles of Criminal Law, seeking to clarify the possible conflict between the new incriminating norm and the principles of social adequacy, harm and minimal intervention. Therefore, the qualitative and descriptive method is adopted, since it's based on the analysis of legal documents, as well as bibliographies on the subject, to verify that the new crime provided for in art. 154-A, it's necessary to protect the right to privacy in the face of technological innovations, thus removing any conflict between Law 12.737 / 12 and the said limiting principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cyber crime, Limiting principles, Criminal law, Right to privacy, Conflict of standards

---

[1] Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e bolsista de mestrado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). http://lattes.cnpq.br /9480778211703946.

[2] Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e bolsista de mestrado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). http://lattes.cnpq.br/8481382166925968.

1 INTRODUÇÃO

No período de Guerra Fria foi iniciada uma intensa corrida tecnológica que resultou na criação dos sistemas informáticos, precisamente a internet, cujo benefício é imensurável para o desenvolvimento da humanidade. Contudo, juntamente com esses benefícios surgiram os crimes cibernéticos, que podem ser evidenciados na potencialização para o cometimento dos crimes tradicionais, bem como no surgimento de novas modalidades delitivas.

O legislador ordinário observando as mudanças da sociedade e o aparecimento da necessidade de adaptar o ordenamento jurídico para tutelar os crimes cibernéticos, no ano de 2012 editou a Lei 12.737, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que acabou por modificar o Código Penal para inclusão do art. 154-A, que trata do crime de invasão de dispositivo informático, considerado o primeiro crime cibernético próprio do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Entretanto, a aplicabilidade da mencionada norma gerou questionamentos quanto a sua incompatibilidade com os princípios limitadores do direito penal brasileiro, precisamente os princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social.

Inicialmente nesta pesquisa foram analisados os diversos conflitos existentes na doutrina em relação aos elementos dos crimes cibernéticos, principalmente em relação a definição jurídica, os possíveis bens jurídicos tutelados, a nova classificação trazida por esse tipo de delito.

Em seguida foram estudados os princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, e, finalmente, chegou-se à finalidade da pesquisa, que é examinar o objetivo jurídico do art. 154-A, à luz dos princípios limitadores do direito penal, onde é verificado se a norma incriminadora enfrenta conflitos com os princípios limitadores do Direito Penal.

2 O CRIME CIBERNÉTICO

Com a evolução e popularização da informática os criminosos passaram a ter uma poderosa ferramenta para prática de crimes, quando então começou a se falar em crimes cibernéticos. Tais delitos são figuras recentes no direito penal, razão pela qual ainda apresentam grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais em praticamente todos os seus aspectos.

Dessa forma, se faz necessário a análise desses aspectos para melhor compreensão do delito, principalmente em relação aos conceitos, classificações, os bens jurídicos protegidos.

2.1 A DIFÍCIL DEFINIÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

A definição de crimes cibernéticos é tarefa que enfrenta conflitos na doutrina, visto que nem mesmo em relação a denominação do delito há concordância entre os estudiosos.

Sydow (2009) lembra de alguns dos nomes comumente atribuídos a esses ilícitos, sendo os mais comuns: crimes digitais, crimes de computador, crimes cibernéticos, crimes eletrônicos, crimes virtuais e crimes de informática.

Para aqueles que preferem por chamá-los crimes de informática, justificam a posição com o argumento de que por informática entende-se todo o sistema da informática, e não o computador ou a internet isoladamente. Já para outros autores, como Torre (2009), o *nomen iuris* correto seria crimes de computador por conta deste equipamento ser a ferramenta básica para a prática de tais ilícitos.

Entretanto, a mesma autora critica a conceituação desse tipo de delito por entender que assim o fazendo se estaria limitando a compreensão do próprio crime, bem como faz a ressalta quanto à necessidade de cautela na utilização de termos técnicos na conceituação, devendo-se evitar o abuso destes, visto que podem se tornar obsoletos em pouco tempo, em razão do rápido avanço tecnológico.

De acordo com Pinheiro (2014), para definir crime eletrônico deve-se utilizar a mesma conceituação dos crimes já existentes no código penal, sendo o meio digital apenas um facilitador para o cometimento de determinados crimes. Nesse mesmo sentido acompanha Costa (2011, p. 52), que afirma: "[...] a informática não modificou, conforme salientado acima, o quanto preconizado pela teoria do crime, mas trouxe à baila um poderoso meio de consecução de condutas, delitivas ou não - o meio digital".

De outra forma, para Monteiro Neto (2008), o qual utiliza a expressão crime eletrônico, a definição está relacionada ao bem jurídico protegido, cujo crime será tido por eletrônico quando a proteção recair sobre bens jurídicos eletrônicos ou informacionais os quais se materializam no conjunto de dados e informações contidos nos sistemas eletrônicos.

Já para Teixeira (2013, p.287): "[...] é aquele que, quando praticado, utiliza-se de meios informáticos como instrumento de alcance ao resultado pretendido, e aquele praticado contra os sistemas e meios informáticos por meio do computador.

Por fim, de acordo com Ferreira, a qual prefere a expressão crime de computador, entende como tal: "[...] toda ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão" (1992, p.141).

Destarte, pode-se observar que para alguns autores os crimes cibernéticos criaram apenas mais um meio de execução dos crimes já tradicionalmente conhecidos, não necessitando, portanto, de conceituação autônoma; de outro lado, para outros autores os crimes informáticos são aqueles que utilizam o computador para a execução de um crime ou o contra o próprio sistema informático o é praticado.

2.2 OS POSSÍVEIS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS

A posição majoritária da doutrina é de que o Direito Penal tem a finalidade de proteger bens necessários para o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade como um todo.

Para Greco (2014) tais bens são de tamanha importância que apenas o Direito Penal é suficientemente capaz de protegê-los. Explica ainda que o critério utilizado para a escolha desses bens é o político, visto que a sociedade e as pessoas se encontram em constante mudança, e o que no presente precisa de proteção, no futuro pode não mais necessitar, devendo-se nesse caso ser afastada a tutela penal. Para o autor, a escolha dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal tem como principal parâmetro a Constituição da República, pois é nela que o legislador infraconstitucional vai encontrar os princípios e normas eleitos como indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade.

Bitencourt (2010) ressalta a finalidade preventiva do Direito Penal, visto que antes de impor a punição àquele que infringir o ordenamento jurídico, atingindo um bem jurídico fundamental, procura-se desestimular o sujeito a praticar o ilícito, estabelecendo para tantas normas proibitivas que preveem sanções. Para o autor, bem jurídico pode ser definido como: “todo valor da vida humana protegido pelo Direito”.

Portanto, a Constituição da República definiu os bens essenciais para a proteção da vida em sociedade e a paz social, com base nisso o legislador infraconstitucional criou sanções para aquele que ferir algum desses bens. Cabe agora analisar se os bens jurídicos estabelecidos pela Lei Maior e protegidos pelo Código Penal são suficientes para inibir e punir quem comete um crime cibernético, ou se com o advento dessa nova forma de delito um novo bem jurídico surgiu, carecendo de proteção.

Para Sydow (2009) a internet trouxe uma dependência das pessoas em relação a sua utilização. Da mesma forma que precisamos de água, luz, energia para uma condição mínima de vida, também precisamos dos meios informáticos, entendendo, assim, o autor, que a internet passou a fazer parte do conceito de meio ambiente artificial, cabendo, inclusive, sua proteção

através de ação civil pública, por se tratar de um bem jurídico difuso, visto que atinge toda uma coletividade de pessoas indistintamente.

Por outro lado, para Monteiro Neto (2008) a informática trouxe um novo modelo de organização social e econômico, o que modificou por completo a vida na sociedade e acabou gerando novos ricos sociais e a necessidade de proteção dos novos bens e valores jurídicos que se encontram ligados diretamente ao contexto informático. Para o autor o ambiente informático abre novos horizontes para o criminoso, visto que além de potencializar os crimes tradicionais, novas forma de crimes pode ser cometidos, inclusive contra o próprio computador, carecendo, desta forma, a informática de legislação penal capaz de prevenir e punir a nova realidade trazida pela informática.

À vista disso, o autor afirma que um novo bem jurídico surgiu e necessita de proteção pelo Direito Penal, cuja a proibição deve recair sobre condutas que: "[...] atentem contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de tratamento de dados, seja pela inserção, manipulação, compilação, armazenamento, processamento e transmissão de dados/informações" (2008, p.103).

Já para Araújo e Fauaze (2016), a proteção estatal nos crimes informáticos não recai sobre a inviolabilidade dos programas contidos nele, mas nas informações ali armazenadas, ou seja, sobre os dados, os quais estão protegidos constitucionalmente pelo direito à privacidade e intimidade.

Conforme Gouvêa (1997) os crimes de computador por vezes lidam com bens intangíveis, o que gera um problema para o direito penal que tradicionalmente lida com a proteção de bens jurídicos tangíveis. Para a autora, os bens jurídicos atingidos nesse tipo de crime são: "sistemas de informática, a integridade da informação, dados e privacidade".

Por fim, de acordo com Torre (2009), não houve o surgimento de um novo bem jurídico carecedor de tutela estatal, visto que quando ocorre um crime cibernético próprio ou impróprio os bens jurídicos já se encontram protegidos pela legislação penal existente. Em relação aos crimes cibernéticos próprios, explica que a tutela penal recai sobre o equipamento eletrônico propriamente dito, considerando como coisa móvel e protegido pela legislação penal, bem como recai sobre os programas de computador, que estão protegidos à luz do direito autoral.

Portanto, maior parte da doutrina considera que não houve o surgimento de um novo bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, visto que, mesmo havendo discordância em relação à qual bem jurídico é protegido nos crimes cibernéticos próprios, a legislação penal é suficiente para a proteção desses bens.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

Os crimes cibernéticos apresentam a característica de serem multifacetados, devendo-se analisar o papel do sistema informático na efetivação do crime. Por vezes se apresentam não como crime autônomo, mas como meio para a execução de um dos delitos tradicionalmente previstos na legislação penal brasileira; outras vezes apresentam-se com a face de novas formas de crime, tido por eletrônico.

Conforme afirma Costa (2011, p. 72): "[...] a importância da distinção entre os tipos de delitos advém da necessidade de se visualizar se a conduta tida por ilícita é ou não criminosa, bem como possibilitar a discussão acerca das que não são, a fim de tipificá-las e puni-las". Diante disso, a doutrina tem classificado os crimes cibernéticos como próprio/puro, impróprio/impuro ou misto/comum.

Para Ferreira (1992) os crimes de computador se classificam em atos dirigidos contra um sistema de informática, por qualquer motivo, em que, segundo a autora: "[...] situam-se os variados comportamentos que atentam seja contra o material, seja contra os suportes lógicos de dados do computador" (p. 146), ou, em atos que atentam contra outros valores sociais através de um sistema de informática, cujo o crime praticado já possui seu bem jurídico protegido pelas leis penais brasileira, mas é praticado com a utilização do sistema informático.

Inspirado nessa classificação, Teixeira (2013) apresenta classificação em crime de informático próprio/puro ou impróprio/impuro. São crimes de informática próprios aqueles praticados por meio da informática e que sem ela não seriam possíveis a execução e a consumação do crime. De outra forma, são crimes informáticos impróprios aqueles em que o sistema informático é utilizado como um meio para a execução do crime, podendo este ser praticado de várias formas, mas nesse caso optou-se pela prática através da informática. Para o autor, os crimes informáticos mistos são crimes comuns, praticados através o sistema informático, e que sem a utilização deste não seria possível a efetividade do delito.

Consoante Costa (2011, p. 76) os crimes de informática puros ou, também chamados de próprios, seriam aqueles em que: "[...] a informática serve como meio e fim almejado". A ofensa é dirigida contra o próprio computador ou sistema informático. Os impróprios, ou impuros: "[...]são aqueles comuns praticados por intermédio de um computador. Anteriormente já existiam e eram praticados por meios de diversos do computador". Por fim, o crime informático misto é aquele em que: "[...] a norma penal tutela dois ou mais bens jurídicos. São os denominados crimes complexos, tendo em uma mesma conduta a prática de um crime informático próprio e um ou mais crimes informáticos impróprios".

Por outro lado, Monteiro Neto (2008) critica essa classificação tradicional feita pela doutrina, sob o argumento de que não há uma diferenciação das formas de cibercrimes, mas, tão somente, a diferenciação de um crime eletrônico para um crime comum. Para o autor os crimes cibernéticos devem ser classificados quanto aos seus efeitos, sendo estes tangíveis ou intangíveis. Assim, para Moreira Neto (2008, p. 113) define como tangíveis as condutas praticadas me meio eletrônico, mas que os seus efeitos são produzidos também no mundo real, de outro modo, são intangíveis aqueles crimes de dano ou lesão, que de maneira direita causam danos ao sistema computacional, sendo prescindível a obtenção de alguma vantagem econômica ilícita pelo autor.

Ademais também devem ser classificados quanto aos objetivos, sendo de mero acesso, de dano ou lesão. Os crimes eletrônicos de mero acesso consubstanciam-se com o simples acesso ao sistema informacional, não necessitando que do referido ato resulte algum dano a dados ou ao próprio sistema. Por outro lado, os crimes eletrônicos de dano ou lesão são aqueles que de maneira direta danificam o sistema computacional sem necessidade da obtenção de alguma vantagem econômica ilícita para o autor (MOREIRA NETO, 2008, p. 113).

Portanto, o crime cibernético, de acordo com a parte majoritária da doutrina, pode ser classificado em próprio, sendo estes os crimes que buscam atingir o próprio sistema informático, ou impróprios, tidos por aqueles em que o sistema informático é utilizado apenas como um facilitador para a execução do crime, porém é indispensável, visto que pode ser praticado de outras maneiras, e, por último, em misto, que ocorre quando o sistema informático é utilizado como um meio para a execução do crime, mas que sem ele o crime não poderia se efetivar.

3 OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal surge para a sociedade como uma forma de proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República da atuação maldosa de quem pretender atingir tais garantias.

Desta forma, a tutela penal é considerada a *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento a ser utilizado para proteção dos bens jurídicos fundamentais. Logo, o Direito Penal somente pode ser utilizado quando todas as demais áreas do Direito, tais como administrativa e cível, não forem capazes de solucionar o conflito.

Diante disso, como meio de limitar a atuação do Estado na vida privada das pessoas, interferindo em um dos maiores direitos do homem, a garantia a liberdade, a Constituição da

República traçou balizas para tal atuação, chamadas de princípios limitadores do Direito Penal, que serão agora analisados, especialmente os princípios da intervenção mínima, adequação social e lesividade.

3.1 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

De acordo com esse princípio o Direito penal deve intervir da menor forma possível nas relações pessoais. Dessa forma, o direito penal só poderá atuar caso os demais ramos do direito não forem capazes de dar a tutela necessária para a proteção dos bens jurídicos essenciais.

Nesse sentido, Bitencourt (2010) esclarece que o princípio da intervenção mínima serve para limitar e guiar o poder punitivo do Estado, visto que controla o arbítrio de criar tipos penais maldosos e instituir sanções cruéis, bem como orienta a atuação do legislador que só pode criminalizar uma conduta caso essa seja a única maneira de proteger determinado bem jurídico fundamental.

Esclarece, ainda, que esse princípio também é conhecido como *ultima ratio,* pois o Direito Penal só pode atuar quando as demais áreas do direito não forem capazes de proteger os bens mais relevantes dos indivíduos e da sociedade. Nesse sentido preleciona Prado (2008, p. 138, grifos do autor): "A intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis*-, ficando reduzida a um mínimo imprescindível". Logo, a intervenção do Direito Penal revela-se necessária, porém deve ser exercida da menor forma possível.

Salienta Greco (2014) que o princípio ora em estudo se dedica também a fazer com que ocorra a descriminalização, ou seja, o legislador atento as mudanças sociais, assim como poderá criminalizar uma conduta que passe a apresentar a necessidade de proteção de um bem jurídico que agora se apresente como relevante para a sociedade, também poderá deixar de dar importância a um bem jurídico que não mais apresente essa importância necessário para a proteção por meio da tutela penal, visto que sua segurança pode ser resguardada pelos demais ramos do direito.

Para Prado (2008) o princípio em questão evita a criação excessiva de sanções criminais, dado que o legislador somente pode criminalizar as condutas que atentem contra os bens mais relevantes da sociedade, ocorrendo uma verdadeira limitação ao *jus puniendi* estatal.

Sendo assim, o Estado só pode agir na esfera penal, criminalizando condutas para garantir proteção aos bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade, quando os demais

ramos do ordenamento jurídico não se relevarem eficazes para defesas desses direitos, devendo a intervenção ser a menor possível.

3.2 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O Direito Penal num Estado democrático de direito cumpre a função precípua de proteção de bens tidos por fundamentais para o desenvolvimento da sociedade e das pessoas individualizadas, que se encontram listados na Constituição da República. Logo, o princípio da lesividade prevê que só haverá legitimidade para a intervenção estatal na esfera particular das pessoas, através do Direito Penal, quando um desses bens jurídicos se encontrarem sob ameaça ou lesão real.

Conforme salienta Greco (2014) se o princípio da intervenção mínima dispõe que só cabe a intervenção estatal quando esta for necessária para a proteção dos bens jurídicos essenciais, e o princípio da lesividade complementa o anterior, dizendo que ainda assim, só caberá intervenção do direito penal, se esses bens jurídicos forem colocados em ameaça ou lesão real. Ainda nessa esteira Bitencourt (2010) lembra que o legislador não deve tipificar os crimes de perigo abstrato, pois estes, como o próprio nome diz, não trazem perigos ou ameaças concretas aos bens jurídicos, não havendo razão de ser da tutela estatal.

De acordo com Zaffaroni (2013) a Constituição traz garantias que levam a liberdade moral. Para o autor o Estado não pode impor uma moral, pois a moral só poderá ser verificada quando houver a possibilidade de uma escolha imoral, se não houver essa liberdade, não há moral. Dessa forma, o Estado deve garantir aos indivíduos sua liberdade de escolha, só podendo criminalizar, portanto, conflitos que afetem bens jurídicos que são necessários para a auto realização das pessoas. Logo, só caberá a criminalização de uma conduta quando houver também um direito alheio ferido, pois, se assim não o fosse se estaria desrespeitando a própria Constituição, que prevê a autonomia da moral, visto que o Estado, através de seu poder punitivo, imporia um padrão de moral.

Destaca Greco (2014) que pessoas que integram a sociedade naturalmente possuem características diferentes, e que devem ser respeitadas, em razão disso o Direito Penal não poderá ser aplicado àquelas condutas reprovadas moralmente pela sociedade, mas que não atinjam bens jurídicos alheios.

Desse modo, pelo princípio da lesividade o Estado só pode condenar condutas que importem em ameaça ou lesão de bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade e o

desenvolvimento particular das pessoas, sendo que se não houver perigo a esses bens não caberá ao Direito Penal interferir na liberdade moral dos indivíduos.

3.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Segundo esse princípio não cabe ao Direito Penal imiscuir-se em comportamentos tidos como adequados, ou seja, o direito penal não deve se importar com condutas historicamente aceitas pela sociedade.

Dessa forma o princípio da adequação social se revela sobre dois aspectos: o primeiro é que esse princípio deve servir como norte para o legislador na seleção das condutas que deseja punir ou impor, visto que não deve tipificar comportamento que a própria sociedade não repudia, com isso, o legislador deverá se atentar para os comportamentos sociais no momento de elaboração das leis incriminadores, bem como, da mesma forma deverá descriminalizar condutas que a sociedade, com o passar do tempo, passou a admitir; a segunda função do princípio da adequação social é de limitar o âmbito de incidência da norma incriminadora, devendo-se excluir da abrangência dessa norma as condutas socialmente adequadas, consequentemente limitando a abrangência de sua interpretação (GRECO, 2014).

Salienta Toledo (2000) que não se pode confundir uma conduta socialmente aceita com causa de justificação. A ação socialmente adequada se verifica dentro daquilo que é aceito pela sociedade, em momento algum constituindo ilícito, já a causa de justificação é socialmente inadequada, visto que foge dos padrões de comportamento esperados pela sociedade, contudo não constitui crime em razão de uma autorização para assim agir.

De acordo com Prado (2008) as condutas socialmente aceitas decorrem do exercício da vida comunitária, e que não necessariamente representam um modelo exemplar de conduta, mas que, historicamente, a sociedade não reprimi que age desse ou daquela maneira.

Assim sendo, o princípio da adequação social se revela verdadeira baliza para a atuação do legislador, seja na elaboração de novas leis incriminadoras, seja na revogação de delitos já existentes, pois mesmo atingindo determinado bem jurídico, o comportamento é aceito pela sociedade, e, apesar de por vezes não representar um exemplo a ser seguido, tal conduta não merece punição do Estado.

4 O CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

Consoante ao que fora visto nos tópicos anteriores a tecnologia trouxe ao mundo o sistema informático, o qual se mostrou uma ferramenta de extrema importância para o desenvolvimento da sociedade e da vida privada. Contudo, juntamente com tais sistemas surgiram uma gama de problemas, dentre eles a potencialização para o cometimento de crimes utilizando da tecnologia a favor dos criminosos.

A partir de então surgiram os crimes cibernéticos, os quais, conforme visto alhures, podem ser impróprios, também chamados de impuros, que ocorrem quando o sistema informático é utilizado como forma de incrementar os crimes já previstos na legislação penal brasileira, particularmente os de estelionato, extorsão, crimes contra a honra; e os próprios, que são verificados quando a finalidade do criminoso é atacar o próprio sistema informático.

Dessa forma, verificou-se que nos casos dos delitos informáticos impróprios a tutela penal existente é suficientemente capaz de proteger os bens jurídicos colocados em risco, contudo, nos casos dos crimes cibernéticos próprios encontrava-se determinado vácuo legislativo.

Nessa esteira, a Lei 12.737/12 foi criada, alterando o Código Penal Brasileiro para passar a incluir o art. 154-A, cuja previsão traz o primeiro crime informático próprio do ordenamento jurídico brasileiro.

O crime de invasão de dispositivo informático encontra previsão dentro do capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a liberdade individual, especificamente na seção referente aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

Com efeito, o legislador pretendeu proteger nos casos dos crimes previstos nessa seção o direito à privacidade, consagrado na Constituição da República em seu art. 5º, inc. X, o qual dispõe: “Art.5º [...] inc. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2016f).

Desta feita, observa-se que a garantia à privacidade constitui verdadeiro direito fundamental, e que, portanto, deverá ser assegurado pelo Estado a todos os membros da sociedade.

De acordo com Silva (2004) direito à privacidade engloba as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas, motivo pelo qual o direito à privacidade é um gênero que inclui as espécies de direito à intimidade e à vida privada, os quais constituem

conceitos distintos. Por vida privada, entende o autor, que é o direito que as pessoas possuem de viverem suas próprias vidas, engloba o modo de ser e viver no âmbito familiar.

Em sede complementar, Ramos (2016) conceitua direito à intimidade como a esfera mais íntima das pessoas, representando os pensamentos e as sensações dos indivíduos, estando, portanto, ligado ao emocional, ao estado psíquico de cada pessoa.

À vista disso, Jesus (2015) ressalta que o Código Penal é o instrumento que dá validade as garantias constitucionais individuais. Logo, o ordenamento repressivo prevê sanções para aquele que intervir na faculdade dos indivíduos de realizar condutas conforme sua própria vontade.

Bitencourt (2012) ensina que a tutela penal se faz necessária para proteção do direito à privacidade, pois a garantia constitucional não se encontraria efetivada se não fosse assegurado aos indivíduos o direito de manter reservados determinados atos, fatos ou aspectos de sua vida privada e intimidade.

Diante disso, o legislador, a época de criação do Código Penal, entendeu que o direito à privacidade poderia se encontrar violado mediante a divulgação não autorizada de segredos, sejam eles pessoais ou profissionais, tipificando a conduta de quem assim agir nas figuras dos arts.153 e 154, do diploma repressivo, que assim determinam:

> Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.
> Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (BRASIL, 2016b).

Nas lições de Masson (2014) toda pessoa tem o direito de guardar para si os segredos inerentes a sua vida privada e intimidade e que, na hipótese de sua divulgação, venham a causar danos. Não cabendo, de outra forma, a proteção a segredos que não sejam capazes de causar qualquer prejuízo ao titular.

Sendo assim o segredo implica um elemento negativo, pela falta de notoriedade, e outro positivo, que se revela na vontade do titular em preservar a informação, dado ou imagem. Diante disso, segredo: "[...] é o fato da vida privada que se tem interesse em ocultar" (2014, p. 646).

O Código Penal foi editado no ano de 1940, ou seja, quarenta e oito anos antes da primeira versão da *internet* chegada ao Brasil, e cinquenta e cinco anos antes da sua liberação comercial, de modo que não havia como o legislador pátrio, àquela época, prever que sistemas informáticos tão avançados existiriam atualmente, colocando em cheque a proteção trazida pelo Código Penal aos bens jurídicos previstos na Constituição da República.

Revela-se, por conseguinte, a necessidade de adequação da legislação penal existente a nova realidade trazida pela informática, o que consubstancia o princípio da adequação social.

Nesse sentido, Costa Junior (1995) afirma que há um vácuo normativo no sistema penal brasileiro, visto que à época de sua edição não se cogitava a possibilidade de existência de sistemas informáticos, e que os abusos destes seriam capazes de atingir o direito fundamental a intimidade e à vida privada. Dessa forma, afirma o autor, que o ordenamento jurídico brasileiro se revela insuficiente, diante dos avanços trazidos pela tecnologia para a proteção desses direitos fundamentais.

Ademais, Monteiro Neto (2008) esclarece que a nova realidade trazida pela tecnologia à sociedade fez surgir a necessidade implantação normas específicas inerentes a ela, com o intuito de proteger o cidadão de práticas que violem não só o direito fundamental à privacidade, mas também diretamente o princípio da dignidade humana, que é um dos pilares da ordem político-jurídica brasileira. Essa necessidade de implantação no sistema jurídico-penal brasileiro se justifica diante da proibição de utilização da analogia para incriminação de condutas, com isso, diante da omissão legislativa em relação aos crimes informáticos próprios as condutas eram consideradas atípicas, acabando por tornar os sistemas informáticos um ambiente favorável a violação de bens jurídicos, que, apesar de garantidos constitucionalmente, não encontravam a devida proteção na esfera infraconstitucional.

Outrossim, Masson (2014) afirma que a *internet* nunca foi considerada território livre para a prática de delitos, visto que o Código Penal é capaz de combater a maior parte dos crimes eletrônicos, contudo, há violações a bens jurídicos que ocorrem por crimes cibernéticos que não encontram repressão pelo ordenamento jurídico penal.

Neste ponto citou como exemplo o próprio caso da atriz Carolina Dieckmann, o qual impulsionou a criação da lei 12.737/12, que teve seu computador particular invadido por cinco homens que subtraíram 36 fotos íntimas armazenadas em seu dispositivo informático, sendo mais tarde identificados e punidos pelos crimes de extorsão, difamação e furto, mas em relação a invasão do computador não houve qualquer punição por conta da lacuna normativa.

No mesmo sentido Souza e Volpe, *in verbis:*

> Os operadores do direito têm aplicado a legislação já existente, como o Código Penal, aos crimes cometidos no meio virtual. Há também normas no ordenamento jurídico brasileiro que, apesar de tratarem acerca do assunto, não protegem integralmente a sociedade, vítima dos crimes virtuais. Os crimes cibernéticos próprios são tipos novos, e diante da falta de legislação específica, ainda existem condutas atípicas, que não podem ser punidas em decorrência do princípio da legalidade ou da reserva legal (SOUZA; VOLPE, 2016, p. 17).

Isto posto, para os autores acima referidos existe a necessidade de criminalização dos crimes cibernéticos próprios, visto que apesar de o Código Penal e outras legislações estarem sendo utilizadas para tratar do assunto, algumas condutas ainda se encontra à margem da Lei, acabando por acarretar a sua atipicidade.

Diante disso, pelo princípio da lesividade, o Estado se viu legitimado a intervir na esfera particular das pessoas, visto que um bem jurídico essencial listado na Constituição da República, o direito à privacidade, se encontrou desprotegido pelo vácuo legislativo existente no Código Penal em relação a conduta de invasão dos dispositivos informáticos, frente a nova realidade trazida pela tecnologia.

Dessa forma, foi editada a Lei 12.737/12 que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro primeira tipificação de cibernético próprio, que é o crime de invasão de dispositivo informático, que busca proteger a intimidade e a vida privada, englobados pelo direito à privacidade.

Nesse diapasão, a justificativa do Projeto de Lei 2793 que resultou na Lei 12.737/12, deixa claro a necessidade de adequação da norma penal para a realidade atual dos crimes cibernéticos, visando, dessa forma, a proteção dos bens jurídicos necessários que por ora se encontravam desprotegidos:

> São inegáveis os avanços para a sociedade decorrentes do uso da Internet e das novas tecnologias. Estes avanços trazem a necessidade da regulamentação de aspectos relativos à sociedade da informação, com o intuito de assegurar os direitos dos cidadãos e garantir que a utilização destas tecnologias possa ser potencializada em seus efeitos positivos e minimizada em seus impactos negativos. Nesta discussão, ganha relevo constante, sendo objeto de amplos debates sociais, a temática da repressão criminal a condutas indesejadas praticadas por estes meios (BRASIL, 2016g).

Outrossim, pelo princípio da intervenção mínima só cabe ao Estado, por meio da tutela penal, intervir na sociedade quando somente o Direito Penal for capaz de trazer a proteção necessária para o bem jurídico, conforme visto anteriormente.

Nesse sentido, a justificativa do Projeto de Lei 2793 que resultou na Lei 12.737/12, evidenciou que a intervenção estatal por meio do art. 154-A se fez necessária visto que os demais ramos do Direito não eram bastantes para a solução dos conflitos gerados pelo abuso dos sistemas informáticos.

Jahnke e Gossling (2016), afirmam que a Lei 12.737/12, diferentemente dos projetos de Lei anteriores referentes aos crimes cibernéticos próprios, se limitou a atuar tão somente na tutela penal necessária para a proteção do direito à privacidade, que se encontra constantemente violado por meio de sistema informáticos, deixando para as demais áreas do ordenamento jurídico a regulamentação da *internet*.

Dessa forma, evidencia-se que com os frequentes avanços tecnológicos novos problemas passaram a existir no que diz respeitos a proteção de em jurídicos listados na Constituição da República como necessários para o desenvolvimento do homem e da sociedade, especialmente em relação ao direito à privacidade.

Logo, surgiu a necessidade de adequação da legislação penal existente aos comportamentos sociais agora apurados, sendo necessária a tipificação do crime de invasão de dispositivo informático, visto a flagrante lesão ao direito à intimidade e vida privada, contidos no direito à privacidade.

Diante disso, para a devida proteção desse bem jurídico se fez necessária a intervenção estatal, por meio do Direito Penal, o que acarretou a criação do art. 154-A, do diploma repressivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos dessa pesquisa foram cumpridos a partir do estudo de diversas obras que tratam do tema objeto central do estudo, bem como da análise das legislações existentes a esse respeito. O objetivo geral era de verificar se o art. 154-A, do Código Penal, trazido pela Lei 12.737/12, conflitava ou não com os princípios limitadores do direito penal, especificamente em relação aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, o que fora cumprido, conforme pode-se observar pela evolução do trabalho até alcançar seu último ponto que trata do objetivo jurídico no artigo ora em estudo.

Destarte, chegou-se à conclusão de que evolução da tecnologia e com o advento da *internet* e de modernos sistemas informáticos uma nova forma de delito surgiu para a sociedade, trazendo a necessidade de inovação legislativa nesse sentido. Diante disso se observou que a incriminação da invasão de dispositivo informático se fez necessário, visto que o direito fundamental à privacidade estava sendo colocado em risco pelo surgimento dessas novas tecnologias, acabando com a omissão legislativa existente nesse sentido.

Com a realização dessa pesquisa pode-se concluir que os crimes previstos no Código Penal até a criação do crime de invasão de dispositivo informático não eram suficientemente capazes para punir aqueles que se apoderavam de dados e informações contidos em dispositivos informáticos, sejam eles computadores, celulares ou qualquer outro dispositivo informático. Diante disso, o criminoso que praticava tal conduta não era propriamente punido pelo crime de invasão desses dispositivos, mas pelos outros crimes consequentes deste.

Por essa razão, conclui-se que o art.154-A, do Código Penal não apresenta qualquer conflito com os princípios limitadores do Direito Penal, visto que a evolução da tecnologia trouxe ao mundo também os crimes cibernéticos, que colocam o direito fundamental à privacidade em risco, necessitando, portanto, de punição.

Por fim, tendo em vista os resultados apresentados é interessante acompanhar as inovações legislativas a respeito dos crimes cibernéticos próprios, pois, conforme fora visto nessa pesquisa, o art.154-A trouxe a legislação penal brasileira o primeiro crime cibernético próprio, contudo diversos outros bens jurídicos podem estar sendo colocados em risco frente as inovações tecnológicas, cabendo, dessa forma, a atuação do Direito Penal para proteção desses bens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Maurício Trindade; FAUAZE, Carlos Humberto. **Delitos informáticos à luz da Lei nº 12.737/2012.** Artigo de revisão. Disponível em: <http://docplayer.com.br/15367243-Delitos-informaticos-a-luz-da-lei-n-12-737-2012-cyber-crimes-analysis-of-the-law-no-12-737-2012.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. V. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal:** dos crimes contra a pessoa. V. 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Dispõe sobre o código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>**.** Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940:** dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998:** dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em28 abr. 2020.

_____. **Lei nº 12.527, de novembro de 2011:** dispõe sobre a regulamentação do acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.793:** dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037656&filename=Tramitacao-PL+2793/2011>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012:** dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A trajetória da internet no brasil:** do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança. 239. Tese- Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

COSTA, Fernando José da. **Locus delicti nos delitos informáticos.** 355. Tese- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo. 2011.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só:** tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Ivette Senise. Os crimes de informática. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. (Coord.). **Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel.** São Paulo: RT, 1992.

GOUVÊA, Sandra. **O direito na era digital**: crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. V. 1. 16. ed. Nitéroi: Impetus, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal:** parte especial, dos artigos 121 a 154-B do estatuto repressivo**.** V. 2. 12. ed. Nitéroi: Impetus, 2015.

HACKERS. **Hackers invadem sistema interno da Prefeitura de Guaranésia, MG.** Disponível em: <http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2015/09/hackers-invadem-sistema-interno-da-prefeitura-de-guaranesia-mg.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

JAHNKE, Letícia Thomasi; GOSSLING, Luciana Manica. A tutela da dignidade da pessoa humana através da tipificação de novos crimes cibernéticos. In: Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade, 2, 2013. Santa Maria. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade da UFSM**. Santa Maria: UFSM, 2013. p. 824-838. Disponível em: < http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-6.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal:** parte especial. V. 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2. ed. [edição digital]. São Paulo: Método, 2014.

MONTEIRO NETO, João Araújo. **Aspectos constitucionais e legais do crime eletrônico.** 192. Dissertação – Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2008.

NOSSA. **Nossa história**. Disponível em: <http://www.rnp.br/institucional/quem-somos>. Acesso em: 28 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10. ed. [edição digital]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet.** Curitiba: Juruá, 2008.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro:** parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Cristina de Mello. O direito fundamental à intimidade e à vida privada. In: **Revista de Direito da Unigranrio.** V. 7. N 1. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/195/194>. Acesso em: 28 abr. 2020.

REIS, Wanderlei José dos. Delitos Cibernéticos: implicações da Lei nº 12.737/12. In: **Connection Line.** V.1. N 13. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/delitos_ciberneticos_implicacoes_da_lei_n_12.73712.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ROSA, Fabrízio. **Crimes de informática.** Campinas: Bookseller, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Henry Leones de; VOLPE, Luiz Fernando Cassilhas. A ausência de legislação específica para os crimes virtuais. In: **Judicare.** V. 8. N 2. Disponível em: <http://judicare.com.br/index.php/judicare/article/view/148>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SYDOW, Spencer Toth. **Delitos informáticos próprios:** uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática. 282. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TORRE, Mariana Giantomassi Della. **Aspectos processuais e penais dos crimes de computador.** 184. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes informáticos:** conforme a Lei nº 12.737/12. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Rául; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** teoria geral do direito penal**.** V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.