XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-436-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4. Exclusão Social. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo "TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA", os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho "MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO", de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema "O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL", o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada "O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE "JUSTIÇA" ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA", estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioridade penal para apresentar a ideia do "fetiche de Justiça", motivador da defesa da redução da maioridade penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação "MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO", levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo "A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL", jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRÍADE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo” A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL

CYBERSPACE AND A NEW SOCIETY OF RISK: THE REAL ADEQUACY OF TRADITIONAL CRIMINAL TYPES IN COMBATING VIRTUAL CRIME

Deivid Lopes De Oliveira

Resumo

O presente artigo apresentará os principais delineamentos do ciberespaço, e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco dos dias atuais. Será analisado o surgimento dos novos bens jurídicos, surgidos a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico. Em seguida, serão apresentados os delitos informáticos, apontando de que forma o direito penal pune essas infrações, bem como indicando se esta punição é adequada à situação fática imposta pelos avanços tecnológicos. Por fim, será discutida a necessidade de se criar novos tipos penais para lidar com o tema.

Palavras-chave: Sociedade de risco, Ciberespaço, Bem jurídico, Tutela penal, Delitos informáticos

Abstract/Resumen/Résumé

This article will present the main delineations of cyberspace, and its characterization as the new model of society of risk today. It will be analyzed the emergence of new legal goods, arising from the interactions in this computer environment, as well as the need to recognize these assets in the legal system. Next, computer crimes will be presented, pointing out how criminal law punishes these infractions, as well as indicating if this punishment is adequate to the factual situation imposed by the technological advances. Finally, the need to create new criminal types to deal with the issue will be discussed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Society of risk, Cyberspace, Legal interest, Penal protection, Computer crimes

1 INTRODUÇÃO

Parece absurdo nos dias atuais, imaginar uma sociedade sem as comodidades que a tecnologia traz para o cotidiano de uma pessoa comum. Sem muito esforço, em um simples despertar pela manhã, já é possível perceber como as pessoas se tornaram reféns dos meios informáticos, seja pela simples visualização daquele "bom dia" coletivo matinal, ou pela rotineira leitura dos principais sítios eletrônicos de notícias, para já começar o dia informado. O ser humano vive cada vez mais em um mundo diverso daquele que existia há alguns anos, não somente pelos avanços tecnológicos que surgiram com o passar do tempo, mas pela valoração de bens antes incogitáveis de serem objeto de proteção. Cada vez mais o homem troca o mundo real pelo mundo informático, pois enxerga naquele ambiente virtual a possibilidade de realizar aquilo que não foi alcançado na "vida real".

Ocorre que com um novo modelo social em ascensão, surge também uma nova criminalidade, disposta a explorar todos os pontos tangíveis desse novo mundo que surge. O cidadão informático acredita estar seguro em um ambiente cheio de vulnerabilidades, de forma que os diversos de seus preciosos bens ficam expostos a um risco invisível e imprevisível. Com criminosos cada vez mais especializados e preparados, torna-se uma tarefa árdua (para não dizer impossível) o combate a estes tipos de delitos. De repente, a sociedade se vê diante de novos perigos e aos poucos se dá conta de que está presenciando o surgimento de uma nova sociedade de risco.

O direito, no entanto, com seu tempo peculiar, não consegue acompanhar os avanços sociais que são trazidos pela revolução digital. Utilizar os tipos penais tradicionais para combater os novos problemas trazidos pelos avanços informáticos e presentes de maneira cada vez mais frequente no ciberespaço parece suficiente até certo ponto. Não se pode negar a adequação típica da conduta de transferir eletronicamente um numerário de uma conta bancária de titularidade de um determinado sujeito para outro, sem a autorização daquele, ao crime de furto. Contudo, outros questionamentos começam a surgir quando a lesão não se apresenta tão evidente assim.

De outra parte, faz-se mister a análise do efeito expansivo no direito penal que a criação de novos tipos geraria. É preciso cautela para analisar o real surgimento dos bens jurídicos relativos ao ambiente informático. Outrossim, é preciso que se demonstre a verdadeira

necessidade de criação de novos tipos penais para tratar das lesões em tais bens jurídicos novos, provenientes do novo ambiente virtual que se desenha na sociedade atual.

Desta feita, no presente artigo, será feita uma breve apresentação do conceito de ciberespaço, bem como da definição de importantes expressões referentes ao tema, apontando como se deu o surgimento e o desenvolvimento do ambiente de convívio virtual, bem como a sua inserção no território brasileiro. Finalmente, estudar-se-á a nova criminalidade informática, indicando o modus operandi dos infratores, apontando as diferenças entre os delitos informáticos propriamente ditos e os delitos comuns praticados por intermédio dos meios informáticos e digitais disponíveis na sociedade atual, bem como as vulnerabilidades utilizadas pelos mesmos para alcançar êxito na sua jornada criminosa.

Em seguida, no terceiro capítulo, será realizada uma análise da necessidade de um novo foco protetivo no direito penal brasileiro, questionando-se a real adequação dos bens jurídicos atualmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, e apontando a possibilidade do reconhecimento de uma nova categoria de bens que, diante de sua importância no meio de convívio virtual, merecem um maior enfoque protetivo.

Por fim, no quarto capítulo, faz-se necessário um estudo sobre a possibilidade de utilização dos tipos penais tradicionais para a repressão desta nova criminalidade insurgente no mundo virtual, bem como da real precisão da criação de novos tipos penais específicos para o combate das novas condutas criminosas praticadas por intermédio dos dispositivos informáticos.

2 O CIBERESPAÇO – DO REAL AO VIRTUAL: UMA SOCIEDADE DE RISCO INFORMÁTICA

De essencial importância para o desenvolvimento do presente trabalho é a delimitação do conceito de ciberespaço, bem como dos elementos que o compõe. Para tanto, a seguir será apresentado um breve histórico do surgimento da internet e sua fundamental importância para a criação de um ambiente de relacionamento virtual, para posteriormente apresentarem-se os riscos advindos de tais adventos, bem como as formas utilizadas para realizar as condutas criminosas neste novo ambiente de risco.

Muito se discute a respeito da criação dos sistemas de rede integrados, hoje comumente conhecidos por internet. Contudo, é possível se indicar que os primeiros registros do surgimento

da ideia de um mecanismo próximo ao que se tem hoje pela internet remontam ao início da década de 1960, no contexto da Guerra Fria, conforme relata LEINER et al:

> "Os primeiros registros de interações sociais que poderiam ser realizadas através de redes foi uma série de memorandos escritos por J.C.R. Licklider, do MIT - Massachussets Institute of Technology, em agosto de 1962, discutindo o conceito da "Rede Galáxica". Ele previa vários computadores interconectados globalmente, pelo meio dos quais todos poderiam acessar dados e programas de qualquer local rapidamente. Em essência, o conceito foi muito parecido com a Internet de hoje[1]" (2009, p. 23, tradução livre).

No entanto, somente no ano de 1969, nos Estados Unidos, a internet ganha forma e começa a se desenvolver de maneira mais próxima ao que conhecemos hoje. Neste sentido, contribuição de SYDOW:

> "Inicialmente, a interligação em escala se deu em 1969, nos Estados Unidos, com o desenvolvimento militar da ARPANET – Advance Research Projects Agency Network ou Rede da Agência de Pesquisa de Projetos Avançados –, uma experiência no auge da Guerra Fria, a qual permitiria que pesquisadores de diversos centros de pesquisa pudessem compartilhar recursos, sem risco de ter os dados e as informações perdidos por conta de eventual bombardeamento inimigo em um centro" (2015, p. 30).

Ora, a finalidade primordial da criação desta rede integrada era o uso militar, para situações de espionagem e elaboração de técnicas de guerra sem que pudesse haver um desvio ou mesmo uma interceptação da informação, que fosse passada de forma rápida e segura. No entanto, os criadores da ARPANET não poderiam vislumbrar a proporção que esta rede de interligação de dados tomaria, assim como a sua importância para as relações interpessoais no mundo atual. Entretanto, é preciso deixar claro, inicialmente, esta rede de interconexão se limitava a alguns poucos locais, voltado primordialmente para troca de dados militares, ou para comunicação entre os centros de estudo universitários da época, pois "[...], estas primeiras redes (incluindo ARPANET) tinham sido construídas para um objetivo específico, isto é, elas foram criadas para, e largamente restritas a, comunidades fechadas de acadêmicos[2]" (LEINER et al,

---

[1] The first recorded description of the social interactions that could be enabled through networking was a series of memos written by J.C.R. Licklider of MIT in August 1962 discussing his "Galactic Network" concept. He envisioned a globally interconnected set of computers through which everyone could quickly access data and programs from any site. In spirit, the concept was very much like the Internet of today.

[2] [...]these early networks (including ARPANET) were purpose-built - i.e., they were intended for, and largely restricted to, closed communities of scholars.

2009, p. 27) de forma que apenas mais tarde o conceito de internet se expandiu para se tornar como se conhece hoje:

> "Em 1986, os supercomputadores da NSF – National Science Foudation ou Fundação Nacional de Ciência – Foram interligados com os da ARPANET, criando-se a espinha dorsal (backbone) da rede formada por um feixe de computadores superpotentes, permitindo-se a expansão da rede como se conhece, no final da década de 1980". (SYDOW, 2015, p. 31)

Ainda no final da década de 1980, a rede internacional de computadores começa a ganhar volume e se expandir pelo mundo, com o intuito de uso civil, como um todo. No entanto, no Brasil, a primeira rede de transmissão virtual fora instalada pela Embratel em 1976, com caráter meramente experimental, para estabelecer uma conexão entre os estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. Anos depois, esta conexão local e bilateral viria a evoluir e se transformar no primeiro passo para a propagação da internet no Brasil, o Serviço Digital de Transmissão de Dados via Terrestre – TRANSDATA (CARVALHO, 2006, p. 63). Contudo, assim como a realidade mundial, a rede no Brasil não tinha se expandido para o uso cotidiano, sendo apenas utilizada no país para fins acadêmicos, sem grandes alcances da população.

O desenvolvimento e expansão da cultura da internet fora realizado de forma contínua, sendo que apenas em 1991, foi possível o acesso pessoal à internet por parte de uma camada da população, através uma série de provedores independentes agrupados, com o objetivo de possibilitar a comunicação entre si (2006, p. 136). Estava-se diante do primeiro momento de uso civil da internet no Brasil, sendo possibilitado a uma parte da população o uso das redes para trocar informações e acessar bancos de dados. Entretanto, a internet no Brasil só passou a ser difundida, em um aspecto comercial mais forte, a partir de 1994, quando a Embratel iniciou seu serviço de acesso à internet discada, restrito a alguns grupos da sociedade, o que pode ser considerado o grande marco do início da utilização da internet no país (2006, p.137).

Diante deste novo meio de relacionamento entre os indivíduos, o direito começa a olhar com maior cuidado para o meio virtual, passando a analisar com a cautela que a situação demanda, as relações sociais realizadas dentro do contexto de ambiente informático, com características e peculiaridades não verificadas nas situações cotidianas, fora do espaço de relacionamento virtual. Neste sentido:

> "O computador tornou-se, então, um instrumento de estabelecimento e intermediação das relações humanas. É nesse campo fértil que novas formas de relacionamento – e consequentemente de conflito – surgem a cada dia, a esperar que sejam reguladas pelo

> Direito. Assim, as contemporâneas relações entre o Direito e a Tecnologia devem ser vistas principalmente como o resultado do uso do computador como ferramenta de comunicação e, também, de documentação (com especial destaque para a documentação da própria comunicação), a produzir novos fatos e relações jurídicas, ou novas maneiras de registrá-los" (MARCACINI, 2014, p. 14-15)

Dentro deste contexto, dá-se o surgimento de um novo ambiente de convivência, chamado de ciberespaço, no qual as interações interpessoais se dão por meio de dispositivos informáticos, sem a necessidade da presença física para que a comunicação ocorresse, conforme explanação de MARCACINI:

> "Passando o computador, a partir das últimas décadas, a servir de instrumento para intermediação de relações humanas, ou como um ambiente de convívio (o que vem sendo chamado de ciberespaço), no qual são realizados atos e fatos jurídicos, mostrou-se necessário estudar e compreender como o Direito neles incide e regula essas novas situações". (2014, p. 17)

Diferentemente das relações sociais cotidianas, em que o contato físico ou visual direto é essencial para a integração entre os indivíduos, no ambiente virtual, não se faz necessário qualquer tipo de contato, nem mesmo visualmente. Sequer se necessita conhecer quem está recebendo ou passando a informação no processo de intercomunicação. O dinamismo possibilitado pelos avanços das redes de integração a distância torna as formas de interação convencionais cada vez mais escassas e em desuso.

Trata-se de um novo elemento, um novo mundo virtual dentro do real. Contudo, neste mundo virtual, torna-se praticamente impossível não se deparar com riscos que, apesar de não terem uma forma específica e uma ação direta e contundente, são cada vez mais reais. Desta feita, resta configurada uma verdadeira sociedade de risco, conforme preceituado por BECK:

> "A ideia condutora de uma modernização reflexiva da sociedade industrial será desdobrada a partir de dois lados. Inicialmente, será abordada a interpenetração de continuidade e ruptura no exemplo da produção de riqueza e produção de risco. A avaliação é a seguinte: enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza domina a lógica da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte. Na reflexibilidade dos processos de modernização, as forças produtivas perderam sua inocência. O acúmulo de poder do progrsso tecnológico-econômico é cada vez mais ofuscado pela produção de riscos". (2010, p. 15-16)

De acordo com o conceito de BECK, a sociedade de risco é um preço a ser pago pelo desenvolvimento e produção de riquezas que o mundo moderno vem passando. Não se pode

negar que, cada vez que se dá um passo à frente na evolução da sociedade, fatalmente estar-se criando um novo risco social, que, ainda que invisível ou imperceptível, pode trazer uma série de prejuízos à sociedade como um todo.

Cumpre salientar que a sociedade de risco é caracterizada pela sua imprevisibilidade, de forma que, por mais que se tenha alguma ideia do que possa vir a acontecer, jamais é possível prever de maneira completa e irrestrita os riscos que dela surgirão, bem como as formas que tais riscos irão assumir, conforme preceitua FERNANDES:

> "Trata-se de um fenômeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, e que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, rectius, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial, etc." (2001, p. 15)

Ora, as sociedades que BECK e FERNANDES apresentam como o modelo de sociedade de risco são aquelas as quais à sua época demonstravam um potencial de criação de risco maior do que o normal. Trazendo este conceito para o contexto atual, pode-se dizer que o ciberespaço representa a próxima sociedade de risco, com um potencial imenso para a propagação dos perigos. Desta maneira é o entendimento de SYDOW, para quem "A ideia de sociedade de risco adéqua-se perfeitamente ao segmento virtual de convívio criado pelo advento da internet. O uso da nova tecnologia representa risco como qualquer outra conduta" (2015, p. 39).

Ora, o espaço informático passa a falsa ideia de segurança ao usuário, que por vezes, age de maneira displicente, confiando estar a salvo pela barreira da tela do computador. Não se tem mais o receio de sofrer uma agressão, de ser abordado por um infrator, de ter sua vida em risco em função uma ação criminosa, de ter seus bens subtraídos, contudo, os riscos agora são outros.

> "A sociedade da informação teve sua potência elevada com a popularização das máquinas e suas conexões, levando a boa parte da população o acesso a um cotidiano com características próprias e com arquivos intangíveis como moto de sua existência e sustentabilidade. A rede mundial de computadores trouxe velocidade de relacionamentos e dissolveu fronteiras físicas, permitindo que o usuário-internauta experimentasse liberdade em grau antes inimaginável". (SYDOW, 2015, p. 39)

Desta feita, o direito passa a voltar seus olhos cada vez mais para este ambiente, propício ao surgimento de novos problemas e novos perigos para os bens jurídicos dos cidadãos que fazem parte deste novo meio social.

3 NOVO FOCO DA PROTEÇÃO PENAL INFORMÁTICA: SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS

Conforme apresentado no capítulo anterior, o ciberespaço é um ambiente com muito conteúdo ainda a ser explorado, sendo um espaço completamente propício ao surgimento e desenvolvimento de novas condutas delituosas e novos riscos eminentes. Cumpre questionar se o direito penal clássico, com seu viés protetivo tradicional, voltado para a proteção de bens jurídicos ordinariamente apreciados pelo direito, é suficiente para o combate a estes riscos, que, no mais das vezes, tende a atingir bens e valores anteriormente desconhecidos do meio social. De outra maneira, é preciso reavaliar se os bens jurídicos já consolidados na doutrina e na legislação pátria estão condizentes com o que se espera para combater estes novos perigos.

Para melhor desenvolvimento do presente capítulo, cumpre analisar o conceito de bem jurídico ao longo da história, apontando as possíveis falhas trazidas e apresentadas pelos doutrinadores, bem como as evoluções históricas pelas quais o conceito passou, na busca não de uma definição correta ou ideal, mas sim mais próxima da realidade introduzida pela nova realidade do ambiente virtual, de tamanha dinamicidade.

No âmbito penal, acredita-se que a primeira vez que se teve notícia da ideia de bem jurídico foi com a teoria levantada por Johan Michael Franz Birnbaum, que trouxe o conceito de bem jurídico como uma busca pela consolidação de um conjunto de valores, de conteúdo livre, capaz de pautar a punibilidade dos comportamentos que pudessem vir a ofendê-los, ou a ameaça-los de alguma forma (BIRNBAUM, 1834, p. 149).

Birnbaum começa a trazer maior sentido e justificativa à criação da ideia de uma conduta criminosa. Ora, se está previamente estabelecido um grupo de bens e valores dos quais o direito penal deve se atentar e buscar a proteção de maneira contínua, resta evidente que, ao se verificar uma situação em que estes bens estivessem em risco ou iminente perigo, este comportamento perigoso deveria ser combatido e desestimulado pelo direito. Tal combate e desestimulo é realizado através da confecção de tipos penais e a consequente introdução destes tipos no ordenamento jurídico pátrio, na busca de eliminar, ou ao menos minimizar este tipo de conduta.

Seu viés individual atua como ponto desfavorável à sua teoria. Influenciado pelo contexto em que vivia, em um momento no qual o direito à propriedade vinha ganhando cada vez mais destaque, Birnbaum pensa toda a sua teoria do bem jurídico voltada para a proteção de bens individuais, na busca pela proteção do patrimônio e dos direitos personalíssimos de cada cidadão, mas acaba esquecendo da necessidade de se olhar para os bens da sociedade como um todo, de maneira coletiva.

Na esteira de Birnbaum, Karl Binding define sua teoria do bem jurídico, focado pura e simplesmente no caráter legal do bem. Para este autor, seria bem jurídico tudo aquilo que o legislador buscou proteger pela norma. Criou-se portanto o um novo conceito de bem jurídico, desta feita, voltado para o que o legislador decidiu chamar assim (GOMES, 2002, p. 77).

Esta nova teoria é pautado de maneira direta no conteúdo da lei, de forma que, será um bem jurídico que o direito penal tem interesse em proteger aquele que está consolidado e consagrado em uma lei da esfera penal. Aqui, deixa-se de lado os anseios e reclames sociais por proteção, uma vez que, ainda que um determinado bem, na prática urja por proteção, não será possível a incriminação de condutas que o violem, frente à ausência de previsão legal.

Ora, se o conceito de Birnbaum, pautado em bens individuais mereceu críticas, o que falar do conceito legal elaborado por Binding. Não parece razoável que o legislador seja o responsável por dizer o que realmente deve ser protegido ou não. A proteção de um bem é uma ideia construída ao longo de um determinado período de evolução histórica da sociedade, não sendo adequado, e tampouco apropriado, que apenas o legislador tenha livre passagem para indicar os bens que quer proteger ou não, frente às ameaças que se delineiam cada vez mais fortes.

Posteriormente, Von Liszt apresentou seu conceito de bem jurídico, pautado no interesse social da comunidade. Para este autor, seria bem jurídico tudo o que a sociedade como um todo julgasse vital para a sua existência.

> "Bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico [...] os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado e vice-versa [...] a ordem jurídica delimita as esferas de ação (Machtgebiete) de cada um [...] faz da situação da vida (Lebensverhältnis) uma situação do Direito (Rechtsverhältnis) [...] a proteção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a proteção pelas normas (Normenssachtz). Bem jurídico e norma são os conceitos fundamentais do Direito". (VON LISZT, p. 6)

Ora, não se pode negar que a teoria trazida por VON LISZT deu maior destaque ao bem jurídico, desta vez voltado para o social, buscando uma proteção da sociedade. Representa uma verdadeira evolução do conceito exposto por Birnbaum, uma vez que, olha ao redor do indivíduo, visando alcançar um âmbito de proteção muito maior do que meramente o espaço individual de cada pessoa. Aqui, Liszt amplia a ideia de bem jurídico, demonstrando a importância de se enxergar o conceito dentro de um contexto social.

Contudo, é importante frisar que a ideia de bem vital à sociedade acaba limitando demais o conceito de bem jurídico, deixando de fora outros tantos bens e valores que merecem proteção por parte do direito penal, ainda que não estejam inseridos dentro deste rol específico de essencialidade para a vida na comunidade, pois representam ideais conquistados para o bem estar do indivíduo como um todo, ainda que dispensável.

Outro conceito fundamental de bem jurídico é trazido, já em momento mais contemporâneo, por Claus Roxin, segundo o qual, a finalidade do direito penal é assegurar aos cidadãos a existência entre si de forma livre e pacífica. Para o autor, o fim principal da sociedade moderna é estabelecer um ambiente pacífico e harmonioso para que as relações interpessoais possam ocorrer de maneira apropriada e sem qualquer percalço.

> "A tarefa do direito penal é garantir a seus cidadãos uma convivência livre e pacífica sob a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa-se essa tarefa como proteção de bens jurídicos, e deve-se entender por bens juridicos todos aqueles dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases". (ROXIN, 2012, p. 3)

Contudo, Roxin entende que, não se deve deixar de atentar para o fato de que, ainda que se busque de maneira incessante, haverão de existir situações em que esta paz e harmônica será quebrada pelo comportamento de um indivíduo qualquer dentro da comunidade. Para o autor, é neste momento que deve surgir a atuação estatal, voltada para resguardar os bens necessários para esta harmonia. Assim, para ROXIN, bens jurídicos são:

> "[...] realidades ou fins necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal voltado à consecução de tais fins. A distinção entre realidades e fins leva a conclusão de que os bens jurídicos não necessariamente vêm dados ao legislador, como ocorre, a título de exemplo, com a vida humana, senão que também podem ser criados, como sucede em matéria tributária". (ROXIN, 2007, p. 447)

A teoria proposta por Roxin demonstra melhor adequação à realidade social da modernidade, contudo o conceito apresentado por Roxin reclama uma complementação para determinar de maneira satisfatória as delimitações do que viria a ser um bem jurídico. Dizer simplesmente que é bem jurídico tudo aquilo que é necessário para a convivência em harmonia na sociedade, parece ser algo amplo demais para aplicação no campo do direito penal. Faz-se necessário uma complementação mais específica para se atingir uma definição adequada do que viria a ser bem jurídico.

A teoria apresentada por Roxin, conforme já apontado, tem essencial importância para o desenvolvimento do conceito de bem jurídico, mas sozinha não encontra muito apoio na doutrina criminal. Assim, apontando mais uma teoria a respeito dos bens jurídicos, também desenvolvendo um conceito próprio a respeito do tema, quase que em complemento ao que Roxin propõe, Bernd Schünemann expõe que o bem jurídico deve ser analisado com base no contexto social em que um determinado povo se encontra, de forma que cada sociedade, a depender do seu estágio de avanço social vai estar mais ou menos adequada a um conceito determinado de bem jurídico a ser tutelado. Segundo o autor, não basta simplesmente definir bem jurídico como algo que um grupo precisa para viver, mas é preciso entender que cada sociedade tem características próprias e peculiaridades que fazem com que se busque proteger um ou outro bem:

> "En esto es evidente que el concepto de bien jurídico sólo puede ser determinado en su extensión tras un largo y controvertido trabajo dogmático de concretization. Pues, como aquí se trata de una expresión técnico-dogmática sin un previo nucleo de significado en expersión técnico-dogmática sin un previo núcleo de significado en el lenguaje coloquial, no hay una significación ya existente fuera del sistema del Derecho Penal, que sólo tenga q,ue ser hallada". (SCHUNEMANN, 2002, p. 340)

O conceito apresentado por Schunemann leva em conta a realidade de cada agrupamento social, entendendo que não há como estabelecer o conceito de bem jurídico de maneira absoluta, uma vez que, para algumas sociedades, um determinado bem pode ter um valor inestimável, ao passo que este mesmo bem pode não ter qualquer relevância para outras comunidades ou centros urbanos. O direito penal não pode simplesmente reutilizar conceitos já consolidados para combater novos valores e bens construídos com a evolução tecnológica da sociedade.

Conforme a teoria desenvolvida por Schunemann, é de essencial importância observar o contexto social fático em que se encontra uma dada sociedade para então estabelecer com clareza e precisão quais os bens que merecem proteção supra pelo direito penal. É evidente que

existem bens que serão protegidos no âmbito de praticamente todas as sociedades, tal como a vida e o patrimônio. Contudo, há certos bens que só ganham status de merecedor de proteção, caso estejam inseridos no âmbito de uma determinada sociedade. Ora, com o ciberespaço não é diferente. Neste ambiente, existem diversos bens jurídicos que não teriam grande importância na sociedade convencional, sendo que tais bens reclamam por esta proteção a todo tempo:

> "A reação da sociedade para tais atos, verificando-se a ordem de prejuízos causados, foi a de manifestar reivindicação acerca da necessidade de se estabelecer relevância dos novos bens jurídicos criados pela informática (segurança informática, segurança de dados, etc) e buscar punir a violação a tais valores. O Brasil no quesito legislativo, contudo, permanece bastante atrasado". (SYDOW, 2015, p. 22)

Ora, conforme já delineado de maneira contundente no capítulo anterior, o ciberespaço representa um verdadeiro ambiente social, uma sociedade a parte da sociedade. Neste ambiente, as pessoas criam novas vidas, descobrem novas necessidades, atentam para outros problemas provenientes daquele ambiente.

Assim, faz-se de fundamental importância para a abordagem do tema apresentado, que os novos bens jurídicos já trazidos pelo ciberespaço sejam finalmente reconhecidos pelo direito penal. É preciso atentar para o fato de que estes bens, em geral, representam variações pouco distantes dos bens já protegidos pelo direito penal tradicional. Desta feita, em verdade, o principal ponto é o reconhecimento de determinados valores como bens jurídicos, ainda que aparentemente estejam fora do âmbito de proteção do direito penal.

Face a esta nova realidade trazida pelo ambiente virtual, as ações que atingem esses bens não podem ser consideradas como simples violadoras do sigilo das informações ou da liberdade de comunicação. É evidente que tais bens jurídicos tutelados são afetados, mas é preciso reconhecer o poder valorativo desses novos bens criados pelo ciberespaço, de modo que se reconheça o valor patrimonial dos dados afetados pelas ações criminosas, bem como entender que mais do que o sigilo das comunicações, ao se efetuar uma agressão ou invasão a um ambiente virtual de um determinado indivíduo, está-se efetuando uma verdadeira violação à intimidade da vítima, tendo em vista o fato de que muitas vezes o conteúdo de um dispositivo móvel é muito mais sigiloso do que aquilo que se mantem no ambiente interno de uma residência.

Assim, no próximo capítulo, será analisada a forma como esses novos bens jurídicos são protegidos pelos tipos penais tradicionais, bem como se esta proteção é feita de maneira

satisfatória, ou se deveras faz-se necessário a criação de novos tipos penais, voltados à proteção desses bens.

4 (DES) NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE VIRTUAL

Diante do quanto apresentado nos capítulos anteriores, fica demonstrado que o ambiente do ciberespaço e a criminalidade virtual são uma realidade cada vez mais forte no ordenamento jurídico pátrio, de forma que não é possível que se feche os olhos para estas novas questões que surgem com o desenvolvimento informático. Neste interim, faz-se de fundamental importância apontar se os tipos penais tradicionais são suficientes e satisfatórios no combate a esses novos riscos ou se se faz necessário para a saúde social e bem estar da população do meio informático, que novos tipos penais específicos para os crimes cometidos por meios informáticos sejam criados.

Antes de adentrar propriamente na questão da necessidade ou não de criação de novos tipos penais, é importante que seja feita aqui uma diferenciação entre os delitos informáticos próprios e impróprios. No primeiro caso, fala-se em delitos informáticos próprios quando se está diante de uma ação criminosa que fora cometida pelo meio virtual, dentro do espaço informático, atingindo pura e simplesmente bens jurídicos novos e próprios do ambiente virtual. De outra parte, estar-se-á diante de um delito informático impróprio quando, apesar de a conduta haver sido perpetrada por meio de uma ferramenta informática, o bem jurídico lesionado faz parte do rol de bens já existentes na sociedade tradicional, de forma que não se encontra presente no meio informático. Neste sentido:

> "No que se refere à forma de cometimento, um maior número de doutrinadores se debruçou e anui em parte com a divisão proposta por Senise a partir do estudo de Hervé Croze e Yves Bismuth, qual seja, a de delitos informáticos próprios e delitos informáticos impróprios. Os primeiros seriam aqueles em que bens jurídicos novos (ou que necessitam adaptação legislativa) são alvo de violação. Os impuros seriam os crimes cometidos pelo uso do ferramental informático como forma de opção livre do delinquente, mas que não implicam em novos raciocínios jurídico-penais". (SYDOW, 2015, p. 64)

Outrossim, consolidando o quanto apresentado a respeito da classificação doutrinária e diferenciação entre os tipos informáticos em próprios e impróprios, ALBUQUERQUE desenvolvimento o mesmo entendimento, tal qual se apresenta a diante:

> "Também há quem prefira classificar os crimes informáticos como crimes informáticos puros e crimes informáticos impuros. Os primeiros corresponderiam aos crimes em que dados e sistemas informáticos constituem o objeto do crime. Os segundos diriam respeito aos crimes em que os recursos informáticos constituem o meio de execução, tendo como objeto bens jurídicos que já são protegidos por tipos penais existentes". (2006, p. 40)

Ora, diante da classificação apresentada, parece claro que os delitos informáticos impróprios estão bem delimitados e alcançados pelos bens jurídicos tradicionais já existentes no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista sua incidência sobre os bens mais clássicos da sociedade, de forma que esta categoria de crimes deve ser afastada do âmbito de pesquisa do presente trabalho. Os delitos informáticos impróprios em verdade são crimes ordinários do sistema penal tradicional, com o simples diferencial de terem sido cometidos por meios informáticos. A única distinção a ser realizada sobre estes crimes diz respeito ao modus operandi do executor, que utiliza um meio informático qualquer para afetar bens jurídicos tradicionais da sociedade.

Quando apontamos para os delitos informáticos próprios, resta uma sombra sobre sua proteção penal, pois os objetos atingidos não são considerados com a importância que lhe é devida, dentro do contexto da sociedade informática. Passa-se a questionar se os bens jurídicos existentes não são suficientes para a proteção desses novos valores ou se simplesmente é preciso que tais valores sejam elevados às categorias de bens jurídicos já existentes no ordenamento.

Corrente doutrinária que vem ganhando força no sistema jurídico brasileiro defende que bens de tamanha importância para a sociedade virtual não poderiam ficar a mercê de uma interpretação extensiva para adequar-se a bens tutelados já existentes para outras situações e em contextos completamente diversos dos que se verificam no ambiente virtual.

Neste sentido, é o ensinamento trazido a baila por SYDOW em oportunidade em que trata dos bens jurídicos protegidos no âmbito dos crimes informáticos:

> "Dessa forma, a segurança da informática mostra-se merecedora de proteção penal, uma vez que, dependendo do grau, sua afetação leva prejuízo a toda a coletividade, mostrando-se como bem jurídico-penal de natureza difusa, pois que as conexões

> tecnológicas e a virtualidade configuram verdadeiro meio ambiente". (SYDOW, 2015, p. 84)

Para esta corrente, a ausência de um sistema jurídico criminal próprio para o meio virtual gera a sensação de que o Estado não está empregando a devida atenção para tais fatos e tampouco apreendendo esforços para coibir e desmotivar tais práticas delituosas. Tudo isso levaria a um estado de insegurança e favorecimento ao crime dentro do âmbito virtual.

> "Por conseguinte, coube ao Direito Penal a obrigação de estruturar mecanismos que viessem a prevenir e punir de forma efetiva as condutas lesivas a esses novos bens e valores jurídicos, tudo isso com respaldo nos ditames constitucionais. Tais condutas, em sua maior parte, ainda se encontram carentes de regulamentação específica, favorecendo o entendimento de que o mundo virtual é um ambiente sem leis". (MONTEIRO NETO, 2008, p. 10)

Neste caminho, os defensores desta corrente entendem que os tipos penais existentes não estão devidamente atualizados e em acordo com a evolução da práticas delituosas que ocorrem no âmbito dos sistemas informáticos, conforme bem explica Alexandre Atheniense:

> "[...] entendo que as soluções legais a serem buscadas deverão objetivar a circulação de dados pela internet, controlando a privacidade do indivíduo sem cercear o acesso a informação. Neste sentido é necessário aprimorar nossas leis de proteção de dados, inclusive com a regulamentação da atividade dos provedores que controlam a identificação do infrator, bem como um maior aparelhamento das delegacias especializadas". (ATHENIENSE, 2004, p. 1)

Ora, resta deveras evidenciado que os comportamentos criminosos gerados no âmbito do espaço virtual realmente merecem uma maior atenção por parte do direito penal. Contudo, é preciso cautela quando se discute a respeito da criação de novos tipos para coibir e punir tais delitos. Primeiramente, é preciso entender que o direito penal tem caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio* da atuação estatal frente aos problemas encontrados na sociedade. Não se pode passar a criar tipos penais diversos para cada vez que uma nova forma criminosa de agir venha surgir no contexto social de um país. De maneira clara e precisa, Schunemann explana bem o princípio da subsidiariedade no direito penal.

> "A meu ver, a concretização da fórmula da ultima ratio deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de

> grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade do legislador devem ser então projetados, que lhe têm de ser concedidos no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário". (SCHUNEMANN, 2005, p. 5)

O direito penal não pode ser utilizado de maneira inconsequente, sem uma devida análise de suas nuances. Ora, a criação de novos tipos penais não representa apenas o aumento do âmbito de punição contra os possíveis agressores e violadores da lei, mas também a movimentação de toda a estrutura estatal para elaboração e validação de condutas sociais que poderiam ser desmotivadas ou combatidas por meio de tipos penais já existentes ou até controles legais na esfera cível ou mesmo administrativa.

A criação de novos tipos penais somente representaria um direito penal expansionista, gerando um inchaço no poder de punir do Estado, fazendo com que o aumento quantitativo gerasse uma possível variação qualitativa no controle da aplicação dos tipos penais por parte dos operadores do direito que estão balizados pelo Estado.

Aqui, é importante que se destaque que não se está a propor uma total e irrestrita transição dos problemas sociais no âmbito informático para outros ramos do direito, isentando o direito penal de qualquer responsabilidade ou atuação frente à ação delituosa no ambiente virtual. É preciso uma análise deveras pormenorizada para que se defina de maneira adequada aquelas condutas que merecem a intervenção penal por parte do Estado, deixando de lado as atividades que representam meros ilícitos civis ou administrativos. Neste sentido, é o ensinamento trazido por Alessandro Baratta:

> No entanto deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos do direito, concorrendo, e ora sendo preferido um ou outro ramo do direito, com as técnicas próprias e específicas de tutela. Por esta razão, a questão dos conteúdos da tutela colocada em termos de qualidade intrínseca dos bens jurídicos é afinal, uma questão tão impossível de se resolver que acaba por tornar-se vã. (BARATTA, 1994, p. 4)

Diante de tudo o que fora apresentado até aqui, fica evidenciado que a criação de novos tipos penais para que o ambiente virtual seja protegido não é o caminho mais adequado, tendo em vista o comportamento que se espera do Estado quando se está em análise uma atuação de repressão pautada no direito penal.

Tal afirmação pode ser facilmente comprovada com uma análise simples da legislação própria dos crimes informáticos no ordenamento jurídico pátrio. Senão, vejamos, inobstante a criação da lei 12.737/2012, que introduz no Código Penal Brasileiro os crimes de "invasão de dispositivo informático" e " interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública", de uma simples análise é possível verificar que a legislação em questão fora elaborada de forma inadequada, não conseguindo atender à real necessidade do público que se encontra presente na sociedade virtual.

Ora, primeiramente, é importante salientar que tal tipo penal fora inserido na seção atinente aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos. Tal fato demonstra claramente que o legislador não conseguiu alcançar a real necessidade da tipificação desta conduta para os usuários do ambiente informático.

Outrossim, não é necessário grande esforço hermenêutico para perceber que facilmente restariam impune alguns infratores, em casos de verdadeira violação. Imagine por exemplo, o hacker que invade um dispositivo informático alheio que não possua mecanismo de segurança. Não se poderia falar em adequação típica do fato, tendo em vista a exigência presente no artigo do código. Da mesma forma, qual seria a punição daquele indivíduo que propaga de maneira dolosa código maliciosos de malware, sem qualquer intuito financeira? Certamente não teria vez a aplicação do tipo penal apresentado.

Ora, tais situações problemáticas seriam facilmente resolvidas se, ao invés de buscar a criação de novos tipos penais, gerando uma expansão desnecessária do direito punitivo, fossem utilizados os tipos penais já existentes no ordenamento pátrio, suficientes e abrangentes o suficiente para coibir qualquer tipo de conduta descrita anteriormente.

Neste caso, o necessário deveras seria a elevação dos objetos e valores atingidos no âmbito informático para a categoria dos bens jurídicos já existentes no ordenamento pátrio. É preciso identificar os novos bens jurídicos que surgem e ganham destaque com a evolução das relações interpessoais no ambiente virtual e inseri-los na esfera de proteção dos bens jurídicos já existentes no ordenamento jurídico clássico.

Assim, facilmente seria possível solucionar as questões levantadas no tocante à ausência de punição de determinadas condutas. Imagine-se a situação já apresentada anteriormente, do indivíduo que insere um mecanismo malware em um dispositivo informático, sem que possua intenção de obter lucro, mas simplesmente visando danificar um software ou hardware alheio. Caso se elevasse os dados informáticos, bits e softwares a esfera de bens patrimoniais, seria facilmente adequada tal conduta ao tipo penal de dano, já existente no ordenamento pátrio e aplicado de maneira simples e eficaz. Outrossim, quando o acesso ao dispositivo é feito de forma autorizada, sem que haja a invasão do dispositivo por outros meios, melhor seria a adequação da conduta como o crime de dano ou mesmo furto, a depender da situação.

A criação de novos tipos penais, conforme já demonstrado, dificilmente será eficaz para coibir e desestimular todas as condutas criminosas praticas no âmbito do ciberespaço, tendo em vista o amplo leque de atividades delituosas que podem ser praticadas dentro deste universo informático. Novos tipos penais serviriam tão somente para gerar uma maior aglomeração da tão farta e exausta legislação penal extravagante, sem que se conseguisse alcançar de maneira eficaz e eficiente os interesses desejados no combate a tais crimes.

Contudo, para que tal caminho fosse possível, seria necessário que os bens jurídicos tutelados no meio informático fossem não só reconhecidos, mas também inseridos no âmbito de proteção das normas penais já existentes e utilizadas para as condutas e atividades delituosas praticadas no âmbito social real.

Assim, resta claro que não há uma necessidade evidente de novos tipos penais, devendo ser realizada uma análise dos bens jurídicos surgidos a partir do ciberespaço, bem como a necessidade de sua proteção através dos tipos penais já existentes.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente artigo, restou evidenciado que o ciberespaço é uma realidade na sociedade brasileira e mundial, cada vez mais crescente e presente no cotidiano de todas as pessoas, que, ainda que de maneira involuntária, encontram-se praticamente obrigados a se relacionar dentro do ambiente virtual. Comprovou-se, outrossim, que os perigos advindos das relações produzidas neste espaço virtual, cada vez mais crescentes, vêm caracterizando o surgimento de uma verdadeira sociedade de risco contemporânea, apresentada nos moldes

daquilo que fora preceituado por BECK, pautado em um estado de perigos constantes e imprevisíveis para a população daquele meio.

Frente às evoluções e dinamicidade das relações no âmbito informático, surgem novos valores dentro desta sociedade, com novos bens, que devem ser reconhecidos e protegidos. Acontece que, estes valores vêm sendo mitigados pelo ordenamento jurídico tradicional. Contudo, conforme se demonstrou no decorrer do terceiro capítulo, não deve ser aceitável que bens jurídicos com características tão próprias e singulares, essenciais ao convívio social dentro do ambiente informático, sejam deixados de lado, sobrepostos por bens já consolidados na sociedade real, sem nenhum tipo de adequação à realidade presenciada na sociedade cibernética da modernidade.

Assim, requer que novos bens jurídicos sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, para que se possa proteger de maneira adequada estes valores tão resguardados por toda sociedade, ainda que renegados pelo direito penal.

Contudo, é preciso se atentar para o fato de que a criação de novos tipos penais não tem qualquer efeito prático para o combate da criminalidade informática, representado sim um inchaço na máquina punitiva do estado, sem qualquer efeito prático na eficácia da punição e desestimulo ao crime.

Tomando por base a necessidade de que novos bens jurídicos sejam reconhecidos, fica clara também a necessidade de que tais bens jurídicos sejam inseridos em uma categoria de proteção já existente, de forma que possam ser abrangidos pelos tipos penais já existentes, sem que seja necessário sobrecarregar o sistema penal brasileiro com a criação de normas penais que não conseguirão abarcar todas as condutas criminosas dos criminosos. Ora, fazer uso de tipos penais inapropriados para os delitos informáticos acaba ferindo toda uma ordem valorativa de bens construída pela sociedade.

Assim, conclui-se que é de essencial importância para a sociedade como um todo que sejam utilizados os tipos penais tradicionais na busca pela punição e coerção da conduta criminosa virtual, voltados para a proteção de bens jurídicos existentes no meio informático.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A criminalidade informática. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2006.

ATHENIENSE, A. R. Crimes virtuais, soluções e projetos de Lei. DNT. [s.l.]. 29 out. 2004. Disponível em: <http://www.dnt.adv.br/noticias/direito-penal-informatico/crimes -virtuais-solucoes-e-projetos-de-lei/>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BARATTA, Alexandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Brasil: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.5 (p. 5 – 24), 1994.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes. A trajetória da internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em: http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-Mestrado-MSavio-v1.2.pdf, acesso em 08/10/2016.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, "Sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEINER, Barry, et al. A brief history of the internet. Disponível em:http://www.cs.ucsb.edu/~almeroth/classes/F10.176A/papers/internet-history-09.pdf. Aceso em: 10/10/2016.

LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. Trad. José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Direito e Tecnologia. Coleção para entender o direito. São Paulo: Estúdio Editores. 2014.

MONTEIRO NETO, J. A. Aspectos Constitucionais e Legais do Crime Eletrônico. Fortaleza, 2008.

ROXIN, Claus. Es la proteción de los bienes jurídicos uma finalidad del derecho penal? In La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Brasil: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 922 (p. 291 – 322), 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial. Tradução de Mariana Saher. 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito Penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Brasil: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.53 (p. 9 – 37), 2005.

SYDOW, Spencer Toth. Crimes Informáticos e suas vítimas. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.