

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
ALUNA MANOELA LIMA DO NASCIMENTO
PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DELITOS INFORMÁTICOS À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA E DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

SALVADOR

2016

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
ALUNA MANOELA LIMA DO NASCIMENTO
PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DELITOS INFORMÁTICOS À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA E DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-
Graduação em Ciências Criminais,
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de especialista em
ciências criminais.

SALVADOR

2016

SUMÁRIO

1	Introdução.....	06
2	A internet e suas vulnerabilidades.....	08
3	O mundo cibernético e seus reflexos jurídicos.....	11
3.1	O “boom” não calculado da internet.....	12
3.2	O combate à criminalidade informática no cenário internacional.....	14
3.2.1	Convenção de Budapeste.....	15
3.2.2	O caso português.....	16
3.3	O Brasil e a nova delimitação legal dos delitos informáticos: PLS nº 236/2012.....	19
3.4	Crimes cibernéticos e o cenário brasileiro: temos uma legislação eficaz no combate à criminalidade informática?.....	20
4	A Lei nº 12.737/12.....	22
4.1	Breves considerações terminológicas.....	23
4.2	A Lei nº 12.737/12 sob a ótica principiológica.....	24
4.2.1	Termos específicos da era da informação e o princípio da legalidade.....	26
4.2.2	Delitos contemporâneos e o princípio da intervenção mínima.....	29
4.2.3	A Lei nº 12.737/12 repensada à luz do princípio da fragmentariedade.....	34
4.2.4	A prejudicialidade da utilização dos termos vagos para o princípio da responsabilidade pessoal.....	36
4.2.5	O princípio do <i>favor rei</i> na era dos tipos penais vagos e da inversão do ônus da prova.....	38
4.2.6	Princípio da lesividade X antecipação da tutela penal na era da informação... ..	42
4.3	Tipos penais trazidos pela Lei nº 12.737/12.....	45
5	Direito penal mínimo.....	48
6	(I)Legitimidade da Lei nº 12.737/12: o que se busca tutelar efetivamente com o diploma legal.....	50
6.1	Bem jurídico.....	51
6.2	Antinomia entre o direito penal clássico e o direito penal moderno.....	55
6.2.1	Escola de Frankfurt.....	56

6.2.2 Direito penal moderno e a Lei nº 12.737/12.....	57
6.3 Soluções alternativas ao expansionismo penal.....	58
6.3.1 O direito penal de segunda velocidade seria suficiente à era da informação?....	59
6.3.2 Direito de intervenção: solução para a tutela da intimidade na era da informação?.....	61
7 Conclusão.....	63
Referências.....	67

RESUMO

O trabalho versa sobre os delitos informáticos, analisados no contexto do surgimento da internet e da dificuldade de adaptar as técnicas de investigação as leis ao novo cenário, e à luz dos princípios penais e processuais penais e da legislação pátria, especialmente no que tange à Lei nº 12.7327/12, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, em virtude de ter sua tramitação acelerada após episódio envolvendo o vazamento de fotos íntimas da referida atriz. Analisado o contexto de promulgação do diploma legal em questão, bem como as máculas principiológicas dela decorrentes, constatou-se que a lei tratar-se-ia de medida populista adotada pelo governo com o fito de manipular a opinião pública, que insistia na ideia da impunidade informática no Brasil. Aprovada com termos vagos, que, todavia já teriam sido definidos por documentos internacionais, e penas em patamar desproporcional, se observada as demais ofensas vedadas pelo ordenamento pátrio, a Lei nº 12.737/12, trouxe tipos penais que fizeram o intérprete questionar-se a respeito da real intenção do legislador que, em total dissonância com os postulados penais e processuais penais, se valeu da referida norma, tão somente, para dissuadir comportamentos, ignorando a prevenção especial da pena. Constatadas máculas aos princípios como o da legalidade, da intervenção mínima, da responsabilidade pessoal, dentre outros, passou-se a perquirir acerca da real necessidade de utilizar o direito penal e da sua possível inadequação para tutelar esses novos interesses, apresentando soluções doutrinárias para tratar do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Delitos informáticos. Internet. Lei nº 12.737/12. Violações a princípios.

ABSTRACT

The work deals on computer crimes, analyzed in the context of the emergence of the Internet and the difficulty of adapting research techniques and laws to the new scenario, and in the light of the criminal and criminal procedural principles and Brazilian legislation, especially with regard to Law number 12.7327/12, popularly known as the Law Carolina Dieckmann due to an episode involving the leak intimate photos of that actress, incident that has accelerated the law's tramitation. Analyzed the context of enactment of the act in question and the principles defilements arising from it, it was found that the Law Carolina Dieckmann would be a populist measure adopted by the government with the aim of manipulating public opinion, which insisted on the idea the computer impunity in Brazil. Approved with vague terms, which nevertheless have been defined by international documents, and feathers in disproportionate level, if observed other offenses prohibited by the Brazilian order, Law number 12.737/12 brought criminal types who made the interpreter to question themselves about the real intention of the legislature that, in complete dissonance with the criminal and criminal procedural postulates, made use of that standard, so only to deter behavior, ignoring the special prevention pen. Noted defilements to principles such as legality, minimum intervention, personal responsibility, among others, went to assert about the real need to use the criminal law to protect these new interests, presenting doctrinaire solutions to treat the subject.

KEY WORDS: Computer crimes. Internet. Lei number 12.737/12. Principles violations.

1. INTRODUÇÃO

O tema “Delitos informáticos à luz da principiologia e da legislação brasileira” ganhou relevância na contemporaneidade devido à vulnerabilidade generalizada dos usuários da rede mundial de computadores. Trata-se, frise-se, de uma dupla vulnerabilidade: seja em razão da impossibilidade de eliminar por completo os riscos ainda que com a adoção de *softwares* com tal propósito, seja em virtude do próprio desconhecimento técnico a respeito da rede.

Com isso, uma nova espécie de delitos acabou ganhando espaço nos debates, passando a fazer parte do centro de preocupações, seja dos usuários, seja dos legisladores ou ainda daqueles que trabalham com os recursos tecnológicos.

A ocorrência de reiteradas infrações penais no âmbito virtual acabou atraindo a atenção da mídia brasileira, que, por sua vez, passou a demandar uma atuação estatal no sentido de coibir legalmente tais condutas, usando, para embasar seu novo anseio, a reiterada divulgação de informações a respeito de vazamento de dados, violação de mecanismos de segurança informáticos, destruição de informações e uma suposta impunidade dos novos agressores.

Assim, passou-se a questionar se o atual arcabouço legislativo pátrio seria eficaz na tutela dos dados e do próprio direito à intimidade.

Diante dessa realidade virtual, que passou a abranger as relações interpessoais, o Estado acabou por adotar uma postura mais ativa na regulamentação das novas consequências, sob pena de perder receita e, no cenário penal, de assistir pacificamente à instauração de um caos social causado por uma suposta anomia.

Considerando que a internet não teria sido inicialmente planejada para ter seu uso em tantos setores sociais, tendo sido o agigantamento desse instrumento de guerra um resultado não planejado, e que o progresso tecnológico-científico ainda continua em franca expansão, o legislador passou a verificar que a sua atividade de regulamentar normativamente a sociedade precisaria passar por algumas adaptações.

Assim, a atividade legislativa tornou-se deveras complexa, uma vez que passou a haver uma dificuldade de compatibilização entre o lento tramitar legislativo, repleto de formalidades inerentes à sua validade, a própria rigidez legal e a volatilidade das relações cibernéticas que se buscava regular.

Essa dificuldade acabou sendo sentida pelos parlamentares brasileiros que, na ânsia de legislar para atender ao clamor midiático, acabaram por elaborar um diploma legal cuja tramitação se deu sem maiores delongas cronológicas. Eis que surge a Lei nº 12.737/12.

Popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, o referido diploma normativo surgiu após um incidente envolvendo a atriz global, que consistiu no vazamento de suas fotos íntimas na rede, conduta esta que teria sido supostamente praticada por empregados de uma assistência técnica, à qual levou o seu computador. A divulgação teria ocorrido após a negativa da atriz à exigência do pagamento para abstenção do referido ato.

A supracitada lei conta com 04 (quatro) artigos e em 02 (dois) deles são criados novos tipos penais, quais sejam a invasão a dispositivo informático e uma nova modalidade de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

O referido diploma legal é a primeira criação parlamentar brasileira a tratar tão somente de delitos informáticos e continua sendo objeto de debate a respeito da existência ou não de máculas aos princípios penais e processuais penais diante da vagueza dos termos nela utilizados e da cominação de pena privativa de liberdade em seu preceito secundário.

Suscita-se se teria havido violação a princípios como o da legalidade, pelo uso de termos como “dispositivo informático” sem qualquer conceituação; da lesividade, diante da dúvida da ocorrência de uma antecipação legislativa para tipificar com o fito de evitar um dano maior; da intervenção mínima, questionando-se se a tutela penal teria sido a *ultima ratio*; da responsabilidade pessoal, perquirindo-se se, com a utilização de termos vagos, teria havido a transferência de um ônus, não previsto constitucionalmente para a defesa; e do *favor rei*, indagando-se se, em razão da permissão legislativa para a existência de um tipo penal abrangente, teria sido afastada a hipótese de rejeição da denúncia se eivada de generalidade.

No que tange à realidade virtual e a dificuldade de legislar, passa-se a verificar ainda que a própria persecução criminal passou a ganhar diferentes conotações, passando-se, então, o Estado se preocupar com a necessidade de se repensar conceitos como o de soberania, que podem não ter sofrido alteração substancial, todavia, tiveram que ser adaptados a um novo plano fático que passou a vigor, sob pena de se arcar com normas que, em algum ponto, poderiam padecer de inocuidade, ou que pudesse representar uma invasão ao espaço geográfico de outro país.

Com o fito de analisar a realidade brasileira numa rápida comparação com a legislação europeia, analisa-se a Convenção de Budapeste e suas repercussões, principalmente no que tange ao esclarecimento de certos conceitos específicos do ramo digital. Em que pese não se tratar de documento internacional do qual o Brasil seja signatário, observar-se-á que houve repercussão dos conceitos trazidos por aquele documento quando se analisa o PLS nº 236/2012.

Ainda no contexto europeu, se analisará ainda o caso de Portugal, país que já conta com um diploma que versa sobre os delitos informáticos desde 1991, tendo procedido, tão somente, a algumas alterações, especialmente após sua adesão à Convenção de Budapeste.

Analisando se teria ou não havido máculas principiológicas e a dificuldade de compatibilizar o instrumento normativo à nova realidade informática, se observará, em capítulo destinado ao exame da antinomia entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Moderno, que a saída adotada pelo legislador brasileiro segue caminho distinto daquele sugerido por Silva Sánchez, que propõe a separação dos delitos em grupos distintos, dividindo o direito penal em velocidades, e por Hassemer, que sugere a criação de um ramo intermediário para tratar dos delitos contemporâneos.

Com o presente trabalho, almeja-se tratar da questão dos delitos informáticos a partir do exame do contexto no qual se insere, analisando as condições de surgimento da internet e a dificuldade de adaptação de certas técnicas de investigação e dos conceitos legais a esta nova realidade, bem como o tratamento legal dado à questão pelo ordenamento brasileiro, suscitando se a proteção por outros ramos do direito teria ou não se tornado insuficiente; analisando se a Lei nº 12.737/12 teria sido uma intervenção estatal legítima e observando se a atuação do legislador teria atendido aos princípios penais e processuais penais. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica: a análise da legislação disponível pertinente ao assunto, consulta doutrinária e as decisões dos tribunais.

2. A INTERNET E SUAS VULNERABILIDADES

Desde o surgimento da internet, o seu número de usuários tem aumentado significativamente, abrangendo desde crianças até pessoas mais idosas. O que ainda preocupa é o comportamento dessas vítimas na rede, uma vez que certas posturas acabam por ampliar sua vulnerabilidade.

De acordo com uma pesquisa desenvolvida pela SaferNet Brasil¹, 62% das pessoas entre 9 (nove) e 23 (vinte e três) anos utilizam a internet todos os dias – aumentando este percentual para 86%, quando se trata de jovens entre 18 (dezoito) e 23 (vinte e três) – e 21%, de 2 (duas) a 3 (três) vezes por semana. Ainda no que tange à aludida pesquisa, observou-se que dos 2.834 (dois mil oitocentos e trinta e quatro) participantes entrevistados 60% deles compartilham fotos pessoais, 10%, o número de celular e 3,5%, o endereço residencial. Saliente-se que 19% desses jovens não sabem limitar suas configurações de privacidade.

Com isso, observa-se, especialmente com relação aos jovens, que, atualmente, essas vítimas se tornaram mais vulneráveis, seja em razão da disponibilização realizada por elas dos seus dados pessoais, seja em virtude do desconhecimento técnico de algumas ações que poderiam implicar na redução da sua exposição no âmbito cibernético.

A era da informação, portanto, acaba sendo marcada por paradoxos. Não obstante no meio cibernético, o sujeito agente não precisar estar fisicamente próximo da vítima, esta se tornou mais tangível, seja em razão do alto grau de conhecimento especializado daquele, de uma maior vulnerabilidade desta ou, até mesmo, em razão de uma falsa expectativa de anonimato do ofensor². Atinge-se a vítima através das suas informações, dados estes que podem ser acessados remotamente e cujo alcance acabou sendo facilitado em razão destes fatores.

Pode haver a diminuição destes ataques às vítimas com a adoção de certas técnicas de redução dos riscos, podendo-se considerar viável para afastar certos tipos de invasões a conscientização da população e a aquisição de certos tipos de programas que funcionam como barreira que impede a propagação de certos tipos de *malwares*, todavia, ainda assim, não se garantirá aos dados que se visa tutelar sua confidencialidade, sua integridade ou, ainda, a sua disponibilidade.

A confidencialidade consiste em garantir a preservação, em sigilo, da informação, que deve estar disponível acessível apenas ao destinatário devidamente autorizado.

Com relação à integridade, pode-se dizer que representaria a incolumidade do dado em todas as suas fases (criação, transmissão e destino), a segurança de que não seriam modificados por terceiros desautorizados.

¹ Disponível em: <http://new.netica.org.br/educadores/pesquisas/info-habitos-navegacao-2013.png>. Acesso em 15set2016.

² Em pesquisa realizada pela SaferNet Brasil, constatou-se que 34% dos 2.834 jovens entre 9 (nove) e 23 (vinte e três) anos se sentem mais livres quando anônimos (Disponível em: <http://new.netica.org.br/educadores/pesquisas/info-habitos-navegacao-2013.png>. Acesso 14set2016).

Por fim, a disponibilidade, seria a garantia conferida ao usuário autorizado no que tange ao seu acesso à informação.

Na contemporaneidade, constata-se, então, que a tutela da informação acabou por ganhar relevância ainda maior e, não obstante sua importância não ter sido expressamente prevista em âmbito constitucional, passou-se a entender que, conforme adiante se verificará, restou tutelado pelo constituinte originário uma das suas formas, qual seja, a intimidade.

Assim, se a intimidade já era prevista pelo constituinte como direito fundamental (art. 5º, X, CF/88), agora, sua tutela acabou por ganhar relevância ainda maior, principalmente quando, sob o seu manto, os dados foram abrangidos.

Observa-se que a preocupação com a proteção da informação atingiu tanto a sociedade que, na primeira legislação brasileira específica sobre os delitos informáticos³, a Lei nº 12.737/12, colocou-se como elemento subjetivo especial, no art. 154-A do CPB, o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita⁴.

³ Importante ressaltar que a Lei nº 12.737/12 é a primeira a tratar tão somente de infrações penais informáticas, trazendo novos tipos penais, mas não é o primeiro diploma legal a tratar do assunto de forma geral, conforme adiante se analisará.

⁴ A parte final do dispositivo vem sendo objeto de muita discussão jurisprudencial, uma vez que, a obtenção de vantagem ilícita a partir da instalação de vulnerabilidade pode, por vezes, configurar outro delito. Tem-se tentado enquadrar no art. 154-A do CPB posturas que, em verdade, configuram o quanto descrito no art. 155, §4º, II, do CPB, uma vez que o resultado delitivo não fica adstrito à invasão, mas acaba entrando na subtração. Em alguns casos, inclusive, chega-se a postular a retroatividade da lei penal mais benéfica, no caso, a Lei nº 12.737/12, pleito que vem sendo indeferido sob o seguinte argumento: os magistrados vêm entendendo que não cabe a incidência do art. 154-A do CPB caso a invasão seja, tão somente, o meio usado para a consumação da subtração de coisa alheia móvel, devendo o agente ser punido pelo crime-fim por restar absorvida a invasão, em atenção ao princípio da consunção (HABEAS CORPUS Nº 5021397-90.2014.404.0000/SC, TRF 4ª Região, Relator: MÁRCIO ANTONIO ROCHA). Nesse sentido também há precedentes de outros tribunais:

DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. SUBTRAÇÃO DE VALORES DE CONTA CORRENTE. FRAUDE PELA INTERNET. LITISPENDÊNCIA NÃO VERIFICADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO ALHEIO. ART. 154-A DO CP. (...). 2. Não há falar em desclassificação para o art. 154-A do Código Penal, pois os réus, mediante sua conduta, não apenas "invadiram dispositivo eletrônico alheio para obter vantagem ilícita", tendo efetivamente subtraído a quantia de R\$ 3.046,97 (três mil e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) pertencentes à empresa vítima. Incide, por óbvio, o art. 155, § 4º, do CP. 3. De acordo com as provas dos autos, o valor foi subtraído, através de fraude eletrônica perpetrada por um dos réus, de conta corrente, agência Ahú/Curitiba/PR da Caixa Econômica Federal, cuja titular é a empresa, vítima do furto. O montante, então, foi direcionado para a conta do outro réu. 4. O réu Paulo Henrique confessou, no interrogatório da investigação. Por sua vez, o acusado James Dean confirmou, em sedes policial e judicial, a prática criminosa, inclusive no que se refere ao codenunciado. 5. Os réus não obtiveram êxito em afastar as provas que recaem sobre si, devendo ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal. 6. (...). (TRF4, ACR nº 5002347-69.2010.404.7000, 7ª TURMA, Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, por unanimidade, j. 16/07/2014)

Constata-se que, para a ocorrência do tipo penal do art. 154-A do CPB, conforme alhures se verificará, o sujeito ativo deve atuar guiado ideologicamente por um desses ideais: para obter, adulterar ou destruir os dados ou informações, sem autorização, ou instalar vulnerabilidades, deverá violar a expectativa de sigilo conferida aos dados pelo mecanismo de segurança (mácula à confidencialidade), romper a sua incolumidade (integridade) e poderá ainda, em alguns casos, prejudicar o regular acesso do usuário (disponibilidade), que, inclusive, é também o que ocorre no § 1º do art. 266 do CPB⁵.

Esses delitos, fruto do progresso tecnológico, representam uma das variadas formas de repercussão jurídica do avançar informático e serviram não apenas para ressaltar a relevância da tutela dos dados sob o manto da intimidade, mas trouxeram a necessidade de repensar técnicas de investigação e a própria legislação pátria.

Verifica-se que, além da difícil tarefa que se tem, em alguns casos, de se identificar o autor do ilícito e minimizar os danos, com a adoção de medidas eficazes para a redução de riscos, há também a dificuldade de desenvolver novos métodos ou adequar as táticas atuais de investigação de modo que acompanhem o progresso tecnológico.

3 O MUNDO CIBERNÉTICO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

A preocupação com a proteção contra essas vulnerabilidades, bem como a dificuldade do legislador de criar normas que regulem de forma efetiva essa nova realidade social e a complexa tarefa conferida às autoridades no que tange ao desenvolvimento ou compatibilização de

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE PELA INTERNET. DESCLASSIFICAÇÃO. INVASÃO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 1. É pacífico o entendimento no âmbito desta Corte de que configura o crime previsto no art. [155, § 4º, II](#), do [Código Penal](#) a prática de furto mediante fraude pela internet. 2. Inaplicável ao caso o tipo previsto no art. 154-A do [Código Penal](#), a título de novatio legis in melius, sobretudo porque o referido dispositivo de lei não trata do crime de furto, mas, tão somente, do crime consistente em invadir computador, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com o fim de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. 3. Caso a invasão de dispositivo informático constitua meio de se obter subtração consumada de coisa alheia móvel, é de furto qualificado que se trata. Dá-se, no caso, que o delito do art. 154-A constitui crime-meio, devendo ser punido o agente, face ao princípio da consunção, apenas pelo crime-fim, ficando absorvida a invasão. 4. (...). (TRF1, HC 0026016-35.2014.4.01.0000, Juiz Federal Renato Martins Prates (Conv.), Terceira Turma, e-DJF1 de 25/07/2014)

⁵ Art. 266.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública” (NR).

técnicas de investigação aos delitos informáticos podem ser entendidas com a análise do surgimento da internet e do seu desenvolvimento desenfreado.

3.1. O *BOOM* NÃO CALCULADO DA INTERNET

Em um trabalho que verse sobre crime informático, com o fito de melhor entender o assunto, mister se faz contextualizar, brevemente, o cenário de ocorrência desses delitos de modo a melhor compreendê-los, para que então se discuta eventual legitimidade ou ilegitimidade de intervenção estatal tipificando condutas.

Marcado hoje pela efemeridade das relações e, conseqüentemente, pela dificuldade de preservação das provas, cumulada ao anonimato e à ausência ou precariedade de regulamentação específica, o mundo cibernético dá seus passos iniciais na década de 60 com um fim bem definido: via alternativa de comunicação militar em caso de eventual ataque que atingisse diretamente os meios convencionais de comunicação⁶. Tratava-se, portanto, de uma saída norte-americana, uma vez que, além de não poder ficar à mercê da sorte em eventual confronto direto, não correria o risco de ter seus planos militares expostos, considerando que monopolizava a internet, à época.

Criou-se então uma rede de compartilhamento de informações permitindo a sua descentralização, eis que surge a ARPANET, rede criada pela ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), que, inicialmente, chegou a ligar algumas universidades e centros de pesquisa que tinham contato com a ARPA.

A internet no Brasil teve início no começo da década de 90, com o surgimento da RNP (Rede Nacional de Pesquisa) e, à época, tratava-se de sistema atrelado ao governo através do MCT (Ministério de Ciência e Tecnologia)⁷ e de uso exclusivo do Estado, tendo sido apenas em 1994 que teria havido a liberação para a exploração pelo setor privado, sendo que, já nesta época, realizavam-se estudos para sua utilização comercial.

⁶ Como salientado por Fernando César, em *O surgimento da internet e desenvolvimento até a década de 90*, tratou-se de uma forma de descentralização das informações, evitando que um eventual bombardeio pudesse implicar em sua total destruição, situação esta que poderia ocorrer se estivessem localizadas em um único servidor.

⁷ ARRUDA, Felipe. **20 anos de internet no Brasil: aonde chegamos?** Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm>. Acesso em 20jul2016.

Assim, em que pese as aplicações comerciais terem ocorrido há algumas décadas, com os primeiros provedores de serviço da internet, sua potencialidade não teria sido verificada de imediato se comparada aos parâmetros atuais de rede e de sua ampla utilização.

A internet foi um marco na história mundial, sendo a responsável pela mudança estrutural de conceitos, de padrões de comportamento e relações interpessoais, seja de caráter econômico, jurídico ou psicológico, contudo, considerando o enfoque do presente trabalho, limitar-se-á à ótica jurídica.

No cenário penal, a internet já despertava a atenção do Estado há muito tempo, bastando observar, para tanto, as datas que a doutrina aponta como sendo os primeiros episódios envolvendo ataques à segurança da informação.

Mister iniciar salientando que não é uníssono na doutrina o marco temporal exato da ocorrência da primeira manifestação informática ilegítima. Ana Karolina Calado da Silva⁸ aponta como primeiro episódio a atuação do estudante de pós-graduação, Robert Tappan Morris, que, na década de 80 teria começado a trabalhar em programa de computador que explorava falhas de segurança da internet. Sua atuação teria se dado a partir da criação de *worms*, *malwares* que se propagam automaticamente e através da rede, enviando réplicas suas para outros programas e computadores, sem que, para tanto, precisasse ser executado (diferença primordial do vírus).

Em que pese ter dito que a sua intenção era de alertar para a insegurança computacional, com o seu experimento, o programador acabou ocasionando prejuízos, tendo sido, posteriormente, condenado e, mesmo apelando, entendeu a Corte de Apelação dos Estados Unidos pela confirmação da decisão de 1º grau⁹.

De outro lado, também é citado como o primeiro relato de insegurança no meio cibernético a informação trazida pelo matemático John Neumann, em 1949, sobre o possível surgimento de um programa de auto-replicação semelhante ao vírus, ou, até mesmo, a criação, na década de 60, por um grupo de programadores, de um jogo denominado *Core Wars*, que optou-se por classificar como o legítimo antecessor dos códigos maliciosos da atualidade, uma vez que se

⁸ SILVA, Ana Karolina Calado da. **O estudo comparado dos crimes cibernéticos: uma abordagem instrumentalista-constitucional acerca d sua produção probatória em contraponto à jurisprudência contemporânea brasileira.** Disponível: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12778>. Acesso em 24mai2016

⁹ **United States of American, apelle, Robert Tappan Morris, defendant-apellant.** Disponível em: http://www.louandy.com/CASES/US_v_Morris2.html. Acessado em 24mai2016.

reproduzia cada vez que era executado, sobrecarregando a memória da máquina do outro jogador¹⁰.

Ocorre que se previa o crescimento daquele tímido projeto militar, no entanto, não se imaginava que a rede sofreria um agigantamento desenfreado, com ramificações ainda desconhecidas e que ainda sofrem constantes aperfeiçoamentos. Não se vislumbrava, à época, que tal criação, que serviu aos militares norte-americanos para tentar sair do espectro de alcance de comunicação do Estado russo, poderia representar um risco a todo e qualquer Estado, dissolvendo-se, na rede, conceitos anteriormente tido como sólidos, a exemplo da soberania, para dar espaço a inseguranças e riscos.

É nesse contexto de indefinições técnicas e científicas que deve ser desenvolvida a atividade legiferante do ente estatal, com o fito de abranger uma realidade cujos contornos ainda não se encontram plenamente desenvolvidos.

3.2 COMBATE À CRIMINALIDADE INFORMÁTICA NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Com o advento da tecnologia, os novos meios de comunicação alteraram de sobremaneira as relações jurídicas e o modo operacional de muitas atividades, levando, inclusive, aqueles que atuam no mundo jurídico a repensarem alguns conceitos, diante da nova concepção de tempo e espaço e da eterna necessidade de reprimir atos que atentem contra bens jurídicos indispensáveis à harmonia social.

Conceitos como soberania, jurisdição e competência, com o advento do ciberespaço, precisaram sofrer adaptações para conseguir abranger essa nova realidade. Nesse sentido, entendem Alexandre Daoun e Renato Opice Blum, citados por Celso Antonio Pacheco Filho e Christiany Pegorari Conte que:

A reprimenda à criminalidade praticada com o emprego de meios eletrônicos, notadamente os que avançam na rede mundial de computadores, terá de ser acionada por todos os povos civilizados e essa perspectiva deriva, com certeza, do próprio fenômeno da globalização. Enquanto isso, persistem as dúvidas quanto à lei a se aplicar em cada caso concreto: se a *lex fori* ou se a *lex loci delicti commissi* e, no tocante a competência, qual a jurisdição assumirá o julgamento desses crimes.¹¹

¹⁰ GIURLANI, Silvia. **Como surgiram as pragas virtuais**. PCWORLD. Disponível em: <<http://www.cin.ufpe.br/~rdma/documentos/revistaPCWORLDseguranca.pdf>>. Acesso em: 24mai2016.

¹¹ CONTE, Christiany Pegorari e FILHO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Capítulo 4, p. 28.

Assim, e considerando a perda da ideia de fronteiras e o afastamento da ideia de crime adstrito a determinado limite territorial, começou-se a observar que não apenas os conceitos supramencionados deveriam passar por uma remodelagem, mas também a forma de combate à nova criminalidade, sob pena de se admitir Estados que fechem os olhos para essa nova realidade global.

Desse modo, o ciberespaço, como pontuam CONTE e PACHECO FILHO (2016), acabou fazendo com que os estudiosos do Direito repensassem a própria Ciência Criminal, cogitando-se ainda de um direito repressivo transnacional, com a conexão de dois sistemas jurídicos (*common law* e o romano). Trazem ainda os autores alguns setores que já contam com regras nas quais já se notam essa comunicação, como é o caso da ação controlada. Como exemplo dessa cooperação internacional, tem-se ainda a Convenção de Budapeste.

3.2.1. Convenção de Budapeste

O primeiro documento internacional a tratar do assunto foi a Convenção de Budapeste, tratado que está em vigor desde 01 de julho de 2004 e já contou com a adesão de mais de 30 (trinta) países, sendo que, dentre eles, ainda não figura o Brasil, em que pese já ter havido a incorporação de algumas das disposições do tratado no ordenamento pátrio¹².

Encarado pela doutrina como o mais ambicioso projeto legislativo sobre a matéria, com o tratado em questão, as nações signatárias expuseram seus interesses fundamentais, o que consiste em um ponto de partida para analisar a suficiência, ou não, das normas penais já existentes.

Dentre os objetivos da referida convenção estão a intensificação da cooperação entre os Estados-membros e a adoção de uma política criminal comum para combater os delitos informáticos. Conta ainda com normas de direito penal material, que tipificam certas condutas vinculadas à internet, e regras processuais, abordando, até mesmo, a questão da competência, um dos pontos que mais costuma atrair a atenção dos investigadores, que, por vezes, tem sua atuação limitada diante do conceito estático de soberania.

¹² É o caso da adoção, no PLS 236/2012, das definições de sistema informático, dado informático e fornecedor de serviço, por ex., trazidas pelo tratado em seu art. 1º, e do acesso ilegítimo, abordado em seu art. 2º e tratado pelo legislador pátrio, no art. 154-A do CPB.

A adesão do Brasil, do ponto de vista diplomático, ainda conta com algumas restrições, conforme lembra Neide Bueno (2012), uma vez que não teria participado da discussão dos termos do tratado e não teria exposto seus objetivos. No entanto, o Brasil integra a rede 24/7 (vinte quatro horas por dia, sete dias por semana) do G-8, que consistiria na reunião de, aproximadamente, 50 (cinquenta) países para o combate à criminalidade informática a partir da colaboração conjunta quando o delito eletrônico ultrapassar a fronteira de um país.

Mister frisar que, diante da potencialidade global dos delitos informáticos e do temor da comunidade global do caos cibernético, a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste¹³ poderia representar um progresso, na medida em que seu avançar legislativo ainda se faz lentamente e o tratamento conferido ao tema ainda consiste na adoção de tímidas políticas criminais¹⁴, podendo assim, se beneficiar da homogeneidade legislativa, com o intercâmbio de experiências e com a adoção de mecanismos de cooperação mais ágeis.

3.2.2. O caso português

Enquanto se discute se o ordenamento pátrio contaria com um arcabouço legislativo eficaz no combate à chamada *cybercriminalidade*, mister trazer à baila o caso de Portugal, país que conta com a Lei de Criminalidade Informática¹⁵ desde agosto de 1991. Além dessa legislação, diante do avançar tecnológico e o temor da insuficiência do seu arcabouço legislativo, o país em questão aderiu à convenção do Conselho da Europa sobre os crimes na Internet, procedendo às

¹³ A Convenção de Budapeste, em que pese também ser conhecida como Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, também conta com a participação de países de outra origem que não a europeia, a exemplo dos Estados Unidos e do Canadá.

¹⁴ Quando se fala em adoção de tímidas políticas criminais, mister mencionar a Lei nº 12.735/12 que, não obstante trazer em seu corpo que altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências, em verdade, dispõe, de forma sucinta a respeito da preparação do Estado no combate aos delitos informáticos, em seu art. 4º: “Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado”.

¹⁵ A lei em questão sofreu alteração em sua nomenclatura, sendo que desde 2009 é conhecida como Lei do Cibercrime. Saliente que, nesta lei, também se aproveitou para fazer a adaptação do direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, é o que se aduz do texto integral do referido diploma legal, disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

devidas atualizações, a exemplo dos ajustes feitos na redação dos artigos que versam sobre os crimes de dano informático¹⁶ e sabotagem informática.¹⁷

Com a referida lei, em sua versão atualizada, além de se estabelecer disposições penais materiais e processuais, convencionou-se deixar assentadas também as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e do armazenamento de prova em suporte eletrônico. Saliente-se que essa adaptação foi feita, justamente, à luz do que dispõe o documento internacional supramencionado, que será analisado adiante.

O legislador português aproveitou-se ainda do diploma legal em questão para delimitar conceitos específicos a respeito do tema, a exemplo da ideia de sistema informático, dados informáticos e dados de tráfego, denominações explanadas no art. 2º da Lei do Cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro).

¹⁶ Artigo 4.º

Dano relativo a programas ou outros dados informáticos

1 - Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, apagar, alterar, destruir, no todo ou em parte, danificar, suprimir ou tornar não utilizáveis ou não acessíveis programas ou outros dados informáticos alheios ou por qualquer forma lhes afectar a capacidade de uso, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa.

2 - A tentativa é punível.

3 - Incorre na mesma pena do n.º 1 quem ilegítimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas nesse número.

4 - Se o dano causado for de valor elevado, a pena é de prisão até 5 anos ou de multa até 600 dias.

5 - Se o dano causado for de valor consideravelmente elevado, a pena é de prisão de 1 a 10 anos.

6 - Nos casos previstos nos n.os 1, 2 e 4 o procedimento penal depende de queixa.

¹⁷ Artigo 5.º

Sabotagem informática

1 - Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, entrar, impedir, interromper ou perturbar gravemente o funcionamento de um sistema informático, através da introdução, transmissão, deterioração, danificação, alteração, apagamento, impedimento do acesso ou supressão de programas ou outros dados informáticos ou de qualquer outra forma de interferência em sistema informático, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem ilegítimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior.

3 - Nos casos previstos no número anterior, a tentativa não é punível.

4 - A pena é de prisão de 1 a 5 anos se o dano emergente da perturbação for de valor elevado.

5 - A pena é de prisão de 1 a 10 anos se:

a) O dano emergente da perturbação for de valor consideravelmente elevado;

b) A perturbação causada atingir de forma grave ou duradoura um sistema informático que apoie uma actividade destinada a assegurar funções sociais críticas, nomeadamente as cadeias de abastecimento, a saúde, a segurança e o bem-estar económico das pessoas, ou o funcionamento regular dos serviços públicos.

Exsurge daí, portanto, que Portugal ateve-se à complexidade de legislar sobre um tema que é volátil em sua essência. Optou-se por formar uma base legal anterior, com o fito de não deixar desprotegidos novos interesses que aquele legislador entendeu como indispensáveis à harmonia social, todavia, procedendo às devidas adaptações no decorrer dos anos, tanto em razão da descoberta de novas posturas delitivas informáticas, como em virtude do reflexo internacional da criminalidade digital.

3.3. O BRASIL E A NOVA DELIMITAÇÃO LEGAL DOS DELITOS INFORMÁTICOS: PLS Nº 236/2012

Ainda no que tange ao tema, cite-se que há em trâmite no Congresso Nacional um Anteprojeto de Código Penal – Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012 (Novo Código Penal)¹⁸, no qual houve um tímido avanço nesta seara, passando a contar a novel legislação com o Título VI (arts. 208 a 211) destinado especificamente ao *cyber* crimes.

No referido projeto, há um artigo destinado tão somente a esclarecer certos conceitos específicos e inerentes aos delitos informáticos, cuja indefinição gerou a polêmica a ser abordada no presente trabalho, a exemplo dos termos sistema informático (art. 208, I) e dos dados informáticos (art. 208, II). Trata-se, portanto, de um avanço, que gozará de efeitos tanto materiais (fim da dificuldade de se alegar tipicidade por não saber o exato limite da postura trazida por lei), quanto processuais (a exemplo do fim da inversão indevida do ônus da prova, aspecto já debatido anteriormente).

Ademais, é de se observar ainda que a previsão dos delitos informáticos não ficou adstrita ao Título VI, havendo, de igual modo, previsão de tipos penais ao longo do corpo do projeto, como é o caso dos danos aos dados informáticos e fraude informática que estão previstos, respectivamente, no art. 164 e no art. 170, constantes no Título II (Crimes contra o Patrimônio); da violação de programas de computador, art. 174, do Capítulo III (Crimes contra a Propriedade Imaterial), e do crime de telecomunicações clandestinas, previsto no art. 199, Capítulo II (Telecomunicações Clandestinas) do Título V – Crimes contra a Incolumidade Pública.

Compulsando o referido projeto, constata-se que para os delitos informáticos fora do Título VI, à exceção do delito de violação de programa de computador, que conta com pena máxima de

¹⁸ Saliente-se que o Projeto de Lei em questão encontra-se, desde 15/07/2016, com a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando a designação de relator.

02 (dois) anos, o legislador optou por cominar penas em patamar que retira do Juizado a competência para julgamento das infrações. De outro lado, os ditos crimes cibernéticos ainda irão contar com diminutas penas, tendo sido estabelecida para o crime de acesso indevido (art. 209) a pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e para o delito de sabotagem, a pena de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Exsurge daí, portanto, que com o PLS nº 236/2012 (Novo Código Penal), o legislador, ao delimitar os conceitos indeterminados inerentes aos delitos informáticos, afastou a mácula principiológica verificada na Lei nº 12.737/12 e que adiante se examinará, todavia, no que tange aos crimes cibernéticos e ao delito de violação de programa de computador, optou por manter penas em patamar mais baixo, permanecendo, portanto, a dúvida acerca da legitimidade da intervenção penal, que, em verdade, neste ponto do trabalho, observa-se que se trata mais de um paradoxo: na era da informação, na qual a repercussão dos delitos ditos informáticos não mais está adstrita às fronteiras geográficas, como seria feita a tutela mais efetiva desses novos interesses sociais, através do Direito Penal com suas diminutas penas ou por outro ramo do Direito?

Saliente-se que não se defende aqui a adoção de uma política de tolerância zero, apenas ressalta-se a necessidade de se avaliar se seria realmente o caso de usar a serra penal para tutelar casos que o legislador sofre para regular legitimamente diante da sua complexidade que lhe é inerente, mas, concomitantemente, simplifica seu resultado ao possibilitar a extinção do processo a partir do cumprimento das condições impostas pela Lei nº 9.099/95.

3.4. CRIMES CIBERNÉTICOS E O CENÁRIO BRASILEIRO: TEMOS UMA LEGISLAÇÃO EFICAZ NO COMBATE À CRIMINALIDADE INFORMÁTICA?

A internet é uma criação humana que remonta à época da Guerra Fria (1945-1991), todavia, seu ingresso efetivo no cenário brasileiro só se deu em meados da década de 90.

O mundo cibernético, conforme sustentado alhures, foi uma criação que, não obstante ter surgido com uma finalidade – evitar a ausência de comunicação entre as tropas americanas no caso de um eventual ataque russo – acabou perdendo suas limitações previstas inicialmente, uma vez que houve um notório agigantamento das suas formas de utilização, tendo seu uso saído da esfera estritamente militar ou acadêmica para alcançar a comunicação social, o comércio e, conseqüentemente, o próprio direito.

Em uma era na qual as relações foram marcadas pelo ambiente comum, com sua projeção para o cibernético, o ato de legislar tornou-se cada vez mais complexo. Agora, além da preocupação do legislador com o acelerado caminhar das relações interpessoais, passou-se a preocupar também com as peculiaridades do âmbito no qual elas passaram a se desenvolver, que é marcado pelo anonimato e pela fluidez.

Optar pelo caminho diametralmente oposto, qual seja o fechamento dos olhos para a *novel* realidade, poderia gerar o caos social, podendo-se correr o risco de se deixar para as futuras gerações a possibilidade de assistir ao surgimento de outras manifestações punitivas mais graves, conforme suscitado por Ferrajoli (2012), para o qual o direito penal consiste tanto em uma garantia ao ofensor quanto ao ofendido.

Observa-se, portanto, que há um temor duplo: o receio de se construir normas inaptas a regular as relações sociais, diante da incompatibilidade entre o vagaroso caminhar legislativo e a fluidez inerente ao ambiente cibernético, e o medo de se criar um caos social, com a formação de sistemas punitivos paralelos diante da inação estatal.

Insta salientar que, hoje, o Brasil, no que tange a uma legislação específica de crimes informáticos, conta com a Lei nº 12.737/12, em vigor desde 2012, e que com apenas 4 (quatro) artigos, tendo 1 (um) deles a finalidade de explicar o objetivo da lei, 2 (dois) deles o fito de criar novas figuras típicas – o art. 154-A e o §1º do art. 266, ambos do CPB – e a forma de persecução criminal do delito criado (art. 154-B do CPB) – mediante representação, salvo em sendo o crime cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos – e o último, a missão de informar o início da vigência da lei em questão.

À luz do que foi supramencionado e do que adiante se analisará, mister se faz suscitar que a legislação em questão, se isoladamente considerada no combate à criminalidade eletrônica, é de eficácia duvidosa.

Conforme observado, com o novo Código Penal (PLS nº 236/2012), há a previsão de novos delitos informáticos – danos aos dados informáticos (art. 164), fraude informática (art. 170), violação de programa de computador (art. 174), crimes de telecomunicações clandestinas (art. 199), acesso indevido (art. 209) e sabotagem informática (art. 210) – nos quais foi mantido o patamar da pena, a regra geral é a cominação de pena máxima que não ultrapasse 3 (três) anos, no entanto, atentou-se para a necessidade de explanar, de forma objetiva, alguns conceitos inerentes às infrações penais em questão e que por dizerem respeito à essência do crime, atribuir

ao juiz o poder de interpretá-los gerava grande variação subjetiva, o que, por sua vez, acabava por representar violação ao princípio da legalidade, consoante já debatido.

Então, pergunta-se: ciente de todo o arcabouço legislativo pátrio, inclusive analisado o futuro da legislação, estaria o país preparado para o combate à criminalidade informática?

Em verdade, no Brasil, muito se divulga a sensação de insegurança, incutindo um temor geral nos telespectadores, todavia, o país não está em uma zona legislativa de anomia no que tange à criminalidade cibernética. Daí porque, uma vertente de especialistas na área digital defende a aplicação do Direito Penal mínimo também na seara eletrônica, pontuando que a legislação brasileira já seria suficiente para abranger, aproximadamente, 95%¹⁹ das demandas abrangendo delitos digitais (BUENO, 2013).

É o caso, por exemplo, dos crimes contra a honra na seara cibernética, hipótese na qual pode-se constatar que já há tipificação (arts. 138 e ss. do CPB). Se trata, portanto, do que Rossini convencionou chamar de delitos informáticos mistos, no quais o computador representa mera *ferramenta para atingir bens jurídicos que não exclusivamente os do sistema informatizado*²⁰.

Assim, não obstante o clamor social por novas leis, o país, em que pese contar com uma lei específica relativamente tímida e que ainda precisa sofrer adaptações – mormente no que tange ao desenvolvimento de conceitos informáticos e sua harmonização com os demais diplomas legais atualmente em vigor – conta com uma legislação que prevê certos crimes cujo *modus operandi* apenas ganhou um novo significado diante da era da informação, razão pela qual a realização de alguns ajustes nas normas já existentes e a instrumentalização da polícia judiciária já representaria o passo inicial para o que o Judiciário dispusesse de mais ferramentas para enquadrar os ditos delitos informáticos, só se completando o processo em questão, quando o legislador definir o que realmente almeja com a tipificação dos delitos informáticos próprios.

¹⁹ Convém salientar aqui que a autora, em seu texto, *Breves considerações sobre os crimes eletrônicos e a regulação da internet*, coloca no percentual dos 5% ainda não previstos legalmente o ato de disseminar código malicioso (vírus), todavia, a criação intelectual foi publicada antes de novembro de 2013, marco inicial de vigência da Lei nº 12.737/12, diploma legal no qual pode-se encaixar a conduta em questão, especificamente na parte final do art. 154-A do CPB, qual seja a instalação de vulnerabilidade (conceito, conforme discutido, não delimitado pelo legislador). Assim, em tese, esse percentual previsto pela autora, atualmente, sofreu uma contida redução.

²⁰ BUENO, Neide. **Breves considerações sobre os crimes eletrônicos e a regulação da internet.**

Disponível em: riccipi.com.br/w/p-content/uploads/2013/10/doutrina_01.pdf. Acesso em 20ago2016.

4 LEI 12.737/12

A Lei nº 12.737/12, extraoficialmente intitulada de Lei Carolina Dieckmann, dispõe, basicamente, sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, e teve origem com o Projeto de Lei nº 2.793/2011, cuja tramitação iniciou-se em 29/11/2011, com a apresentação do referido projeto pelos Deputados Paulo Teixeira (PT-SP), Manuela D'Ávila (PC do B-RS), dentre outros, e cuja promulgação deu-se em 30/11/2012.

A preocupação dos brasileiros com relação à suposta²¹ impunidade dos delitos digitais agravou-se diante do caso envolvendo a supramencionada atriz, sendo, portanto, o referido diploma legal um dos variados exemplos que atualmente se tem do direito penal simbólico, uma vez que teve sua tramitação acelerada para atender ao clamor social acentuado após a ocorrência do episódio envolvendo a atriz Carolina Dieckmann que teve suas fotos íntimas divulgadas indevidamente na rede mundial de computadores em maio de 2012, após sua obtenção irregular, pelo técnico de manutenção do seu computador.

Certos segmentos da sociedade passaram a expor que a saída seria a imediata criminalização como forma de evitar que a conduta grave não tipificada fosse banalizada, aplicando à sociedade a “dura pena” de ter que arcar com o aumento ainda mais significativo da criminalidade cibernética. Propuseram então, ainda que inconscientemente, com essa necessidade de punições mais rigorosas a qualquer delito informático como forma de evitar deixar a sociedade indefesa e o Estado como possível vítima de crimes mais graves, a política norte-americana da tolerância zero, fruto do movimento repressivista *law and order*, no qual prega-se, consoante explica o professor Aury Lopes Júnior²², a supremacia estatal e legal em franco detrimento do indivíduo e suas garantias.

Nesse cenário de temores reforçados por reiteradas veiculações midiáticas da personificação do caos pela inexistência de legislação que tipificasse os delitos informáticos, eis que acelera-se a vigência da Lei nº 12.737/12. Seguindo o quanto sustentado pelo professor Luiz Flávio Gomes, observa-se, principalmente com o rápido tramitar da lei em questão, que a criação de leis,

²¹ Trata-se de uma suposta impunidade, posto que certos delitos enquadrados como cibernéticos, em verdade, já contam com tipificação, uma vez que o referido gênero de infrações conta com duas espécies: os crimes digitais próprios, os quais, em parte, ainda não se encontram previstos em preceitos legais e cuja prática não é possível senão fora do meio eletrônico, e os impróprios, que, em verdade, tratam-se de crimes já conhecidos e regulamentados, mas cujo *modus operandi* envolve, mas não necessariamente, a utilização de um dispositivo informático.

²² LOPES JR, Aury. **Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em maio 2016.

desacompanhada de políticas criminais preventivas e da certeza da punição, ainda é a opção mais barata, mesmo quando percebida a sua ineficácia²³.

Saliente-se que, em verdade, o referido diploma legal acabou sendo mais uma resposta social para conter esses anseios por segurança na rede do que efetivamente um instrumento legítimo de tutela dos novos interesses sociais.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS

Em que pese se tratar de tema relativamente recente, a doutrina pátria já discute qual seria a melhor nomenclatura a se usar para designar as novas posturas lesivas praticadas na era da informação. De forma bastante sintetizada, os autores Antonio Carlos Segatto²⁴ e Caio Eduardo Costa Calezatto²⁵ trazem algumas posições a respeito do assunto.

Eles elucidam que para Augusto Eduardo de Souza Rossini, a melhor denominação seria “delitos informáticos”, uma vez que seria o conceito mais abrangente, abarcando crimes e contravenções praticados não apenas com o uso da internet, mas de qualquer outro meio telemático ou sistema informático. Partilha desse entendimento também Spencer Toth Sydow, para o qual a atuação criminosa não estaria adstrita à internet, mas a qualquer ferramenta científica usada para facilitar as tarefas diuturnas.

Aqueles autores explanam que, para Marcelo Xavier Freitas de Crespo, o termo “crimes digitais” já seria suficiente para abarcar os elementos da informática e os da telemática.

Citam ainda Cecília da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro, a qual prefere a denominação “delitos virtuais” por entender que essas novas posturas ilícitas teriam como ponto comum a ausência física do sujeito ativo. Saliente-se que o conceito já foi alvo de críticas, entendendo Túlio Vianna que, não obstante o delito ser praticado no mundo virtual, não haveria que se falar em bem jurídico virtual, optando assim, por fazer uso do adjetivo informático, por entender que

²³ GAZOTO, Luís Wander e GOMES, Luiz Flavio. **Populismo Penal Legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massa. Coleção Ciências criminais. Ed. Jus Podivm: Salvador 2016.

²⁴ CAZELATTO, Caio Eduardo Costa e SEGATTO, Antonio Carlos. **Dos crimes informáticos sob a ótica do meio ambiente digital constitucionalizado e da segurança da informação**. Disponível em: periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3713/2469. Acesso em 29jun2016.

²⁵ Idem

seria mais abrangente, abarcando a informação e qualquer instrumento que se utilize de processamento automático de dados.

Essa rápida passagem pelas variadas vertentes doutrinárias revela-se de grande importância para permitir uma abordagem e classificação científica mais apurada.

Ao analisar a Lei nº 12.737/12, observa-se que, não apenas as posturas delitivas praticadas no âmbito cibernético foram criminalizadas, bastando, para tanto, verificar que, no art. 2º do referido diploma legal, dispositivo que traz a atual redação do art. 154-A do CPB, o legislador tipificou também a invasão a dispositivo informático alheio não conectado à rede de computadores, ou seja, à internet.

No art. 3º da lei supramencionada, no qual consta a atual redação do art. 266, §1º do CPB, há a tipificação da interrupção do serviço telemático ou de informação de utilidade pública, do impedimento ou da criação de dificuldades para o seu restabelecimento, portanto, aduz-se daí que o legislador não apenas se preocupou com a segurança dos dados em si, mas com o sistema como um todo, sendo mais coerente a utilização do adjetivo “informático” quando se quer falar de algum dos delitos previstos na Lei nº 12.737/12 por se incluir nessa nomenclatura a criminalidade que se vale das novas ferramentas tecnológicas, de um modo geral, criadas pelo homem.

Assim, afigura-se como a melhor das opções a utilização do termo delitos informáticos, como o fez legislador.

4.2 A LEI 12.737/12 SOB A ÓTICA PRINCIPOLÓGICA

Conforme já analisado, com o avançar tecnológico, aumentou-se a dificuldade de compatibilizar as ferramentas de investigações usuais e o novo cenário social. O problema, todavia, não fica adstrito à seara das investigações, antes disso, a própria atividade legiferante, que deve guiar a atuação das autoridades naquela fase pré-processual, também precisou passar por um reexame.

Frise-se que para Alexy, citado por Flávia D’Urso²⁶, entre princípios e regras não haveria distinção no que tange ao grau de generalidade, mas tão somente no que tange à qualidade,

²⁶ D’URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

razão pela qual em um eventual conflito de regras, enquanto a solução dependeria de uma cláusula de exceção ou de declaração de nulidade de uma delas, na colisão entre princípios, bastaria o afastamento de um deles, não representando dizer, com isso, que aquele do qual se abdica será declarado nulo ou que haverá uma cláusula de exceção, continuando ambos a valerem, contudo, com um peso diferente. Assim, enquanto o primeiro conflito resolver-se-ia no âmbito da validade, o segundo seria na dimensão do valor.

Acrescente-se ainda que o princípio é a origem, é a fonte de onde são extraídos os textos de lei, sendo, portanto, aquele, inesgotável, o que já não ocorre com estes, que caem em desuso, podendo ser revogados.

Assim qualquer atividade interpretativa ou, até mesmo, qualquer inovação legislativa, deve levar em conta essa fonte, pautando-se, portanto, nos princípios.

As instituições jurídicas são criações humanas, razão pela qual pode-se dizer que estão eivadas de limitações, seja cronologicamente, seja geograficamente. Em verdade, especialmente quando se fala em leis, tal característica tratar-se-ia de uma vantagem, uma vez que, como devem refletir a realidade – não sendo esta imutável – se estagnassem, deixariam de ser um processo de adaptação, afastando-se da sua teleologia.

O legislador, atualmente, precisa estar atento a um avanço que não segue o ritmo ao qual já estava acostumado. Para a era da informação, a adoção de certos conceitos estanques pode inviabilizar qualquer forma de tutela aos interesses que se visa proteger com a intervenção estatal na seara penal, todavia, concomitantemente, a criação de definições vagas pode implicar em máculas a garantias historicamente construídas.

É de se observar que esse procedimento de eterna harmonização da lei ao contexto fático, no qual foi produzida e o qual deve regular, não se dá de forma incondicionada, devendo tomar como base o fundamento para a sua produção, postulados, ensinamentos inesgotáveis de caráter abstrato, quais sejam, os princípios.

É dentro desse dilema que o legislador penal pátrio se vê impelido a criar um diploma legal que trate especificamente de delitos informáticos e que possa ser aplicado logo.

4.2.1 Termos específicos da era da informação e o princípio da legalidade

Para se iniciar qualquer discussão a respeito de um tema de direito penal, mister se faz inserir o princípio da legalidade.

Como o assunto em questão não é o objeto primordial do presente trabalho, não se faz necessário abordar, com considerável profundidade, a discussão doutrinária acerca do seu surgimento, se no Direito romano, se com a Carta do Rei João Sem Terra (1215) ou se, como preferem os estudiosos do direito penal, com o iluminismo.

O referido postulado consiste em uma limitação à potestade punitiva, razão pela qual, além de princípio penal, consiste em garantia constitucional (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988) que se encontra consolidada inclusive em vários tratados e convenções internacionais, a exemplo do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do Estatuto de Roma (1998), os quais tratam do princípio da legalidade sob seu aspecto da anterioridade, seja da lei, seja da pena, e da retroatividade benéfica ao agente.

Saliente-se que se trata de princípio presente em vários ramos do Direito, ganhando, contudo, importância considerável no direito penal em razão da peculiaridade que lhe é inerente: ele tem como essência a existência do exercício de um poder estatal que pode culminar na restrição a um dos bens elencados como um dos mais importantes ao ser humano, qual seja, a liberdade. Assim, entende-se o porquê da sua vasta extensão na seara penal, com as reiteradas subdivisões doutrinárias.

Eis o que se observa, em apertada síntese, na obra de Rogério Sanches²⁷, na qual, o autor optou por tratar do tema princípio da legalidade desdobrando-o no princípio da reserva legal, ressaltando que caberia a medida provisória para tratar, tão somente, do direito penal não incriminador e rechaçando o uso de outras espécies normativas como resoluções e leis delegadas para a criação de tipos penais incriminadores; no princípio da anterioridade, no qual pontuou a necessidade de lei anterior ao fato para que seja considerado criminoso, trazendo inclusive a colocação de Hobbes, para o qual, antes da lei o dano seria ato de hostilidade e não uma transgressão à lei; no princípio da irretroatividade, frisando a vedação à retroatividade maléfica; no princípio da necessidade de lei escrita, vedando o uso do direito consuetudinário para criar tipos penais, ao mesmo tempo em que ressalva a possibilidade de sua utilização para

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**, p. 86. 3.ed.rev.ampl.atualiz.Salvador: Jus Podivm, 2015.

interpretar expressões indeterminadas contidas na lei, facultando, portanto, em alguns casos, seu uso *in bonam partem*; da necessidade de lei estrita, adotando a posição no sentido da vedação à utilização da analogia para criar crimes, mas excepcionando sua utilização *in bonam partem*; da necessidade de lei certa, vedando a criação, pelo legislador, de tipos penais vagos, com o fito de *reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei*²⁸; e da lei necessária, que consiste no princípio da intervenção mínima, postulado que adiante se analisará.

Observa-se, portanto, que sem o referido ato normativo (lei), não se pode incriminar condutas; antes do seu marco inicial de vigência, não se pode sequer acusar indivíduos que incorram nas posturas por ela vedadas e, tampouco, se pode fazer com que essa vedação retroaja com o fito de alcançar condutas anteriores. Analisou-se ainda que a lei deve gozar de um grau de exatidão que possa conferir certeza à atuação do operador do direito, ou seja, deve evitar o uso de termos vagos ou imprecisos que possam acabar gerando dúvidas a respeito do que o legislador buscou efetivamente tutelar.

Antes do advento da Lei nº 12.737/12, muito se questionava acerca da vulnerabilidade do usuário brasileiro e, com o episódio envolvendo a atriz global e o vazamento de fotos íntimas na rede mundial de computadores, a sensação de fragilidade, supostamente, teria aumentado.

Para a sociedade, à época, recorrer à instância cível para ver reparados eventuais prejuízos decorrentes da violação da sua privacidade teria se tornado insuficiente, inconformidade essa que, cumulada às frequentes críticas midiáticas dirigidas à questão da insegurança na rede, acabou por gerar uma ânsia irrefreável pela tutela penal.

Surge a lei para, em tese, criminalizar a conduta, servindo como marco temporal da tipificação dos delitos informáticos, e para guiar o operador do direito na atuação de combate à criminalidade cibernética. Mas eis que se pergunta: a Lei nº 12.737/12 vem cumprindo efetivamente com todos esses objetivos?

O legislador, ao tipificar a conduta contida no art. 154-A do Código Penal (acréscimo feito após a entrada em vigor da Lei nº 12.737/12) se vale de 2 (dois) termos específicos – *dispositivo informático* e *vulnerabilidade* – sem, contudo, destrinchar os conceitos.

Observou-se alhures que a utilização do direito consuetudinário não seria aceitável para a criação de tipos penais, mas far-se-ia possível no caso da interpretação de expressões, desde

²⁸ LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed.Porto Alegre: SAFEditor, 2003 in: CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**, p. 86. 3.ed.rev.ampl.atualiz.Salvador: Jus Podivm, 2015.

que sua utilização se desse *in bonam partem*. Todavia, na era da informação, permeada pelo sentimento de insegurança espalhado pela mídia, essa regra principiológica acabará sendo ilegitimamente afastada.

Em razão do pouco tempo de vigência da lei, cumulado à especificidade das questões que aborda, a jurisprudência ainda não tratou do tema com profundidade, limitando-se, na maior parte das vezes, a declarar que o fato trazido ao seu conhecimento ainda não se enquadra na lei em comento em razão de esta, à época, ainda estar em *vacation legis* e/ou decidir se a conduta levada à sua apreciação enquadrar-se-ia no art. 154-A do CPB ou no art. 155, §4º, II, do CPB²⁹, razão pela qual ainda se faz necessário recorrer à doutrina para debater o tema.

²⁹ Foi o que ocorreu no acórdão ora colacionado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA EM PARTE. FURTO QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA (SAQUES REITERADOS DE NUMERÁRIO EM CONTAS BANCÁRIAS POR MEIO DE CARTÕES MAGNÉTICOS CLONADOS OBTIDOS ATRAVÉS DO DISPOSITIVO CONHECIDO COMO 'CHUPA-CABRA'). ARTIGO 155, PARÁGRAFO 4, INCISO II, C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. COTEJO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (CP, ART. 59). MAJORAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL. REDISCUSSÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. POSSIBILIDADE. ESCLARECIMENTO. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS. 1- Embargos de declaração opostos pela defesa contra acórdão (fls.1.390/1.391) que deu parcial provimento aos recursos de apelação manejados pela defesa e acusação. 2- Apelação da defesa acolhida para reduzir a condenação aos fatos contidos na denúncia (furto qualificado - retirada de numerário em contas bancárias por meios de cartões magnéticos clonados ('chupa-cabras') e afastar a circunstância judicial de maus antecedentes. 3- Análise do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, que concluiu que a pena merecia ser elevada ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e personalidade), fixando a pena em definitivo em 6 anos e 4 meses de reclusão e 60 dias multa, alterando o regime inicial de cumprimento da pena para o fechado. 4- Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão do julgado (CPP, Art. 619). 5- O Acórdão embargado decidiu expressamente que a nova redação do artigo 154-A do Código Penal, com redação da Lei nº 12.737/2012 (chamada "Lei Carolina Dieckman") não se aplica ao caso concreto, tanto porque ainda estava no período da "vacatio legis", quanto porque se trata de crime patrimonial, e não de crime informático. 6- Hipótese de mera rediscussão, mormente no que tange à dosimetria da pena e a desclassificação do crime. 7- Arguição de nulidade, que não foi deduzida na apelação e, por conseguinte, não enfrentada no acórdão, mas que pode ser reconhecida de ofício e, portanto, ser alvo de debate em sede de prequestionamento nos embargos de declaração. 8- Acolhem-se em parte os embargos para esclarecer que possível ocorrência de nulidade no auto de prisão em flagrante teria o condão direto de acarretar a liberdade do preso, mas nunca de afastar ou mesmo anular a prova obtida através da apreensão de documentos e objetos que guardem conexão com o fato delituoso (CPP, Artigo 6º, II), porquanto se tratam de institutos jurídicos diversos. 9- Embargos parcialmente providos. (TRF-5 - EDACR: 20078308001065401, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 04/06/2013, Quarta Turma)

No que tange ao Supremo Tribunal Federal (STF), a busca por jurisprudência sobre o tema sofre ainda mais restrições, tendo a Suprema Corte sido acionada, tão somente, para decidir a questão da lei penal no tempo e da competência territorial (PPE 732QO/DF, QUESTÃO DE ORDEM NA PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Órgão relator: Segunda Turma, Julgamento: 11/11/2014, Publicação: 02/02/2015).

Assim, observa-se que, na ânsia de atender ao clamor popular, o legislador, ao criar o tipo penal em questão, deixou deveras aberta a interpretação que pode lhes ser conferida³⁰, deixando, portanto, aos juízes a tarefa de realizar uma interpretação deveras extensa e perigosa, pois, a eles cumprirá a árdua tarefa de definir, de acordo com o caso que é trazido à sua apreciação, qual seria o objeto jurídico sobre o qual recairia a conduta do sujeito agente do crime em questão, bem como a própria ação de instalar vulnerabilidade.

A incerteza gerada pelo cenário cibernético, mormente em razão do seu constante processo de desenvolvimento, acabou por refletir na atividade legiferante, tendo o legislador encarado como aceitável a vagueza dos tipos penais em nome do combate à criminalidade informática.

Afastou-se do princípio da legalidade, mormente em razão da afronta ao referido postulado em sua acepção da certeza. Verifica-se, com isso, que o legislador ainda não está preparado para compatibilizar a peculiaridade da seara penal, com todas as suas garantias e orientações principiológicas que o tornam, por vezes, estanque, com o progresso tecnológico e toda a sua fluidez que lhe é inerente.

4.2.2 Delitos contemporâneos e o princípio da intervenção mínima

É cediço que o legislador penal só deve atuar quando os demais ramos se tornarem insuficientes para compor os conflitos existentes na sociedade, sendo, portanto, a última opção da qual se deve lançar mão.

Com o surgimento da Escola Clássica, marcada pelos ensinamentos de Beccaria, inspirados também no ideário democrático de Rousseau de um Estado voltando para o bem comum e na proposta de separação de poderes trazida por Montesquieu, reagiu-se contra as penas infamantes e buscou-se estabelecer limites entre a Justiça Humana e a Justiça Divina. Em que pese ainda não se ter precisado o conceito de crime, foi um dos passos iniciais necessários à redução da ingerência do Estado no campo da moral, ao mesmo tempo em que atribuiu-lhe a função da proteção de determinados valores.

³⁰ Aqui vale ressaltar que o tema da incerteza dos conceitos mencionados não é pacífico na doutrina, havendo autor, a exemplo de Rodrigo Alves Zaparoli, que, inclusive, acredita se tratarem de termos de fácil compreensão, entendendo, portanto, que não haveria mácula ao princípio da legalidade, na acepção da certeza.

À luz dessa evolução do papel do ente estatal que Birnbaum, Binding e Von Liszt encontram a abertura para o desenvolvimento do conceito de bem, cuja proteção dar-se-ia através da norma.

Com Binding que, efetivamente, surge o conceito finalizado de bem jurídico, de acordo com o qual o bem, para que fosse enquadrado como jurídico, dependeria da apreciação do legislador, ou seja, para ele, antes desse enquadramento, não haveria que se cogitar de bem jurídico, diferentemente de Von Liszt, que propõe que, antes dessa categorização, os bens seriam eleitos pelo homem, existindo uma *situação pré-jurídica, onde identifica-se a dignidade penal do bem ou do interesse*.³¹

Seguindo os ensinamentos de Von Liszt, observa-se ainda que o estudioso propõe a redução do âmbito de abrangência do Direito Penal, que deixa de atuar como forma de combater todas as mazelas sociais para se preocupar unicamente com bens considerados essenciais à vida em sociedade e desde que já tenha havido a atuação de outros ramos cuja eficácia comprovou-se insuficiente.

Uma frase que resume bem o quanto abordado supra é a de Mercedes García Ará, citado por NUCCI (2012), quando afirma que:

*(...) o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo o mínimo a liberdade (Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 36)*³²

Com isso, almeja-se, portanto, restringir a atuação estatal, que só deve ocorrer quando violado de forma significativa bem jurídico essencial à vida em sociedade, cuja proteção pelos demais ramos do Direito dar-se-ia de forma insuficiente, sob pena de, com uma inflação legislativa se dispersar a atuação estatal de modo a torna-la ineficaz, seja por não alcançar todas as condutas enquadradas genericamente como ilícitos penais, seja no plano da execução, quando então, com cárceres superlotados, o ente estatal fica sem ter como efetivar corretamente a pena cominada, por vezes gerando impunidade ou violando garantias constitucionais.

³¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A intervenção mínima para um direito penal eficaz**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2954/a-intervencao-minima-para-um-direito-penal-eficaz>. Acesso em 21mar2016.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

Esta teoria (bem jurídico) vem sendo fortemente questionada pela doutrina atual – mormente quando se observa a dificuldade que atualmente se tem para encontrar certos bens jurídicos de tipos penais mais recentes³³ – e quando há a sua má utilização, pode ocorrer o seu agigantamento que a faz entrar, por vezes, quando equivocadamente utilizada, na proteção da moral com a criação de tipos penais³⁴.

A título de exemplificação, cite-se o caso dos delitos que se encontram tipificados no art. 7º da Lei nº 8.137/90 e, dentre eles, tome-se como exemplo o inciso I, no qual previu-se como típica a conduta de favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês. Para a referida postura, o legislador entendeu como suficiente apenas o agente com detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Observa-se que, neste caso hipotético, tem-se um delito de tal gravidade que não se faz possível o regular trâmite processual em um Juizado Especial Criminal, cuja competência abrange delitos com pena máxima inferior ou igual a 2 anos, conforme aduz-se do art. 61 da Lei nº 9.099/95³⁵.

Analisando principiologicamente a situação, especialmente, à luz do postulado da proporcionalidade, conclui-se que, com o agigantamento da atuação estatal, que passou a abranger searas sociais que poderiam ser reguladas por outros ramos do Direito, a inflação legislativa, além de se distanciar da ideia inicial do bem jurídico, acabou por ocasionar a proteção insuficiente de certos bens jurídicos, cuja proteção de fato se faz necessária pelo Estado diante da sua imprescindibilidade à vida em sociedade, senão vejamos.

O delito acima trazido como exemplo, além de não tutelar um bem jurídico específico, tem pena privativa de liberdade superior ao delito de lesão corporal leve, por exemplo, tipo penal que tutela a integridade física e que o legislador entendeu por suficiente protegê-lo cominando uma pena máxima de 1 (um) ano³⁶.

³³ SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. **Novos desafios do Direito Penal da contemporaneidade**. Disponível em: www.publicadireito.com.br/.../juliana_pinheiro_damasceno_e_santos.pdf. Acesso em 20mar2016.

³⁴ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173, *Strafgesetzbuch*)**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (coord). Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2010. Ano 18. N. 82 jan/fev 2010. Editora Revista dos Tribunais. p.165/185.

³⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

³⁶ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena: detenção de três meses a um ano.

Por se tratar a lesão corporal leve de conceito residual, diversas situações, cujo laudo médico não atesta qualquer das hipóteses previstas no art. 129, §1º, §2º ou §3º, são encaminhadas aos Juizados Especiais Criminais, enquanto a preferência, sem justa causa, de outro freguês tem seu processo tramitando longe daquele juízo.

A análise desses crimes e as referidas violações aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade torna mais fácil a visualização desse tipo de afronta principiológica existente na Lei nº 12.737/12.

Sabe-se que com a globalização e a interligação das sociedades acabou por surgir um temor maior no que tange ao resultado de certas posturas delitivas, e sabe-se ainda que a sociedade, atualmente, tem novos centros de preocupações e que alguns deles devem ser tutelados pelo Direito Penal, todavia, o que se questiona com a análise supra é a real necessidade da intervenção nos moldes em que se foi feita.

Aduz-se do quanto debatido acima que, com o afastamento da atividade legiferante do princípio da intervenção mínima e com o desrespeito, pelo legislador, da teoria do bem jurídico, os crimes atuais vêm se afastando consideravelmente do quanto preconizado pelo Direito Penal Mínimo, aproximando-se do que se convencionou chamar de direito penal de emergência, uma vez que se passou a usar a criação de tipos penais como uma forma imediatista de tutela de certas situações jurídicas, afastando-se da ideia do Direito Penal como *ultima ratio*. Nesse sentido, mister se faz trazer à baila o entendimento do Professor Rudá Figueiredo sobre a matéria:

Direito penal de emergência é a expressão através da qual a doutrina designa o surgimento, quase sempre, de pedidos por normas incriminadoras e endurecimento de penas todas as vezes que surge uma situação de emergência na sociedade, que vai desde a: 1) casos que causam especial repugnância à população; 2) casos que têm atenção da mídia.³⁷

A situação descrita no item 2 retrata exatamente o que ocorreu com a Lei nº 12.737/12, senão vejamos.

Consoante descrito alhures, o diploma legal em questão teve sua tramitação acelerada justamente em virtude de um caso que teve uma especial atenção da mídia, tendo servido, em verdade, como manobra legislativa que tinha por finalidade mostrar à sociedade como o Estado se faz atuante diante da questão da insegurança na rede.

³⁷ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013**: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade (Dissertação). Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/.../1/Dissertacao%20rudá%20figueiredo.pdf. Acesso em 25ago2016.

Ademais, no que tange às penas, observa-se que o legislador as cominou em total inobservância ao ordenamento pátrio, restando visível, portanto, que o agigantamento da intervenção penal, mais uma vez, pode gerar a ineficácia da tutela pretendida.

De acordo com o art. 154-A do CPB (redação atual dada pela Lei nº 12.737/12), o crime de invasão a dispositivo informático conta com uma pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou seja, para o legislador e sua ânsia de tipificar condutas, o ato de invadir dispositivo informático, mediante violação de dispositivo de segurança, com o fito de obter, alterar ou destruir informações ou dados, ou a conduta de instalar vulnerabilidades seria menos gravoso que o favorecimento, sem justa causa, de comprador ou freguês.

Com a simples análise legislativa, constata-se ainda que o legislador, ciente de todos os perigos que circundam os usuários na era da informação, inferiu como legítima a intervenção estatal para cominar uma pena inferior a 2 anos a um delito que pode lesar a privacidade da vítima e, ainda, acarretar-lhe prejuízos econômicos³⁸.

Mister salientar ainda que o que se almeja aqui não é a política criminal de tolerância zero, pugnando por leis mais severas com penas em patamares altíssimos, mas, tão somente, expor a situação em que se deu a atuação do legislador penal pátrio e os perigos que podem ser gerados dessa postura e perquirir se a atuação teria sido legítima ou ilegítima.

Com isso, passa-se a observar que esse anseio de se fazer valer da máquina estatal para mostrar à opinião pública a sua eficácia no combate à criminalidade, sem adotar qualquer política criminal para auxiliar o processo acabou por violar o princípio da intervenção mínima em sua ótica da inflação legislativa, que culminou na proteção deficiente. Um bônus para o ente estatal sem qualquer ônus para a sua realização.

Com o fito de esclarecer ainda mais a questão, salutar observar o seguinte: com o advento da Lei nº 12.737/12 como forma de dar uma “satisfação” à sociedade no que tange à insegurança na rede, qual a real função da pena nos novos delitos? Faz-se este questionamento, posto que, em uma época tida como a era da informação, na qual todos estão passíveis de ter a sua intimidade devassada com a exposição não autorizada de informações ou dados seus, não resta clara a real intenção do legislador ao cominar uma pena que não suplanta a competência dos

³⁸ Aduz-se do art. 154-A do CPB que, mesmo incidindo a causa de aumento de 1/3 da pena prevista em seu §2º (1/6 a 1/3), destinada aos casos de prejuízos econômicos causados à vítima, à maior pena prevista para o delito (1 ano, de acordo com o *caput* do dispositivo em comento), ainda assim, o somatório não suplantaria 2 (dois) anos, ficando em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses.

Juizados Especiais Criminais³⁹ para o caso de invasão da qual resulte a obtenção de segredos industriais, por exemplo, como é o caso do art. 154-A, §3º, do CPB.

Nesse sentido, assiste razão à autora Patrícia Veloso Gusmao Santana Rassi, ao defender que:

(...) a inflação legislativa desproporcional à realidade que a recebe, desacompanhada de qualquer estruturação administrativa para a aplicação das normas, gerou o caos normativo e a desordem prática, de maneira que não se pode afirmar com segurança qual a finalidade do legislador penal brasileiro e qual a finalidade da pena no direito penal brasileiro⁴⁰

Com isso, o aludido ramo do direito perde sua finalidade primordial, alhures já debatida, e passa a se apresentar como uma falsa saída⁴¹ para combater situações que ensejam o temor social. Em verdade, surge um novo meio de barganha social: cria-se uma lei penal para que a imagem do Estado passe a ser de eficiente, sem que, para isso, precise adotar as políticas públicas necessárias à efetiva resolução do problema.

4.2.3 A Lei nº 12.737/12 repensado à luz do princípio da fragmentariedade

Há autores que optam por dividir o aludido princípio em dois, quais sejam: fragmentariedade de 1º grau, quando então tutela-se o bem jurídico em sua integralidade, que é o que ocorre com a criação dos crimes dolosos; e a fragmentariedade de 2º grau, situação na qual o legislador tutela o risco de perda ou lesão do bem ou, até mesmo, sua lesão parcial, com a criação dos crimes culposos⁴².

³⁹³⁹ Sabe-se que, em tese, seria da competência dos Juizados Especiais Criminais em virtude da diminuta pena cominada aos delitos trazidos pela Lei nº 12.737/12, todavia, não se descarta a possibilidade da saída do caso da esfera de cognição daquele Juízo, diante da complexidade da causa, fator inerente à maior parte dos delitos informáticos. Todavia, ainda que tramitando em Vara Criminal, mister salientar que os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 far-se-iam plenamente aplicáveis.

⁴⁰ RASSI, Patrícia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal mínimo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498>. Acesso em jul 2016.

⁴¹ Como bem assinalado por Aury Lopes Júnior, que, em seu texto *Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira*, afirma que “legislar é fácil e a diarreia brasileira é a prova disso”, observa-se que a atividade legislativa desenfreada costuma ser a saída mais fácil e mais popular no combate à criminalidade.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 12. ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

O princípio da fragmentariedade em questão vem sendo encarado, pela doutrina pátria⁴³, como um corolário do princípio da intervenção mínima, uma vez que trata o direito penal como um fragmento do ordenamento jurídico, cuja atuação só se fará legítima quando ocupar-se de condutas que sejam efetivamente lesivas à paz social, devendo as demais perturbações serem resolvidas com a cominação de indenizações por danos morais ou então sanções de ordem administrativa.

Saliente-se que o Brasil, em verdade, já contava com alguns diplomas legais, nos quais eram contemplados os crimes cometidos no *cyber* espaço⁴⁴, todavia, em nenhum deles, havia a previsão legal do crime de invasão a dispositivo informático, como é o que está previsto na Lei nº 12.737/12. Então, antes do advento deste diploma legal, constatada a existência de prejuízo em virtude da invasão em questão, as pessoas que foram lesadas com a postura, por naquele momento, não poder gozar da tutela penal, poderiam fazer uso de ações indenizatórias, conforme sustentado por Rodrigo Guimarães Colares⁴⁵.

A globalização trouxe aspectos positivos e negativos e, com o avanço industrial e tecnológico, e a conseqüente interligação das sociedades, esses novos centros de preocupações acabaram ensejando a atuação estatal consistente na tipificação de novas condutas.

A preocupação com a criminalidade informática não está adstrita aos limites territoriais de um país, razão pela qual, inclusive, já há, no cenário internacional, documentos elaborados com a finalidade de facilitar a investigação e eventual persecução criminal na era da informação, conforme adiante se verificará.

Assim, quando se perquire acerca da legitimidade da intervenção penal, tem-se ciência dos fatores supramencionados e da necessidade de se dar novos contornos legais a certas situações, sob pena de se suportar os efeitos da aplicação de um ordenamento obsoleto, que deixou de refletir a sociedade para a qual foi elaborado.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 12. ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁴ A título de exemplificação cite-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo art. 241-A já prevê, desde 2008, um crime praticado no mundo virtual. É de se lembrar ainda que o Código Penal, ao prever certas posturas delitivas, não delimitou seu âmbito de ocorrência, razão pela qual, certos crimes nele previstos podem vir a ocorrer no cenário cibernético, como é o caso dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), ameaça, dano, violação a direito autoral, apropriação indébita, dentre outros.

⁴⁵ COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cyber crimes: os crimes na era da informática**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5899-5891-1-PB.pdf. Acesso em 16jun2016.

Desse modo, constata-se que a vedação das posturas trazida pela Lei nº 12.737/12, na era da informação, acaba se tratando de um imperativo de ordem, todavia, a utilização do segmento penal não era imprescindível, especialmente quando se verifica que, para tutelar essa nova situação, teria havido uma desnaturalização do ramo, que renunciou a suas bases históricas humanistas em nome de uma investigação eficaz.

4.2.4 A prejudicialidade da utilização de termos vagos para o princípio da responsabilidade pessoal

O princípio da responsabilidade pessoal consiste na prudência de se aplicar a pena unicamente àquele que praticou o fato tido como delituoso, ou seja, afastam-se as hipóteses de responsabilização por ato de terceiro, ao menos na seara criminal, bem como a imputação de fatos genéricos, o que representaria transferir para a defesa o encargo de provar a sua inocência.

Veda-se, com isso, a possibilidade de formulação de denúncias ou queixas genéricas ou vagas, só sendo válidas exordiaais nas quais há a imputação específica a 1 (um) ou mais autores de uma ou mais condutas tidas como violadoras da norma penal⁴⁶. Frise-se que como forma de efetivação deste postulado, o legislador pátrio previu no ordenamento que o descumprimento desse requisito acarretaria o enquadramento da acusação como inepta, ou seja, a imputação vaga ocasionaria a impossibilidade de instauração da relação jurídico-processual, até porque estar-se-ia obstaculizando a formulação de uma defesa precisa.

O princípio da responsabilidade pessoal acaba ligando-se intrinsecamente ao direito penal na medida em que, de igual modo, constitui-se em óbice à atuação estatal autoritária, desconhecadora dos limites legais. Sua ausência pode ocasionar um resultado prático ainda mais grave, de modo a macular as demais garantias, uma vez que a polissemia da narração acusatória acabaria por gerar a impossibilidade de decidibilidade da verdade processual.

Cumprido retomar aqui a discussão acerca da indefinição de certos conceitos trazidos pela Lei nº 12.737/12.

⁴⁶ Adiante se verificará que essa garantia poderia ser relativizada se houvesse a retirada das vedações da postura em exame do dito “direito penal nuclear”.

O problema gerado pelo *coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei*⁴⁷ goza de repercussões processuais, uma vez que, a partir do momento em que o legislador tipifica a invasão de dispositivo informático alheio, sem especificar, seja no corpo do dispositivo ou em outro artigo, o que vem a ser o dispositivo informático, ou quando criminaliza a conduta de instalar vulnerabilidades, sem, contudo, defini-las, facilita consideravelmente a tarefa acusatória, possibilitando, ainda que indiretamente, uma inversão do ônus da prova, senão vejamos.

Ocorre que, quando há um tipo penal deveras aberto, possibilita-se ao órgão acusador enquadrar naquele tipo uma gama de condutas de gravidade variável e, concomitantemente, dificulta de sobremaneira o trabalho da defesa que, sem saber o que efetivamente seria o dispositivo informático, a vulnerabilidade, ou, até mesmo, em alguns casos, o mecanismo de segurança tratado pelo legislador no mesmo dispositivo legal, fica sem ter como suscitar eventual atipicidade da conduta.

Com isso, vê-se maculado o próprio princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade⁴⁸, uma vez que se passa a admitir o êxito acusatório, simplesmente, ao colocar uma gama de condutas intrinsecamente diferentes no âmbito de abrangência de um mesmo tipo penal, e transfere-se à defesa o ônus de afastar essa imputação deveras abrangente, havendo uma nítida inversão do ônus da prova por um ato normativo infraconstitucional.

Assim, observa-se que o legislador, com a edição dos tipos penais em análise, em verdade, transferiu à defesa o encargo de suportar uma acusação genérica, que impossibilita o pleno exercício de outras garantias constitucionais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88), e macula o princípio da responsabilidade pessoal, fazendo com que os pensadores do Direito questionem se, hoje, há uma exceção à regra da rejeição da denúncia ou queixa por inépcia da exordial acusatória quando eivada de vagueza (arts. 41 e 395, I, CPP) ou se foi mera inépcia do legislador.

⁴⁷ LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed.Porto Alegre: SAFEditor, 2003 in: CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**, p. 86. 3.ed.rev.ampl.atualiz.Salvador: Jus Podivm, 2015.

⁴⁸ Há discussão com relação à nomenclatura da garantia constitucional prevista no art. 5º, LVII, da CF/88, todavia, por não se tratar do assunto principal abordado por este trabalho, mister se faz, tão somente, ressaltar que a maior parte da doutrina trata o referido direito fundamental como princípio da presunção de inocência, todavia, há alguns autores que salientam a importância da utilização da nomenclatura correta que seria, princípio da não culpabilidade, que, traria, inclusive, como consequência processual a garantia ao réu de não ser condenado se o órgão acusador não logrou êxito em fazer prova do que foi alegado em sua exordial.

4.2.5 O princípio do *favor rei* na era dos tipos penais vagos e da inversão do ônus da prova

Na maioria das produções intelectuais que versam sobre o tema, seus autores, em sua grande maioria, limitam suas discussões levando em conta os princípios já analisados acima e o que será debatido a seguir, sendo que o postulado ora em comento tem sua importância minimizada, quando não completamente ignorada.

De forma inovadora, Luigi Ferrajoli⁴⁹, ao tratar do tema, o faz com uma proficiência, ao mencionar o princípio do *favor rei*, inserindo-o na discussão da questão da verdade processual e da certeza nos dois opostos ideológicos, o direito penal mínimo e o direito penal máximo.

Inicialmente, deve-se ter em mente que, com o direito penal mínimo, busca-se o grau máximo de tutela da liberdade dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal. Depois, mister se considerar ainda a limitação da construção do conceito de verdade no âmbito processual, não se podendo esperar das investigações inquisitivas ou, até mesmo, da atividade jurisdicional, ainda que dotada de todos os poderes a ela inerentes, o alcance de uma verdade substancial. Acrescente-se ainda, a tutela do ideal de racionalidade e de certeza.

A atuação do Estado no sentido da condenação do indivíduo, portanto, seria um resultado complexo envolvendo a ponderação de todos os fatores supramencionados.

A condenação não é o resultado lógico do processo criminal, esta situação jurídica, a bem da verdade é deveras complexa, com significativas ramificações, tendo um significado filosófico maior do que a simples condenação, de *per si*.

A penalização do indivíduo deve ser fruto de uma certeza, ainda que relativa, diante das limitações inerentes à atividade jurisdicional, mas uma certeza, devendo, portanto, serem afastadas toda espécie de responsabilidade penal que se funde em pressupostos incertos ou inseguros. Por sua vez, observe-se que a referida certeza como pressuposto condenatório só se obtém mediante a observância das *regras do jogo*.

Trata-se da previsibilidade, aqui devendo ser analisada não apenas sob a ótica normativa, vedando-se tribunais de exceção ou velando pelo princípio da legalidade em sua acepção da anterioridade da lei penal, mas também, sob o viés fático, assim entendida como aquela *motivada por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”⁵⁰*.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed.rev.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed.rev.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

Quer-se com isso dizer que a segurança conferida ao réu ultrapassa a esfera legal, devendo o resultado do processo ter a mínima conexão com o quanto debatido, e mais, atentando-se para o plano da execução, deve haver a estreita correlação entre a condenação e a pena.

Ciente das limitações à reprodução integral e substancial da verdade, cumuladas à necessidade de certeza e segurança, conclui-se então que, por vezes, pode acontecer de um culpado ficar impune, mas jamais deve-se permitir a condenação de um inocente. Pune-se, como mencionado por Ferrajoli, não todos os fatos formalmente enquadrados como delito, mas tão somente, aqueles em que se haja comprovado culpabilidade por sua comissão. De acordo com o autor, a falsa concepção de que o direito penal, em sua atuação, abarcará todos os culpados não passaria de uma ilusão totalitária. Perder-se-iam aqui, em verdade, as garantias construídas ao longo do trajeto histórico de aperfeiçoamento do Estado de Direito em nome do exercício de um poder ilimitado que busca a condenação e cuja “presteza” se faz incompatível com as formalidades processuais.

Assim, o princípio do *favor rei*, do qual é corolário o princípio do *in dubio pro reo*, em que pese ter sido enquadrado por Ferrajoli como condição para atingir a certeza supramencionada, pode-se dizer que seria, em verdade, a consequência prática do processo regido por esses pilares, uma vez que presente qualquer resquício de incerteza, deve haver o afastamento de eventual juízo de condenação.

Partindo para o ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange à Bíblia Política, observa-se que a nomenclatura *favor rei* não foi expressamente adotada pelo legislador constituinte, que, entretanto, ao determinar, no art. 5º, LVII, que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, impede que o magistrado adote qualquer postura que possa antecipar juízo de valor acerca da condenação sem que tenha efetivamente esgotado todas as instâncias judiciais para discussão do assunto, ou seja qualquer restrição à liberdade deve ser feita após uma condenação definitiva, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que cumprido o requisito da fundamentação; traz uma regra sobre o ônus probatório, uma vez que, em razão da presunção de não culpabilidade, atribui à acusação o encargo processual de comprovar a responsabilidade do réu e não a este de fazer prova de sua inocência; e, por fim, que a condenação deve ser fruto da certeza do julgador, devendo eventual dúvida ser aproveitada em favor do réu.

Nesse sentido, mais uma vez, observa-se a violação de outro princípio, pela Lei nº 12.737/12. Além da indefinição dos termos usados pelo legislador causar insegurança à defesa que verá

imputado um delito cuja descrição se faz tão abrangente que há a diminuição do encargo processual acusatório de comprovação da responsabilidade e aumenta consideravelmente o ônus da defesa na busca da prova de sua inocência, observa-se que esta vagueza revestida do manto da legalidade acaba por macular o princípio do *in dubio pro reo* ao possibilitar a condenação com base na incerteza.

Ocorre que quando se cria um tipo legal com a utilização de termos incertos, passa-se a considerar aceitável a exordial que encaixe naquele dispositivo uma conduta imprecisa, afastando-se a necessidade de pormenorização, uma vez que quanto mais vago o termo, mais fácil se faz a subsunção da postura do sujeito agente à norma.

Assim, recebida a denúncia ou queixa, que, mesmo representando uma violação principiológica, atende aos ditames legais, facultada uma produção probatória que torna desequilibrada a distribuição do ônus probatório diante da árdua tarefa da defesa que agora se vê obrigada a provar a inocência do acusado (encargo que antes, frise-se, era da acusação), cria-se a possibilidade de se prolatar uma decisão dúbia, mas, em tese, legal.

Desse modo, em uma análise superficial do tema, diz-se que houve, portanto, o recebimento de uma peça acusatória dita legal, porque conseguiu enquadrar o que foi narrado ao tipo, foi oportunizada uma defesa técnica, acompanhada de uma produção probatória, e prolatou-se uma decisão judicial em conformidade com o quanto debatido em uma relação jurídico-processual. Eis que surge então a imprescindibilidade de se abandonar esse exame perfunctório que, em verdade, só serviu para atender à parcela da sociedade que clamou por uma lei, para entender o que realmente acontece.

A elaboração de uma lei hábil a tratar de fatos cuja volatilidade é notável já se mostrou, conforme observado ao longo do texto, tarefa deveras complexa. Atribuir à cronologia da tramitação do projeto de lei a culpa por eventual falha no seu texto seria, a bem da verdade, incorrer em generalização indevida e desnecessária, uma vez que, não é a lentidão na aprovação do projeto que tornará impecável a sua abordagem⁵¹ ou a rapidez da sua votação que o tornaria eficaz. Todavia, inegável pontuar que no que tange à Lei nº 12.737/12, houve uma aceleração prejudicial, senão vejamos.

⁵¹ Mister salientar aqui que, em se tratando de mundo informático, a vagarosidade na aprovação de projetos de lei que tratem do tema pode representar um perigo, uma vez que, como já mencionado, há uma volatilidade inerente às relações cibernéticas, que acabaria por tornar obsoleto um texto que sequer entrou em vigor.

Frise-se mais uma vez, por oportuno, que não é o tempo de tramitação que maculou o diploma legal em questão, mas o contexto histórico dessa celeridade.

Conforme já discutido anteriormente, a opinião pública, diante de um fato midiático específico, passou a disseminar o medo, a insegurança que o usuário brasileiro deveria sentir ao usar a rede porque o país, supostamente, viveria em um cenário de anomia⁵² quando se falava em delito informático. Produziu-se uma lei mais como uma manobra para manipular a opinião pública do que para tutelar efetivamente bens jurídicos indispensáveis à pacificação social.

Hoje, tem-se um diploma legal específico para delitos cibernéticos, que conta com 4 (quatro) artigos, sendo que, em apenas 2 (dois) deles há a criação de tipos penais. Frise-se que apenas 1 (um) deles deveria efetivamente constar da fração do ordenamento que se ocupa das posturas mais lesivas aos bens jurídicos considerados mais importantes e tidos por indispensáveis à harmonia social e, é também nessa infração que reside a problemática abordada no presente trabalho.

Aduz-se daí, portanto, que se criou um crime informático para atender à ânsia legislativa diante da suposta sensação de impunidade digital, todavia, transferiu-se para a seara processual a insegurança em questão, suportando-se o risco de decisões fundadas em incertezas, que, todavia, se pautam na lei.

Se, antes, suprimiam-se garantias em busca da malfadada verdade real, hoje, maculam-se, de igual modo, direitos fundamentais, abandonando-se, no entanto, a finalidade da busca da verdade real, para adotar o sinuoso trajeto processual baseado no conhecimento perfunctório das condutas – justificado em razão da existência de tipos penais vagos – que dão azo a condenações incertas, mas que afastam da sociedade o temor da impunidade.

⁵² O uso do termo “supostamente” antes da menção à vivência em um cenário de anomia fez-se indispensável, uma vez que, conforme já pontuado, o Brasil já contava com normas que tratavam da questão dos delitos perpetrados no meio eletrônico, só não dispo, contudo, de uma legislação específica, querendo-se com isso dizer que, em verdade, havia dispositivos legais abordando a criminalidade informática, só não tinha uma lei extravagante que tratasse apenas do tema. Inclusive, mister salientar aqui que o caso midiático que teria acelerado a tramitação da Lei nº 12.737/12 já contava com regulamentação legal à época, uma vez que a atriz global teria sido vítima, em verdade, do delito de extorsão (art. 158 do CPB), considerando que suas fotos íntimas foram obtidas quando da realização de reparos em seu computador, em uma assistência técnica, quando então ela teria sido constrangida a pagar vultuosa quantia para não ver divulgadas as referidas fotos (promessa de um mal futuro).

4.2.6 Princípio da lesividade x antecipação da tutela penal na era da informação

Em que pese tratar-se de postulado há muito conhecido pela doutrina, mister se faz dedicar um tópico específico ao princípio da lesividade ou ofensividade, uma vez que, conforme se verificará a seguir, ainda há reiterado desvirtuamento em sua aplicação prática.

O princípio da lesividade – também conhecido pelo brocardo latino *nulla necessitas sine injuria* – em síntese, representa a exigência da lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico provocado pela conduta do agente, ou ainda, como bem colocado por Alice Bianchini, Antonio Molina e Luiz Flávio Gomes, o fato considerado formalmente típico (enquadra-se ao comando normativo) deve considerar o aspecto valorativo da norma penal (preceito legal que existiria também para a proteção de bem jurídico valorado positivamente) e a efetiva afetação do bem jurídico. Portanto, para os autores, exige-se que, da vontade exteriorizada surja uma ofensa expressiva a um bem jurídico tutelado pelo legislador, afastando-se, por sua vez, da ideia da punição da intenção do agente. Completando o raciocínio, defendem que:

Se o velho conceito de culpabilidade impede a responsabilidade penal sem um ato de vontade do agente (está proibido o direito penal do ânimo ou da intenção; o crime impossível, por força do art. 17 do CP, não tem nenhuma sanção), o novo princípio da ofensividade exige que dessa vontade exteriorizada nasça uma ofensa ao bem jurídico protegido (lesão ou perigo de lesão). A propecta concepção da culpabilidade é o limite subjetivo da responsabilidade penal. A ofensividade é o patamar mínimo para que isso aconteça.⁵³

Trata-se de baliza estabelecida e que deve ser observada tanto pelo legislador, na criação de novos tipos penais, devendo-se reservar ao Direito Penal, tão somente, posturas que representem uma efetiva ofensa aos bens jurídicos por ele tutelados, e também aos juristas, que só devem conferir o aval à intervenção estatal quando constatada mácula ao interesse protegido, em virtude de uma lesão ou de um perigo de lesão, considerando materialmente atípico tudo o que não se enquadre aí.

Desse modo, entende-se que o crime não é tão somente o enquadramento legal de uma postura, mas também seu resultado no caso concreto, que seria uma ofensa a um bem jurídico tutelado em tal monta que justificasse a intervenção do Estado.

No art. 154-A do CPB, com a redação trazida pela Lei nº 12.737, tem-se como resultado, no caso concreto, a invasão a dispositivo informático alheio, com um fim especial de agir, qual

⁵³ BIANCHINI, Alice, DAHER, Flávio e GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. LivroeNet, Atualidades do Direito. Atualizado até agosto de 2015. p. 33

seja a obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações, ou a instalação de vulnerabilidades. Saliente-se que, na era da informação, considerando a importância profissional e social de certos dispositivos eletrônicos vêm alcançando, tal resultado lesivo não foge do cotidiano, razão pela qual, em que pese se questionar a mácula causada a outros princípios pelo tipo em questão, não se pode negar a real ofensa que representa o ato nele descrito.

Se, com a infração penal supra examinada, não se vislumbra mácula ao princípio em exame, de outro lado, não se pode afirmar o mesmo de outro delito informático trazido pelo referido diploma legal, qual seja, o §1º do art. 266 do CP, no qual é trazida uma nova modalidade do crime cujo *nomen juris* atual é: interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

O crime em questão faz parte da gama de delitos tidos como crimes abstratos, nos quais não se aguarda a ocorrência de uma efetiva lesão ou da colocação em um contexto de perigo real e concreto para que se justifique eventual persecução criminal, bastando que ocorra, tão somente, a geração de um risco, de um perigo.

Trata-se de uma tentativa estatal de contornar a sensação de insegurança através da antecipação da tutela penal. Essa hipertrofia do direito penal, na era da informação, é resultado da perpetuação do sentimento de proximidade do risco, principalmente pela opinião pública com a intensa cobertura de incidentes decorrentes da suposta ausência de legislação.

No tipo penal supracitado não é exigida a caracterização de resultado danoso para restar configurado o delito, representando, assim, uma forma de atender ao clamor popular de uma sociedade que não estaria suportando aguardar uma lesão a um bem jurídico para que então se aplique uma pena.

Além do prejuízo legislativo que advém da inobservância do princípio da ofensividade, o Judiciário, em alguns casos, de igual modo, vem adotando decisões prejudiciais, baseando-se no frágil argumento do caráter abstrato dos delitos. Neste diapasão, não têm adiantado as críticas doutrinárias acerca da inconstitucionalidade desses tipos penais, suscitando, por vezes, que o perigo ainda não existiria, tendo o legislador se antecipado e criminalizado a *simples atividade*⁵⁴.

⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**, 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112.

O operador do direito não pode ser um mero reproduzidor das normas elaboradas, mas deve representar, verdadeiramente, um intérprete sem que, com isso, afaste-se da missão do Direito Penal, qual seja o da proteção dos bens jurídicos indispensáveis à paz social e o afastamento da vingança privada.

Com isso, almeja-se defender que a norma, a bem da verdade, não seria um fim em si mesma, perseguindo uma teleologia maior que só será alcançada através da percepção de uma coerência interna, não sendo suficiente, portanto, que se cumpra a lei tão somente por que o legislador o determinou ou que se legitime o poder tão somente em razão do seu exercício. Tal entendimento – necessidade de cumprir a lei com base em uma finalidade maior, baseando-se, para tanto, principalmente, nos princípios – se afastaria do que Zaffaroni convencionou chamar de *confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional*⁵⁵.

Esgotar as explicações na legalidade formal é uma postura ideológica insuficiente para conferir o caráter de legítimo ao sistema penal, uma vez que o conceito de legalidade corresponde a uma etiqueta, que pode ser colocada pelo legislador onde melhor lhe aprouver, tanto podendo servir como meio de proteção dos mais fracos, quando na confecção de uma ideologia de extermínio “plenamente justificável”.

Tentar justificar a utilização de um tipo penal, no qual claramente há uma transindividualização do bem jurídico em nome da segurança pública, por exemplo, significaria, como bem colocado por Zaffaroni, uma outra forma de *debilitar ou cancelar a legalidade penal*⁵⁶, uma vez que a ampla abertura que se tem nesses crimes dá ensejo à arbitrariedade.

Cumulado ao que foi explanado acima, tem-se ainda a questão das incertezas técnicas e científicas sobre o mundo digital: como empreender mecanismos mais efetivos de controle sem restringir consideravelmente a liberdade que ainda impera na esfera informática, como adotar técnicas mais efetivas de coibir o anonimato que ainda perdura na rede, dentre outros.

Assim, coíbem-se as posturas de interromper, impedir ou dificultar o restabelecimento de serviço telemático ou de informação de utilidade pública e de instalar vulnerabilidades, sem sequer delimitá-las, como forma de agigantar a tutela penal, que, agora, poderá abranger todas

⁵⁵ ZAFFARONI, Ernesto Raúl. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. **Em busca das penas perdidas: a legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 17.

⁵⁶ ZAFFARONI, Ernesto Raúl. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. **Em busca das penas perdidas: a legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.28.

aquelas condutas ainda não conhecidas, mas que, de alguma forma, podem representar um risco ao normal funcionamento da engrenagem informática.

Observa-se, portanto, que a inobservância do princípio lesividade causada pela espiritualização desarrazoada do bem jurídico, aqui, ocorreu como uma forma de assegurar, em verdade, o normal funcionamento do serviço telemático ou de informação de utilidade pública, aferindo-se daí a ciclicidade da história: criou-se a internet como forma alternativa de comunicação militar diante do receio de eventual ataque russo e hoje tipifica-se, justamente, uma conduta que reflete o maior receio norte-americano.

4.3 TIPOS PENAIIS TRAZIDOS PELA LEI Nº 12.737/12

Após a análise do referido diploma legal sob a ótica principiológica, passa-se então à análise das suas figuras típicas, retomando algumas das críticas suscitadas anteriormente, perquirindo-se acerca da real intenção do legislador ao tipificar certas condutas.

O primeiro dispositivo a ser analisado é o art. 154-A, art. 2º do diploma legal em comento, *in verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita

À primeira vista, logo se verifica, conforme já mencionado, que o tipo penal em questão viola o princípio da legalidade, na acepção da necessidade de lei certa, ao se colocar um conceito deveras abstrato, como o é o *dispositivo informático*, sem qualquer explicação adicional. O legislador deixou, portanto, amplo o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Não há como aduzir da simples leitura do artigo em questão qual teria sido a real intenção do legislador, se o receio de restringir o conceito em questão, tornando-o deveras inócuo diante do avançar tecnológico irrefreável, ou se teria havido o temor de restringir o conceito de tal modo a deixar sem ser abrangida pela lei posturas consideravelmente lesivas. De uma forma ou de outra, aí o Direito acabou fugindo de sua função primordial, qual seja a de disciplinar relações sociais e impor normas de conduta.

É cediço que, com o progresso, o futuro seria marcado pela criação de novos crimes visando a atender aos novos bens jurídicos, oriundos de novas preocupações. Já há casos no ordenamento brasileiro, a exemplo dos crimes ambientais, no qual, o legislador optou, em tese, por proteger

a dignidade humana das gerações presentes e vindouras, ao cominar pena de prisão para posturas que, de alguma forma, lesassem um bem tido como supraindividual.

Há autores, a exemplo de Hassemer, conforme explica Ana Carolina Carlos (20012), que entendem ser necessária a intervenção estatal para que haja a efetiva tutela desses novos interesses, todavia, não através da via penal por se tratar de modalidade inadequada para atingir a referida finalidade.

Ainda no que tange à legalidade, observa-se que o legislador optou por fazer uso da expressão *vulnerabilidades*, sem explicar, contudo, no corpo do texto ou, até mesmo em outro dispositivo legal, o que seria efetivamente o aludido termo. Mais uma vez, observa-se a amplitude de interpretação que pode ser conferida ao conceito.

Saliente-se, por oportuno, que até mesmo o PLS 236/2012 (Novo Código Penal), cujo exame far-se-á em tópico específico, que teve sua tramitação iniciada em 10/07/2012, ou seja, em época anterior à promulgação da Lei nº 12.737/12 (30/12/2012), em seu art. 208, o legislador apresentou alguns conceitos indispensáveis à delimitação das possíveis interpretações que seriam conferidas pelo magistrado, todavia deixou-se de explanar o que viriam a ser as supramencionadas *vulnerabilidades* da atual lei dos delitos informáticos.

Frise-se, entretanto, que apesar de deixar *in albis* o conceito acima, o legislador, no PLS 236/2012, trouxe alguns conceitos que auxiliarão no exame das posturas então conhecidas por cybercrime, a exemplo do que vem a ser sistema informático, dados informáticos, provedor de serviço e dados de tráfego. O trabalho em questão levou em consideração o quanto disposto no art. 1º da Convenção sobre o Cibercrime (Budapeste), pacto internacional através do qual os Estados membros do Conselho da Europa e outros signatários convencionaram adotar uma política criminal comum no combate aos crimes no ciberespaço.

Ademais, há ainda outra mácula principiológica contida no art. 154-A da Lei nº 12.737/12, qual seja, a violação ao postulado da proporcionalidade.

Ao dispor que a invasão a dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, deve se dar mediante violação indevida de mecanismo de segurança, o legislador deixou de tutelar aqueles que não possuem a referida proteção, mas, que, de igual modo, estão sujeitos à supramencionada invasão e, inclusive, são até mais vulneráveis.

Desse modo, ao proteger de forma deficiente o bem jurídico, o legislador, ao não prever a invasão de dispositivo informático alheio sem a proteção em questão no tipo penal, tutelou, em

evidente desproporção, bens em uma mesma situação. Trata-se de violação ao princípio da proporcionalidade em sua acepção proteção deficiente.

Constata-se ainda que a previsão de pena tão diminuta não representa violação a princípio constitucional e/ou legal, mas revela o caráter essencialmente preventivo do artigo, expliquemos.

Ocorre que, ao cominar a pena máxima de 1 (um) ano, o legislador o fez de forma a premeditar a consequência processual. Delitos cuja pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos tramitam perante os Juizados Especiais Criminais. Ainda que, na “pior” das hipóteses, haja uma situação que justifique a retirada do processo do juizado, a exemplo da complexidade dos fatos⁵⁷ (situação plenamente possível, bastando considerar a dificuldade que seria a produção probatória cibernética), é de se observar que será possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95: a transação (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Com isso, então, observa-se que o legislador não almejou aprisionar, efetivamente, o sujeito ativo do delito informático em questão, ao mesmo tempo em que não se preocupou efetivamente com a vítima que teve os seus dados devassados.

Outra figura típica trazida pela Lei nº 12.737/12, em seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

Aduz-se daí que o tipo penal em questão consiste em uma mácula aos princípios já abordados, uma vez que se utilizou da seara penal para tutelar interesse que poderia ser protegido por outro ramo do direito.

Conforme já analisado, na era da informação, há novos interesses que merecem a atenção estatal e que não devem ficar sem regulamentação, todavia, não se deve perder de vista que o direito

⁵⁷ Enunciado nº 18 do FONAJE: Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado e sendo o caso do artigo 77, parágrafo 2.º, da Lei n. 9.099/95, as peças serão encaminhadas ao Juízo Comum.

penal é um ramo jurídico destinado a tutelar bens jurídicos indispensáveis à harmonia social. Assim, reconhece-se que a normalidade dos serviços telemáticos ou de informação de utilidade pública é de grande relevância social, todavia, não se faz indispensável utilizar aquele fragmento do ordenamento jurídico que deve se destinar a tutelar os interesses sociais mais importantes para mantê-la.

A bem da verdade, tratar-se-á de mais um dispositivo legal criado com finalidade eminentemente preventiva⁵⁸, que contribuirá para a inflação legislativa existente.

5 DIREITO PENAL MÍNIMO: A LEI Nº 12.737/12 ESTARIA EM CONSONÂNCIA COM OS SEUS ENSINAMENTOS?

Passa-se então a se perquirir acerca da real necessidade da norma, fazendo uma releitura da situação legislativa brasileira no que tange aos delitos informáticos sob a ótica do direito penal mínimo.

O Direito Penal, divergências à parte, ainda é visto como um eficaz mecanismo de tutela dos bens da vida indispensáveis à segurança e à tranquilidade da sociedade, exercendo, portanto, um relevante papel no controle social. No entanto, sua atuação se dá, como colocado pela doutrina, de forma *contundente e ameaçadora*⁵⁹.

Em razão desse seu caráter incisivo, o Direito Penal deve ter sua utilização adstrita aos casos mais graves, cujas dimensões justifiquem a efetiva necessidade de intervenção estatal, sob pena de se tolerar o seu agigantamento, o que culminaria em um cenário de inflação legislativa e consequente sensação de impunidade.

Eis que ganha espaço, então, um movimento que propõe a compreensão do Direito Penal como *ultima ratio* e a sua releitura com assentamento nas máximas garantias e nos princípios, trata-se do direito penal mínimo. Nesse sentido, inclusive, é o que expõe Luigi Ferrajoli:

(...) não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e

⁵⁸ Mister salientar que, até o presente momento, ainda não há decisão condenatória, proferida pelos tribunais pátrios, que tenha se baseado no dispositivo legal em análise.

⁵⁹ RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. Direito Penal Mínimo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3. Acesso em 04jul2016.

contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (...)

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me, com isso, tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. (...)⁶⁰

O movimento em questão, que tem como principais pensadores o criminólogo italiano Alessandro Baratta, o penalista e criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e o penalista italiano Luigi Ferrajoli, amolda-se ao conceito de Estado de Direito e também, perfeitamente, às propostas democráticas trazidas pelo legislador constituinte, especialmente no que tange ao fundamento da República Federativa do Brasil constante no art. 1º, III, da Carta Magna⁶¹.

Aduz-se, portanto, que o direito penal mínimo pode ser entendido como um elemento orientador e limitador do poder incriminador do Estado, que só deve atuar através do Direito Penal quando as demais instâncias legais de controle falharem na tutela de determinado bem jurídico, conflitando-se assim com o ideal do direito penal simbólico e do direito penal de emergência, nos quais há a intervenção estatal desprovida de qualquer legitimidade, uma vez que não busca a pacificação social levando em conta os diferentes e complexos aspectos do fenômeno criminológico, mas, tão somente, usa o direito penal como *instrumento simbólico ou promocional da política estatal em detrimento de bens jurídicos relevantes*⁶², atendendo assim, à ânsia de manipular a opinião pública.

No que tange especificamente à Lei nº 12.737/12, observou-se que, em verdade, o diploma legal tratar-se-ia de manobra para conter os anseios populares. O Brasil, em alguns casos, já contava com previsões legais que visavam coibir posturas lesivas perpetradas na seara informática, em que pese não ter coibido anteriormente, especificamente, a invasão a dispositivo informático e a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 1.ed. italiana, Noberto Bobbio, 4.ed.rev., São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 101.

⁶¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

⁶² RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal mínimo**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3. Acesso em 05jul2016.

Ocorre que, ciente de toda a complexidade inerente à atividade legiferante na era da informação e do próprio fenômeno criminológico, o legislador, ainda assim, optou por criar tipos penais deveras abstratos (art. 154-A do CPB) e por antecipar a criminalização de uma postura para que fosse evitado um dano maior (art. 266, §1º do CPB), sem sequer cogitar da maior adequabilidade de outros setores para regular a situação. Desse modo, desvirtuou a finalidade maior do direito penal, ignorando o quanto proposto pela vertente doutrinária em análise, usando o direito penal como um instrumento simbólico, principalmente quando se observa o quanto estipulado no preceito penal secundário.

Ao tipificar condutas com uma finalidade nitidamente preventiva, focando na prevenção geral negativa, sem efetivamente se cogitar da prevenção especial, com a efetiva aplicação da pena, atentando para seu caráter preventivo e educativo, o legislador pátrio contribuiu para a situação de inflação legislativa que já vigora no país.

Não há, até o presente momento, acórdão dos tribunais pátrios que versem sobre a aplicação da nova modalidade de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública trazida pela Lei nº 12.737/12. Além disso, em consulta à jurisprudência pátria, constata-se ainda que a maior parte das decisões proferidas pelos juízos *ad quem* que versam sobre o art. 154-A do CPB referem-se ao saneamento de dúvida referente à sua aplicação ou a do art. 155, § 4º, II da norma penal e, em geral, opta-se pela incidência deste último.

Com isso, observa-se, portanto, que a Lei nº 12.737/12 foi elaborada em total dissonância com os ensinamentos trazidos pelo direito penal mínimo, uma vez que não se cogitou da atuação subsidiária do direito penal, tendo o legislador se valido do aludido ramo com o fito de, unicamente, dissuadir certos tipos de postura, sem se preocupar com a efetiva aplicação da norma, contribuindo assim para uma inflação legislativa e para reforçar o entendimento no sentido de que o referido diploma legal teve tão somente uma finalidade populista, levando o intérprete a questionar qual a efetiva teleologia da norma.

6 (I)LEGITIMIDADE DA LEI Nº 12.737/12: O QUE SE BUSCA TUTELAR EFETIVAMENTE COM O DIPLOMA LEGAL?

A teleologia do diploma legal em análise não foi bem delimitada pelo legislador que, ao elaborá-lo, além de deixar conceitos relevantes não retratados objetivamente, de modo a aumentar

consideravelmente o coeficiente de variabilidade das condutas ali narradas, cominou penas sem observar os parâmetros do ordenamento pátrio, deixando condutas que reputa de ofensividade considerável⁶³ para serem discutidas, em sua maioria, no âmbito do Juizado Especial Criminal.

Com isso, passa-se a questionar se, com essa expansão desenfreada do direito penal, que acabou por provocar uma inflação legislativa e uma tutela, em tese, ineficaz dos bens jurídicos que se propôs tutelar, teria havido o afastamento das suas finalidades legais (art. 59 do CPB), uma vez que não mais haveria a preocupação de se obter punição proporcional ou de reinserção social, mas como afirmado pelo Professor Rudá Figueiredo⁶⁴, a intenção de criação de norma com a finalidade de dissuadir comportamentos indevidos. Aqui, conforme suscita o autor, passa-se a observar uma crise do direito penal de base liberal, uma vez que passa a ser usado como forma de controlar macroproblemas sociais ou estatais, antecipando a atividade legiferante a fim de que se coíba a criação de perigos e não de lesões aos bens jurídicos, tendo como finalidade a prevenção de situações problemáticas e não a proteção dos referidos interesses.

Quando se levanta o ponto em questão retoma-se o debate acerca da necessidade de intervenção penal para regular os crimes digitais, seguindo o rumo do direito internacional sobre o tema, ou da dispensabilidade dessa interferência estatal, valendo-se, para tanto, de argumento no sentido de que, na ciência do direito, poderiam ter outros ramos mais apropriados e menos lesivos para tratar da questão. Aqui, entretanto, não se abordará a questão principiológica e eventual mácula decorrente da atividade legislativa, mas se analisará o bem jurídico que eventualmente se busca proteger, bem como o contexto no qual ela se encontra inserida para que se possa entender qual o objetivo do legislador.

6.1. BEM JURÍDICO

Com o avançar tecnológico, surgiu a necessidade de um novo olhar sobre velhos direitos, a exemplo da intimidade e da liberdade de expressão, e de se perquirir acerca da tutela jurídica

⁶³ Chegou-se a tal conclusão diante da rapidez que foi conferida à tramitação do projeto de lei que culminou na publicação da Lei nº 12.737/12 e, também, em virtude do próprio cenário no qual as posturas estão inseridas, qual seja, a era informação, contexto marcado pela globalização, fenômeno responsável pela considerável ampliação dos resultados lesivos dos delitos informáticos que se dá em razão de 2 (dois) fatores: progresso tecnológico com a conseqüente relativização do conceito de soberania

⁶⁴ FIGUEIREDO, Rudá. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/.../1/Dissertacao%20rudá%20figueiredo.pdf. Acesso em 25ago2016.

que se deve ou não dispensar aos novos bens jurídicos, surgindo a problemática da adequação do Direito a esse novo cenário.

Ainda que não definida a questão do Direito e da Internet, no âmbito legislativo, como ressalta Neide Bueno⁶⁵, vários são os projetos de lei tramitando e, assim o é, desde 1995, ano do início da oferta comercial de conexões no Brasil.

Um pensamento doutrinário que resume essa preocupação é o posicionamento de Antonio Carlos Segatto e Carlos Eduardo Cazelatto que esclarecem o seguinte:

Cabe ao legislador penal tipificar os ilícitos decorrentes das tecnologias informáticas, como também selecionar os bens jurídicos emergidos dessa mutável realidade, já que os mesmos também podem ser objeto da tutela cível através da conversão do ato ilícito em perdas e danos.⁶⁶

A problemática dos crimes digitais seria, dentre outras, a definição do bem jurídico que se estaria tutelando ao criar estas novas figuras típicas. Pergunta-se se haveria um novo bem jurídico ou um já existente, todavia, com nova roupagem. Já há alguns autores, a exemplo de Ana Karolina Calado da Silva⁶⁷, que entendem que a informação seria o bem supraindividual que deve ser protegido *prima facie*, uma vez que outras violações estariam ligadas ao dado ora violado.

De outro lado, Antonio Carlos Segatto e Carlos Eduardo Costa Cazelatto⁶⁸ entendem que, com a tipificação, o bem jurídico penalmente tutelado pode ter sido a inviolabilidade dos dados informáticos, mas estes são entendidos como corolário do direito à vida privada e à intimidade, ou seja, para os autores, a atuação do legislador, em verdade, foi uma forma de efetivar o respeito e proteção aos direitos fundamentais que seriam, em última instância, protegidos.

⁶⁵ BUENO, Neide. **Breves considerações sobre os crimes eletrônicos e a regulamentação da internet.** Disponível em: riccipi.com.br/wp-content/uploads/2013/10/doutrina_01. Acesso em 29jun2016.

⁶⁶ CAZELATTO, Carlos Eduardo Costa e SEGATTO, Antonio Carlos. Dos crimes informáticos sob a ótica do meio ambiente digital. Disponível em: periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3713/2469. Acesso em 29jun2016.

⁶⁷ SILVA, Ana Karolina Calado da. O estudo comparado dos crimes cibernéticos: uma abordagem instrumentalista-constitucional acerca de sua produção probatória em contraponto à jurisprudência contemporânea brasileira. Disponível: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12778>. Acesso em maio de 2016.

⁶⁸ CAZELATTO, Carlos Eduardo Costa e SEGATTO, Antonio Carlos. **Dos crimes informáticos sob a ótica do meio ambiente digital.** Disponível em: periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3713/2469. Acesso em 29jun2016.

Nesse sentido, mister colacionar o entendimento de Celso Antonio Pacheco Filho e Christiany Pegorari Conte:

Dessa forma, o direito à dignidade, de maneira geral e como princípio constitucional, impõe a defesa da integridade física e espiritual do homem como dimensão inalienável da sua individualidade autonomamente responsável: a garantia da identidade e integridade da pessoa pelo livre desenvolvimento da personalidade. Destarte, a proteção dos direitos fundamentais constitui corolário lógico do pilar constitucional da tutela da dignidade e a referida tutela ganha especial relevo diante de novas violações a direitos que podem surgir no contexto do meio ambiente digital.⁶⁹

Saliente-se que os ditos novos bens jurídicos, divergências à parte⁷⁰, são interesses que, há muito, já gravitavam no centro de preocupações do legislador constituinte, que optou por tutelar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88), a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas e de dados (art. 5º, XII, CF/88) e o próprio acesso à informação (art. 5º, XIV, CF/88).

Não obstante tratar-se de direitos fundamentais que, por vezes, na prática, entram em aparente⁷¹ conflito, não se discutirá aqui essa questão da suposta colisão dessas garantias constitucionais, mas tão somente a legitimidade ou ilegitimidade da intervenção penal para a tutela desses interesses e, neste ponto específico, qual seria o bem jurídico.

Há de se entender, em verdade, que, para melhor compreensão da Lei nº 12.737/12, mister se faz dividi-la em 2 (duas) partes para entender qual o bem jurídico que se visa tutelar. Observe-se que no art. 2º, o qual contém a nova redação do art. 154-A do CPB, tutela a confidencialidade e a integridade do dado, que, por sua vez, integram o direito fundamental da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, posto que, com a invasão praticada pelo ofensor, viu-se rompida a expectativa de privacidade da vítima. Quer-se com isso dizer, portanto, que a teleologia da norma, aqui, foi mais abrangente, almejando o legislador efetivar a proteção aos direitos fundamentais supramencionados.

⁶⁹ CONTE, Christiany Pegorari e FILHO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Capítulo 3, p. 05

⁷⁰ A menção à existência de divergência aqui faz-se necessária diante da celeuma doutrinária a respeito do efetivo caráter de novidade do bem jurídico em questão.

⁷¹ Em que pese não se discutir esta questão especificamente, mister salientar que a utilização do termo aparente fez-se indispensável na passagem em questão, uma vez que diante da regra hermenêutica do princípio da unidade da constituição, o conflito seria, de fato, hipotético, porque com a análise do caso concreto, far-se-á necessária a percepção de qual direito fundamental deverá prevalecer, uma vez que a Constituição Federal não pode estar em conflito consigo mesma, sendo um complexo harmonioso de normas.

De outro lado, no art. 3º da Lei nº 12.737/12, ao prever que incorre na pena do *caput* do art. 266 do CPB quem interrompe o serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento, o legislador infraconstitucional não objetivou proteger uma garantia constitucional específica, pois, em que pese resguardar a disponibilidade da informação ao seu usuário, este é, tão somente, um efeito secundário da criminalização que, aqui, está mais preocupada com o tráfego de dados do que com qualquer outro bem jurídico de titularidade definida. Frise-se que se trata, portanto, de bem supraindividual, pois, com a vedação de tal conduta, um grupo ou categoria de indivíduos impossível de se determinar precisamente se beneficiará da tutela estatal, desde que, verificado, no caso concreto, que foram prejudicados com a anormalidade do serviço telemático imputável a alguém.

Assim, verifica-se que a definição do bem jurídico dos novos tipos penais não é tema pacífico na doutrina e não é de fácil percepção na Lei nº 12.737/12, sendo uma solução viável dividir o referido diploma a partir da análise dos crimes por ela trazidos, observando se há uma vítima específica que foi lesada ou se, em verdade, tutela-se um bem sem titularidade definida.

O questionamento acerca do bem jurídico a ser tutelado ganha relevância na discussão da legitimidade ou ilegitimidade da tipificação das posturas, uma vez que a discussão acerca da subsidiariedade do Direito Penal gira em torno justamente do interesse que se visa tutelar. Uma vez identificado o bem jurídico, que se passa a saber se há uma efetiva indispensabilidade à harmonia social e se sua regulamentação por outros ramos do Direito já não seria suficiente.

Assim, observa-se que, com a era da informação, surgiram novos interesses e houve a ampliação de antigos interesses, com novas conotações, ambos dignos de tutela estatal, todavia, o legislador pátrio antecipou-se ao fazer uso do direito penal para protegê-los sem que antes observasse a viabilidade de utilizar outro ramo menos lesivo e mais compatível com os moldes da proteção da qual se valeu.

Ao tentar tutelar a confidencialidade e a integridade do dado ou ainda a normalidade do tráfego de dados com o direito penal clássico, o legislador incorreu em dois erros, falhou ao tentar proteger um bem jurídico com uma norma que, com caráter nitidamente preventivo, até o presente momento, teve sua aplicabilidade restrita (o que afasta seu caráter de indispensável), e maculou as garantias que são inerentes ao referido segmento. Quer-se com isso dizer que a aludida tentativa não logrou êxito e independente do bem jurídico que se entenda que se tentou tutelar com os novos tipos penais, ele restou desprotegido.

6.2. ANTINOMIA ENTRE O DIREITO PENAL CLÁSSICO E O DIREITO PENAL MODERNO

Considerando que não se logrou êxito ao tentar tutelar o bem jurídico supramencionado com a Lei nº 12.737/12 se observadas as garantias do direito penal clássico, passa-se a analisar a antinomia existente entre ele e o direito penal moderno e sua relevância para o tema em debate.

Quando se suscitou a possibilidade de ocorrência de violação a princípios como o da legalidade e o da lesividade, questionando-se se haveria vedação de condutas geradoras de dano real ou efetivo ou a antecipação do legislador, ao tipificar posturas que gerassem, tão somente, um perigo abstrato, teve-se àquele direito penal que surgiu como uma reação ao direito natural, com um viés mais humanista, que tinha como preocupação a tutela das liberdades asseguradas no contrato social, colocando, como sustentado por Ana Carolina Carlos de Oliveira⁷², o indivíduo como cerne da elaboração das ideias revolucionárias iluministas.

Com a globalização, conforme já analisado, novos centros de preocupações acabaram por surgir, trazendo a atenção do legislador penal. A ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária, os danos ambientais e as relações cibernéticas são apenas alguns exemplos das situações que atraíram a atenção do Estado.

Neste novo cenário, a intervenção estatal foi efetivada como uma forma de contenção de fracasso. Sem adotar políticas públicas eficazes no tratamento de delitos que ganharam novas repercussões ou de novas infrações penais, o legislador passou a se valer do Direito Penal como forma de dissuadir comportamentos negativos. Reitere-se que, a partir deste momento, já não mais subsiste a preocupação com a dupla finalidade da pena (prevenção e repressão), deixando de ser imprescindível a proteção direta de bens jurídicos pela lei penal, que agora passou a prevenir um perigo. É o que alguns convencionaram chamar de Direito Penal Moderno, do Risco ou Preventivo. O direito penal, então, de ramo subsidiário, passou de *ultima ratio* a *prima ratio*.

Nesse cenário de agigantamento da atuação estatal penal, que, agora passa a intervir em situações nas quais não se define exatamente o que se busca proteger, colocando todos os bens

⁷² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016.

tutelados em um grande grupo, o qual vem sendo chamado de bens supraindividuais, que surgem vertentes doutrinárias que o criticam, dentre elas ganhou espaço a Escola de Frankfurt.

6.2.1 Escola de Frankfurt

Os autores do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Frankfurt, divergências internas à parte sobre questões pontuais, adotam uma postura de *resistência às alterações legislativas e dogmáticas de cunho expansivo que formam o direito penal contemporâneo*⁷³, entendendo, assim, que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, só se justificando sua incidência em condutas que lesem de forma efetiva bens jurídicos indispensáveis à harmonia social. Nesse sentido é o que pontuam Fábio Guedes de Paula Machado e Roberta Catarina Giacomo:

Assim, de um lado está a defesa da teoria do bem jurídico estritamente individualista, pela qual o Direito Penal deve dedicar-se tão somente à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia, já que o Direito Penal não pode tutelar bens jurídicos vagamente configurados⁷⁴.

Esse expansionismo do Direito Penal deu-se como forma de contenção de novos riscos, mormente em razão da época em que se deu. Na transição do Estado liberal para o Estado Social, posterior à Segunda Guerra Mundial, de feições nitidamente mais intervencionistas, aquele ramo jurídico foi usado, como salientado por Ana Carolina Carlos de Oliveira⁷⁵, como mecanismo de organização.

⁷³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016.

⁷⁴ GIACOMO, Roberta Catarina e MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO. Acesso em 03ago2016

⁷⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016.

A crítica dirigida ao Direito Penal surgido nesta época, o Direito Penal moderno, versa, dentre outros, sobre a incompatibilidade entre as garantias inerentes àquele ramo e a inconsistência dos tipos de relação que ele passou a reger.

Como consequência, de relevante destaque para o quanto debatido no presente trabalho, tem-se a inexatidão das expressões usadas pelo legislador. Este ponto, inclusive, seria uma das críticas elaboradas por Hassemer, citado por Ana Carolina Carlos (2012), que destaca a vagueza dos tipos penais fruto do expansionismo da promoção social que passou a ser realizada através do Direito Penal.

Introduzida a ideia do direito penal moderno, passa-se, então, à análise da sua relevância para os novos tipos penais informáticos trazidos pela Lei nº 12.737/12.

6.2.2 Direito Penal moderno e a Lei nº 12.737/12

A criação dos tipos dos art. 154-A e art. 266, §1º do CPB se deu como uma forma de estabilização social, sendo, portanto, fruto de uma desnaturalização do Direito Penal, uma vez que o diploma legal que os criou teve sua tramitação deveras acelerada em virtude de uma situação tida, supostamente, como emergencial. O que representa então a Lei nº 12.737/12 que não uma tentativa do legislador de atender às expectativas de segurança?

Trata-se, portanto, do que Alexandre Barata, citado por Rudá Figueiredo (2014), convencionou chamar de tecnocracia, assim entendida como a tática de manutenção dos poderes a partir da adoção de posturas que agradam a opinião pública⁷⁶.

O próprio cenário que o referido diploma tenta regular é tão fluido e incerto quanto aos seus limites que inserir um ramo do direito marcado por formalidades indispensáveis à segurança dos seus destinatários, nesse contexto, seria assumir o risco de se criar normas deveras abertas para que não se tornassem inócuas.

Daí porque, como lembra Ana Carolina Carlos (2012), Jesus Maria Silva Sánchez, ao analisar o que pontua a Escola de Frankfurt, chamou a atenção para a inadaptação do desenvolvimento econômico da atualidade ao idealismo ingênuo do Direito Penal e para a resposta vagarosa e as

⁷⁶ FIGUEIREDO, Rudá. Direito de Intervenção e Lei 12.846/13: a adoção do *compliance* como excludente de responsabilidade. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17475>. Acesso em 08ago2016

limitações práticas do próprio ramo⁷⁷, bastando lembrar, para tanto, que ele foi originalmente idealizado como uma proteção do indivíduo frente à atuação estatal, ou seja, surgiu como uma espécie de garantia e não como forma de assentar anseios sociais de segurança, como atualmente se quer.

Não obstante haver fortes argumentos na defesa do minimalismo penal defendido pela Escola de Frankfurt, eis que ainda pairava a dúvida a respeito do que poderia ser feito a fim de se tutelar esses novos bens jurídicos, se seria com o Direito Penal propriamente dito, com uma adaptação sua, ou com um ramo intermediário.

6.3. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO EXPANSIONISMO PENAL E SUA VIABILIDADE PARA AS NOVAS DEMANDAS BRASILEIRAS

Neste ponto, merecem destaque duas propostas distintas, conforme tratado por Ana Carolina Carlos (2012): o direito de intervenção, defendido por Hassemer, e o direito penal de segunda velocidade, sustentado por Jesus Maria Silva Sánchez, que, saliente-se, por oportuno, não faz parte da Escola de Frankfurt, mas a analisa.

Convém ressaltar que, não obstante os autores proponham a necessidade de limitar esse agigantamento da tutela penal, restringindo o Direito Penal a um grupo de delitos ao qual se justificaria a imposição da supressão da liberdade, suas teorias divergem, mormente no que tange ao âmbito de tramitação dos processos que versem sobre as infrações que deveriam ser retiradas do âmbito de abrangência daquele segmento jurídico.

Hassemer, com o direito de intervenção, propõe a independência do sistema penal, defendendo assim, uma administrativização. Silva Sánchez, por sua vez, sustenta a manutenção dentro daquele, com a observância às regras processuais penais, justificando que seu potencial estigmatizante funcionaria como uma espécie de prevenção geral⁷⁸.

⁷⁷ Idem

⁷⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016

6.3.1. O direito penal de segunda velocidade seria suficiente à era da informação?

Em que pese tratar-se de autores com posições doutrinárias distintas, mister iniciar salientando que tanto Jesus Maria Silva Sánchez quanto Hassemer partem da necessidade da criação de uma reação frente ao movimento expansionista do Direito Penal, sem ignorar, contudo, a necessidade de se regular os novos fenômenos sociais.

Silva Sánchez desenvolve sua teoria na obra *A expansão do direito penal*, na qual aborda a repercussão da globalização, mormente as complicações trazidas na seara do combate à criminalidade e apontando os setores que demandam atuação estatal.

Com o fito de não se incorrer em uma expansão desregrada do Direito Penal e na flexibilização generalizada de suas garantias, o autor propõe a divisão do Direito Penal em velocidades, dividindo os ilícitos em 02 (dois) blocos, mantendo-se na primeira velocidade os delitos apenados com a restrição à liberdade, preservando para essas hipóteses, portanto, as garantias constitucionais, e na segunda velocidade, os tipos penais contemporâneos, permitindo-se, aqui, algumas flexibilizações, mas retirando do preceito penal secundário a pena privativa de liberdade.

Silva Sánchez, portanto, reconhece ser possível o afastamento da ideia de um Direito Penal moderno uno⁷⁹, resolvendo, a um só tempo, o problema das limitações daquele setor do direito frente ao desenvolvimento econômico e tecnológico da contemporaneidade – o que acabava por gerar tipos penais deveras abertos, assim feitos propositalmente para abarcar realidades ainda não conhecidas pelo legislador – e a insegurança gerada por esta inadaptação, que, em grande parte das vezes, culminava em terríveis máculas principiológicas.

Assim, a segunda velocidade estaria voltada para aquelas condutas mais abstratas, cuja comprovação nem sempre estaria condicionada à modificação do mundo externo, posturas estas cuja comprovação, seguindo-se as regras ordinárias de distribuição do ônus da prova, seria impossível ou só se efetivaria com a redução significativa das garantias do acusado.

Propõe-se, para aquela velocidade, a diminuição do rigor das regras investigatórias, flexibilizando o processo e, permitindo-se, legitimamente, a ampliação das funções preventivas

⁷⁹ É o que entendem também Alex Pacheco Magalhães e Martinho Otto Gerlack Neto, tendo este, inclusive, sustentado que seria preciso idealizar um ponto médio no dualismo entre um direito penal amplo e flexível e um direito penal mínimo e rígido. Ademais, cumpre salientar ainda que Silva Sánchez propõe ainda a fragmentação da própria teoria do delito, reconhecendo, portanto, que a ausência de uniformidade também se faria presente na base do Direito Penal, ao entender pela possibilidade de modificação dos princípios e garantias regentes do Direito Penal.

da pena⁸⁰, que, frise-se, por oportuno, não poderia culminar na restrição da liberdade do acusado.

Retomando, neste contexto do direito penal de velocidades, a discussão abordada no presente trabalho, qual seja a problemática acerca da Lei nº 12.737/12, observa-se que a cominação, pelo legislador, de penas consideravelmente diminutas⁸¹ já representava a ampliação das funções preventivas da pena supramencionada, todavia, ao fazê-lo, os parlamentares não observaram as lições de Silva Sánchez, tendo procedido à redução das garantias, mantendo, contudo, a reclusão ou a detenção no preceito secundário em nome do combate à impunidade cibernética.

O diploma legal em questão acaba se aproximando, em verdade, de um direito penal de terceira velocidade, que representaria uma combinação das velocidades analisadas anteriormente, ou seja, a flexibilização de diversas garantias penais e processuais penais aliadas à manutenção da pena privativa de liberdade.

Desse modo, a adoção da tese do direito penal de duas velocidades, defendida por Silva Sánchez, representaria uma solução viável para enfrentar o cenário da criminalidade cibernética, uma vez que o dito Direito Penal clássico, com a rigidez que lhe é indissociável, afigurar-se-ia insuficiente.

Entender de modo diverso seria contornar a crise do direito penal supramencionado dessubstanciando-o, ou seja, alterando a sua essência para atender às novas demandas da “sociedade de riscos”, deixando-o à mercê do intérprete, que passaria a gozar de feições holísticas, funcionando, concomitantemente, como legislador e como julgador.

⁸⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Disponível:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016

⁸¹ Quando se analisa as penas trazidas pelo legislador com a Lei nº 12.737/12, constata-se que, em verdade, a intenção não seria encarcerar o indivíduo, bastando, para tanto, observar que no art. 154-A, em seu *caput*, é prevista uma pena máxima de 1 (um) ano, e no art. 266, § 1º, por se tratar de uma nova modalidade interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, a pena mantém seu máximo em 3 (três) anos, sendo possível, portanto, o oferecimento da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) ou, até mesmo, da suspensão condicional da pena (art. 74 do Código Penal). Com isso, portanto, verifica-se que a proposta do legislador é, ainda que não declaradamente, se utilizar da pena como uma forma de prevenção geral. Enquanto Silva Sánchez cria uma teoria para restringir o agigantamento do Direito Penal, mas deixando no sistema penal a apuração dos ilícitos contemporâneos, ainda que retirando dos seus preceitos secundários a pena privativa de liberdade, o legislador brasileiro deixa a referida sanção e mais, passa dela se valer para justificar uma eventual intimidação social.

6.3.2 Direito de intervenção: solução para a tutela da intimidade na era da informação?

Para se entender o direito de intervenção de Hassemer, deve-se ter em mente que não se trata de uma criação perfeitamente sistematizada, mas de uma alternativa às pressões de modernização sofridas pelo Direito Penal, razão pela qual mister se faz sua contextualização no pensamento do autor, principalmente no que tange à sua visão sobre a expansão do ramo supramencionado (OLIVEIRA, 2012).

O direito de intervenção tratar-se-ia de ramo intermediário, situado entre o direito penal e o direito administrativo, entre o direito civil e o direito público (OLIVEIRA, 2012, p. 46), sendo uma forma de retirar, do âmbito da tutela do segmento penal, aquelas condutas que, não obstante se situarem em uma zona de interesse da sociedade, mormente no que tange ao seu controle, não representam ofensa significativa aos bens jurídicos indispensáveis à harmonia social. Saliente-se que o autor entendia que estas posturas deveriam fazer parte de um direito penal dito nuclear.

Aduz-se daí, portanto, que assim como os outros autores da Escola de Frankfurt, para Winfried Hassemer, o direito penal deve permanecer como última alternativa que o legislador deve lançar mão, opondo-se, assim, à “tendência propagada pelo Direito Penal do risco” (MEDEIROS, 2009), se afastando, assim, do ideal defendido pela corrente expansionista, qual seja a dispensabilidade do dano pautada na necessidade de antecipação da tutela penal⁸².

Com isso, Hassemer não está a negar a evolução da sociedade e o surgimento de novos centros de preocupações, mas, propõe que esses novos interesses sejam tutelados por outro ramo do direito, no qual poder-se-ia encarar como aceitável a redução de algumas garantias e no qual não se cogitaria a cominação de uma pena privativa de liberdade. De outro lado, o pensador entende que seria insuficiente a tutela administrativa pura e simples para responder a esses novos problemas específicos, criando assim, o direito de intervenção.

⁸² Saliente-se que, com o expansionismo penal, a vedação a certas condutas abstratas com a criação de tipos penais vagos, os princípios penais e processuais penais e o próprio caráter humanista do direito penal, já abordado anteriormente, passaram a ser encarados não mais como garantias e proteções contra o Estado, mas como empecilhos à eficácia do sistema penal, uma vez que a persecução criminal acabava por restar prejudicada diante da impossibilidade de transpor esses limites cumulada à dificuldade de abrangência da nova realidade fluida, em sua integridade, no preceito penal primário. Daí porque passou-se a questionar se o Direito Penal não estaria sendo usado para atender a expectativas inalcançáveis, com essa atividade legiferante que, por vezes, produzia criações inócuas, com finalidade meramente preventiva, sem qualquer possibilidade de aplicação ou obtenção de resultados eficazes.

Nota-se, portanto, que há, de fato, uma aproximação entre o quanto defendido por Hassemer e o direito penal de velocidades sugerido por Sánchez, especialmente no que tange à criação de uma alternativa ao expansionismo penal com a retirada deste segmento jurídico das condutas que não representam uma ameaça aos bens jurídicos individuais.

Ademais, com a retirada dessas novas condutas do âmbito de abrangência do Direito Penal, consegue-se liberá-lo da missão que lhe fora ilegitimamente imposta de atingir expectativas de prevenção inalcançáveis (OLIVEIRA, 2012), uma vez que os princípios e garantias a ele inerentes seriam incompatíveis com as novas preocupações sociais.

No que tange à Lei nº 12.737/12, e o direito de intervenção é de se notar que o mesmo comentário tecido no tópico anterior far-se-á plenamente aplicável aqui, ou seja, o legislador pátrio, em verdade, já teria efetivado a retirada das condutas descritas naquele diploma legal do direito penal nuclear⁸³, todavia, o fez sem observar o quanto sustentado por Hassemer ao suprimir garantias, deixando, contudo, no preceito secundário uma pena privativa de liberdade.

Mister expor aqui uma das formas de efetivação da retirada das condutas lesivas contemporâneas da esfera de proteção penal. Winfried Hassemer propõe a criação de estratégias preventivas como forma de desobstrução do direito penal, sendo que, dentre aquelas elencadas por Ana Carolina Carlos de Oliveira, merecem destaque, por sua pertinência temática, a criação de normas de prevenção técnica e a adoção de políticas públicas

Como normas de prevenção técnica, elencou-se a contratação de apólices de seguro, revertendo para a esfera cível eventual reparação patrimonial oriunda do delito. Saliente-se que, no âmbito cibernético, trata-se de alternativa viável, senão vejamos.

Os delitos informáticos costumam acarretar 02 (dois) tipos de danos, isolada ou cumulativamente, o patrimonial e/ou moral e, concomitantemente, traz o problema da descoberta da sua autoria, seja em razão das limitações técnicas frente ao avanço tecnológico, seja em virtude do descompasso que, por vezes, há entre os princípios e garantias penais e processuais penais e uma investigação eficaz. Assim, a contratação dos seguros em questão pode não solucionar a criminalidade informática, todavia, representaria uma forma de não

⁸³ Vale aqui lembrar o leitor que essa retirada se deu de forma involuntária, com a dificuldade de se delimitar, em lei, a realidade e a repercussão das posturas delitivas informáticas, cabendo fazer alusão à existência da discussão a respeito da ocorrência ou não de máculas principiológicas causadas pela Lei nº 12.737/12 diante da tipificação de crimes vagos, tema já abordado no presente trabalho.

deixar as vítimas sem um amparo, apoio este que, frise-se, poderia nem ser alcançado por meio da justiça criminal⁸⁴.

No que tange à adoção de políticas públicas, pode-se citar a possibilidade de formação de centros de educação digital, que, de igual modo, serviriam como alternativa à tutela penal, uma vez que grande parte dos delitos informáticos são causados pelo fornecimento de dados pelo próprio usuário. É o que a doutrina convencionou chamar de engenharia social, que abrange habilidade de se obter acesso a informações de caráter confidencial ou a áreas corporativas importantes, por meio de técnicas eficazes de persuasão. Com essa medida preventiva, poder-se-ia verificar uma considerável redução de riscos.

Infere-se daí, portanto, que, de igual modo, o direito de intervenção afigurar-se-ia medida eficaz no combate à criminalidade informática, diante da possibilidade de redução das garantias sem que, com isso, houvesse o afastamento das garantias construídas ao longo de séculos de progresso legislativo. Todavia, mister se faz salientar que se deve deixar a apreciação de questões envolvendo as referidas infrações penais ainda sob o crivo do Judiciário, seja em virtude do desconhecimento que ainda reina sobre certas questões informáticas, seja em razão das facilidades proporcionadas pela atuação dos representantes deste Poder, com a disponibilização de perícias e a abrangência de todo o território nacional, e do caráter coercitivo do qual são munidas suas decisões.

7 CONCLUSÃO

O expansionismo não calculado da internet, que, inicialmente, teria surgido como uma via alternativa de comunicação na Guerra Fria, acabou por gerar diversas consequências no meio social, dentre elas a jurídica.

O Estado, diante do agigantamento do mundo cibernético, não tinha mais como se manter inerte, razão pela qual tentou adaptar seus instrumentos de controle social ao mundo digital, merecendo destaque aqui, as leis.

⁸⁴ É o que ocorre, por exemplo, com a postura tipificada no art. 266, § 1º do CPB, delito cujas repercussões patrimoniais acabam atingindo tanto pessoas físicas, quanto pessoas jurídicas, todavia, estas, em sua maioria, principalmente os provedores de acesso e os órgãos públicos, acabam sofrendo prejuízos de maior monta, que poderiam ser resolvidos, ainda que parcialmente, por meio da contratação de um seguro.

A partir daí o legislador passou então a enfrentar uma nova espécie de desafio: tentar adequar seu instrumento de criação a uma realidade indefinida. Erros e acertos se originaram desta tentativa, tendo merecido destaque, neste trabalho, os primeiros, uma vez que, na seara penal, a incerteza e a conseqüente produção normativa com disposições deveras amplas, com o fito de abarcar a maior quantidade de situações fáticas possíveis, acabaria por representar severas máculas principiológicas.

Além disso, no caso do Brasil, ainda se verificou que, como agravante, o Estado brasileiro preocupou-se mais com a manipulação de informações passadas pela opinião pública e sua imagem perante a sociedade do que com a resolução do problema da criminalidade cibernética.

Eis o que se verificou, portanto, com a elaboração da Lei nº 12.737/12, diploma legal que ficou conhecido como Lei Carolina Dieckmann, uma vez que teve sua tramitação acelerada diante das reiteradas veiculações da notícia da invasão ao computador da atriz global e do sentimento de insegurança que, hipoteticamente, permeava a nação, em um cenário de suposta anomia normativa no que tange ao malfadado combate à criminalidade digital.

O referido diploma normativo é a primeira lei brasileira a tratar, tão somente, dos delitos ditos informáticos, contando com 4 (quatro) artigos, sendo que, em 2 (dois) deles, há a criação de novas figuras típicas.

A tentativa do legislador de corresponder aos anseios da opinião pública no que tange à segurança na rede acabou por gerar máculas aos princípios da legalidade, ao prever tipos penais incertos, como é o caso do termo “vulnerabilidades” utilizado no art. 154-A do CPB; da intervenção mínima, ao se utilizar o Direito Penal como *prima ratio* na tutela de bens jurídicos que estariam suficientemente protegidos e até de forma mais eficaz, por outros ramos do Direito; da fragmentariedade, questionando-se se o bem jurídico que se entende que foi protegido com a tipificação dessas condutas faria parte daquela fração de interesses tidos como indispensáveis à harmonia social; da responsabilidade pessoal, diante da mácula da garantia da segurança jurídica e considerando a atual desnecessidade da individualização da acusação; dentre outros.

Essas violações principiológicas, conforme sustentado, são resultado desse veloz tramitar legislativo que acabou por produzir um diploma legal com dispositivos que criam a dúvida a respeito da real intenção do legislador, uma vez que não mais se constata as finalidades preventiva e retributiva da pena.

A dificuldade de legislar e, até mesmo, de implantar políticas criminais eficazes no combate à cybercriminalidade não está adstrito ao cenário brasileiro em particular, todavia, nos outros países não se verificou essa vagueza de tipos penais para se justificar perante a opinião pública ou essa postura isolada consistente na produção de leis desacompanhada da adoção de políticas criminais.

Um bom exemplo de que o fenômeno do avanço tecnológico dificulta a regulamentação das novas situações, mas não impossibilita a criação de leis não eivadas de máculas principiológicas, é o caso português. Basta lembrar que Portugal conta com uma lei sobre delitos cibernéticos desde a década de 90, tendo procedido às devidas alterações quando necessário.

No que tange ao cenário internacional, mister lembrar ainda da Convenção de Budapeste, primeiro documento internacional a versar sobre os delitos cibernéticos e a adoção da política criminal comum para combater essa nova espécie de infração. Saliente-se que o Brasil não é signatário do referido protocolo, todavia, alguns conceitos ali desenvolvidos já foram incorporados ao PLS nº 236/2012 (novo Código Penal).

Observou-se que, com os crimes informáticos, que a intervenção estatal passou a ser utilizada como uma forma de contenção de fracassos, tendo passado o Direito Penal a assumir feições nitidamente preventivas, cominando-se penas privativas de liberdade tão somente no intuito de dissuadir determinados tipos de comportamentos. É neste contexto de agigantamento da atuação estatal penal, que alguns convencionaram chamar de Direito Penal Moderno, que surgem algumas vertentes doutrinárias que passaram a criticá-lo, dentre elas a Escola de Frankfurt.

Com uma tese que em muito se aproxima do que já foi abordado quando se tratou do direito penal mínimo, os autores da referida Escola propunham a limitação máxima do Direito Penal, cuja utilização só se justificaria quando constatada uma efetiva lesão a bens jurídicos tidos como indispensáveis à harmonia social. Merece destaque e podendo ser trazido como uma alternativa viável ao expansionismo penal, o direito de intervenção proposto por Hassemer.

O referido ramo tratar-se-ia de um intermediário entre o direito penal e o administrativo, no qual não se negaria o surgimento de novos centros de preocupação, todavia, eles seriam tutelados por outro ramo do direito. Nele poderia haver a redução de algumas garantias, uma vez que não se cominaria uma pena privativa de liberdade.

Outra alternativa que, inclusive, se assemelha com a anterior em alguns pontos, seria o direito penal de velocidades, proposto por Jesus Maria Silva Sanchez. Para o autor, o ramo penal deveria se dividir em 02 (dois) blocos, mantendo-se, na primeira velocidade, os delitos apenados com a restrição à liberdade, preservando-se as garantias constitucionais, e na segunda velocidade, os tipos penais contemporâneos, retirando-se a referida pena.

Assim, observa-se que o legislador brasileiro, preocupado em dar uma resposta à opinião pública, criou um diploma legal deficiente no que tange ao enfrentamento da criminalidade informática, tão somente, com o fito de acalmar os anseios por segurança pública, sem se preocupar com as demais, estabelecidas constitucionalmente ou atentar para os conceitos assentados internacionalmente. Em total dissonância do que foi ensinado por Hassemer e Silva Sanchez, tendo trilhado caminho inverso, o legislador pátrio suprimiu garantias e manteve as penas privativas de liberdade.

A Lei nº 12.737/12, tida como primeiro diploma legal especial sobre delitos cibernéticos, em verdade, representou um retrocesso sob as óticas constitucional e internacional e também sob o viés doutrinário. A cominação de penas privativas de liberdade, isoladamente, já se mostrou ineficaz em outros contextos fáticos, razão pela qual entende-se que há possibilidade de se lograr êxito adotando-se alternativas como normas de prevenção técnica e a adoção de políticas públicas sem se macular garantias constitucionais e atentando para o que devia ser a maior preocupação do legislador: a criação de uma norma que não abranja os interesses sociais que deve efetivamente tutelar, sob pena de, aí sim, se ter uma lei inócua que não corresponda à realidade que se visa tutelar.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Felipe. **Vinte anos de internet no Brasil: aonde chegamos**. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm>. Acesso em 05jul2016
- BIANCHINI, Alice, DAHER, Flávio e GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. LivroeNet, Atualidades do Direito. Atualizado até agosto de 2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** (entrevista). *Revista Carta Forense*, 04/01/2011. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/crime-de-perigo-abstrato/6433>. Acesso em 14mai2016.
- BUENO, Neide. **Breves considerações sobre os crimes eletrônicos e a regulação da internet**. Disponível em: riccipi.com.br/wp-content/uploads/2013/10/doutrina_01.pdf. Acesso em 20ago2016.
- CAZELATTO, Caio Eduardo Costa e SEGATTO, Antonio Carlos. **Dos crimes informáticos sob a ótica do meio ambiente digital constitucionalizado e da segurança da informação**. Disponível em: periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3713/2469. Acesso em 29jun2016.
- CÉZAR, Fernando. **O surgimento da internet e desenvolvimento na década de 90**. Disponível em: <http://www.com.ufv.br/cibercultura/o-surgimento-da-internet-e-desenvolvimento-ate-a-decada-de-90/> Acesso em 20jul2016.
- COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cyber crimes: os crimes na era da informática**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5899-5891-1-PB.pdf. Acesso em 16jun2016.
- CONTE, Christiany Pegorari e FILHO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 3.ed.rev.ampl.atualiz.Salvador: Jus Podivm, 2015.
- D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 4.ed., São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2014.
- FIGUEIREDO, Rudá. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. Disponível em: repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/.../1/Dissertacao%20rudá%20figueiredo.pdf. Acesso em 25ago2016.
- GAZOTO, Luís Wander e GOMES, Luiz Flavio. **Populismo Penal Legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Coleção Ciências criminais.

GIACOMO, Roberta Catarina e MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO. Acesso em 03ago2016

GIURLANI, Silvia. **Como surgiram as pragas virtuais**. *PCWORLD*. Disponível em: <http://www.cin.ufpe.br/~rdma/documentos/revistaPCWORLDseguranca.pdf>. Acesso em: 24mai2016.

GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173, *Strafgesetzbuch*)**. Ana Elisa Liberatore S. Bechara (coord). Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2010. Ano 18. N. 82 jan/fev 2010. Editora Revista dos Tribunais.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A intervenção mínima para um direito penal eficaz**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2954/a-intervencao-minima-para-um-direito-penal-eficaz>. Acesso em 21mar2016.

LOPES JR, Aury. **Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805. Acesso em maio 2016.

NETO, Júlio Gomes Duarte. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso 20mai2016.

NETO, Martinho Otto Gerlack. **O direito penal das velocidades**. Disponível em: faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/.../9QA16cjrm4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf. Acesso 23jul2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro** (Dissertação). Disponível: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em 02ago2016

PALADINO, Carolina de Freitas. **Minimalismo, abolicionismo ou garantismo: qual a solução para os problemas no âmbito penal?** *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, 13: 405-427 vol.1. Disponível em: <http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/537>. Acesso em 06jun2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**, 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito Penal Mínimo**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3. Acesso em 04jul2016.

SAFERNET. **Jovens Cidadania Segurança Internet**. Disponível em: <http://new.netica.org.br/educadores/pesquisas/info-habitos-navegacao-2013.png>. Acesso em 15set2016.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. **Novos desafios do Direito Penal da contemporaneidade**. Disponível em: www.publicadireito.com.br/.../juliana_pinheiro_damasceno_e_santos.pdf. Acesso em 20mar2016.

SILVA, Ana Karolina Calado da. **O estudo comparado dos crimes cibernéticos: uma abordagem instrumentalista-constitucional acerca d sua produção probatória em contraponto à jurisprudência contemporânea brasileira**. Disponível: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12778>. Acesso em 24mai2016

United States of American, apelle, Robert Tappan Morris, defendant-apellant. Disponível em: http://www.louandy.com/CASES/US_v_Morris2.html. Acessado em 24mai2016.

ZAFFARONI, Ernesto Raúl. **Em busca das penas perdidas: a legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.