



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO**

**A TIPICIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:  
Um estudo sobre o impacto da lei 12.737/2012 e a (des)construção de uma  
dogmática penal dos crimes cibernéticos.**

Recife  
2018

**JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO**

**A TIPLICIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO: um estudo sobre o impacto da lei 12.737/2012 e a  
(des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

**Área de concentração:** Linguagem e Direito

**Orientador:** Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife  
2018

**Catálogo na fonte**  
**Bibliotecário Cláudia Barbalho CRB - 4 / 1794**

C343

Castro, José Roberto Wanderley de

A tipicidade dos crimes cibernéticos no direito penal brasileiro: um estudo sobre o impacto da lei 12.737/2012 e a (des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos . – Recife: O Autor, 2018.  
230 f.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior .

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Fraude pela Internet 2. Direito Penal . 3. Cibernética. 4. Direito Administrativo I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-02)

## **JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO**

### **A TIPICIDADE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: um estudo sobre o impacto da lei 12.737/2012 e a (des)construção de uma dogmática penal dos crimes cibernéticos**

Tese apresentada no programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção de grau de Doutor.

Aprovada em 25 de abril de 2018.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do Primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Luiz Edmundo Celso Borba (1<sup>a</sup> Examinador externo)  
Universidade de Pernambuco

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vanessa Aleksandra de Melo Pedroso (2<sup>a</sup> Examinadora externa)  
Universidade Católica de Pernambuco

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade (3<sup>a</sup> Examinadora externa)  
Faculdade Damas

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti (1<sup>o</sup> Examinador interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>o</sup> Dr. Aurélio Augustinho Bôaviagem (2<sup>o</sup> Examinador interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

A Meus Pais, José Farias de Castro (que não pode ver em vida minha aprovação no programa de pós-graduação em Direito); e minha mãe Severina Wanderley de Castro (que acompanhou a vitória da aprovação no programa de pós-graduação, mas não a conclusão desta pesquisa).

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, minha gratidão se volta à Deus, que com sua graça preencheu meu coração, e me concedeu força para perseverar e terminar essa pesquisa.

Agradeço minha família que não pode desfrutar da minha companhia por tanto tempo.

Agradeço aos meus amigos penalistas, Fernando Alves, Isaac Luna, e Bruno Galvão, que não me deixaram desanimar nos momentos em que os fardos da vida se tornaram pesados demais.

Agradeço aos amigos e colegas professores, Luiz Edmundo, Roque de Brito Alves, Larissa Leal, Roberto Paulino, Maria da Conceição Gonçalves e Ricardo Mello pela força e incentivo, além da amizade.

Agradeço ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco pela oportunidade de aprendizado.

Agradeço aos professores do programa de Pós-Graduação em Direito pelos ensinamentos.

Agradeço os funcionários do programa de Pós-Graduação, na pessoa da secretária Maria do Carmo Mota de Aquino, pela recepção sempre educada e ajuda nos momentos de adversidade.

A coordenação do programa de Pós-Graduação, que me mostrou que a humanismo ainda existe na casa de Tobias, ao tempo em que o luto e a tristeza me abalaram.

Agradeço em especial meus orientadores, a professora Margarida Cantarelli, que iniciou minha orientação e o professor Edilson Nobre Júnior que deu continuidade à orientação.

Agradeço aos meus colegas de trabalho da UNINASSAU Recife, em especial

a professora Angélica Veríssimo, que no fim da tese me ajudou com a bibliografia do último capítulo.

<p><i>A Declaration of the Independence of Cyberspace<sup>1</sup></i></p> <p><i>by John Perry Barlow</i></p> <p><i>Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.</i></p> <p><i>We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.</i></p> <p><i>Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions.</i></p> <p><i>You have not engaged in our great and gathering conversation, nor did you create the wealth of our marketplaces. You do not know our culture, our ethics, or the unwritten codes that already provide our society more order than could be obtained by any of your impositions.</i></p>	<p>Declaração de Independência do Ciberespaço<sup>2</sup></p> <p>Por <i>John Perry Barlow</i></p> <p>Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une.</p> <p>Os governos derivam seu justo poder a partir do consenso dos governados. Vocês não solicitaram ou receberam os nossos. Não convidamos vocês. Vocês não vêm do espaço cibernético, o novo lar da Mente.</p> <p>Não temos governos eleitos, nem mesmo é provável que tenhamos um, então eu me dirijo a vocês sem autoridade maior do que aquela com a qual a liberdade por si só sempre se manifesta.</p> <p>Eu declaro o espaço social global aquele que estamos construindo para ser naturalmente independente das tiranias que vocês tentam nos impor. Vocês não têm direito moral de nos impor regras, nem ao menos de possuir métodos de coação a que tenhamos real razão para temer.</p> <p>Vocês não nos conhecem, muito menos conhecem nosso mundo. O espaço cibernético não se limita a suas fronteiras. Não pensem que vocês podem construí-lo, como se fosse um projeto de construção pública. Vocês não podem. Isso é um ato da natureza e cresce por si próprio por meio de nossas ações coletivas.</p> <p>Vocês não se engajaram em nossa</p>
--	---

<sup>1</sup> BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Disponível em <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acessado em 02 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Tradução livre de BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Disponível em <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acessado em 02 de abril de 2018.

*You claim there are problems among us that you need to solve. You use this claim as an excuse to invade our precincts. Many of these problems don't exist. Where there are real conflicts, where there are wrongs, we will identify them and address them by our means. We are forming our own Social Contract. This governance will arise according to the conditions of our world, not yours. Our world is different.*

*Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live.*

*We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth.*

*We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity.*

*Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.*

*Our identities have no bodies, so, unlike you, we cannot obtain order by physical coercion. We believe that from ethics, enlightened self-interest, and the commonweal, our governance will emerge. Our identities may be distributed across many of your jurisdictions. The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule. We hope we will be able to build our particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose.*

*In the United States, you have today created a law, the*

grande e aglomerada conversa, e também não criaram a riqueza de nossa reunião de mercados. Vocês não conhecem nossa cultura, nossos códigos éticos ou falados que já proveram nossa sociedade com mais ordem do que se fosse obtido por meio de qualquer das suas imposições.

Vocês alegam que existem problemas entre nós que somente vocês podem solucionar. Vocês usam essa alegação como uma desculpa para invadir nossos distritos. Muitos desses problemas não existem. Onde existirem conflitos reais, onde existirem erros, iremos identificá-los e resolvê-los por nossos próprios meios.

Estamos formando nosso próprio Contrato Social. Essa maneira de governar surgirá de acordo com as condições do nosso mundo, não do seu. Nosso mundo é diferente.

O espaço cibernético consiste em idéias, transações e relacionamentos próprios, tabelados como uma onda parada na rede das nossas comunicações.

Nosso é um mundo que está ao mesmo tempo em todos os lugares e em nenhum lugar, mas não é onde pessoas vivem.

Estamos criando um mundo que todos poderão entrar sem privilégios ou preconceitos de acordo com a raça, poder econômico, força militar ou lugar de nascimento.

Estamos criando um mundo onde qualquer um em qualquer lugar poderá expressar suas opiniões, não importando quão singular, sem temer que seja coagido ao silêncio ou conformidade.

Seus conceitos legais sobre propriedade, expressão, identidade, movimento e contexto não se aplicam a nós. Eles são baseados na matéria. Não há nenhuma matéria aqui.

Nossas identidades não possuem

*Telecommunications Reform Act, which repudiates your own Constitution and insults the dreams of Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville, and Brandeis. These dreams must now be born anew in us.*

*You are terrified of your own children, since they are natives in a world where you will always be immigrants. Because you fear them, you entrust your bureaucracies with the parental responsibilities you are too cowardly to confront yourselves. In our world, all the sentiments and expressions of humanity, from the debasing to the angelic, are parts of a seamless whole, the global conversation of bits. We cannot separate the air that chokes from the air upon which wings beat.*

*In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media.*

*Your increasingly obsolete information industries would perpetuate themselves by proposing laws, in America and elsewhere, that claim to own speech itself throughout the world. These laws would declare ideas to be another industrial product, no more noble than pig iron. In our world, whatever the human mind may create can be reproduced and distributed infinitely at no cost. The global conveyance of thought no longer requires your factories to accomplish.*

*These increasingly hostile and colonial measures place us in the same position as those previous lovers of freedom and self-determination who had to reject the authorities of distant, uninformed*

corpos, então, diferente de vocês, não podemos obter ordem por meio da coerção física. Acreditamos que a partir da ética, compreensivelmente interesse próprio de nossa comunidade, nossa maneira de governar surgirá. Nossas identidades poderão ser distribuídas através de muitas de suas jurisdições.

A única lei que todas as nossas culturas constituídas iriam reconhecer é o Código Dourado. Esperamos que sejamos capazes de construir nossas próprias soluções sobre este fundamento. Mas não podemos aceitar soluções que vocês estão tentando nos impor.

Nos Estados Unidos vocês estão criando uma lei, o Ato de Reforma das Telecomunicações, que repudia sua própria Constituição e insulta os sonhos de Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeTocqueville and Brandeis. Esses sonhos precisam nascer agora de novo dentro de nós.

Vocês estão apavorados com suas próprias crianças, já que elas nasceram num mundo onde vocês serão sempre imigrantes. Porque têm medo delas, vocês incumbem suas burocracias com responsabilidades paternais, já que são covardes demais para se confrontarem consigo mesmos.

Em nosso mundo, todos os sentimentos e expressões de humanidade, desde os mais humilhantes até os mais angelicais, são parte de um todo descosturado; a conversa global de bits. Não podemos separar o ar que sufoca daquele no qual as asas batem.

Na China, Alemanha, França, Rússia, Singapura, Itália e Estados Unidos, vocês estão tentando repelir o vírus da liberdade, erguendo postos de guarda nas fronteiras do espaço cibernético. Isso pode manter afastado o contágio por um curto espaço de tempo, mas não irá

*powers. We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies. We will spread ourselves across the Planet so that no one can arrest our thoughts.*

*We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before.*

*Davos, Switzerland*

*February 8, 1996*

funcionar num mundo que brevemente será coberto pela mídia baseada em bits.

Sua indústria da informação cada vez mais obsoleta poderia perpetuar por meio de proposições de leis na América e em qualquer outro lugar que clamam por nosso próprio discurso pelo mundo. Essas leis iriam declarar idéias para serem um outro tipo de produto industrial, não mais nobre do que um porco de ferro. Em nosso mundo, qualquer coisa que a mente humana crie, pode ser reproduzida e distribuída infinitamente sem nenhum custo. O meio de transporte global do pensamento não mais exige suas fábricas para se consumir.

Essas medidas cada vez mais coloniais e hostis os colocam na mesma posição daqueles antigos amantes da liberdade e auto-determinação que tiveram de rejeitar a autoridade dos poderes distantes e desinformados.

Precisamos nos declarar virtualmente imunes de sua soberania, mesmo se continuarmos a consentir suas regras sobre nós. Nos espalharemos pelo mundo para que ninguém consiga aprisionar nossos pensamentos.

Criaremos a civilização da Mente no espaço cibernético. Ela poderá ser mais humana e justa do que o mundo que vocês governantes fizeram antes.

Davos, Suíça 8 de fevereiro de 1996

## RESUMO

A tecnologia é um fruto das ciências na pós-modernidade. Não bastando o fato de que a criminalidade aumenta exponencialmente nas atuais sociedades, a sociedade da informação desponta como um novo universo para o cometimento de ilícitos. O objetivo da presente pesquisa é conhecer como o Direito Penal Cibernético foi sistematizado na legislação brasileira, principalmente com o advento da lei 12737/2012. A hipótese levantada é que a dogmática penal não pode abarcar a proteção de sistemas informáticos por contradição entre os institutos e princípios, e que o Direito Penal não possui a expertise para entender as condutas cibernéticas. Parte-se da tese: “Os crimes cibernéticos próprios não podem ser tutelados pelo Direito Penal Moderno”. Para a demonstração da tese, ou sua refutação, buscou-se pesquisar as razões que criaram o Direito Penal Clássico, e sua pedra angular, o princípio da legalidade. Esse princípio possibilitou a evolução da dogmática penal e da teoria dos tipos penas se tornando um sistema de racionalidade e garantia o Direito Penal Clássico. Em contrapartida, surge o sistema de crimes cibernéticos, construídos em torno de um Direito Penal moderno, e pleiteando a existência de uma dogmática própria dos crimes cibernéticos. Para entender essa dogmática emergente dos crimes cibernéticos, abordou-se as teorias da sociedade de risco, pós-modernidade e da sociedade informática. Por fim, a tese apresenta uma possibilidade de solução (em caráter de inediticidade), enfrentando a possibilidade da migração do ilícito penal para o ilícito administrativo, dentro da teoria do Direito Administrativo Sancionador. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica, e utilizado o método dedutivo.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos. Direito Penal Moderno. Sociedades informáticas. Direito Administrativo Sancionador.

## ABSTRACT

Technology is an advent to postmodernity. Not only is the fact that crime increases exponentially in today's societies, the information society emerges as a new universe for the commission of crimes. The purpose of this research is to know how cybercrimes law was systematized in Brazilian's Acts, especially with the advent of law 12737/2012. The hypothesis raised is that criminal dogmatics can not cover the protection of computer systems because of contradiction between institutes and principles, and that criminal law does not have the expertise to understand cybernetic behavior. It follows from the thesis: "The own cybercrimes can not be protected by the Modern Criminal Law". For the demonstration of the thesis, or its refutation, it was sought to investigate the reasons that created the Classic Penal Law, and its cornerstone, the principle of legality. This principle allowed the evolution of criminal dogmatics and the theory of penalties, becoming a system of rationality and guaranteeing Classic Penal Law. On the other hand, the system of cyber crimes, built around a modern Criminal Law, arises and pleads for the existence of a dogmatic one of the cyber crimes. In order to understand this emergent dogma of cyber crimes, the theories of risk society, postmodernity and the computer society were approached. Finally, the thesis presents a possibility of a solution (in a character of inediticity), facing the possibility of migrating from the criminal wrong to the administrative illicit, within the theory of Administrative Sanction Law. A bibliographical research was done, and the deductive method was used.

Keywords: Cybercrimes. Modern Criminal Law. Computer society. Administrative Law Sanctioning.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>2</b>	<b>A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O DIREITO PENAL</b>	<b>23</b>
2.1	A formação do conceito de lei no pensamento de Francisco de Vitória e sua contribuição para a formação do Princípio da Legalidade	30
2.2	A legalidade em Cesare Bonesana e a limitação do lus Puniendi como gênese do Direito Penal Clássico	37
2.3	A legalidade em Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach e a decorrência lógica do princípio da legalidade	47
2.4	A legalidade presente no sistema brasileiro como herança do pensamento português	55
2.5	A interpretação da lei penal à luz do Princípio da Legalidade	60
<b>3</b>	<b>A CONSTRUÇÃO DA TERIA DO TIPO PENAL COMO BASE PARA O RACIOCÍNIO DO DIREITO PENAL</b>	<b>69</b>
3.1	A teoria da norma penal e a sua influência na construção da teoria do tipo penal	72
3.2	O Bem Jurídico e o seu lugar na Dogmática do Direito Penal	77
3.3	O estudo da teoria do tipo penal e sua importância para a construção da dogmática penal clássica	85
3.3.1	O conceito Natural–causal de Ernest Von Beling e Franz Von Liszt	87
3.3.2	O conceito de ação Finalista de Hans Welzel	90
3.4	O nascimento da tipicidade e do tipo penal na teoria de Ernest Von Beling	93

3.5	A Tipo Penal após a teoria de Beling: (in)evolução e mudança	95
<b>4</b>	<b>O DIREITO PENAL CIBERNÉTICO ENQUANTO RAMO DO DIREITO PENAL</b>	<b>101</b>
4.1	Os crimes cibernéticos e sua gênese no sistema jurídico brasileiro	121
4.1.1	As condutas praticas pelo sistema informático e já previstas na legislação brasileira	122
4.1.2	A “lei Carolina Dieckmann” e a tentativa brasileira de incriminação de condutas típicas dos sistemas informáticos( ou, a mal fadada tentativa de construção de uma dogmática de crimes cibernéticos brasileira)	124
<b>5</b>	<b>A ENCRUZILHADA DO TEMPO, OU, DA IMPOSSIBILIDADE DA DOGMÁTICA PENAL COMPREENDER AS CONDUTAS CIBERNÉTICAS</b>	<b>130</b>
5.1	Os efeitos da pós-modernidade na dogmática do Direito Penal	132
5.2	A influência da política criminal desfocada na instabilidade do Direito Penal Moderno e na legitimidade dos crimes Cibernéticos	147
5.3	A impossibilidade de o sistema penal conhecer as condutas próprias do sistema informático	162
5.4	A Cultura hacker e a conduta cibernética: a impossibilidade de tipificação de condutas de crimes próprios cibernéticos	173
<b>6</b>	<b>REGULANDO O SISTEMA INFORMÁTICO DE FORMA EFICAZ: A ESPERANÇA RESIDE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO?</b>	<b>176</b>
6.1	A teoria de Winfried Hassemer sobre o direito de intervenção e sua contribuição para a descriminalização dos crimes cibernéticos próprios	176
6.2	Descobrendo o Direito Administrativo como uma opção válida para as condutas tipificadas como crimes	182

	cibernéticos próprios	
6.3	A necessidade de a regulação das condutas informáticas ser realizada por meio de agência reguladora	191
6.4	A O direito Admirativo sancionador como uma solução adequada à prevenção do ilícito informático	200
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>208</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>215</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é a delimitação doutrinária dos crimes cibernéticos próprios, seus fundamentos e sua aplicação na jurisprudência brasileira.

A questão envolve condutas próprias do sistema informático e sua tipificação. Sabe-se que a internet é um local virtual que tem como principal característica o conhecimento. Hoje, pode-se dizer que integra a gama dos direitos fundamentais do indivíduo, juntando-se a ideia de privacidade.

Uma das modalidades modernas de crimes cibernéticos próprios consiste nas invasões de banco de dados<sup>3</sup>, mas existem as clonagens de perfis do Orkut, do Facebook e do Twitter, onde o agente se faz passar por outro para obter vantagem, pessoal ou patrimonial.

O tema, entretanto, contém uma lacuna: a lei 12.737/2012 não protege sistemas eletrônicos desprovidos de “segurança computadorial” ou que gera a invasão de sistemas protegidos através da ação de “piratas modernos” intitulados *hackers* ou *crackers*.

Como se não bastasse, o problema do território ou do lugar do crime é outro ponto que acrescenta novos paradigmas à dogmática penal.

Com base nessa lacuna a tese que se propõe a seguinte tese: os crimes cibernéticos próprios, ou seja, aqueles derivados de condutas típicas de usuários de internet e sistemas computadoriais, violam o sistema dogmático tradicional da teoria do crime, em particular o princípio da legalidade.

---

<sup>3</sup> Nem mesmo os bancos de dados mais protegidos estão imunes a esse tipo de invasão. Um dado concreto comprova isso: recentemente, os sites do governo federal foram vítimas de ataques dos chamados CRAKERS, especialistas em computação que invadem sistemas para destruir, ou debilitar dados. Sabe-se que tais crimes possuem caráter internacional, como pode ser observado na reportagem do incidente, que informa que as tentativas de invasão a sites são frequentes, e que o Serpro possui sistemas sofisticados e pessoal altamente treinado e capaz de acompanhar esse tipo de ataque em tempo integral, dispondo de tecnologia internacional e contando com o acompanhamento do Gabinete de Segurança da Presidência da República e da Polícia Federal (MACEDO, 2011).

Essa a razão fundamental pela qual já pretensão é justificada. Pretensão que compreende as seguintes dimensões: social, profissional, acadêmica e principalmente jurídica.

A dimensão social engloba o aspecto identitário, dos indivíduos em geral. A dimensão profissional diz respeito à proteção jurídica dos profissionais de informática e de autônomos que, detentores de conhecimento na área são capazes de atuar dentro da lei (*insiders*), ou de violar a legalidade com base nas habilidades que detêm (*outsiders*). Do ponto de vista acadêmico, o desafio a ser enfrentado consiste na identificação, elaboração de métodos de abordagem e de compreensão da problemática com o intuito de subsidiar o entendimento e a prática jurídica do fenômeno.

O princípio da legalidade trouxe a possibilidade da construção de uma teoria do delito, e principalmente, o elemento do crime definido como tipicidade<sup>4</sup>. Sua criação se deve à necessidade de defesa do cidadão contra o arbítrio indiscriminado dos Estados totalitários e o Terror.

A obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Bonesana seria considerada o marco da criação do princípio da legalidade e de seu reflexo para o Direito Penal. Para Beccaria, a Pena passa a figurar como consequência da aplicação das leis, na intenção de evitar e prevenir os delitos futuros

Roxin deixa clara a importância do liberalismo político para a construção desse princípio. Outra importante situação histórica favorável para o surgimento do princípio da legalidade seria a divisão dos poderes e o avanço das teorias democráticas (ROXIN, 1997, p. 145). Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, e seu Tratado de Direito Penal Alemão,

---

<sup>4</sup> Sobre a complexidade do tema princípio, esclarece Ricardo de Brito Freitas que “Os princípios penais positivos, verdadeiras fontes do direito penal, têm por função integrar e conferir coerências aos sistemas jurídicos e são classificados em fundamentais ou derivados. São exemplos de princípios penais fundamentais: o princípio da culpabilidade e o da legalidade penal. Exemplos de princípios penais derivados: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade” (2009, p. 98).

consolida a teoria do Princípio da Legalidade e a Teoria da Coação Psicológica<sup>5</sup>.

A importância do princípio da legalidade para o surgimento da tipicidade é exposta por Soler que preceitua

*Hace ya bastantes años, Beling señaló la diferencia que media entre el requisito de la ley previa y el de la tipicidad de cada delito. Lo uno hace referencia a la necesidad de adecuación de un hecho a una definición preexistente; lo otro es una exigencia política referida a la definición misma. Así se distinguen la Tatbesiandsmássigkeit que es la adecuación del hecho a la definición, de la Typizitat, principio por el cual se requiere que los delitos se "acuñen en tipos". La definición legal de todo delito debe ser formulada en tipos, es decir, en estructuras cerradas, si es que se quiere acordar plena vigencia al principio nullum crimen (1992, p.140).*

Outra consequência direta do princípio da legalidade é a construção do tipo penal. Na Alemanha existia na teoria do delito a expressão *tatbestand*, mas a ideia de tipo penal é atribuída à Ernest von Beling e sua obra *Die lehre vom verbrechen* (VARGAS., 2014, p.23). Tipo penal, na concepção de Beling, era neutro e apenas se propunha a uma figuração meramente formal.

Busto Ramírez deixa claro que a teoria do tipo penal é uma consequência lógica do princípio da legalidade<sup>6</sup>, contudo, apenas com Welzel e sua teoria finalista, a teoria do tipo penal chega a sua compreensão atual.

O desenvolvimento dos elementos do tipo penal é o ápice da teoria da tipicidade. Com esse desenvolvimento, os elementos do crime se alteram e

---

<sup>5</sup> Afirma Roxin que "*Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídicopolítica también consideraba decisiva él mismo. Pero Feuerbach no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, "nulla poena sine lege", sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no*" (1997, p.146).

<sup>6</sup> Afirma Ramirez "[...] corresponde examinar qué significa que una conducta sea típica. Significa que, en cumplimiento del principio de legalidad, ha de estar previamente definida como delito en un tipo penal. Pero el tipo penal no se agota con la conducta. Dentro de los tipos penales más allá de una conducta lo que hay son verdaderas vinculaciones entre personas. Lo mismo ocurre con los hechos concretos en la vida real. No son simples conductas sino acontecimientos más complejos en los que confluyen voluntades, motivaciones, cuestiones circunstanciales de tiempo y de lugar etc. Son situaciones sociales que son tipificadas por el legislador con el recurso de elementos descriptivos, valorativos y subjetivos para regular hechos futuros. Por eso se dice que la tipicidad cumple una función garantizadora" (RAMÍREZ e MALARÉE, 1997, p.143).

passam a ter novas características, principalmente com o finalismo de Welzel.

Todavia, a dogmática penal está em crise. O legislador cria tipos penais sem qualquer apego ao sistema dogmático, e isso se agrava no que se refere aos avanços tecnológicos. O problema é que o Direito, diferente da tecnologia, não vem acompanhado a velocidade desse avanço social. Apenas a partir da década de 50 (do século passado) é que se inicia o estudo de um Direito empregado à tecnologia, a partir das teorias de Norbert Wiener (PIMENTEL, 2004, p. 113).

A segurança informática, por exemplo, se apresenta como bem jurídico autônomo e permanente, que deve ser protegido pelo Direito Penal (ROSSINI, 2004, p. 50).

A primeira definição de crimes cibernéticos, que é a mais usual, leva em consideração a tecnologia como meio de cometer delitos. Um instrumento do crime. Neste caso, os delitos já tipificados são praticados pela rede de Internet. A internet é usada como objeto material do delito (FELICIANO, 2001, p. 50), esses são chamados de crimes cibernéticos impróprios.

A tipificação de novas modalidades do agir humano dentro da rede mundial de computadores seria o segundo foco de condutas humanas que lesionam bens jurídicos já tutelados pelo Direito Penal, mas que não foram normatizadas, o que impede a aplicação das normas em vigor a tais casos. No Direito alienígena encontram-se exemplos de normatizações que visaram adequar o Direito Penal a este novo universo de condutas. Essas novas modalidades são chamadas de crimes cibernéticos próprios e são o objeto de estudo desta pesquisa.

O mundo cibernético é algo novo, mas que já alterou o cotidiano das sociedades. Pierre Lèvy representa esse novo mundo por meio de sua teoria sobre cibercultura, demonstrando a complexidade trazida pelas relações no ciberespaço.

O termo [ciberespaço] especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informação que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo 'cibercultura', especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço (LÉVY, 1999, p.17).

O crescimento do ciberespaço é orientado por três princípios fundamentais: a interconexão, a criação de comunidades virtuais e a inteligência coletiva. A interconexão, mundial ou local, é um princípio básico do ciberespaço, na medida em que sua dinâmica é dialógica. As comunidades virtuais “são construídas sobre afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos, em um processo mútuo de cooperação e troca” (LÉVY, 1999, p.127).

Essas comunidades possuem nova linguagem, nova forma de ver e perceber a realidade e nova forma de relacionamento humano.

O ciberespaço amplifica, exterioriza e modifica funções cognitivas humanas como o raciocínio, a memória e a imaginação. Lèvy apresenta essa complexidade

Devemos construir novos modelos do espaço dos conhecimentos. No lugar de representação em escalas lineares e paralelas, em pirâmides estruturadas em ‘níveis’, organizadas pela noção de pré-requisitos e convergindo para saberes ‘superiores’, a partir de agora devemos preferir a imagem em espaços de conhecimentos emergentes, abertos, contínuos, em fluxo, não lineares, se reorganizando de acordo com os objetivos ou os contextos, nos quais cada um ocupa posição singular e evolutiva (LÉVY, 2007, p.158).

Está posto o presente dilema: inflação normativa, normas de conteúdo aberto, em branco ou com o abuso dos elementos normativos do tipo, e a violação da principal característica da tipicidade, que seria servir de garantia para o cidadão frente ao poder punitivo do Estado.

A gravidade do fenômeno comporta o seguinte cenário: de um lado, temos a sofisticação tecnológica dos crimes cibernéticos; de outro lado, a sociedade conta com um aparato legal obsoleto e incapaz de coibir tais práticas delitivas. O cerne da questão encontra-se na característica e na natureza de um confronto inversamente proporcional: a positividade do direito é posta em xeque pela eficácia da virtualidade cibernética, ressaltando a defasagem da racionalidade-legal, característica fundamental do monopólio do controle estatal sobre a sociedade. Com isso, marcos fundamentais do

direito penal são frontalmente violados: o princípio da legalidade penal e a tipificação dos delitos.

A evidência dessa defasagem constitui o problema de pesquisa que se propõe investigar: como enquadrar, de forma eficaz, a volatilidade que caracteriza as manifestações delituosas desse paradigma cibernético?

Como uma possível solução para este dilema, está a teoria da adequação social da conduta criada por Hans Welzel. Essa teoria, como categoria do sistema criminal, trouxe uma inovação gigantesca na interpretação dos tipos penais, e reformula a dogmática penal moderna. É a partir da teoria da adequação social que se analisa a realidade social e a aplicação da norma penal.

Pondera-se que o problema de pesquisa, a hipótese e o objeto de estudo acima são indicativos de que o paradigma cibernético constitui ato e fato jurídico a princípio não normatizáveis, tendo em vista que a dificuldade de o direito penal enfrentar o fenômeno de forma adequada ocorre devido a inadequação dos procedimentos tradicionais até então adotados, impedindo assim a aplicação de princípios tradicionais por si mesmo incompatíveis com o fenômeno em questão. Como é o caso dos princípios da taxatividade, identificação e, por fim, o de enquadramento eficaz do delito, mediante a declaração de sua tipicidade.

O procedimento metodológico adotado será o exame do conteúdo da dogmática penal, confrontando-o com o fato delituoso, visando assim à abordagem inicial do objeto, mediante o contraste entre legalidade e ilegalidade. O segundo procedimento será o exame de material de pesquisa a ser compilado [bibliografia específica da área, as decisões jurídicas posteriores à edição da lei, as investigações da Polícia Federal – PF nos casos anteriores e posteriores à lei e que configurem um mesmo status]. Os dados e indicadores selecionados serão submetidos a um tratamento em três etapas: classificação, análise e interpretação.

Quando da análise do *corpus* de pesquisa (o conjunto de dados coletados), o tratamento metodológico será orientado por um critério articulado, fundamentado nas quatro regras específicas da análise de

conteúdo: as regras da exaustividade, da representatividade, da homogeneidade e da pertinência.

Pela regra da exaustividade, cada caso será analisado, mediante o confronto entre a lei basilar e a dogmática penal tradicional. Esse procedimento levará em consideração a importância individual de cada caso examinado e, sobretudo, a relação interna de seu conteúdo com o tema, o objeto e a totalidade do *corpus* sob investigação, respeitando-se desse modo os demais critérios de análise: representatividade, homogeneidade e pertinência das informações (BARDIN, 2004, p. 90-92).

Examinado o corpus de pesquisa, proceder-se-á à categorização do conteúdo. O corte epistemológico observado será o início da legislação brasileira em matéria de crime cibernético.

Como marcos teóricos serão abordadas as teorias de Pierre Lèvy sobre a cibercultura e sua influência na construção da realidade virtual e seu reflexo nos tipos penais de crimes cibernéticos próprios.

O método de abordagem da investigação será o bibliográfico.

Por isso, a presente pesquisa se desenvolve em cinco capítulos.

No primeiro capítulo será analisado o princípio da legalidade e sua sedimentação dentro do sistema penal, bem como sua influência na construção da Dogmática Penal, analisando sua construção e evolução.

No segundo capítulo, será analisada a teoria do tipo penal como elemento chave da tipicidade, apresentando o desenvolvimento deste instituto desde sua criação com Belling, até suas novas concepções na teoria funcionalista, mostrando que o tipo penal se apresenta como sistema garantidor do bem jurídico protegido e do praticante da conduta tipificada.

No terceiro capítulo, busca-se conhecer a dogmática dos crimes cibernéticos próprios, estudando sua tipificação, os bens jurídicos protegidos e como os tipos penais próprios se apresentam no sistema jurídico brasileiro, limitando-se à análise da lei 12737/12.

No quarto capítulo aborda a teoria de Pierre Lèvy sobre a cibercultura e sua repercussão na noção de realidade, linguagem, cultura e

comportamento de quem é o destinatário dos crimes cibernéticos próprios. Será analisada a teoria da adequação social de Walzel como uma forma de compreender se a aplicação do tipo penal cibernético próprio pode ser adequado aos efeitos apresentados por Lèvy.

No Quinto capítulo, será abordada a teoria do Direito Administrativo sancionador como via de regulação de condutas oriundas de atos informáticos, analisando as fundamentações para a existência de um direito Administrativo sancionador e como as agências reguladoras podem ajudar no controle das infrações praticadas e provocadas no sistema informático.

Por fim, nas considerações finais será analisada a tese proposta e sua viabilidade.

## 2 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O DIREITO PENAL

Dentro da construção do Direito Penal, nada foi mais importante que o princípio da legalidade. Não há como pensar em Direito Penal sem que se fale nele. Esse princípio<sup>7</sup>, formulado em defesa do cidadão contra o arbítrio indiscriminado dos Estados totalitários e o Terror Penal, é fruto de uma luta histórica de afirmação de direitos fundamentais.

Formulado durante o período da baixa Idade Média que se promulga a Magna Carta assinada pelo Rei João sem Terra, e para muitos é conhecida como o primeiro texto escrito que limitou o poder do soberano, já que este texto trazia em seu artigo 39 a vedação de punição sem julgamento ou existência de lei (BRANDÃO, 2005, p.26). Roque de Brito Alves concorda com essa perspectiva de que a Carta Inglesa foi a origem do princípio da legalidade, afirmando que surgiu com o artigo 39 da Magna Carta (2014, p. 233).

Tal princípio influenciou várias leis perante o mundo, e até na declaração de independência americana (1776) e já estava presente no *Bills of rights* na Filadélfia. Posteriormente, na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, após a Revolução Francesa, e atualmente, na Declaração Universal dos Direitos do homem. Na legislação penal, surgiu, na Áustria em 1791, no Código Penal da França de 1810 (ALVES, 2014, p. 233).

Esse princípio se mostrou essencial na construção da teoria do delito moderna, e principalmente na construção da tipicidade penal.

Esse princípio é fruto de um movimento histórico, do desenvolvimento de uma corrente de pensamento. Segundo Aníbal Bruno, o ambiente de violência e opressão por meio do Estado, bem como um pensamento fruto do desenvolvimento do pensamento iluminista (1978, p. 94). Esse pensamento

---

<sup>7</sup> Sobre a complexidade do tema princípio, esclarece Ricardo de Brito Freitas que “Os princípios penais positivos, verdadeiras fontes do direito penal, têm por função integrar e conferir coerências aos sistemas jurídicos e são classificados em fundamentais ou derivados. São exemplos de princípios penais fundamentais: o princípio da culpabilidade e o da legalidade penal. Exemplos de princípios penais derivados: o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade” (2009, p. 98).

iluminista tem como base a lógica contratualista e o pensamento de que haveria normas anteriores ao surgimento do Estado. Esse movimento tem como característica a restauração da dignidade do indivíduo. De certo, as críticas feitas à obra de Beccaria se baseiam na ausência de um pensamento jurídico no sentido técnico. Essas críticas não levam em consideração a importância histórica, e mais ainda, de fundamentação para uma dogmática penal mais consolidada em torno do ideal da legalidade. Anibal Bruno mostra a importância do pensamento de Beccaria, que inaugura a chamada escola clássica do Direito Penal, e afirma que

O que pretendeu fazer Beccaria não foi certamente obra da ciência, mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloquente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal (1978, p.96).

Brandão e Oliveira mostram que o Direito Romano era essencialmente costumeiro, e o pretor romano decidia sem vinculação à lei (*jus est ars boni et aequi*), e a noção de Crimes não é oriunda da norma penal, mas das construções pretorianas (2009, p. 6-7).

Nesse Direito Romano antigo, era comum a pena baseada em um sistema de costumes alheios à lei. Neste tempo, apesar de haver crimes previamente previstos, o Tribunal do Povo poderia punir ações que não estivessem previstas. Quando o tribunal popular foi substituído pelo processo das *quaestiones* e a jurisdição penal passou para o tribunal de jurados, um ato só poderia ser punido se previamente previsto. Com as *questiones perpetua* e com a *ordojudiciorum publicorum*, a analogia das leis passou a ser proibida, mas com o advento do processo senatório, o direito penal romano se distanciou do texto legal e abriu-se para as antigas leis populares, o *constitutio imperial*, o *rescriptum*, o direito municipal e o direito costumeiro (HUMGRIA, 2016, P. 15).

Em 1215, a Inglaterra edita a Carta Magna e esta ficou conhecida como o primeiro registro escrito de uma lei que limita a aplicação de uma pena à existência de uma lei. Hungria lembra que

[...] a *Magna Charta* do Rei João (1215), no seu artigo 39, assim proclamava, consagrando a proibição de *analogia in malam parte*: “*Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliqui modo destruat nec supere um*

*ibimus nec supere um mitemus nissi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terrae* (HUNGRIA, 2016, p.19).

Tal documento<sup>8</sup> é sempre referido, mesmo que criticado pelo fato de , na prática, não ter tido eficácia real, já que seu conteúdo ainda era relativizado de acordo com a classe social.

Com o advento do Iluminismo, os contratualistas (Locke, Hobbes, etc...) desenvolveram teses que iriam mostrar uma relação contratual entre o cidadão e o Estado.

Em 1651, Thomas Hobbes defende, em sua obra *O Leviatã*, a existência de um Estado centralizado na figura do Soberano, e que o povo deveria ceder seu direito natural para evitar o estado bélico, da luta de todos contra todos.

Em 1690, John Locke e seu segundo tratado sobre o Governo Civil critica a lógica de uma legitimação do poder do Soberano por meio de Divindades, e concede legitimidade para o consentimento expresso dos governados como fonte da legitimação do poder do Soberano. Locke ainda defende o Direito de Resistência do povo, caso o Soberano extrapolasse seu poder.

Em 1762 Jean-Jacques Rousseau publica a obra “O Contrato Social”, e tem como meta a limitação do poder do Soberano por intermédio das leis. O processo de criação das leis é um processo democrático e como tal, traria legitimidade para as leis e suas consequências. Para Rousseau, a lei toma uma participação central na mediação entre o Estado e o Indivíduo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Mezger apresenta bem essa ideia ao afirmar que “*Se acostumbra señalar a la 'Magnu Charta' inglesa del Rey Juan, de 1215, como el documento en que aparece por primera vez el principio: "No hay pena sin ley". La misma prohíbe, en el artículo 39, una pena contra los libres, "nisi per legale Iudicium parium suorum vel per legem terrae". Pero esta frase ya origina algunas cuestiones; por lo pronto la de si "vel" —como sustenta, por ejemplo, SCHOTTLÄNDER {StrafrAbh., fase. 132, 1911, p. 26)— significa verdaderamente "y", y no, más correctamente, "o". Pero sobre todo, se discrepa en cuanto al significado de "lex terrae". Mientras, por ejemplo, HENNINGS (Die Entstehungsgeschichte des Satzes 'nulla poena sine lege' — La formación histórica del principio 'nulla poena sine lege'; tesis doctoral Gotinga, 1933), sigue aferrado, sobre la base de la literatura inglesa, al significado de ley jurídico-penal, BOHNE, juntamente con R. SCHMIDT, da a toda la frase un sentido predominantemente procesal procesal (ob. y lug. cit.) (1958, p. 65).*

<sup>9</sup> Neste ponto, esclarece o autor “Em toda verdadeira democracia, a magistratura não é uma vantagem, mas uma carga onerosa que não se pode justamente impor a um particular mais que a um outro. Apenas a lei pode impor esta carga àquele sobre o qual a sorte recair. Pois então, a condição sendo igual para todos, e a escolha não dependendo de nenhuma vontade

Os contratualistas trazem a lei como repercussão da vontade do povo, e como tal, a incriminação de condutas está atrelada a vontade do povo e não mais ao sentimento de manutenção da ordem.

Como reflexo direto deste pensamento no Direito Penal, a obra *Dei delitti e delle pene*, de Cesare Bonesana (ou o marquês de Beccaria) seria considerada o início do movimento humanista do Direito Penal e a primeira escola Criminológica, a chamada escola Clássica.

Em sua introdução, Beccaria defende que a função da lei é impedir a barbárie das punições aplicadas até então, e legitima a aplicação de penas racionais e proporcionais ao Delito. Menciona o autor que o Direito de Punir é fruto da união das liberdades individuais. Afirma Beccaria que a consequência dessa limitação de vontades “[...] é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social<sup>10</sup>” (2014).

O autor definiu que o Soberano que faz as leis, não pode julgar, coibindo assim a utilização da lei para fins pessoais. Demonstra o marquês que havia uma necessidade na aplicação da Pena, concedendo a esta a função de prevenção de delitos posteriores, mas nem por isso defendeu o agravamento das penas.

Para Beccaria, deveria haver uma ligação entre a punição e o que foi obtido pelo agente, e “Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime”, demonstrando a importância da proporcionalidade das Penas e dos Delitos (2014).

Como conclusão, percebe-se que a Pena passa a figurar como meta da aplicação das leis, na intenção de evitar e prevenir os delitos futuros. A legitimidade da incriminação de uma conduta é consequência do pensamento utilitarista do autor (e da época), em que a necessidade era a crônica da

---

humana, não há aplicação particular que altere a universalidade da lei” (ROUSSEAU, 1981, p. 133).

<sup>10</sup> Tradução livre de “*La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale*”

produção normativa, sempre visando evitar a prática de crimes posteriores. Percebe-se, contudo, que não há mais uma legitimação meramente voltada na vontade popular de Rousseau (*vox populi, vox dei*), mas da necessidade de fim para a lei e a Pena. Inicia-se o discurso da racionalidade da produção das leis.

Não por acaso, Roxin afirma que o liberalismo político é uma das bases para a construção desse princípio. Pensadores como pleiteavam a vinculação das decisões jurídicas ao texto da lei (1997, p. 144).

Outra importante situação histórica favorável para o surgimento do princípio da legalidade, seria a divisão dos poderes e o avanço das teorias democráticas (ROXIN, 1997, p. 145).

Assim, em 1764, Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, apresenta sua obra, *Dos Delitos e das Penas*, que defendia a aplicação de Penas vinculadas a existência de leis (1999, p. 30). Retira, o bom Marquês, o poder interpretativo do magistrado em matéria penal, para evitar a interpretação das leis de forma extensiva e criar novas condutas delitivas (1999, p. 33). Critica a obscuridade das leis e a desproporção entre delito e pena.

Posteriormente, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, e seu *Tratado de Direito Penal Alemão*, consolida a teoria do Princípio da Legalidade.

Após esta obra, a Teoria da Coação Psicológica de Feuerbach<sup>11</sup> ajuda a sedimentar o princípio da legalidade ao conceder ao mesmo uma função na aplicação da pena. Essa prevenção geral negativa, mostraria a necessidade de limitação da aplicação das leis e da importância da intimidação para a lei Penal. De certo, essa característica da pena foi criticada e até rechaçada,

---

<sup>11</sup> Afirma Roxin que "*Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídicopolítica también consideraba decisiva él mismo. Pero Feuerbach no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, "nulla poena sine lege", sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no*" (1997, p.146).

mas não há como negar sua importância para a consolidação do princípio da legalidade (Roxin, 1997, p. 146).

Jakobs explica que o princípio da legalidade também especificaria o Princípio da Culpabilidade, já que ao delimitar a lei e seu entendimento, se ao tempo da ação a lei penal já especificava o Tipo de Injusto (2009, p. 102-103).

Roxin, lembra que a fórmula *nullum crimen sine lege*, que define a ideia de que não há crime que não esteja previsto em lei, é completado pela formulação lógica que preceitua *nulla poena sine lege*, evidenciando que não haverá nem Crime, nem muito menos Pena, se não estiver previsto em lei (1997, 137-139).

Desse modo, quatro consequências lógicas são advindas desse princípio da legalidade:

- a) *Nullum Crimen, nulla poena sine lege stricta*, que impede o uso de uma das ferramentas mais usadas no sistema jurídico, principalmente para integração do Ordenamento jurídico, mas que no sistema penal pode ampliar o alcance das normas penais por meio da interpretação, garantindo a aplicação da lei penal em benefício do acusado;
- b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, que proíbe o uso dos costumes como fonte legitimadora para a aplicação das Penas, vinculando apenas à lei essa possibilidade;
- c) *Nullum crime, nulla poena sine lege previa*, que proíbe a possibilidade de retroação de normas incriminadoras. Esta regra lógica, também tem ligação com a potencial consciência de antijuridicidade, já que a reprovação pessoal do agente está ligada, também, ao fato do mesmo saber que sua conduta era proibida no momento de sua ação. Não há possibilidade de retroatividade de lei, a não ser que seja mais favorável ao acusado (Princípio da Retroatividade da lei mais benéfica e o Princípio do *in Dubio pro Reo*);
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, ou seja, não pode haver tipos penais lacunosos e com penas incertas. Essa garantia impede o arbítrio livre e desimpedido do Estado. A limitação das possibilidades interpretativas, impede a criação de normas penais por meio dos magistrados. Da mesma forma, não pode existir penas que não

estejam determinadas, expressamente no texto legal, impedindo a aplicação do arbítrio do Estado.

Como efeito dessas quatro ideias consequentes do princípio da legalidade, a Dogmática do Direito Penal é construída. Afirma Sebastián Soler que

*Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza (1992, p. 138)*

A consequência primária da aceitação do princípio da legalidade nas legislações mundiais é a limitação do poder estatal de punir<sup>12</sup>, mas a consequência secundária é ainda mais importante, já que toda a construção da Teoria do Delito, só é possível pelo desenvolvimento do estudo do princípio da legalidade.

A construção do elemento Tipicidade, por Ernest Von Beling, em meados de 1906, só é possível graças ao princípio da legalidade, assim concluindo Soler ao mencionar que

*Hace ya bastantes años, Beling señaló la diferencia que media entre el requisito de la ley previa y el de la tipicidad de cada delito. Lo uno hace referencia a la necesidad de adecuación de un hecho a una definición preexistente; lo otro es una exigencia política referida a la definición misma. Así se distinguen la Tatbesiandsmássigkeit que es la adecuación del hecho a la definición, de la Typizitat, principio por el cual se requiere que los delitos se "acuñen en tipos". La definición legal de todo delito debe ser formulada en tipos, es decir, en estructuras cerradas, si es que*

---

<sup>12</sup> Demonstrando que o Direito Penal antigo não possuía limitações como o atual, Roxin demonstra a importância da formulação do princípio da legalidade quando lembra que “*El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán, si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la "buena costumbre" y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a "casos penales innominados"; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir en los siglos xvi-xvni, sobre todo con la admisión de los "crimina extraordinaria", en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial*” (1997, p.141).

*se quiere acordar plena vigencia al principio nullum crimen (1992, p.140).*

O Direito Penal passou a ter dupla função dentro do sistema jurídico. A primeira função é vincular à lei uma possível pena como consequência de um crime (MEZGER, 1958, p. 27). A segunda função é servir como uma garantia para o cidadão, já que o Estado pode aplicar uma Pena que não é prevista em lei.

Essa concepção de lei, e sua função, formam a base do Princípio da Legalidade e serviram de alicerces para a construção da Dogmática Penal e da Teoria do Delito. Todavia, mesmo antes da obra de Beccaria, já havia sido publicada, Francisco de Vitória já havia iniciado o debate em torno da importância do estudo da lei. Conhecido por sua importância para a construção do Direito Internacional, o seu estudo sobre a lei pode ser o indício que o princípio da Legalidade possui bases mais antigas que a obra de Beccaria<sup>13</sup>.

## 2.1 A formação do conceito de lei no pensamento de Francisco de Vitória e sua contribuição para a formação do Princípio da Legalidade

Há um problema no estudo da história da construção da dogmática penal. A teoria humanista é vislumbrada apenas após o pensamento de Beccaria, como se não houvesse importância das obras anteriores. O Direito<sup>14</sup>Natural Racionalista, por exemplo, é excluído enquanto movimento

---

<sup>13</sup> Freitas mostra que “O princípio da mera legalidade é produto de paulatina evolução histórica. Sua criação é obra de séculos e não de décadas”(2009, p.101).

<sup>14</sup> Neste contexto, WIEAKER demonstra que a “O impulso do humanismo é construído por uma nova experiência directa da antiguidade na qual se reconhece a vontade, de fundo religioso, de renovação do Homem. Para além desta impregnação da ideia de uma volta à antiguidade com a experiência originária de uma nova ideia do homem e do mundo, esteve na origem do empenho e do método do humanismo um renascimento de Platão, cujo centro mais significativo foi, no séc. XV, a academia florentina. Esse renascimento de Platão foi acompanhado por um movimento de renovação religiosa, e fundamentalmente, por um movimento idêntico no seio das formas cristãs de existência” (1969, p. 90).

estrutural do pensamento legalista da Dogmática do Direito Penal (BRANDÃO, 2014, p. 47).

A busca de uma justificação do direito de punir é anterior ao desenvolvimento do sistema punitivo legal. No início dos tempos, a ideia de punição era associada a ideia de divindade. O direito de punir era concebido como uma delegação divina (ALIMENA, 2007, p.09). A punição<sup>15</sup> é um meio de coesão social. Os Deuses, em sociedades iniciais, eram parte dos clãs e figuravam no dia-a-dia de todos (DURKHEIM, 2000, p.171), e seu descontentamento afetava a vida de todos. Um ato contrário aos Deuses era capaz de trazer o infortúnio para todos. Olhando de mais perto, a adoração de uma entidade em comum como os Deuses ou totens, é o elo de ligação entre os membros de uma comunidade, e atentar contra a crença em tais entidades causaria uma instabilidade social, o que justificaria punições e sacrifícios para restabelecer esse pacto.

A legitimação da incriminação de condutas passa pela ideia de moralidade e como tal, da necessidade de punição para manutenção da coesão social. Não é difícil de se perceber que a coesão social se solidifica ao tempo em que os agentes que transgridem essas regras, quer sejam religiosas ou morais. O sagrado, ou aquilo que pertence aos Deuses (AGAMBEM, 2007, p. 65), se torna algo inerente ao agir dos seres em sociedade, e como tal, não se pode tolerar sua mácula.

A religião, separa aquilo tido como parte do cotidiano e afasta, tornando-o sagrado (AGAMBEM, 2007, p.65-66), e proibido para os demais. A ideia de profano resulta necessariamente da antítese do sagrado, separando o mundo divino do mundo mundano. Um ato profano implica na retirada daquilo outrora tido como divino de seu universo místico, e a punição tem como meta restabelecer esse elo, principalmente, por meio de sacrifícios.

Os sacerdotes figuram como os mediadores da vontade dos Deuses e o que seria considerado um ato de sacrilégio, tendo assim, uma legitimação para proibir ou punir condutas que atentassem contra aquilo que é divino. Essa legitimidade é o poder de determinar que algumas condutas humanas

---

<sup>15</sup> Deve-se aqui fazer uma distinção ente punição e pena. A punição, enquanto gênero do qual a pena é espécie. Será considerado neste trabalho a ideia de que a pena é oriunda de um sistema racional e proporcional da aplicação de uma norma ou costume.

se tornem passíveis de uma punição para reparar o mal cometido contra os Deuses. Os sacerdotes estariam ao mesmo tempo dentro e fora da esfera mundana, o que determinaria em poder dizer a vontade dos Deuses e não serem tocados pelos atos praticados em nome deles. Matar, enquanto ato proibido pelos Deuses deveria ser punido, mas matar para punir quem matou, era um ato legítimo. O poder para justificar as condutas e transforma-las em condutas sagradas era o mesmo poder que legitimava a proibição das condutas.

Conclui-se que a legitimação da proibição de condutas humanas, nas sociedades iniciais era na esfera do plano das Divindades, e baseada na máxima *prohidendum quia peccatum*.

A evolução das sociedades após o medievo tem como resultado o alvorecer de Estados mais fortes e da centralização do poder na figura do Soberano. Agambem, ao mencionar essa figura, mostra que os soberanos estão dentro e fora do Ordenamento Jurídico, já que tem poder para determinar o estado de exceção ou determinar a invalidade de um Ordenamento Jurídico (2002, p.23).

Percebe-se que o soberano tem como justificativa para exercer tal poder, a vontade divina, mas não é como o sacerdote. O Soberano está livre da vontade dos Deuses, e em muitos casos, rompe com o poder religioso existente. Ele é pautado por fins como o “bem comum”, ou “manutenção da ordem”, ou mesmo em nome do que é moral. Observa-se que o embrião do que mais tarde será conhecido como política criminal reside em argumentos como esse. O Soberano exercia (ou exerce) seu poder de tal forma, que todos os seus atos eram justificados em defesa desse estado de Ordem. Ele tem o monopólio da decisão final, e é o termômetro da vontade popular, no dizer de Agambem, “ A autoridade demonstra que não precisa do Direito para criar o Direito” (2002, p.24). O Soberano pode dizer o que é Direito, editar normas, incriminar condutas por meio de normas, ou mesmo utilizando-se de costumes como fonte do Direito Penal. O soberano inclui no ordenamento jurídico decisões que não existiam anteriormente. O Direito se torna seu instrumento na busca pela manutenção do poder.

Por causa deste contexto, que a obra do Frei Francisco de Vitória se mostra tão importante. Em sua época, esse Frei sofreu a influência dos

ventos das ideias humanistas e do iluminismo, tornando possível uma mudança de paradigmas para a aplicação do Direito, tão voltado aos costumes e equidade.

Francisco de Vitória nasceu na cidade de Vitória, na Espanha, provavelmente pelos anos de 1483 ou 1486. Ainda pequeno, seus pais se mudaram para Burgos, ambiente que lhe propiciaria sólidos conhecimentos intelectuais. Posteriormente, Vitória ingressa na Ordem Religiosa dos Frades Pregadores, em princípios do século XVI. Estudou Teologia na renomada universidade francesa Sorbonne, a fim de ganhar o título de Magister Theologia; após seus estudos em Paris, retorna para a Espanha onde torna-se professor em Valladolid e em Salamanca, na Universidade de Salamanca (AROSSO, 2016).

No fim do Medievo, a prática do Direito era oriunda do Estudo do Direito Romano, e sua aplicação no plano concreto. Contudo, a influência dos estudos e da normatização da Igreja Católica Romana ecoava no modo de legitimação e construção da prática do jurista da época. O humanismo é a união de uma série de valores e teorias que já existiam desde a antiguidade (BANDÃO, 2014, p. 48).

A escola medieval dos Pós- Glosadores<sup>16</sup>, e sua leitura do *lus civile*, não estava preparada para a aplicação do Direito, e isso se refletiu na prática jurídica da época (WIEAKER, 1969, p.77). Assim, a prática do direito se tornou uma junção de vários critérios e teses já existente, bem como na tentativa de aplicar aos costumes, as teorias legitimadoras do Direito Penal e os costumes locais. Afirma-se que os juristas da escola dos Humanistas se voltam ao estudo das fontes do Direito, buscando a compreensão do contexto histórico e cultural (BRANDÃO, 2012, p. 156).

Sabe-se que o pensamento de Vitória, inicia a discussões sobre o Direito Internacional, o direito da invasão e dos povos Indígenas.

O Direito Natural Racionalista, estrutural dois panoramas distintos de leis, uma lei Divina, oriunda dos preceitos clássicos do direito natural grego, e uma lei Humana, baseado na legislação oposta e vigente (BRANDÃO, 2012, p. 159).

---

<sup>16</sup> Os Glosadores possuem esse nome pelo método usado para estudar o Direito Romano. Quisbert afirma que “ *En Italia esta recepción se da por estudios que se realizan del Corpus... de Justiniano haciendo anotaciones al margen de la página para que sea una especie de guía para una mejor comprensión*”(2008, p. 23).

Dito isso, a escolha do estudo da teoria de Francisco de Vitória e de sua importância se justifica.

Margarida Cantarelli mostra que a construção da legitimação de um Direito Internacional é atribuída àquele autor, o que mostra sua importância ao estudo do Direito Moderno. Ademais, sua obra *De Legibus*, possui uma avançada concepção da teoria do direito para a época (2012, p.165).

A escolástica tardia espanhola, da qual Francisco de Vitória é um dos maiores expoentes, se voltara para uma modalidade de antropocentrismo jurídico. O homem passou a ser o centro e destinatário da lei (BRANDÃO, 2014, p. 51).

Tendo como base o humanismo da época, Francisco de Vitória tentou desenvolver uma teoria que se propunha a trazer a igualdade entre os cristãos e os pagãos, refletindo-se no direito, mas que não deixa o passado. A teoria de direito penal de Francisco de Vitória está baseada na Suma Teológica de Thomas de Aquino. Desse modo, permanece a legitimação do Direito Penal em critérios da Religião, sendo o crime associado ao conceito de pecado (BRANDÃO, 2014, p. 52-53).

A construção de um conceito de Direito Penal, e principalmente de lei, encontra uma definição peculiar para os estudos da época. Não é por acaso que Hugo Grotius é influenciado por Francisco de Vitória.

Em sua obra, *De Legibus*, Defende Francisco de Vitória que a lei tem três tipos, existindo a lei divinas, a lei natural e a lei dos homens. Defende Vitória, que para que haja validade na lei dos homens, é necessário que ela seja conhecida (VITORIA, 2010, p. 90).

A superação do modelo de aplicação e ensino do Direito, o *mos itálico*, é o maior legado dos humanistas, e que só encontrou guarida inicial na França e na Holanda, já que na Alemanha, por exemplo, imperava a necessidade de construção de um direito meramente voltado a prática e aos costumes locais (WIEAKER, 1969, p. 92-93).

Francisco de Vitória enfrenta as questões do Direito Natural em sua obra intitulada *De legibus* que é publicado em meados de 1534. Tomando como base o sistema hierárquico anteposto por Tomás de Aquino, a concepção subjetiva do direito era baseada no sentido do *rectius* pertencente

a todo ser humano, e que se deve a sua concepção de lei natural (BRANDÃO, 2014, p.54).

A lei passa a ser um mandado, determinado pela razão humana, sendo ordenada a um fim. Esse processo afasta a busca de uma vontade divina. A lei sempre deve ser ordenada a afirmação de um bem comum. A ideia de bem comum deriva da própria lei, e não da vontade do legislador, já que se cessa o bem comum, cessaria a lei. A lei é ordem da razão, e ordem que limita o agir humano. Não é um conselho, deve ser obedecida (BRANDÃO, 2014, p. 55).

Para Vitória, a lei Eterna é produto da vontade de Deus. A chamada *lex eterna* é a base da lei Natural. A lei humana, se for justa, será produto da lei natural. O que converte algo em bom, ou mau seria a lei Divina, e que é usada como sistema de valoração e que independe da ação humana (BRANDÃO, 2014, p. 65-67).

O costume é usado como critério limitador da lei, e baseado o brocardo *quia longavae consuetudinis no est contemnenda autoritas*, permitindo retirar a força da lei pelo desuso.

Vitória se utiliza da sentença latina *na obligente ad culpam*, associando o direito penal ao conceito de pecado, relacionando a pena à censura pessoal (BRANDÃO, 2014, p.60).

Francisco de Vitória inicia a associação da culpa e da pena como critérios para reprovação pessoal do agente. A pena é uma consequência da culpa.

Esse pensamento não é diferente do que é defendido hoje. A necessidade de legitimação da pena e sua aplicação, como mostra Bacigalupo, é a base da aplicação da pena e firma que

*Las teorías de la pena constituyen los principios legitimantes del derecho penal: todo derecho penal se deriva de un determinado fundamento que permite deducir hasta qué punto se justifica la aplicación de la pena en cada caso, sea para prevenir o para reprimir ciertos hechos. Esta manera de concebir el derecho penal tiene, acaso, su apoyo en UNTq,u e en 1793 sostuvo la primacía de la teoría sobre la práctica en su conocido escrito sobre "el dicho popular: esto puede ser correcto en la teoría, pero inidóneo para la praxis". KANT sostuvo precisamente lo contrario. En el desarrollo del derecho penal moderno parece revelarse que el punto de vista kantiano no se há impuesto. Una descripción del sistema penal de ios dos últimos siglos lo pone de relieve (2005, p. 11)*

Nesta época, a prática do Direito era muito aquém da ideia de Francisco de Vitória, e “*Así, la Magna Charta inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal y la Carolingia no prohibía la analogía contra reo*”(MIR PUG, 2003, p. 126).

A obra deste autor espanhol traz à tona o pensamento sobre lei e que teria repercussão para o Direito Penal, seria *De Legibus*, como afirma Brandão

A obra na qual Vitória enfrenta as questões do Direito Natural e do Direito Penal, nomeadamente *De legibus*, vem ao lume no ano académico de 1533/1534-1535, antes da famosa releitura do salamantino sobre os índios (esta última de 1539), cujo teor crítico inaugurou uma nova fase na política colonial espanhola. Nela Vitória parte da tripartição utilizada por Tomás de Aquino, a saber: Lei Eterna, Lei Natural e Lei Humana, para dar uma interpretação revolucionária para a época, a qual será o fio condutor para a sua reflexão moral sobre os índios e sobre o *direito de todas as gentes*. Com efeito, a teoria da lei de Vitória permitiu a justificação no plano teórico da concepção subjetiva (*rectius*, pertencente a todo o ser humano) do Direito, o que se deve a sua concepção de *lei natural*(2014, p. 9)

Ao se referir à construção do conceito de lei, Vitória a coloca como fruto da razão, e regula a medida dos atos, e não pode se fundar apenas na mera sensibilidade (2010, p. 90).

No artigo segundo, pergunta-se se a lei deve sempre se voltar ao bem comum, e como resposta, defende que toda lei deve se voltar ao bem comum, e o fim de toda ela é a felicidade, mas que há outros fins que não se ordenam a estes, mas que se uma Lei não tem como ser estabelecida pelo príncipe se não visar o bem comum (2010, p.93).

Vitória avança quando defende a necessidade de promulgação das leis, que está na essência das leis, para evitar o desconhecimento e a aplicação da lei por arbitrariedade (2010, p. 97). Para o autor, uma lei positiva, não teria efeito sem ser publicada, nem teria efeito antes da publicação, mas a lei divina, mesmo antes da Publicação, já surtiria efeito, obrigando os homens (2010, p.101).

Ainda adentrando na questão da aplicação da pena, Francisco de Vitória afirma que esta é legitimada pela lógica divina, o que integra o corpo de leis do cotidiano do cidadão. Desse modo,

A Lei Humana, se for justa, procederá da Lei Natural. Dita lei "se ordenam ao bem comum, devem estabelecer-se para a comunidade e perdurar na comunidade política". Por sua vez, a Lei Humana se subdivide em Lei Eclesiástica e Lei Civil. A primeira é a lei da Igreja, a segunda a lei do Estado. Note-se que a Lei Civil não se confunde, no pensamento de Vitória, com a lei do direito privado, pois o *jus civile* é tomado na acepção romana, enquanto direito do cidadão. Neste contexto, a lei de natureza penal integra o *jus civile* (BRANDÃO, p. 46).

O pensamento de Vitória se apresenta na vanguarda da construção da legitimação de obediência da lei, afastando o arbítrio ou o sentimento do aplicador da lei como critério de aplicação de sanções. Suas obras demonstram essa tentativa de aplicação de regras e leis escritas como forma de aplicação do Direito, servindo como alicerce para o pensamento moderno e para a formação do Contratualistas modernos, como Beccaria.

## 2.2 A legalidade em Cesare Bonesana e a limitação do *Ius Puniendi* como gênese do Direito Penal Clássico

Poucos autores tiveram tanta importância para o Direito Penal moderno como Cesare Bonesana, o chamado Marquês de Beccaria<sup>17</sup>.

Sua obra pode ser considerada como ponto de partida para a construção da dogmática do Direito Penal. Isso se deve, não ao fato do autor ter usado a lei como ponto de partida, mas pela utilização da lei como limitado do poder de punir do Estado.

Mesmo tendo sérias críticas quanto ao método da obra, e de como ele representa um princípio da legalidade político ou utópico, não se nega sua importância. Sua veia garantista é um marco no que se refere ao limite do poder e atuação do estado por meio da lei. De certo, o conceito de lei tem

---

<sup>17</sup> Asua mostra que "César Beccaría Bonesana, marqués de Beccaría, era hijo de uma noble familia. Nace en Milán el 15 de marzo de 1738. A los veinticinco años de edad escribió su famoso libro *Dei delitti e delle pene*. Lo comenzó en marzo de 1763 y estaba terminado en enero de 1764. No lo imprimió en Milán por prudencia. El 12 de abril lo envió a Livorno, a Giuseppe Aubert, director de la imprenta del Abate Marco ColteUini. En julio circulaba ya en Toscana, donde la fama lo coronó pronto. Apareció sin fecha, sin el nombre del autor y sin división de párrafos o capítulos. Beccaría tuvo su primer ejemplar el 16 de ese mes, pero en la ciudad no se habló de él hasta primeros de septiembre. (1997, p. 34).

variações no texto da obra, e por esta razão, surgiram críticas, mas não se nega seu caráter de originalidade.

Não temos a menor dúvida em considerar que dos delitos e das penas é cerzido de uma fina tessitura cujo fio condutor pode ser visto na ideia forte do garantismo, no entanto, o fascínio que o conteúdo do livro de traduz em um real e actual programa de política criminal e daí sua perenidade-reside na simultânea mistura de duas coisas aparentemente antagônicas: por um lado, a afirmação inequívoca de um preciso e extraordinário bem definido horizonte intencional que se que se circunscribe na preservação e afirmação dos princípios da igualdade da garantia; e por outro, o carácter assistemático e d unidades fragmentadas com que o texto é formalmente apresentado. (COSTA, 2015, p.15)

Apoiado nas teorias contratualistas, buscou limitar o poder do Estado Autoritário, onde as condenações tinham como legitimidade ou os costumes ou a vontade do soberano<sup>18</sup>.

Mas isso não quer dizer que o autor italiano buscou afrontar a lei penal. Pelo contrário, ele sabia o lugar e a necessidade dela, mas defendia uma limitação na forma de punir.

Beccaria não só rejeita, sem rebouço ou hesitação, a invasão incondicional da lei penal, no âmbito da liberdade individual, mas, para além disso- e aqui reside uma especificidade de enorme relevo- considera ainda que o único pressuposto válido para admitir a compressão da liberdade só encontra arrimo quando a lei penal prossegue legítimas exigências da sociedade. Se para a medida dos crimes- empregando-se aqui medida não só em sentido estrito mas sobretudo com um esboço de criação dos próprios comportamentos proibidos- o critério fundamenta da criminalização é o dano causado à nação (VI. Erros na medida da pena) não podem, legitimamente, aparecer como crimes condutas que não produzam um resultado. (COSTA, 2015, p. 16-17)

Para entender esse momento histórico, deve-se perceber que não havia limites para os castigos físicos, e o suplício era a regra. Ademais, as leis eram aplicadas em acordo com a convicção política e a vontade dos julgadores, e obviamente, do soberano. Criticar essa lógica não era algo comum nesta época<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Contudo, o direito natural é algo não negado pelo autor, que não deixa de mostrar que o direito natural está presente como fonte do direito ainda que seja de forma limitadora, ao mencionar que *“Le pene che oltrepas sano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi.”* (BECCARIA, 1930, p.07).

<sup>19</sup> Asua definindo esse período histórico, mostra que *“En Francia, en el propio siglo xvii, donde se había manifestado la indiferencia por los castigos crueles, como lo atestiguan algunas cartas de Mme. de Sévigné, comienzan a estremecerse algunos espíritus selectos.*

Bacigalupo mostra a singularidade da obra do Marques para o Direito Penal existente à época, e afirma que

*Ya a fines del siglo XVIII, la necesidad de la pena se convirtió en un elemento básico de su racionalidad desde diversos puntos de vista. La primera afirmación categórica del carácter necesario de la pena proviene de **Beccaria**. infalibilidad de la pena debía reemplazar a la crueldad: "a medida que las penas sean más suaves, la clemencia y el perdón serán menos necesarios". **Beccaria** eí a en la necesidad de la pena una condición de la eficacia preventiva de la misma: "hacer ver a los hombres que los delitos pueden ser perdonados, o que la pena no es su necesaria consecuencia es fomentar la lisonja de la impunidad y hacer creer que, pudiendo ser perdonadas, las condenas que no lo son, serían más fuerza violenta que emanaciones de la justicia"(2005, p. 12).*

Gabriel Inácio Anitua, reconhecendo a importância de Beccaria, define o mestre como sendo o mais representativo expoente da época, tendo se inspirado no empirismo inglês e no racionalismo francês, mais especificamente em Montesquieu e Voltaire, sendo a obra considerada perigosa e revolucionária pelos magistrados e acadêmicos da época. Tem como base o contratualismo, mesmo que não tenha deixado claro em que vertente, mas a influencia de Montesquieu está mais que evidente, já que este é o único autor citado pelo pensador (p.160-161).

A obra de Charles-Louis de Secondat, o conhecido Barão de Montesquieu, obra importante da teoria política publicada em 1748, é o ponto de partida para entender a importância de Beccaria. No espírito das leis, o Barão de Montesquieu já demonstrava interesse no plano legal e na limitação ou legitimação do Estado e da fundamentação da Pena.

Ao dissertar sobre a liberdade do cidadão, demonstra a importância das leis penais, que para o autor, seria o limite das liberdades do cidadão (MONTESQUIEU, 2014, p.268). Essa preocupação é algo que permeia o debate sobre a limitação do direito de punir e que será recorrente na obra de Beccaria. Para Montesquieu

---

*A fines de esa centuria. La Bruyère, en sus Caracteres, y luego Nicolás, Presidente del Parlamento de Dijon, así como el Abate Fleury, protestaron contra la atrocidad de ciertos suplicios. Pero la evolución culmina, favorecida por las ideas Hberales que llegan de Inglaterra, con los enciclopedistas. Diderot, D'Alambert, Holbach y Helvétius se revelan contra la penahdad dominante, y se agudiza la. campaña en la pluma de Montesquieu (t 1755, que con fina ironía atacó al Derecho penal en sus bases, "desalojando del espíritu inquieto de Federico el Grande los últimos restos de la influencia de WolfP. Voltaire (t 1768) y Rousseau (t 1778) continúan la obra iniciada por el político Montesquieu: aquél con su destreza de hombre de mundo y Rousseau con las penetrantes palabras del pensador espiritual". (ASUA, 1997, p. 33)*

Triunfa a liberdade quando as leis criminais determinam as penas a partir da natureza particular do crime. Cessa todo o arbítrio; a lei não baixa do arbítrio do legislador, mas da natureza da coisa, e não é o homem que faz a violência contra o homem (1914, p. 269-270).

Essa percepção de necessidade de limitação do poder do soberano é parte de uma mudança na legitimidade de aplicação da pena voltada à razão. A proporcionalidade é algo marcante nesta obra, e fica evidente a intenção do Barão ao elencar quatro tipos de crimes, onde se reuniriam em uma primeira categoria os crimes que atingem a religião<sup>20</sup>.

A segunda categoria seriam os crimes contra os costumes, pairando na mesma lógica do legislador brasileiro que classificava neste rol, os crimes sexuais. A terceira classe seriam os delitos que ferem a tranquilidade do cidadão, e por fim, os crimes contra a segurança dos cidadãos. O que se percebe em todas as classificações atribuídas pelo autor, é a necessidade de aplicação de uma proporcionalidade e de penas “ que atraem os espíritos inquietos e os fazem voltar à ordem estabelecida” (MONTESQUIEU, 2014, p.270-271).

A obra do Barão de Montesquieu estava tão à frente de seu tempo, que percebeu a questão da limitação linguística do texto legal. O legislador deveria tornar clara a proibição a fim de possibilitar o cidadão conhecer exatamente a conduta não tolerada. No capítulo sobre o crime de lesa-majestade, apresentando o delito de lesa-majestade previsto na China daquela época, critica a ausência de limite no texto legal, o que possibilitaria a morte de um súdito que faltasse com o respeito ao imperador, e que isso

---

<sup>20</sup> Esta categoria persiste na legislação brasileira no art. 208 do Código Penal, chamado de Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, tendo o seguinte texto “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. O mesmo bem jurídico Religião ou liberdade Religiosa, pode ser encontrado no artigo 20 da lei 7716 de 89, que tem como texto “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. A liberdade religiosa é um bem jurídico tutelado pelo direito penal brasileiro de forma direta. Sobre isso, pode ser lido na no artigo de CASTRO, José Roberto Wanderley de. **O pensamento do professor René Ariel Dotti e a aplicação do art 20 da lei 7.716/1989**. IN BUSATO, Paulo César *et al.* *Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: Editora EDITORA GZ, 2016

poderia servir de pretexto para exterminar a vida ou a família pela vontade do governante (MONTESQUIEU, 2014, p.275). Outro ponto importante seria a aplicação das leis e a limitação do arbítrio do julgador. Segundo o Barão de Montesquieu, “quanto mais próximo de uma república, mais rígida se torna a maneira de julgar” (2014, p. 134). Segundo o autor, nos países despóticos os juízes se tornam a própria lei, já que tentam descobrir o espírito das leis e neste processo, acabam julgando segundo seu arbítrio. Em um estado republicano, defende o autor, “é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata dos seus bens, de sua honra ou de sua vida” (2014, p.135).

Bacigalupo lembra que o pensamento de Montesquieu tem como base a tão famosa limitação dos poderes

*Si esta concepción de los poderes del Estado se ejemplifica através de uno de sus máximos teóricos, MONTESQUIEU comprueba que, en realidad, el Poder Judicial no era un poder del Estado en sentido auténtico. Ciertamente, decía MONTESQUIEU que "todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del Legislativo y del Ejecutivo" y que "si se encuentra junto con el Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario: el juez sería el legislador. Si está junto al Poder Ejecutivo -agregaba- el juez podría tener la fuerza de un opreso (2005, p. 42).*

Não por acaso, Hungria reconhece a importância do pensamento de Montesquieu e afirma que a criação da limitação do uso da analogia no sistema penal, seria uma usurpação da função do poder legislativo. Assim, o juiz deveria limitar-se a lei e ser fiel ao texto (2016, p. 20-21).

A influência de Montesquieu na obra de Beccaria é evidente. A obra tem os mesmos alicerces e até pontos em comum, como o caso do suicídio e sua impossibilidade de punição.

A racionalidade punitiva presente na obra de Vitória é perpetuada nas obras de Montesquieu e de Beccaria, apesar de não haver uma citação direta e expressa. Ocorre que o pensamento de Francisco de Vitória era um estudo básico aos juristas e letrados da época, principalmente no que se refere à relação entre nações, ponto muito abordado por Montesquieu. A conexão entre o pensamento de Beccaria e Vitória está na relação do Estado e o poder de punir.

Beccaria é apontado como o pai do princípio da legalidade, mesmo que sendo apenas político, já que não houve a construção dogmática precisa de como seria aplicado este princípio na Dogmática Penal.

Não por acaso Beccaria é considerado como a base lógica de um sistema político de limitação do Estado e seu poder punitivo. De certo, o pensamento de Montesquieu influencia a obra de Beccaria e ambos comungam da limitação do poder do magistrado.

Partindo da lógica contratualista, enfatiza que as leis são o modo pela qual os homens se unem (2006, p.21).

A Pena é refletida como algo racional, sendo utilizado o critério de necessidade para limitar a pena. Para o Marquês, "Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem que não derive da absoluta necessidade, é tirânico". (2006, p.22).

É visível como o pensamento de Montesquieu influenciou a obra de Beccaria, mas importante frisar que o pensamento de Francisco de Vitória era igualmente comum nesta época.

A ideia de um sistema baseado na limitação do poder punitivo do Estado pela existência de leis penais era algo impensável neste momento histórico. Beccaria inova e expressamente afirma que "só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social" (2006, p. 24).

Percebe-se que a mesma tese de Montesquieu de limitação das penas imposta aos juizes, ou seja, a mera idealização de que o juiz é a boca da lei, não podendo sob nenhum protesto aumentar a pena além dos limites legais (2006, p. 24). Da mesma forma, informa que as leis só podem ter caráter geral, não podendo o magistrado, por seu arbítrio, romper o pacto social. Como terceira consequência, tem-se a obrigação da lei penal ser utilitarista, não permitindo penas que não possuam função ou que sejam inúteis.

Sua tese é ainda mais elaborada do que a limitação de Francisco de Vitória, já que Beccaria adentra a seara da interpretação das leis, negando atribuição aos magistrados de interpretar-las, levando em conta a tese de

Montesquieu na obra "do Espírito das leis" em que a interpretação poderia gerar uma nova norma, usurpando o poder do legislador (2006, p.26).

A limitação da interpretação esta ligada à ideia de que isso limitaria os interesses individuais. Neste ponto, adentra a ideia de lógica formal como método de aplicação do direito, e informa que

Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor a ação conforme ou não a lei: a conclusão é a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta (BECCARIA, 2006, p.27).

A guinada trazida por Beccaria estaria em aliar a questão legal, à justificativa de uma aplicação da pena, o que já seria um avanço em comparação à Montesquieu<sup>21</sup>.

De certo que o pensamento de Beccaria pode até parecer obsoleto hoje, mas para o sistema penal essa lógica interpretativa ajudou a contruir o sedimento de toda a lógica da dogmática penal e da limitação do poder do Estado. Não por acaso, isso fica claro quando o autor menciona que

Quando um código fixo de leis, que devem ser observadas *ad litteram*, só deixa ao juiz a incumbencia de examinar as ações do cidadãos e julgá-las de acordo com a lei escrita; quando a normado justo e do injusto, que deve guiar tanto o atos do cidadão ignorante como os do filósofo, não é questão controvertida, mas de fato, entao os súditos não estao sujeitos às pequenas tiranias de muitos, tanto mais crueis quanto menor a distancia entre quem sofre e quem faz sofrer; mais fatais do que as de um só, por que o depotismo de muitos é corrigivel pelo depotismo de um só e a crueldade de um despota é porporcional nao á forca, mas aos obstaculos (2006 p. 27-28).

O marquês percebeu que a lei poderia ser uma limitação ao poder do despota, e que a interpretação teria um papel fundamental. Como limitar o arbitrio do estado sem limitar o poder interpretativo do magistrado que sofre influência de emoções e vontades<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Pondera Beccaria: "o espirito da lei seria, então o resultado da boa ou má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espirito indeciso do homem.(2006, p.27)." O que se pode notar neste trecho é a capacidade de entender o perigo da interpretação da lei e da instabilidade trazida por essa interpretação.

<sup>22</sup> Ele expressamente diz : " [...]nè meno l' autorità d'interpretare le leggi penali può risedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori". (BECCARIA, 1930, p.09).

Sabe-se que Montesquieu já havia pensado nesta limitação, mas Becarria foi mais fundo na análise da importância da lei e de sua confecção. No capítulo da obscuridade, demonstra que a lei Penal deve ser pública e quanto mais os homens souberem de seu texto, menor será o número de delitos (2006, p. 29-30). Na construção da Dogmática Penal moderna, esse tipo de pensamento é indispensável para evolução da Teoria da Pena, bem como o desenvolvimento do Dolo e do conceito de proibição.

Para o conceito futuro de proporcionalidade, contribui o Marquês mostrando a necessidade de pensar e refletir sobre as penas. Adverte que a proporção entre a pena e o delito é indispensável para que não haja excesso e que a lei não incentive a prática de atos mais severos. A lei, e não só a penal, é respeitada baseando-se na lógica dos seres sensíveis, ou seja, entre dor e prazer. Baseando-se nisso, o legislador deve basear a construção das leis no prêmio e no castigo e sua distribuição desigual pode causar incentivo a condutas mais graves se houver maior lucro (2009, p.31-33). Ainda no rastro do que se tornará a ideia de Bem Jurídico dentro do Direito Penal, no capítulo oitavo, deixa claro que “a verdadeira medida do delito é o dano à sociedade” (2006, p.36). Pondera sobre o dano ao indivíduo e o dano à sociedade (2006, p. 37). Essa ponderação é a base da construção dos tipos penais modernos e de sua interpretação segundo os bens jurídicos. Além disso, o debate neste tópico pode ser perfeitamente associado ao debate moderno sobre os bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos individuais.<sup>23</sup>

Essa visão de bem jurídico, apesar de não expressa e nominada desta forma, pode ser percebida no capítulo trinta e dois sobre o suicídio. Deixa claro que no caso dos suicídios, não deveria haver pena. Pondera que a pena de um ato de suicídio só poderia recair ou sobre o morto ou sobre um vivo que não tivesse contribuído com o ato (o que seria obviamente chamado posteriormente de Intranscendência da Pena), tornando-se uma lei inútil (2006 p. 90-91).

---

<sup>23</sup> Outro ponto importante é o moderno debate entre os crimes de perigo e os crimes de dano, já que sendo o dano base da aplicação do Direito Penal moderno (Tipicidade Material) a consequência seria o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Ofensividade como critérios não só de criação de Leis mais de aplicações das leis já existentes e em vigência.

O marquês observa que não há necessidade de aplicação de pena ao fato, e mostra que há um critério para a incriminação de uma ação pelo legislador, não podendo sucumbir aos anseios meramente emocionais da sociedade. Observa-se que Beccaria não faz ligação da pena e da lei penal a um sistema transcendente de legitimação como era comum à época<sup>24</sup>.

Essa busca de entender as leis por uma lógica real e mais terrena, próxima à realidade humana, torna Beccaria um pensador inovador aos parâmetros da época e antes dele, como Francisco de Vitória.

Sua lógica voltada à eficácia do texto legal é impressionante. Sua obra inova mostrando a necessidade de clareza do texto, o que posteriormente tornará possível a construção do princípio da taxatividade penal (2006, p. 109).

Isso tornou possível a construção de uma lógica mais apurada dentro da teoria da aplicação da lei penal no rastro da imputação, que se dividiria em imputação do Fato (*IMPUTATIO FACTI*) e do Direito (*IMPUTATIO JURIS*). Essa obra de Beccaria estava mais ligada ao sistema de direito material, diferente das obras dessa época que tinham mais ênfase em um sistema de direito processual, diferente de grandes teóricos como Samuel Pufendorf (FERREIRA, 2010, P. 33). A forma de perceber a Pena como consequência do crime é uma forma de mostrar que a pena é a finalidade da lei penal, e como tanto, somente a lei pode legitimar essa aplicação,

*La prima conseguenza di questi principj è, che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti; e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale. Nessun magistrato ( che è parte di società ) può con giustizia infligger pene contro ad un altro, membro della società medesima, Ma una pena accresciuta al di là del limite fissato dalle leggi è la pena giusta, più un'altra pena; dunque non può un magistrato , sotto qualunque pretesto di zelo o ben pubblico,*

---

<sup>24</sup> José de Farias Costa mostrando o quão inédito é a obra de Beccaria, ao elencar motivos da importância de lê-lo hoje, e registra que "Em primeiro lugar, está-se perante um modelo de fundamentação que, pela primeira vez, encontra suas raízes na estrita dimensão humana, sem a necessidade do recurso a qualquer transcendência. Neste sentido, é uma compreensão antropológica cujo centro é o homem, se bem que um homem que ainda não encontrou a dimensão material da história"(2015, p. 17). Salutar registrar que Ricardo de Brito enfatiza que Beccaria possui características de jusnaturalismo em sua obra, já que "[...] não nega a existência do direito natural. Ao invés, ele reconhece a sua superioridade sobre o direito positivo, porém, ao enunciar que existem regras positivas que podem exigir algo dos homens além do que o direito natural prescreve, de certo modo distingue duas esferas relativamente independentes uma da outra" (2001, p. 71).

*accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino.*(  
BECCARIA, 1930, p.08).

Mas o utilitarismo está presente na obra do marquês. A pena é preenchida com finalidade, transcendendo a ideia de punição por vingança ou mesmo de direito divino<sup>25</sup>.

Não por acaso, o pensamento de Beccaria é da lógica do indivíduo, mesmo que ainda perceba o contrato social. Ele não percebe estruturas ou classes sociais, contribuindo para o princípio da igualdade, onde todos devem receber a pena prevista em lei, não restando lugar para normas diferentes para cada classe social. Ricardo de Brito comenta essa característica da obra do marquês enfatizando a preocupação dele com os excessos do Estado e da aplicação da pena. A Pena precisaria ter uma finalidade e uma medida (2001, p.92). A preocupação do autor com a pena é visível. Sua forma de descrever a limitação da pena e a não necessidade de pena arbitrária e o suplicio, mostram sua preocupação com o indivíduo e a eficácia da pena<sup>26</sup>.

O humanismo de Beccaria é a base de sua influência e aceitação tão rápida por grandes penalistas. Na Inglaterra, o mestre italiano influenciou grandes autores como William Eden, Henry Dage, Blackstone e principalmente Bentham<sup>27</sup> (FREITAS, 2001, p. 110).

Como crítica à obra, pode ser enumerada a falta de sistemática e a ausência de uma lógica mais voltada ao sistema jurídico. Todavia, essa

---

<sup>25</sup> Diz Beccaria “[...] *che quando si provasse che l’ atrocità delle pene , se non immediatamente opposta al ben pubblico ed al fine medesimo d’impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche che sono r effetto d’una ragione illuminata che preferisce il comandare ad uomini felici più che ad una greggia di schiavi , nella quale si faccia una perpetua circolazione di timida crudeltà , ma lo sarebbe alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo.* (1930, p.09).

<sup>26</sup> Neste ponto, Beccaria se mostra um crítico ferrenho da tortura e menciona que “*Non è nuovo questo dilemma : o il delitto è certo ,o incerto; se certo, non glicon viene altra pena che la stabilita dalle leggi , ed inutili sono tormenti , perèhè inutile è la confessione del reo ; se è incerto, non ' deyesi tormentare um innocente, perchè tale è, secondo le leggi, um uomo i cui delitti non sono provati*” (BECCARIA, 1930, p.30).

<sup>27</sup> Ricardo de Brito afirma que “BENTHAM propunha reformar a organização judiciária inglesa. Neste sentido, procurou dar maior concretude às concepções penais mais abstratas formuladas por BECCARIA sobre o fundamento do direito de punir e os fins da sanção penal. Portanto, BENTHAM buscou proporcionar, então, um caráter mais prático e sistemático ao direito penal inglês” (2001, p. 110).

ausência de lógica é compensada pela possibilidade de entender a aplicação da lei penal mais próxima da lógica política.

Como já elencado, a principal razão de apresentação desta obra se dá na construção de princípios basilares do Direito Penal, sendo o mais importante o princípio da legalidade<sup>28</sup>.

A repercussão das ideias de Beccaria pode ser sentida nas constituições da época, à exemplo da Constituição Federal Americana (1887) que vedava expressamente a *lex ex post facto* (HUNGRIA, 2016, P.21). E foi com base nesse princípio que a fórmula latina *nullun crimen, nulla pena sine lege*, foi elaborada pela primeira vez por Feuerbach (SANTOS, 2008, p. 20).

### 3.3 A legalidade em Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach e a decorrência lógica do princípio da legalidade

O pensamento de Feuerbach é apontado como fonte da expressão latina *nullun crimen, nulla pena sine lege*. Somente a partir dele que se constrói a base para um princípio da legalidade jurídico, sendo ainda mais ligado ao sistema jurídico, como observa Beccaria.

Durante a idade média, não havia a parte geral do direito penal, o que tornava difíceis o estudo e a aplicação do Direito Penal, já que por ausência de regras gerais, a aplicação dos crimes em espécie se voltava às características sociais e o direito costumeiro. Brandão registra a importância de Tiberius Decianus e seu *Tractatus Criminalis* criado por meio da observação de elos de ligação entre os crimes existentes (parte especial hoje). Ele analisou as causas da existência do crime, por meio das causas Aristotélicas de causas, fontes, natureza e elementos acidentais, e já percebia uma sistematização com base no objeto violado *retius*. Ele traria a

---

<sup>28</sup> Reconhecido por Asúa que menciona “La Filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaría fen una fórmula jurídica que resultaba del Contrato social de Rousseau: el principio de la legalidad ele los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley” ( 1997, p. 34).

base para o debate do Princípio da Legalidade de caráter jurídico, e voltado à dogmática do Direito Penal (BRANDÃO, 2005, p.28).

De certo, também Beccaria não poderia ter percebido o princípio da legalidade da mesma forma que ele é conhecido hoje, mas ele sedimenta uma teoria que não legitimaria uma pena que não fosse prevista em lei.

Na opinião de Sebastian Solen, o princípio da legalidade moderno é uma derivação direta desta fórmula proposta por Feurbach<sup>29</sup>, e que ainda está inacabada. Segundo Solen

*Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como juridical y no como un puro régimen de fuerza (1992, p. 134-141).*

Feuerbach defende que toda lesão jurídica é uma lesão ao objetivo do Estado, que garante todas as liberdades reciprocas (2007, p. 50-51), não escapando da visão dos contratualistas anteriores a ele, como Beccaria. Interessante mencionar que o autor percebe a necessidade de uma coação física para evitar a existência do delito ou para obrigar o delinquente a reparar o que fez (2007, p.51).

Não é difícil de perceber que entre Feuerbach e Beccaria há uma semelhança real que vai além do contratualismo como base da legitimação de existência do direito penal<sup>30</sup>. Ambos percebem uma finalidade na lei e na aplicação da coação como pena. Por isso, preceitua que uma coação física é insuficiente para garantir e proteger o direito e a sociedade de lesões jurídicas, sendo necessária uma associação entre a coação física e a chamada coação psicológica (2007, p.52). Defende Feuerbach

*Para fundar la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males y las injurias, será manester: 1) Que una ley la establezca como necesaria concecuencia del hecho*

<sup>29</sup> Sobre a importância do pensamento de Feuerbach para o direito penal, importante registrar que “Dentro da ordem de precursores, é evidente, podem-se salientar muitos outros nomes, que contribuíram de alguma ou outra forma para a evolução da teoria do delito. De todos, porém, o que mais se deve destacar é Feuerbach, exemplo marcante de penalista do iluminismo alemão do final do século XVIII” (TAVARES, 1980, p. 12).

<sup>30</sup> Feuerbach mostra a necessidade de que haja um bem para guiar a aplicação de uma coação posterior ao fato ser realizado, e textualmente defende “ *La coerción posterior, por su parte, sólo es posible presuponiendo y ala lesión jurídica, siendo su objeto la abstención de un bien como reparación*”(2007, p. 51) .

(cominación legal). Para que la imaginación de todos se asiente em la realidad, esta conexión ideal de la comunicación legal deberá, también, II) Mostrar-se esa relación em la realidad, a cuyo efecto, apenas la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido el mal que a ella se conecta( ejecución). La coacción psicológica se configura, pues, mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo em el común objetivo intimidatorio (2007, p. 52).

O professor alemão demonstra que o preceito deve instituir uma ação e que não pode se afastar da realidade, do plano do ser, sendo aplicada em acordo com o preceito normativo.

O autor percebe que a norma só teria uma eficácia com a existência de uma coação prevista em lei. Neste ponto está a maior característica de sua obra, já que ela observa a importância da lei para aplicação e raciocínio do Direito Penal. Feuerbach conclui que o direito punitivo tem como princípio a pena, e “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica de una ley que comine um mal sensible*” (2007, p. 54-55).

Baseado nisso, ele deriva alguns princípios por lógica dedutiva, retirando o que será o maior sistema de garantias de limitação do *Jus puniendi* (2007, p.55):

- a) Toda imposição de pena necessita da existência da lei penal (*nulla poena sine lege*);
- b) A imposição de uma pena está associada a uma ação que resulte em um delito previsto em lei<sup>31</sup> (*nulla poena sine crimine*);
- c) A conduta legalmente cominda (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullun crimen sine poena legali*).

A consequência está no objetivo da aplicação da lei penal, que será a proteção dos direitos do indivíduo e do Estado (FEUERBACH, 2007, p.56). Essa forma de perceber a lei penal era inédita à época. Mantem a lógica de punição apenas da pessoa natural, defendendo que apenas o indivíduo pode

---

<sup>31</sup> O autor chama isso de Crime, e o define como sendo “*en el más amplio sentido, uma injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del outro, conminada en una Ley penal*”(2007, p.55). Essa definição demonstra que não pode haver um crime que não dentro da esfera de abrangência do Estado, excluindo os fatos não legais ou não previstos em Lei como passíveis de Pena.

ser sujeito de crime, já que as sociedades só se formam pela vontade do indivíduo (2007, p.58). Esse pensamento é claramente uma forma de limitação do poder de punir do Estado, mesmo que posteriormente isso seja atribuído ao princípio da culpabilidade, que preceitua a necessidade de ação com dolo ou culpa, dificultando a aplicação da lei penal às pessoas jurídicas. Não contente, Feuerbach ainda limita a incidência da lei penal aos casos em que essa prevê (hipótese normativa), limitando, inclusive, a aplicação da lei penal aos indivíduos que não fossem súditos e que a lei não previsse sua punição (2007, p.59).

O penalista alemão esgrima a necessidade de limitar a imputação ao que preceitua o texto, inclusive, a derivação do conceito de crime que é limitado sempre com derivações lógicas da lei penal<sup>32</sup>.

Claro que Feuerbach limitava o reconhecimento de um fato como crime à vontade do sujeito, e a classificava em dolo e culpa (2007, p.71). Mas para a permanência jurídica do delito, ou seja, os efeitos jurídicos da ação criminosa, só poderia ter fim com a aplicação da pena, a graça e a prescrição (2007 p.75-76). Percebe-se que as causas de rompimento do efeito jurídico do crime, são totalmente derivadas da lei penal, de onde a teoria do autor não foge nunca. A lei penal é o início e o fim da existência do crime, e isso resulta na forma de aplicação da lei penal e na interpretação da ação humana.

No título II de sua obra, o autor alemão dedica ao estudo da lei penal e sua aplicação. Inicia definindo que

*[...] en sentido amplio, abarca toda ley que se refiere al crimen y a su punición. En sentido estricto es la categórica declaración de la necesidad de un mal significativo en el caso de una determinada lesión jurídica, y reconoce una doble vinculación:*

*I) Para con todos los súbditos, como posibles criminales, en la medida en que, quiera hacer el deber jurídico mediante la coacción psicológica de la pena;*

*II) Para los funcionarios del Estado que ejerzan su poder judicial, los que, como órganos de la Ley, deben hacer valer la cnminación legal contra verdaderos criminales(2007, p.81).*

---

<sup>32</sup> Feuerbach limita a incidência da lei penal e a configuração de delito a três coisas: a) existência de ação externa ao agente e visível, o que impossibilita a punição pelo pensamento e intenções que não se tonem ações; b) a causa jurídica, onde uma ação deve ser prevista como delito anteriormente e que possa lesionar um direito; e c) quando o crime requerer um sujeito determinado, o crime depende que a violação seja a este sujeito(2007, p.60-61).

Porem para entender a importância de sua teoria é indispensável perceber o efeito do princípio da legalidade na aplicação e interpretação das leis penais.

Feuerbach defende que a lei Penal é válida em si mesma, não cabendo um juízo de seu aplicador, e que a lei penal é aplicável e rege todos os casos previstos em sua hipótese legal. Desse modo, a sentença judicial seria só a medida da aplicação da lei penal, e deveria se pautar pelas questões já previstas em lei, bem como o limite e a medida da pena (2007, p.81).

Interessante é a afirmativa do penalista alemão sobre a conduta humana e a sua previsão como crime. Ele inicia definindo os critérios objetivos da punibilidade, algo que será utilizado por Ernest von Beling para a criação da tipicidade. Define Feuerbach o que se chamava de *corpus delicti* e que era um rudimentar juízo de adequação, já que não se conhecia a tipicidade. Dizia ele que

*El conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales que están contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llama el tipo del crimen (corpus delicti). La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de crimen en general; la aplicación de una Ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica (FEUERBACH, 2007, P.84).*

Essa forma de pensamento demonstra que o autor não fazia distinção entre o chamado *tatbestand* e a antijuridicidade. A existência de um delito estaria limitada a ocorrência do chamado tipo de crime, ou a hipótese prevista na norma e sua observação no plano concreto. Se o tipo de crime determinasse um tipo específico de vontade, ou de conduta, estas devem estar presentes na conduta e no fato no plano real. Se não houvesse essa adequação ao tipo de crime, não poderia haver a ocorrência de uma pena. Também limitaria a incidência da pena por meio da imputação, que determina a culpabilidade do agente (2007, p. 85-86).

Desse modo, une o requisito objetivo da punição ao requisito subjetivo, e este ponto de encontro não seria outro senão a lei penal. Como característica desse requisito subjetivo da punibilidade, Feuerbach defende

que se deve presumir que toda pessoa dotada de razão conhece as leis penais, e pode reconhecer a determinação de sua conduta com a lei penal, e desta forma pode-se considerar imputável suas ações (2007, p. 86). Essa máxima serve para excluir a coação irresistível, os estados de ânimo não culpáveis e a ausência de consciência da lei penal (2007, 88-90).

Assim, Feuerbach estruturou máximas ou axiomas racionais que limitaram não apenas a aplicação da lei penal, mas alcançaria o legislador e a limitação de leis que pudessem ser criadas. Essa limitação do legislador é essencial para a função de garantia que as leis penais adotaram. Hungria demonstrando a aplicação do princípio da legalidade no plano concreto, mostra que na Alemanha e na Rússia, os regimes autoritários se valeram de uma forma de interpretação da lei que excluía o princípio *nullun crimem, nulla poena sine lege*, e assevera que um direito penal longe das leis, seria um retrocesso e não um avanço (2016, p. 12).

O princípio da legalidade tornou possível a construção de uma Teoria do Delito e a exclusão do costume como fonte do Direito Penal. A máxima *firmada por* Feuerbach serviu como base para a derivação de outras máximas limitadoras e alcança o legislador e o julgador.

Henrique Bacigalupo mostra que o princípio da legalidade se desenvolveu e deu origem, no mínimo, quatro grandes máximas

*En la teoría y en la práctica existe un difundido consenso respecto de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad. En particular se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia de ello: de aplicación retroactiva de la ley (lex praevia); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (lex stricta); de cláusulas legales indeterminadas (lex certa) (1999, p. 43-44).*

Ele se molda a aplicação das normas existentes e restringe a criação das normas vindouras. Seu estudo e aprofundamento geram outros princípios, mas que de todos os gerados por ele, a proibição de leis incompletas e indeterminadas (*lex certa*), seria uma real limitação na aplicação e na interpretação da lei penal. Neste ponto, Roxin afirma que

*Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente determinada" antes*

*del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidade de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidade(1997, p. 141).*

A lei certa exige que os tipos penais não possam abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos. Essa consequência do princípio da legalidade é também conhecida como o princípio da taxatividade, e possui repercussão no sistema interpretativo das leis penais. Partindo desse pensamento, pode-se concluir que a interpretação, anteriormente criticada por Montesquieu e Beccaria concordam na afirmação da necessidade da limitação da interpretação da lei penal e sua consequente limitação da aplicação da lei penal. Essa crítica perpassa pela ideia de que ao fazer isso o magistrado estaria usurpando a função do poder legislativo, e resultando em um excesso da atuação do *jus puniendi*, já que o magistrado poderia com sua interpretação da lei, ou do texto da lei, aumentar seu alcance ou mesmo, dar interpretação diferente ao texto.

A influência do princípio da legalidade no sistema penal pode ser percebida facilmente em todas as legislações do mundo ocidental.

A lei penal se tornou um sistema fechado que ainda que se apresente como um sistema omissivo ou lacunoso não pode ser suprido por meio de interpretação judicial. A legalidade rígida defende que o que não é expressamente proibido, é penalmente lícito (*permissitur quod non prohibetur*). De fato, esse princípio, graças à Beccaria, é um sistema político-liberal, que impede o arbítrio do poder de punir (HUNGRIA, 2014, p. 05-06).

De certo, a ninguém é dado ignorar a lei (*neto consetur ignorare legem*), de modo que ninguém pode alegar que (*ignorantia legis non excusat*). A influência da legalidade pode ser sentida até na culpabilidade, já que não se pode existir culpabilidade sem que o agente tenha noção de que seu comportamento violou o dever jurídico ou a possibilidade dessa consciência (HUNGRIA, 2014, p.7). Não diferente é o pensamento de Henrique Bacigalupo, que ao refutar a antiga crítica de que o princípio da legalidade surgiria do princípio da culpabilidade, evoca o pensamento de Jakobs e informa “[...] *que el conocimiento de las normas no depende del derecho escrito; también el derecho no legislado puede ser conocido*” (1999, p.47).

Hassemer afirma que o desenvolvimento da teoria do Direito Penal desde o século XIX é ligado à tentativa de usar, manter e assegurar o princípio da Legalidade (2005, p.334). Afirma ainda que a configuração moderna desse princípio manteve quatro exigências, tanto ao legislador, quanto ao magistrado:

a) A exigência de que o Legislador formule de modo mais precisa a lei que descreve o delito ou crime (*nullun crimen sine lege certa*);

b) A impossibilidade de uma Lei Penal possuir efeito Retroativo (*nullun crimen sine lege prevea*);

c) A impossibilidade da decisão jurídica ser fundamentada em qualquer fundamento que não a lei (*nullun crimen sine lege scripta*); e

d) E que a lei escrita não pode ser ampliada por meio de interpretação em desfavor do acusado, proibindo o uso da analogia em prejuízo do mesmo (*nullun crimen sine lege scripta*). (2005, p.335).

Assim, esse Princípio começa a nortear a legislação e o Direito Penal na Europa e no Mundo novo. A presença deste sistema é visível no processo de codificação e muito significativo. A codificação é um produto das concepções liberais, oriundo da lógica da separação dos poderes e de um desejo de racionalização do Sistema Penal, já que a presença deste Princípio basilar garantiria a proteção dos direitos individuais contra o sistema autoritário do Estado (FREITAS, 2001, p. 131).

O Código Penal francês de 1791, fruto da Revolução Francesa, apesar de ter sido influenciado por Beccaria, ainda resistia com a pena de morte. Apesar disso, já era sentindo a mudança de paradigmas na aplicação da lei penal.

O Magistrado agora era limitado pela lei penal. Ricardo de Freitas registra que a real mudança está no Código Penal francês de 1810, elaborado durante o governo de Napoleão Bonaparte, que tendeu a estabelecer a ordem e um sistema penal mais conservador e mais ligado ao sistema de ordem estatal. Mostra um abandono do sistema de direito natural para um positivismo jurídico, e não abandonou o Princípio da Legalidade (2001, p.139-140). Claro que apesar de ser um código limitador do sistema de avanço político que a França passara, foi um código mais completo em

nível dogmático, com influencia de fatores técnicos e político-conservador, ajudou em sua aceitação por outros países na Europa<sup>33</sup> (2001, p.141).

## 2.4 A legalidade presente no sistema brasileiro como herança do pensamento português

Portugal foi um dos países afetados por esse movimento de codificação e de supremacia do Princípio da Legalidade. Gizlene Neder demonstra como os estudantes portugueses sofreram influência de várias legislações e pensamentos de países europeus, afirmando que

Sem dúvidas houve um humanismo português cujas origens encontram-se nos estudantes que, desde o final do século XV, afluíram para as Universidades italianas e, mais tarde para as espanholas e para a Universidade de Paris, na qual 50 bolsas de estudo, criadas por D. João III, em 1527, sustentaram até meados do século, mais de 200 estudantes (2007, p.65).

Esse Princípio foi uma herança do sistema português de legislação, e adotado com a colonização portuguesa nos Brasil.

Sabe-se que o Estado português surgiu no século XII como parte da reconquista após a queda do Império Romano do ocidente, onde se estabeleceu os visigodos, e inicialmente a *Lex Wisigothorum* era a norma que imperava, com forte influência do cristianismo e da atuação do clero nos concílios<sup>34</sup> (FERREIRA, 1982, p.67).

---

<sup>33</sup> Taipa de Carvalho registra esse movimento de introdução do Princípio da Legalidade na legislação mundial e afirma que “Assim se justifica, plenamente, a consagração do princípio da legalidade penal nas mais destacadas e universais declarações de *Direitos Humanos*, e sua elevação à *dignidade constitucional* e a sua colocação à *cabeça dos mais recentes Códigos Penais*” (2008, p.44).

<sup>34</sup> Esse Direito deixou a definição de lei em sua essência, dado por Santo Isidoro (*Ethimologie*, Livro V, cpaitulo 21) “ *Erit lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patrie, loco temporiq;ue conveniens, necessária, utilis; nullo privato commodo sed pro communi atilitate civium scripta* (A lei deve ser honesta, justa, possível, conforme a natureza, conforme os costumes do país, apropriada ao lugar e tempo, necessária, útil, claramente expressa para que na sua obscuridade se não oculte qualquer insídia, instituída, não para fomentar um interesse privado, mas para o interesse comum dos cidadãos)”.

A lógica normativa desta época, tinha como base Santo Isidoro que dividiu a lei em permissivas, proibitivas e penais, e já vislumbrava uma forma de prevenção geral conjuntamente com a correção e emenda do delinquente (FERREIRA, 1982, p. 68).

Don João I ordenou a compilações das leis do Reino, a pedido das Cortes, o que se concretizou no reinado de D. Afonso V, surgindo as ordenações Afonsinas.

Posteriormente, no reinado de Don. Manuel I, surge as ordenações manuelinas e em 1603 foram promulgadas por Don Filipe II as Ordenações Filipinas, que vigoraram até o movimento de codificação do século XIX (FERREIRA, 1982, p. 69).

Don Maria I ordenou a reformulação das Ordenações Filipinas. Contudo, apenas com a revolução liberal é que se inicia o novo processo de reforma da legislação Penal, com o código penal de 1852.

A constituinte de 1820 promoveu a reforma da legislação penal no próprio texto constitucional. Posteriormente, foram propostos projeto de Código de Processo Penal e Código Penal. Assim, em janeiro de 1823 as Cortes convocaram os sábios para oferecerem um projeto de Código de Processo Pena e de Código Penal. Em 1821, Jeremy Bentham oferece um projeto de código constitucional, código civil e de código penal, mas suas ofertas não são aprovadas (FERREIRA, 1982, p. 71). Fora criado um grupo de notáveis (Manuel Duarte Leitão, José de Castro Neto Leite de Vasconcelos e José Maria da Costa da Mata), sendo apresentado o projeto<sup>35</sup> em 1852 com base no Código francês de 1810, o Código Penal espanhol de 1848, o Código brasileiro de 1830, o de Nápoles de 1810 e da Áustria de 1803, além de várias normas portuguesas (FERREIRA, 1982, p. 72-73).

O código de 1886 era uma séria de normas que depois de compiladas fora publicada como Código Penal, mas independente de modelos

---

<sup>35</sup> Manoel Cavaleiro de Ferreira deixa claro a influencia do Princípio da Legalidade já nesse código ao afirmar “O Código foi bastante claro na definição dos crimes e esse é um dos seus méritos, como fora propósito de seus autores e soube consiliar melhor que outros códigos a determinação das incriminações e das penas com a sua graduabilidade mediante uma desenvolvida teoria das circunstâncias do crime, o que evita muitas dificuldades que a dogmática de outros países afanosamente superar mediante uma fadigosa tarefa que se prolongou por mais de um século” ( 1982, p.72).

alienígenas de legislação. Em 1936, surge um novo projeto de Código, depois de inúmeras mudanças no Código Penal português, mas foi deixado de lado até 1977.

Neste momento, a influência do direito germânico já pode ser observada. Essa influência se inicia na virada do século XVIII para o Século XIX, sendo norteadas pelo iluminismo alemão (NEDE, 2007, p. 76). O pensamento italiano e o pensamento francês também estão presentes na dogmática jurídica portuguesa.

O pensamento liberal influenciava a política e o ensino jurídico, ao ponto de, em 1537, D. João III determinar o fechamento da Universidade de Lisboa (que para ele representava o pensamento medieval), e sua mudança para a cidade de Coimbra (que iria representar os tempos modernos) (NEDER, 2007, p.90-91).

A influência portuguesa é uma realidade concreta, quer seja no direito ou em outros campos da cultura brasileira. As obras oriundas do pensamento iluminista chegaram ao Brasil trazidas pela corte portuguesa e pelos estudantes de direito que estudavam em Coimbra, e a influência de Beccaria é vista diretamente em citações no Livro de Francisco Freire intitulado *discurso sobre delictos e penas*. (NEDER, 2007, p.182).

A doutrina portuguesa e a europeia eram as preponderantes nas arcadas das Faculdades de Direito de Olinda ou no Largo do São Francisco, criadas pela lei de 11 de agosto de 1827<sup>36</sup>. Para Gizlene Neder, o modelo português presente na Universidade de Coimbra, foi decisivo para a criação dos cursos jurídicos brasileiros, e

Entre 27 de agosto de 1823 (quando os debates sobre a criação dos cursos jurídicos foram abertos) e 21 de agosto de 1827, quando o decreto que criou as faculdades de direito de Olinda e São Paulo foi aprovado, anotamos 149 referências explícitas a

---

<sup>36</sup> As faculdades tinham o mesmo sistema curricular, e os alunos no primeiro ano era estudado Direito natural, Direito público, análise de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia. No segundo ano, estudavam-se as continuações das cadeiras anteriores e mais Direito público eclesiástico. No terceiro ano, o aluno deveria estudar Direito pátrio civil, e Direito pátrio criminal com a teoria do processo criminal. No quarto ano, continuava-se a estudar o direito pátrio civil e Direito mercantil e marítimo. No quinto ano, estudava-se Economia política e Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império (Artigo primeiro). O aluno deveria comprovar conhecimento em Língua Francesa, Gramática Latina, Retórica, Filosofia Racional e Moral, e Geometria para ser aceito nas faculdades referidas (artigo oitavo).

Coimbra e aos *Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra*, em 14 sessões da Assembleia Constituinte (1823), 24 sessões na Câmara do Deputados (1826-27) e 11 sessões no Senado (1826-27). Além de uma citação explícita a Pascoal de Mello Freire, feita no calor dos debates (2007, p.136).

Desse modo, o pensamento iluminista passava para o Direito brasileiro, em especial o Direito Penal, como pode ser percebido no pensamento de Tobias Barreto<sup>37</sup>.

Taipa de Carvalho, jurista português, demonstra que o princípio da legalidade sobreviveu e evoluiu com as mudanças históricas, e permanece com seus corolários *Nullun crimen, nulla poena sine lege scripta* (lei em sentido formal); *sine lege precisa* (determinabilidade); *sine lege stricta* (proibição da aplicação da analogia); e *sine lege previa* (proibição da retroatividade da lei mais desfavorável) (2008, p.43).

No Brasil, a Constituição de 1824, já trazia em seu texto, no artigo 179, II, “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”. O código criminal de 1830 reconhece o Princípio da Legalidade no Artigo primeiro, onde está expresso “Não haverá crime, ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique”.

No Código de 1890, também no artigo primeiro preceitua que

Ninguém pode ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado como crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas.

O mesmo aconteceu com o Código Penal de 1940, que trouxe em seu artigo primeiro esse Princípio, ao afirmar que “Não a crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

---

<sup>37</sup> Gizlene Neder deixa clara a hegemonia da Escola do Recife, ao afirmar que “Sem Dúvida, as formulações elaboradas pelo pensamento jurídico em Recife permitem a sua caracterização como uma Escola (com maiúscula), dada a formação de uma corrente de pensamento que contou com notáveis e expressivos componentes, que ganharam de Luís Washington Vita o epíteto de *Ilustração Brasileira*, sobretudo a partir da década de 1870, pela liderança intelectual de Tobias Barreto, que promoveu uma ruptura epistemológica na Faculdade de Direito, ao introduzir uma visão culturalista do direito e a ideia da ciência do direito” (2007, p. 143).

Por fim, o princípio da legalidade está consagrado na Constituição Federal de 1988, e como tal, figura como cláusula pétrea no artigo 5º, inciso XXXIX<sup>38</sup>, que tem a mesma redação do Código Penal.

A doutrina brasileira recebeu o Princípio da Legalidade de forma semelhante aos portugueses e alemães, preservando seu aspecto de limitador do *jus puniendi* e como parte da construção da Dogmática Penal atual.

Paulo Busato, ao mostrar que o Direito Penal é um instrumento de controle social, reafirma que a dimensão política do Princípio da Legalidade é baseada na divisão dos poderes<sup>39</sup> e na limitação do *Jus puniendi*, e afirma que nenhuma iniciativa de outro poder pode usurpar essa função de controle social, e que qualquer tentativa de uma Medida provisória que viesse a incriminar uma conduta, ela seria uma afronta a esse caráter político do Princípio da Legalidade<sup>40</sup>, nem precisando verificar os pressupostos formais da criação desse crime (2013, p.35). Ainda mostrando as facetas do Princípio da Legalidade (mais precisamente o conteúdo técnico), Busato mostra que a doutrina atual

[...] dotou de vertentes esse princípio fundamental do Estado social e democrático de Direito, alçando-o político-criminalmente a uma categoria de garantia frente o exercício punitivo do Estado. O princípio da Legalidade, em matéria Penal, inclui atualmente o princípio da legalidade da execução: não se pode executar pena

---

<sup>38</sup> [...] “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>39</sup> No mesmo entendimento segue Bacigalupo que afirma que “*La sujeción del juez a la ley resulta, de esta manera, sumamente estricta pues, como se dijo, por un lado se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta; por otro, que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación. La primera cuestión es, en principio clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues los jueces están limitados a la aplicación del derecho creado por el legislador. Éste es el contenido del principio de legalidad*” (2005, p. 40)

<sup>40</sup> Ainda sobre o tema, Busato demonstra que a reserva legal pode assumir várias definições dentre suas funções, e afirma que “Costuma-se distinguir algumas classes de reservas legais; como a reserva absoluta da lei, que implica a competência absoluta do Legislativo na produção das Leis, a qual impede a remissão a outras fontes; reserva relativa da lei, que permite ao poder Legislativo mediante um ato de delegação voluntária, outorgar competência legislativa, principalmente ao poder Executivo, sobre determinadas matérias previamente estabelecidas, reserva geral da lei, que contempla a regulação de determinadas âmbitos gerais, frente à reserva especial da lei que se limita a regular alguns aspectos concretos daqueles âmbitos; finalmente, se distingue entre a reserva substancial da lei, que implica a regulação por parte do Legislativo de toda matéria sem permitir que instancias inferiores complementem sua redação”(2013, p. 35).

alguma em outra forma além daquela prevista pela lei, o que impede os desvios da execução (2013, p. 37).

Percebe-se que o princípio da legalidade não só foi aceito pela Legislação brasileira, como é constantemente aplicado e desenvolvido pela doutrina, gerando novas facetas e novos rumos de sua interpretação e função de garantia.

Roque Brito, mostrando a importância da vertente política do Princípio da Legalidade, afirma que

[...] politicamente, o princípio representa uma manifestação do direito de liberdade (“jus puniendi”)- o qual, em verdade, conforme já esclarecemos é mais um “poder”, “potentia puniendi” que um “direito de punir”-, o qual fica limitado, não sendo Absoluto, despótico, arbitrário, tem e deve ser dentro da lei. Por sua vez, juridicamente, o princípio delimita a área do ilícito penal e da respectiva cominação, dando a certeza jurídica do crime e da pena, particularmente ao repelir, de plano, a analogia *in malam partem*, assim como qualquer outra fonte criadora de delito ou sanção (2014, p. 236).

Assim, o magistrado é vinculado, em sua decisão sobre o caso, na fonte primário do Direito Penal: a lei. Isso gera um dilema que foi percebido desde que Napoleão Bonaparte proibiu a interpretação do Código Civil francês, que seria o limite da interpretação da lei Penal.

## 2.5 A interpretação da lei penal à luz do Princípio da Legalidade

Outro ponto resultante da aplicação do princípio da legalidade e de suas variações, está o avanço das técnicas de interpretação. A taxatividade, que determina que as leis penais devem ter sua limitação de interpretação, não impede que o magistrado busque a melhor adequação do texto à realidade dos fatos no plano concreto.

Neste ponto, desenvolve-se a dogmática penal para auxiliar o aplicador do direito, e a doutrina e a jurisprudência devem se empenhar em mostrar o caminho correto para essa aplicação (BOCKELMANN; e VOLK, 2007, p. 26).

Não é fácil a tarefa do aplicado ao tentar interpretar a lei penal, já que o legislador desmunido de uma técnica legislativa mais apurada, não emprega de forma correta os vocábulos trazendo expressões contraditórias, ambíguas e que dificultam a compreensão de sua extensão. Bacigalupo demonstra a dificuldade desse fardo

*Si el juez está vinculado al orden jurzílico, y no sólo al orden legal, la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la justicia. Sin embargo, esta afirmación requiere ser precisada. El juez no puede hacer justicia con total independencia de la ley ni tampoco sólo según su particular percepción de la misma.*

A interpretação sempre esteve em um lugar especial na Dogmática penal. Como o princípio da legalidade se tornou um limite ao arbítrio dos magistrados, tornou o Direito Penal vinculado ao texto legal. Não se pode esquecer que a lei penal é uma lei, mas que seu conteúdo possui a capacidade (ou mesmo a legitimidade) de adentrar e violar os direitos fundamentais do cidadão. A aplicação da lei penal de forma meramente gramatical é impossível, principalmente com as adversidades trazidas pela gigantesca gama de possibilidades do agir humano. Mas a lei penal é passível das limitações trazidas pelo princípio da legalidade e suas derivações, gerando uma gama de requisitos para sua validade e existência, como bem apresenta Hassemer ao afirmar que

*la ley no solamente antecede a la decisión, sino que es creada por medio de un procedimiento específico, con competencias particulares, es publicada según reglas especiales en un lugar destacado, ha sido elaborada y decidida cuidadosamente por los representantes del pueblo electos y, por ello, solamente se procede en forma consecuyente cuando se somete a la "reserva de la ley" a todas las decisiones esenciales: la function de parámetro central para el juzgamiento de la juridicidad se atribuye a la ley escrita y surgida conforme al ordenamiento (2003, p. 15).*

Além dessa limitação de validade, existência e efeitos, a lei penal sofre com a limitação da Linguagem, já que a mesma deve ser escrita de forma clara e precisa. Entretanto, a técnica dos legisladores obriga o aplicador a interpretar a lei enquanto texto com a finalidade de aplica-la. Como consequência da busca pelo sentido do texto, o sistema dogmático penal evolui e se integra ao modo de perceber e aplicar normas.

Claro que a legalidade e seus preceitos, ajudam a construir outros princípios norteadores do sistema penal. Franz Von Liszt afirma imperiosamente que a lei é a única fonte do Direito Penal, e que essa forma de limitação é em consonância com suas funções (1989, p.132-133).

Ao evitar o uso de mecanismos interpretativos que ampliam a imputação da lei penal, a taxatividade tem como efeito a unificação de aplicação da lei penal aos cidadãos de uma localidade, independente de classe social. Esse princípio de igualdade ajuda o Direito Penal a gradativamente se tornar um direito penal do fato, já que a interpretação e aplicação dela, obriga o magistrado a se preocupar com a conduta e não com a pessoa (Direito Penal do Autor). Ademais, as penas enquanto entes já determinados na lei penal, impediam que excessos fossem praticados e limitando o magistrado ao que o legislador havia determinado.

Todavia, o mesmo princípio que limitava o Magistrado ao que fosse determinado pelo legislativo, ele estaria impedido de controlar a legitimidade da norma, limitando o *jus puniendi*. O magistrado não poderia interpretar a lei, ficando à mercê da vontade do legislador. Mas e quando a vontade do legislador perpetuasse um interesse privado<sup>41</sup>? Ou se essa vontade criasse uma Lei que trouxesse o terror ou absolutismo ao povo? A escolha desses interesses que se tornarão leis é baseada na necessidade de uma sociedade, e em seu momento histórico, social e econômico.

Bacigalupo, sobre o tema, reconhece que o Direito Penal é uma ferramenta do controle social, criando normas de controle por meio de sanções (1999, p. 02). Desse modo, a interpretação<sup>42</sup> poderia trazer o

---

<sup>41</sup> Neste sentido, Bacigalupo informa que “*Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los criterios de selección de estos comportamientos son de difícil sistematización. En parte actúan en el momento en que los órganos del Estado determinan que ciertos comportamientos serán perseguidos con penas del derecho penal. Pero, además, inciden también en el momento en que los órganos del control social (policía, fiscales, jueces de instrucción, tribunales, etc.) aplican las normas legales que prescriben las sanciones para dichos comportamientos*” (1999, p. 02).

<sup>42</sup> A ideia de que a interpretação estaria vinculada à função da dogmática é correta. A dogmática surge desse aperfeiçoamento da interpretação da Lei Penal. A história do Direito Penal é vinculada à forma de interpretação dos textos legais ou da proibições impostas pelo sistema penal. Bacigalupo demonstra essa ligação afirmando que “*La presente exposición del derecho penal es una exposición dogmática. Con esto se quiere decir, ante todo, que se tratará en ella de los conceptos y del sistema de los mismos mediante los cuales los juristas del derecho penal, aplican el derecho penal a los casos que lo requieren. Los conceptos de*

controle das novas leis por meio da construção de um sistema<sup>43</sup>. Há uma pretensão de racionalidade na aplicação das leis penais, para que se possa alcançar os fins do Direito Penal, e que a pena possa cumprir suas funções. Desse modo,

*La aplicación racional del derecho penal a la solución de casos requiere la respuesta a dos preguntas: 1) si el hecho cometido es delito y 2) cuál es la pena que corresponde aplicarle. Mientras la primera pregunta sólo se puede contestar con 5/0 no, la segunda exige determinar la cantidad de una determinada especie de pena (confr. NAUCKE, pp. 13 y ss.). La respuesta a la primera cuestión está dada por la teoría del delito (ver § m). La respuesta a la segunda, constituye la teoría de la individualización de la pena (BACIGALUPO, 1999, p.04).*

Sabe-se que a interpretação é algo inevitável, e por mais que os princípios do Direito Penal tentem vincular o interprete, não há como haver uma plenitude da lei penal.

Com a existência de um sistema dogmático mais complexo, com a divisão das leis penais em uma Parte Geral e uma Parte Especial, a interpretação da lei penal que preceitua crimes (Parte Especial e Legislação Penal extravagante) deve ser feita por meio da Parte Geral (que possui a lógica racional e limitadora da interpretação) (RAMIREZ e MALARÉE, 1997, p. 90).

O que caracteriza toda a Dogmática Jurídica é que ela se ocupa do Direito positivado, do estudo da lei, mas esse estudo não exclui a utilização de outras fontes de informação, inclusive outras ciências (SOLER, 1992, p. 27).

A lei, enquanto parte do dever ser, é estudado por meio de um juízo apriorístico, mas a conduta humana é um estudo da realidade. Por isso o estudo da lei penal é permeado de outras ciências, como a criminologia, a medicina, etc. A Dogmática Penal<sup>44</sup> constrói um sistema de normas e preceitos por meio da observação e interpretação da lei penal, sendo assim,

---

*la dogmática tienen, por lo tanto, una finalidad práctica* "(1999, p.35).

<sup>43</sup> Sobre a concepção de sistema, Soler afirma que *La tarea de la dogmática, conforme se ha visto, consiste primordialmente en reducir el material normativo que inorgánicamente produce el legislador, a un sistema coherente que funcione sin contradicciones* (1992, p.40).

<sup>44</sup> A Dogmática Penal não possui a penas a tarefa de interpretar, já que deve produzir um argumento que deve ser usado para solucionar casos concretos, já que *„La dogmática penal, al tiempo que presenta de forma ordenada y sistemática los preceptos penales, es también una fuente productora de argumentos jurídicos para la resolución de casos individuales o*

*La labor dogmática consiste en tomar el conjunto de preceptos vigentes y construir un sistema con ese material. Este razonamiento jurídico presupone siempre la existencia de normas de las cuales se parte, para inferir consecuencias y construir un sistema (SOLER, 1992, p. 38).*

Se a lei penal é interpretada, ela não pode perder seu caráter de garantia, e deve ser avaliada pelo receptor ou interprete para impedir que proibições esdrúxulas possam ser criadas por intermédio de leis penais mal formuladas<sup>45</sup>.

A necessidade da interpretação da lei penal é inegável, ainda que essa possibilidade tenha sido negada em alguns momentos históricos. A postura radical no que se referia à interpretação das leis penais, vista na obra de Montesquieu e na de Beccaria era fruto de uma tentativa de limitação do arbítrio do Estado. Todavia, com a evolução social, o avanço tecnológico e a complexidade das leis penais, a interpretação é inevitável.

O ato de interpretar consiste “[...] *en materializar la voluntad abstracta de la ley, a través de la mente del juzgador, quien al juzgar realiza un juicio de valor que es fruto de la relación entre la conducta que se contempla y la norma*” (BALESTRA, 1998, p. 110).

O processo de descrição e reconhecimento do intentado pela lei penal, se tornou uma tarefa árdua para o aplicador do direito. Essa complexidade se dá pela amplitude de possibilidade da interpretação e da gigantesca gama de formas e métodos possíveis.

Historicamente, o primeiro método seria o gramatical, muito usado pelos exegetas franceses após a implementação do Código Civil Napoleônico. Esse método busca a compreensão do texto por meio da compreensão das palavras e do significado do texto.

Posteriormente, com o avanço da teoria do Direito, a interpretação sistemática passa a ser usada. Neste método, busca-se analisar a lei frente ao lugar no ordenamento na tentativa de buscar sua significação no sistema.

---

*generales. Por eso, bien entendida, es una disciplina esencialmente práctica y no pura y simplemente sistemática” (Ramirez e Malarée, 1997, p. 103).*

<sup>45</sup> Neste raciocínio, Balestra deixa claro que *La ley debe ser la única fuente del Derecho Penal. La ley es advertencia y garantía: advertencia de que será penado quien cumpla la conducta que la ley describe, y garantía de que sólo en tales casos el Estado pondrá en funcionamiento el resorte penal. Es ésa la conducta central de la misión de garantía del derecho represivo: nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (1998, p. 103).

A interpretação histórica buscava compreender os fatores que fizeram a incriminação da conduta e desse modo entender o texto.

Por fim, um método muito utilizado é o teleológico, em que o interprete busca encontrar a finalidade do texto, buscando a finalidade da norma.

Ainda, pela pessoa que interpreta, a interpretação “ (...)puede ser auténtica (la que realiza la propia ley), judicial (la realizada por el juez) y doctrinal (llevada a cabo por la doctrina). Sólo la interpretación auténtica es vinculante” (Ramirez e Malarée, 1997, p. 98).

Balestra, verificando essa questão da gigantesca liberdade do interprete, aponta três caminhos que devem ser seguidos pelo interprete da lei penal, sendo eles:

*1° Debe indagarse la voluntad de la ley, considerada objetivamente. Cuando hay disidencia entre lo que el legislador se ha propuesto y lo que dice la ley, debe privar esto último.*

*2° No ha de tomarse en cuenta el momento en que la ley fue elaborada, sino el de su aplicación.*

*3° Es decisivo en la interpretación el fin del respectivo precepto jurídico-penal, considerándose su finalidad actual ( 1998, p.114)*

Esse é a principal problema da dogmática penal, como limitar a interpretação do interprete da lei penal? Essa limitação é indispensável para que o interprete, usando um método errôneo, se afaste do sentido do Direito Penal e amplie o conceito do Delito ou a sua hipótese normativa.

Não se pode negar o caráter inovador da interpretação, mas o fato é que a interpretação, quando extensiva, por exemplo, produz uma nova lei. Esse argumento não pode prosperar. A Dogmática Penal é a lente por onde o interprete busca a compreensão do texto legal, sendo limitado pelo conjunto de teorias e princípios aceitos e validados pela prática Penal, não podendo o interprete, com boa fé ou não, trazer uma amplitude interpretativa que venha prejudicar o cidadão.

Busto Ramirez possui o mesmo entendimento sobre a limitação da interpretação em matéria penal, e defende que

*El sentido de la ley en derecho penal sólo puede surgir desde los principios político-criminales garantistas que plantean límites al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Los bienes jurídicos tienen en la interpretación un papel básico, pero considerando la dignidad de la persona y la necesidad de la pena (Ramirez e Malarée, 1997, p. 97-98).*

Desse modo, a interpretação se vinculou ao sistema de garantia trazido pela nova onda de sedimentação das Constituições modernas. As limitações teórico-rationais do sistema Dogmático criaram a Teoria do Delito, e desenvolveram a Teoria da Pena, e se tornaram um sistema limitador da interpretação, evitando uma tirania do interprete. Isso foi limitado ainda mais pelo crescente surgimento de sistemas constitucionais democráticos e garantidores de Direitos Fundamentais.

Os tipos penais são resultantes das leis Penais, por isso o estudo das leis penais é tão importante para a dogmática Penal. Como aponta Manuel Gonçalves de Ferreira, "tipos penais constam das leis penais, são elementos destas; como tais não pertencem à vida, não se confundem com as ações típicas, ações que se ajustam ao modelo impresso na descrição da lei penal" (1935, p. 15).

A necessidade da interpretação da lei penal se dá em virtude da congruência de conflito das leis penais. Essa relação entre leis penais gera a possibilidade de conflito de normas (ainda que seja um conflito aparente).

A ação, em tese, possibilita a incidência de uma única lei Penal, sobre pena de violação do Princípio da Legalidade (mais especificamente o princípio do *non bis in idem*, que impede a incidência de duas leis Penais para a mesma ação).

Há uma relação de exclusão ou contradição quando os tipos penais se conflitam entre si. Neste caso, só pode existir um, ou o concurso formal de crimes (previsto no Direito penal Brasileiro no artigo 70 do Código Penal), mas é necessário que o agente tenha desígnios autônomos, ou seja, intentava os dois resultados, ainda que com uma única conduta. Mas se o agente não queria os dois resultados, nem os tipos penais são postos em relação de completude, só restará a incidência de um tipo penal, graças ao Princípio da especialidade, que versa que a lei penal mais específica deve prevalecer, ainda que haja relação entre qualificações e agravantes (já que há neste caso uma relação de gênero e espécie); e o mesmo ocorre quando uma ação se amolda a dois Tipos Penais, devendo o mais específico ao caso, prevalecer (FERREIRA, 1935, P. 28).

A análise da lei penal e o estudo do tipo penal são indispensáveis na aplicação da lei e na análise da ação.

Essa função de adequação de validade das leis penais é fruto da legalidade como princípio, e de todas as suas variações. Paul Bocklmann e Klaus Volk entendem desta mesma forma, e dotam o magistrado de função de controle de normatividade da lei Penal, analisando se a lei em questão seria inconstitucional, e no caso de leis que foram promulgadas antes da constituição, pode verificar sua compatibilidade (2007, p.18).

Neste ponto, o controle de constitucionalidade da lei penal é uma ferramenta de garantia de direito frente à ânsia do legislador em incriminar uma conduta movido pela emoção ou do populismo momentâneo. Impede o império de normas tirânicas que tentem usurpar direitos do cidadão. Neste ponto, a interpretação deixa de ser uma mera opinião doutrinária e passa a controlar a constitucionalidade da lei penal, já que

O Controle de Constitucionalidade, entretanto, não é mera opção doutrinária, mas encontra-se assentada, pelo menos, em dois pressupostos teóricos, a saber: a) ao fato de que, sendo a Constituição oriunda de um superpoder — o *Poder Constituinte* —, nela estão inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade para a qual seu texto foi elaborado. Disto decorre a consequência de que só possam ser modificados por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos. E o caráter de *rigidez* que, em geral, marca aquela espécie legislativa; b) à característica de *Supralegalidade* que marca a norma constitucional, distinguindo-a, em consequência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, decorre a *obrigatoriedade* de que estas últimas tenham consigo a obrigação inarredável de encontrarem-se, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos inseridos na primeira (DANTAS, 2001, p.9).

Esse controle de constitucionalidade pode se dar na base do conteúdo ontico das leis penais, levando em conta sua elaboração e seu conteúdo, ou pode tomar como base o conteúdo meramente do procedimento e das formalidades da existência da lei penal (DANTAS, 2001, P.12).

Além dessa análise, o interprete é obrigado a se voltar para a Dogmática Penal, onde uma série de requisitos, princípios e regras limitam a aplicação da lei.

Neste ponto, Jakobs adverte que é proibido ao legislador cominar pena a um comportamento indeterminado, e só o interprete pode saber quando isso é existente ou não. A função do princípio da legalidade é de garantia objetiva, gerando a taxatividade dos tipos penais, e só devem ser aplicados

se a norma geral conduza a resultados adequados para o sistema penal (2009, p.118-119).

O princípio da legalidade, como visto acima, é a pedra angular do sistema penal. Por meio da sua aplicação, a Dogmática Penal prosperou e se tornou indispensável para a aplicação da lei penal e da limitação do legislador. Essa evolução da interpretação, presente em todos os sistemas democráticos, obriga que o interprete tenha uma ancora no ato interpretativo, impedindo a criação de novos tipos penais ou de penas não existentes na lei penal.

Além disso, o princípio da legalidade foi a base da construção do último elemento da teoria analítica do Delito, a tipicidade. O estudo da legalidade é a forma de entender como se estruturou o sistema penal e, principalmente, como o tipo penal fora percebido e como a teoria do tipo penal foi criada e evoluiu. Essa maneira de avaliar os tipos penais é usada até hoje e servirá para compreender os delitos modernos, oriundos das sociedades modernas e dos avanços tecnológicos, bem como as incriminações modernas resultantes da necessidade de coibir essas condutas (como Feuerbach defendia e sua teoria da coação psicológica). Os crimes cibernéticos podem ser avaliados por meio desse sistema dogmático trazido pelo estudo da legalidade no Direito Penal.

### 3 A CONSTRUÇÃO DA TERIA DO TIPO PENAL COMO BASE PARA O RACIOCÍNIO DO DIREITO PENAL

A legalidade adentrou ao sistema conceitual dos doutrinadores e sua aplicação desenvolveu o modo de pensar e de perceber o Direito Penal e isso mostra que as leis Penais deveriam ser limitadas tanto em seu nascedouro, quando em sua aplicação.

A forma de limitar a lei Penal proporcionou um limite da aplicação de leis com finalidades individuais ou mesmo que não se adequam a estrutura do Sistema Penal ou que conflitassem com os princípios. O Direito Penal passa a garantir que o Estado se limitaria à lei Penal, se tornando um sistema de garantias.

Esse sistema de garantias só se tornou possível com o desenvolvimento da técnica do Direito Penal. Como a lei Penal descreve uma conduta, e essa não pode ser interpretada analogicamente, a compreensão da conduta proibida se torna mais fácil. A legitimidade da sanção penal se torna mais óbvia. Uma proposição lógica surge de dois elementos o fato típico (descrição do fato) e a consequência jurídica de seu descumprimento (ORDEIG, 2002, p.19).

Não por acaso, o princípio da legalidade mudou radicalmente o direito penal, já que tornou a lei penal a única fonte imediata do Direito Penal. O direito penal não existe fora da órbita legal, e a ciência do Direito Penal só pode se constituir dentro do estudo da lei penal<sup>46</sup> (HUNGRIA, 2016, p.66).

A ciência do Direito penal tem como objeto o conhecimento do conjunto de normas que define delitos e impõem penas. Luiz Jiménez de Asúa conceitua o Direito Penal de forma a perceber o objeto de seu estudo

*Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sandonador y preventivo del Estado,*

---

<sup>46</sup> Nelson Hungria descrevendo o tecnicismo jurídico- penal, concede à dogmática penal um peso gigantesco na ciência do Direito Penal, mostrando que no tecnicismo jurídico- penal, não há lugar para as escolas penais, já que os métodos são por vezes conflitantes, o que impediria a existência de uma ciência com método próprio, tratando-se de ciência normativa e não causal-explicativa, sendo o único método o técnico jurídico ou lógico-abstrato(2016, p.67).

*estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora(1997,18) .*

A construção do conceito de Direito Penal de Asúa demonstra que a consequência do crime e a conduta incriminada devem ser previstas em lei e representam como a Dogmática penal se limita em seus Estudos. A dogmática penal formula regras de decisão jurídico-penais de um caso em um nível de abstração entre a lei e o caso, concretizando as instruções de lei, transcendendo a mera função de coleta de dados, passando a orientar a aplicação da Lei e a correção das decisões nos tribunais (HASSEMER, 2005, p.271-272).

Essa forma de raciocínio ou lógica dos tipos penais foi construída com base na teoria da pena e na teoria do crime. Essa dogmática penal só foi possível por meio de três fatos históricos dentro da ciência do direito penal: a) o princípio da legalidade; b) o desenvolvimento da teoria dos bens jurídicos como limitadora do *jus puniendi*; e a c) teoria do Tipo penal, que se incorporaram aos estudos da Teoria da Pena e da Teoria do Crime, transcendendo a mera observação da lei e da aplicação da lei Penal.

O papel da dogmática penal é reconhecido hoje por grande parte dos pensadores modernos. Como a dogmática é parte de uma construção da aplicação do princípio da legalidade penal, ela passa a representar mais do que uma simples técnica, ao ponto que inicia a racionalização da atuação do aplicador da lei Penal, a dogmática se eleva a um patamar de método, como afirma Zaffaroni, que enfatiza que

*El método del derecho penal es el que predomina en la ciencia jurídica en general, esto es, el llamado método dogmático, con el cual nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo (ZAFARONI, 1998, P. 278).*

É importante frisar que a dogmática representa o eixo principal da racionalidade da aplicação da lei penal e além de constituir um sistema racional, ela permitiu a existência do que seria a ciência do Direito Penal. A fonte desse sistema sempre será a lei penal. Como visto no capítulo anterior, a lei Penal é fonte imediata do sistema penal e foco de estudo da dogmática penal. Contudo, Paulo Busato alerta que a mera aplicação da lei penal sem a

observância de aspectos sociais, resultariam em decisões que contrariam a aceitação social (2013, p.151). Sempre a lei penal será a fonte primordial, ou pelo menos enquanto o princípio da legalidade reinar resolutivo no campo de racionalidade do Direito Penal.

No sistema normativo brasileiro, há uma gama elevada de leis, o que confundiria o aplicador. De certo, a lei penal é a fonte primária, mas não se pode negar a ideia de sistema penal. Neste sistema penal, o conjunto de normas, hierarquicamente apresentadas podem interferir na aplicação da lei penal. Preliminarmente, a Constituição brasileira de 1988, como uma constituição cidadã, possui em seu artigo 5º, uma gama de direitos aplicáveis e norteadores da incidência do *jus puniendi* estatal. Não por acaso, esse artigo foi consagrado como cláusula pétrea, não sendo passível de ser alterado ou retirado do seio constitucional. Ademais, por meio do princípio do *In dúbio pro reo*, já se percebe que o sistema penal tem como fonte qualquer lei ou tratado que venha a assegurar direito ou garantia para o indivíduo. Tratados com o pacto de San Jose da Costa Rica, que versa sobre direitos humanos, ganham vigência plena no sistema brasileiro, e se aplicam diretamente no sistema penal brasileiro.

Claro que esse sistema penal, não seria dinâmico sem a aplicação de outras fontes, já que isso tornaria o sistema penal fora da realidade social e do plano do ser, já que

*Las leyes y los elementos que desprendemos de su adecuado análisis son los "hechos" del mundo jurídico. Así, como en la física la materia es una construcción porque lo que nos es dado no es la "materia" en sí misma, sino una cantidad de hechos "compresentes"- lo mismo sucede en el derecho con la ley: tenemos una cantidad de disposiciones compresentes. Éstas requieren ser elaboradas en un sistema de proposiciones universales que, además de ser válidas -de tener sentido- deben ser verificadas (establecer su valor de verdad: verdaderas o faba). Las disposiciones legales las conocemos mediante los sentidos y de ellas -con el método expuesto- inferimos las proposiciones universales, pero luego debemos verificar si no hay contradicción entre estas proposiciones universales y las disposiciones legales (ZAFARONI, 1998, P. 283).*

O uso das fontes do Direito Penal segue a racionalidade criada por ele mesmo, dentro de um conjunto de regras e princípios que sempre limitam o poder de *jus puniendi* do Estado. Como fonte mediata, a lei Penal só pode ser suprida em caso de favorecimento ao acusado. O princípio da legalidade

impede que seja utilizado no direito penal o método de pensamento analógico, impedindo que um magistrado legisle sobre um tema. Entretanto, o princípio da legalidade não impede que os costumes ou os princípios gerais do direito sejam utilizados quando resultarem em uma interpretação favorável ao acusado.

Nessa esteira de pensamento que a construção de uma dogmática penal levou à criação de um preceito lógico chamado de tipo penal. Sua criação por Von Beling só foi possível pelo avanço do pensamento Dogmático do Direito Penal.

Com a complexidade das sociedades no fim do século XIX, o sistema normativo se tornou mais complexo, e os aplicadores do Direito se debruçaram no avanço das ciências na tentativa de encontrar soluções para a aplicação das leis nos sistemas penais.

Dentro dessa perspectiva, outro pensamento importante foi o de Karl Binding, que se mostrou indispensável no debate da compreensão da lei penal e na busca pela fundamentação da reprovação da conduta e do resultado. Com ele, a teoria da teoria da norma penal ressurgiu abraçada pela correnteza das ideias da lógica jurídica e estudo das normas jurídicas.

Outro ponto de importância para o surgimento e sedimentação do conceito atual de tipo penal, seria o conceito de bem jurídico, já presente em Feurbach e Birnbaum. Todos esses sistemas de pensamento passam a integrar a racionalidade do Direito Penal, e iriam influenciar a criação e o desenvolvimento do conceito de tipo penal.

### 3.1 A teoria da norma penal e a sua influência na construção da teoria do tipo penal

Na evolução da teoria da norma penal, o mais importante pensador, é Karl Binding, sendo o mais lembrado ou contestado dos teóricos que se

debruçaram sobre o tema. Sua influência no pensamento de Beling é reconhecida por ele mesmo<sup>47</sup>.

Claro que não haveria a obra de Karl Binding, *Das Normas (die normem und ihre Übertretung)*, se não fosse a evolução do Princípio da Legalidade. Da ideia de legalidade, surge a ideia de norma Penal. Esse conceito é peça chave no modo de pensar do sistema jurídico-penal. Por meio da norma penal se conhece a proibição, os limites da reprovabilidade do sujeito, e se conhece o bem jurídico, objeto da tutela do Direito Penal.

Sendo o pioneiro no estudo da norma penal, Binding<sup>48</sup> reconheceu a existência da diferenciação da lei penal (*strafgesetz*) e da norma penal (*norm*). Essa Diferença é reconhecida por Asúa, que demonstra que

*La norma, que no puede identificarse con la Ley, según hemos de ver más tarde, es uno de los polos del eje del Derecho. El otro es el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Éstos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica (1997, p.20).*

Primeiramente, essa diferenciação, para Binding é resultante do fato de que ele entende o Direito Penal como parte subsidiária do Direito, não podendo ser percebido sem que se adentre aos demais ramos, pois, o Direito Penal só é um complemento sancionador para os outros ramos.

Assim, o criminoso não viola a norma penal, mas a norma de conduta daquele preceito. (BRUNO, 2005, p.118).

Sendo extraída da lei penal, a norma penal é fruto do pensamento dogmático que fora construído com a aplicação do princípio da legalidade.

---

<sup>47</sup> Beling comenta que sua influência ou inclinação ao direito penal se deu após Binding ensinar ao mesmo na universidade de Leipzig, como foi descrito na obra ***Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in elbstdarstellungen***. Leipzig: Hans Planitz, 1925, p. 05.

<sup>48</sup> Paulo Busato, em seu tratado da parte geral intitulado de Direito Penal, apresenta Binding como o principal desenvolvedor da teoria da norma penal (213, p.156), o que é de concordância lógica já que nesta tese, tem-se como premissa que o trabalho de Binding sobre a norma jurídica é a obra (*Die Normen*) que trata sobre norma jurídica mais importante para o desenvolvimento da teoria do tipo penal, superando outras normas como as teorias de Max Ernest Mayer e sua tese sobre normas de cultura. Não que esta teoria de Mayer não seja importante, mas não teve o peso e a influência teórica que as teorias de Binding tiveram na construção da racionalidade penal. Neste ponto, essa tese está associada ao pensamento de Armin Kaufmann (1979, p.10-14).

Binding teorizou que o meliante, quando comete o crime, não violaria a lei penal, mas a norma penal (KAUFMANN, 1976, p.17).

Binding preceituava que a norma penal (*norm*) era um imperativo primário, que precede ao Direito Penal (BUSATO, 2013, P.157). Por esse pensamento, o imperativo ou mandado, advém da norma e não da lei penal. O conhecimento dessa norma e de seu conteúdo, que pode ser um imperativo ou uma ordem, é o que baseia todo o conceito do elemento da culpabilidade, bem como da teoria da Pena.

A norma não é, necessariamente codificada. Algumas vezes o legislador legislou estas normas em outros ramos do Direito, outras, essas normas podem estar dentro do Direito Penal.

Essa forma de vislumbrar a norma tornou possível a teoria da antinormatividade como critério para intervenção do Direito Penal. Se a conduta do agente se amolda ao tipo penal, mas não infringe uma norma penal, não há de se falar em crime. E mais, ainda que tenha contrariado a norma penal, se agiu dentro da obediência de uma outra norma do sistema, este não praticou uma conduta antinormativa, mas sim uma conduta normativa, e o direito penal não pode alcançá-lo. O Direito Penal, como já referido, é um ramo subsidiário do Direito, e em conflito com outros ramos do Direito, será posto de lado, já que não se pode exigir uma reprovação de uma pessoa que agiu amparado por uma norma jurídica.

A primeira questão da obra de Binding reside nas normas penais não legisladas. Como então se poderia provar sua existência? O autor então defende o processo da comprovação da existência de uma norma penal por meio de vários caminhos, contudo, apresenta quatro (KAUFMANN, 1976, p. 18). O primeiro seria se debruçando sobre a própria lei penal com a finalidade da descoberta do seu imperativo ( se a norma penal for de conduta comissiva) e do mandado ( se a norma penal for de conduta omissiva)<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Necessário registrar que Binding refuta a teoria de Feurbach e sua coação psicológica, já que para binding o imperativo só pode ser obtido por meio do preceito primário (parte da lei penal que descreve a conduta) sem que se use o preceito secundário (cominação da pena prevista pelo legislador), diferentemente de Feurbach, (como anteriormente apresentado no capítulo anterior). Assim, a pena não pode ser aplicada, já que o agente agiu em conformidade o que a lei determina, não contrariando o exposto na lei penal (KAUFMANN, 1976, p. 19).

Esse procedimento só deveria ser realizado por meio do estudo do preceito primário do texto da lei penal.

O segundo meio seria buscando a necessidade do legislador. Buscar-se-ia na necessidade do legislador em proibir uma conduta (como no caso do artigo 121 do Código Penal brasileiro em que a norma proíbe matar alguém) ou ordenar a realização de uma conduta (como no artigo 135 do Código Penal brasileiro onde o agente é compelido a prestar socorro, ou comunicar alguém competente para fazê-lo).

O terceiro, seria o exame de regras de direito escrito, já que as vezes as cominações das penas estão em outras leis. Neste ponto, o autor lembra a existência de normas penais em branco, já que essas normas possuem parte de seu conteúdo em outros tipos penais ou outras leis. Por fim, defende Binding que a história do direito pode mostrar a norma, já que muitas vezes as normas e o comando de proibição ou mandados já existiam antes da lei. Kaufmann defende que Binding vincula sua norma ao âmbito jurídico dentro da teoria das fontes do Direito.

A norma seria formulada através da lei penal, mas não dentro dela, pois, a norma penal é uma regra jurídica totalmente independente (1976, p.25). Nesse ponto, a teoria de Binding se volta a um elemento que é de fundamental importância na teoria do delito: o Bem jurídico. Na teoria da norma de Binding, a norma teria uma função protetora de bens. Esses bens seriam bens jurídicos<sup>50</sup> (KAUFMANN, 1976, p. 27).

Assim, um ato contrário à norma penal é um ato insuportável a ordem jurídica. Todavia, se o ato não é contrário à ordem jurídica, não há de se falar em violação da norma jurídica. A lei penal, para Binding, teria uma natureza de regra jurídica de legitimação (KAUFMANN, 1976, p. 31). Neste ponto, a teoria de Binding, visivelmente, se amolda ao conceito proposto pelo princípio da Legalidade, pois o autor legitima apenas o Estado como titular de criação dessas regras jurídicas.

---

<sup>50</sup> O conceito de Binding de bem jurídico é “[...] tudo aquilo que, embora por si não constitua um direito, aos olhos do legislador, se reveste de certo valor como pressuposto duma vida sadia da comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento impertubado ele manifesta um certo interesse.”(BINDING, apud KAUFMANN, 1976, p. 27).

A influência de Binding pode ser vista no desenvolvimento da antijuridicidade e, principalmente, na culpabilidade. A reprovação do agente se inicia com o conhecimento da proibição ou do mandado da norma, e não do texto da lei, o que representa uma evolução no conceito de erro de proibição. Busato afirma que “Abriu-se um espaço, a partir daí, para uma dogmática jurídica que iria muito além da teoria da pena, principalmente no que se refere à questão da separação entre tipo e antijuridicidade” (2013, p.158).

Claro que Binding não descreveu a tipicidade ou desenvolveu uma teoria do tipo penal. Ele acreditava que o crime era um fato antijurídico e culpável, mas sua influência nas teorias de Beling são visíveis. Binding asfalta o caminho para a construção da teoria do tipo penal.

Apenas como referência, a teoria da norma de Binding, apesar de ser considerada fruto do pensamento do positivismo jurídico, é o ponto de partida de onde se desenvolveram as teorias da norma penal<sup>51</sup>. Roque de Brito Alves adverte que a tese de Binding, tal como concebida pelo autor, não é aceita em sua totalidade<sup>52</sup>, e apresenta a crítica da possibilidade da existência de uma norma penal fora da lei penal (2014, p. 219-220).

A teoria da norma penal, após Binding, passa por uma forte influência do Neokantismo, gerando o que seria definido como normas de valoração.

---

<sup>51</sup> Apenas para corroborar a escolha de limitação do estudo do tipo penal ao pensamento de Beling para além da influência deste na teoria de Beling, salutar as palavras de Luis Jiménez de Asúa quando mencionando a dificuldade de definição do vocábulo norma no direito penal dizendo “ *Como se ha dicho al principio de este capítulo, debe distinguirse la Ley y la Norma. En las tendencias ius-filosóficas contemporáneas la palabra Norma se ha llenado de significaciones muy varias: Norma primitiva y secundaria, norma y peri-norma, etc., etc. Para explicar esta cuestión, que importa superlativamente – em Derecho penal, hemos de retornar a Binding, el insuperable maestro alemán. Él descubrió que el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la flaccida fórmula de la ley (1997, p. 83)*”.

<sup>52</sup> Luis Jiménez de Asúa registra que a teoria de Binding sofreu muitas críticas, principalmente de Hans Kelsen. Esclarece que “ *La crítica más negativa contra el sistema de Binding ha venido de Kelsen. Este afirma que sólo se trata de una cuestión de palabras, sobre las cuales el famoso penalista alemán hizo toda una doctrina. lo que se quebranta — dice el sagaz Profesor vienes— no es ni la ley ni la norma, sino un estado real de paz. El hecho sería más bien contrario al fin de la norma, y esto es lo que engañó a Binding, puesto que ésta expresa más claramente que la ley el fin que persigue; pero también la ley tiene ese mismo fin, aunque no lo exprese o no lo diga tan claramente. La norma es para Binding —le acusa Kelsen— la formulación autónoma del fin del Derecho; pero olvida —en el sentir de su crítico— que éste no procede del Derecho em sí, sino de la Sociología o de la Política. (1997, p. 270)*”.

Neste momento, o direito penal passa a ter a função de proteção de bens jurídicos, adaptando a concepção normativa à um contexto mais objetivo. A norma penal de valoração é baseada no juízo social de um valor, não se considerando nenhum imperativo dirigido aos que se destina essas normas, sendo assim, a expressão de necessidade de proteção de algo reconhecido como jurídico (BUSATO, 2013, p. 162).

A grande qualidade desta concepção da norma, foi a atenção dada ao bem jurídico. O bem jurídico se tornou o pilar da formação da tipicidade material, e para a interpretação das condutas humanas, além de influenciar a moderna teoria da norma penal.

### 3.2 O Bem Jurídico e o seu lugar na Dogmática do Direito Penal.

Todos os crimes gravitam em torno de um bem jurídico, logo um dos objetivos primordiais do direito penal é a proteção de bens jurídicos (BRANDÃO, 2010, p. 14).

Hassemer afirma que “o conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por *Paul Johann Anselm Feuerbach* por volta do século XIX, como uma arma contra uma concepção moralista do Direito Penal” (HASSEMER, 2005, P. 56). Como visto no capítulo primeiro, a obra de Feuerbach é reconhecida como o marco da gênese da teoria do bem jurídico. A forma de limitação do conteúdo traçada por ele, é usada por todas as outras teorias, distinguindo-se apenas da definição do bem jurídico, ou sua fonte emanente.

A utilização mais definitiva do termo bem jurídico se deve a Birnbaum. Paulo Busato esgrima essa afirmativa ao afirmar que

Foi Birnbaum que rechaçou a tese de que o delito é a lesão a um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído ou subtraído, isso pode suceder somente com o que é o objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza* ou pelo resultado do desenvolvimento social (BUSATO, 2013, p. 355).

Para Birnbaum, sempre se tentou vincular o delito a existência de uma justificação prévia, principalmente à violação de direitos (2010, p. 36).

O que impulsiona Birnbaum é a possibilidade de mostrar aos juízes um mecanismo para analisar o que o Estado reconhece como crime (2010, p.37).

A intenção do autor é demonstrar o quanto o conceito de bem jurídico pode ser algo prático para aferir se realmente a conduta do agente é relevante ao Direito, e determinar a extensão da proibição (2013, p. 40-41).

Ele desenvolve o conceito para adequar ao bem que o Direito Penal protege. Ele distinguia bens individuais e bens coletivos, e defende que mesmo sendo bens oriundos da moral e da religião, ainda assim podem ser protegidos (SCHÜNEMANN, 2013, p. 46-49). Constrói-se assim o princípio da ofensividade, como demonstra Busto Ramirez, ao afirmar que

*Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas. La vida, la libertad, la salud sin perjuicio de ser valores naturales, en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aún, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos. Por eso, son relaciones sociales concretas, esto es, relaciones entre personas que adquieren significación de bien a en cuanto son confirmadas por la norma (RAMÍREZ, e MALARÉE, 1997, p.57).*

A limitação da lesão a um direito é o ponto de partida do autor para a construção de sua tese. Voltando seu estudo à Feuerbach e sua tese de coação psicológica, demonstra que a busca por um conteúdo para justificar a punição é algo antigo na ciência do Direito Penal (BIRNBAUM, 2010, p. 40). A fundamentação do autor reside na percepção que o direito penal protege um bem reconhecido pelo direito, e vincula isso a existência de um crime (BIRNBAUM, 2010, p.58).

O conceito material de bem jurídico, no qual ele deriva do direito subjetivo, é evidentemente fruto da teoria do contrato social, que tanto influencia Beccaria e Feuerbach (PRADO, 2011, p.29).

Importante deixar claro que essa superação da teoria de Feuerbach não é algo a ser desprezado. Dentro da evolução do conceito de bem jurídico, para esta tese, deve-se levar em conta a importância do tema para a

ciência do Direito Penal<sup>53</sup>. De certo, a evolução na obra de Birnbaum é acreditar que o crime é uma violação de um bem que juridicamente nos pertence e que é gerado pela própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social, sendo assim, o Estado não criaria bens jurídicos, apenas os protegeria por meio das leis (BUSATO, 2013, p.355).

A teoria de Birnbaum pode ser considerada como uma teoria que adentra mais na esfera jurídica, e por isso é considerado o genitor da teoria do bem jurídico no Direito Penal. Posteriormente, Binding adentrou a esse tema, ao descrever o conteúdo das normas jurídicas, já que o mesmo considera que uma desobediência à norma jurídica é uma violação do direito subjetivo do Estado, implicando na violação de um bem jurídico que cada norma em concreto possui.

O contraponto foram as teorias de Franz von Liszt, que acreditava que os bens jurídicos seriam interesses vitais do indivíduo e da comunidade (BUSATO, 2013, p. 356).

Binding, sofrendo de influências fortes do positivismo, agrega a sua teoria da norma à teoria do bem jurídico, chegando a reconhecer o bem jurídico como um conceito material da norma.

Luiz Regis Prado vislumbra Von Liszt como o responsável pela teoria material do conceito de injusto penal, tendo o bem jurídico uma ação limitadora da produção legislativa (2011, p. 35).

No começo do século XX, os neoKantianos desenvolveram mudanças na teoria do bem jurídico, assim como fizeram na teoria da norma jurídica. Criaram a chamada concepção metodológica de bem jurídico. O bem jurídico é entendido como um valor cultural, e sua caracterização está no mundo valorativo (PRADO, 2011, p.37). Essa forma de abordagem do bem jurídico,

---

<sup>53</sup> Neste ponto, importante frisar que já existia o debate em torno dessa questão desde o surgimento da primeira fase do direito natural. Para esta tese, o importante é acompanhar o marco na obra de Feuerbach, já que ele influencia a construção desse conceito, tendo a abordagem mais específica do tema do bem jurídico para a esfera da dogmática penal. Nesse sentido, importante o pensamento de Paulo Busato ao afirmar que “ O principal representante do período foi Feuerbach, quem sustentava que o Direito Penal protegia os “direitos subjetivos “ dos particulares e não a necessidade de cumprimento de um dever para com o Estado (2013, p.354). Arturo Rocco, por exemplo, já diferenciava bem e interesse, conceitos que eram bem debatidos na esfera civilista e da filosofia do direito (PRADO, 2011, p.20).

típico do NeoKantismo, e normatização do bem jurídico, se deve a Richard Honig (em 1919), que considera o bem jurídico como o *ratio* da norma (CUNHA, 1995, p. 64-65).

Nesse sistema, o bem jurídico é um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal (PRADO, 1996, p. 29)

Como se pode perceber, o início da teoria da norma considerava o bem jurídico como fonte legitimadora da norma jurídica. A guinada dessa forma de compreensão do lugar dos bem jurídico se inicia com o sistema ontológico de Welzel.

Não por acaso, Welzel tem uma importância na construção da moderna dogmática penal, garantido a forma como se considera a teoria do delito em grande parte dos países que adotam o sistema romano-germânico (Civil law). As teorias ontológicas de Welzel, baseadas nas teorias de Nicolai Hartmann, desenvolverão a teoria finalista da ação, concepção adotada na reforma do Código Penal brasileiro de 1987.

Na trajetória do desenvolvimento da teoria do bem jurídico, o funcionalismo é um paradigma importante.

O funcionalismo, na figura de seus três maiores autores, Roxin, Hassemer e Jakobs, desenvolvem o conceito de bem jurídico mais atrelado ao Direito e ao contexto normativo.

O que se observa é que a construção do conceito de bem jurídico é, assim como o princípio da legalidade, uma construção político-histórica. É uma emancipação política que se consagra no iluminismo, já que os bens jurídicos tutelados eram os oriundos do iluminismo e da primeira geração de direitos individuais.

Percebe-se que o pensamento liberal influencia completamente os bens jurídicos eleitos pelo direito penal e de sua conceitualização (ROXIN, 2014, p.43).

O bem jurídico, dentro da dogmática clássica, assume papel fundamental na interpretação e construção de outros princípios, bem como

do desenvolvimento da tipicidade material. Assim se constrói o Direito Penal Clássico<sup>54</sup>.

Busto Ramírez evidencia a questão ideológica e sua contribuição na eleição dos bens jurídicos. O processo de valoração é um processo que leva em consideração as necessidades sociais.

*Desde la perspectiva del bien jurídico tienen especial significación las ideologías de tipo inclusivo-histórico de carácter estructural. Son aquellas que se corresponden a una concepción de la sociedad, sus fundamentos y mantenimiento. Resulta necesario determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido, de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida a fin de evitar proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado social y democrático de derecho. Un ejemplo a este respecto es el que mencionábamos anteriormente en relación a la religión o la pertenencia, por ejemplo, a una determinada nación. En definitiva, se trata de que la necesidad de protección se establezca libremente en la base social superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con los fundamentos del Estado social y democrático de derecho (RAMÍREZ, e MALARÉE, 1997, p.60).*

O bem jurídico possui efeitos na teoria da pena, e serve como base para o princípio da proporcionalidade e da medida da pena a ser imputada a cada conduta reprovada.

Ele integra o sistema dogmático<sup>55</sup> concedendo racionalidade na compreensão dos tipos penais e serve como um sistema de proteção contra o *ius puniendi* do Estado.

---

<sup>54</sup> Utilizar-se-á a definição de Direito Penal Clássico para o sistema dogmático formado até o movimento finalista proposto por Welzel, onde os bens jurídicos eram associados preferencialmente aos direitos individuais, e não havia a formulação do sistema de Direito Penal Moderno (que será analisado no capítulo quarto).

<sup>55</sup> Santiago Mir Puig apresenta a importância da teoria do bem jurídico dentro da dogmática penal clássica e afirma que “*El bien jurídico cuenta desde mediados del siglo XIX –desde BiRNBAUM- entre los conceptos fundamentales del derecho penal. Pero hasta hace poco su significado no ha solido verse en una función de límite al legislador, sino como expresión de la ratio legis, del objeto de protección elegido por la ley. Su función se situaba, por lo general, en el terreno de la interpretación y de la ordenación sistemática, de las cuales es sin duda la clave. Así, el concepto de bien jurídico no nació con el propósito de trazar una frontera al ius puniendi del Estado, sino que fue introducido por BIRNBAUM en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales*” (2003, p.112).

Com a evolução da teoria do bem jurídico, os valores meramente morais são retirados e cada vez mais, são restringidos os tipos penais que são criados e abolidos (*abolitio criminis*).

Com essa evolução, surge a concepção sistemática de bem jurídico a partir da teoria da lesividade social (HASSEMER, 2005, P. 56-57). A teoria leva em consideração o sistema social e seus interesses. Segundo Hassemer, é necessário que o bem jurídico tenha caráter socialmente prejudicial e que excedam prejuízos oriundos da relação entre o autor e a vítima. Segundo as teorias e práticas do direito penal devem ser indicadas pelas ciências sociais, e exige do legislador penal, um saber empírico e a formulação de tipos penais que levem em consideração as consequências jurídico-penais (HASSEMER, 2005, P. 57).

O já referido princípio da ofensividade surge como uma consequência lógica. Para que o delito se configure, é indispensável que o ato viole o bem jurídico tutelado. Além disso, surge o princípio da seletividade, onde o legislador deve selecionar os bens jurídicos relevantes para conceder uma proteção penal. A consequência óbvia é o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), que preceitua que o direito penal só poderá tutelar um bem jurídico, se os outros ramos do direito se mostraram ineficazes para defendê-lo. Busto Ramírez deixa claro a natureza do bem jurídico e sua finalidade quando afirma que o bem jurídico

*Tienen carácter normativo en tanto que están confirmados por el ordenamiento jurídico dentro de una determinada sociedad. El ordenamiento jurídico a través de normas prohibitivas o de mandato dentro de una sociedad determinada selecciona del complejo de relaciones sociales aquellas que político-criminalmente le interesa proteger*(RAMÍREZ, e MALARÉE, 1997, p.142).

Com a sedimentação desse sistema de compreensão do bem jurídico, a teoria do tipo penal passou a ter mais importância e como tal, seus estudos mais expressivos.

Atualmente, o bem jurídico se restringe ao legislador. A doutrina, principalmente a brasileira, coincide no pensamento que apenas o legislador pode indicar o bem jurídico, e apenas o legislador pode valorá-lo. Assim, o conceito de bem jurídico é atrelado à norma penal, como já havia alertado

Zaffaroni definiu o bem jurídico enquanto interesse jurídico valorado pelo legislador e mostra que

*La Estos objetos de interés jurídico (entes) que el legislador valora, los llamamos "bienes jurídicos" y cuando el legislador considera que determinadas formas de afectación requieren una especial consecuencia jurídica, los tutela con iina sanción penal v se convierten así en "bienes jurídicos penalmente tutelados", pero sólo em la medida de la tutela penal. Decir que el derecho patrimonial es un "bien jurídico penalmente tutelado" es en general inexacto: el derecho patrimonial es un bien jurídico penalmente tutelado sólo em cuanto a determinadas formas de afectación del mismo (ZAFFARONI, 1998, p.220).*

O delito e o injusto giram ao redor do bem jurídico. O bem jurídico é o critério decisivo para o conteúdo dos dois elementos na mesma, isto é, a tipicidade e ilegalidade (RAMÍREZ, e MALARÉE, 1997, p.141-142).

O bem jurídico em sua atual concepção não só possui função limitadora da norma penal e sua incidência, mas deve, também, influenciar a produção normativa e as leis que devem ser revogadas. Essa relação entre norma e bem jurídico, gerou uma série de princípios limitadores do Direito Penal.

O primeiro deles é o princípio da *Ultima Ratio*<sup>56</sup> que preceitua que o Direito Penal deve ser o último ramo do Direito escolhido para tutelar os bens jurídicos. Se outro Ramo já é capaz de fazer de forma razoável e coerente essa proteção, não se deve valer da criação de leis penais. Esse princípio controla a produção normativa das leis penais impedindo, em tese, a proliferação de leis penais e a ineficácia do sistema penal. Desse princípio, outros derivam, como o princípio da proporcionalidade que preceitua que o bem jurídico e seu valor, devem se ligar à pena a ser adotada no preceito primário do texto normativo. O mesmo ocorre com a seletividade, que preceitua que somente os bens jurídicos mais importantes podem ser alvos da tutela do Direito Penal.

O princípio da ofensividade é outra consequência da adoção do império do bem jurídico no sistema normativo. Não se pode considerar crime a ação que praticada intencionalmente pelo sujeito, não chegar a violar o

---

<sup>56</sup> Para fins dessa tese, admite-se como paradigma válido o princípio da *Ultima Ratio* no sistema penal brasileiro. Como premissa desta tese, a escolha desse princípio como limitador do legislador, refrearia o ímpeto de incriminação de condutas cuja as proibições não se mostrassem essenciais ao convívio social.

bem jurídico. Por meio desse princípio se desenvolve a moderna concepção de insignificância no Direito Penal. Na tentativa de conceituar o bem jurídico e de descrever sua importância na teoria do delito, Busto Ramírez afirma que

*El concepto «bien jurídico» designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Ahora bien, si se reconoce la insolubilidad entre bien jurídico y norma (véase supra lección 4), como se comprenderá, resulta de la máxima importancia una teoría del bien jurídico que permita identificar materialmente, más allá de formulaciones ideológicas encubridoras de la realidad, lo protegido en relación a cada norma penal. Esta identificación material abre la discusión sobre su protección penal y con ello la permanente revisión democrática del sistema penal (1997, p.57)*

Por esta definição, percebe-se que o bem jurídico representa uma repercussão na teoria da norma penal, e na importância do conteúdo do injusto penal. A norma penal, exerce função primordial na teoria do delito e como tal, o conceito de bem jurídico. A limitação do bem jurídico é a limitação da própria norma penal e da reprovação que permitirá a aplicação de uma pena.

Outro ponto do desenvolvimento do conceito do bem jurídico, é que ele se relaciona com o conceito de ação (PRADO, 2011, p.49). A ação humana se tornou o centro da teoria do delito moderna. Não pode haver crime sem conduta humana (Direito Penal do fato).

Para que se reconheça uma conduta como criminosa, é preciso verificar se tal conduta gerou uma violação ao bem jurídico (ou, em certos casos, um perigo ou ameaça a esse bem).

Por isso, o bem jurídico assume funções essenciais, tanto para o campo jurídico quanto no campo político. A primeira função é a de garantia, por limitar o poder de punir do Estado. Desse modo, o adágio jurídico *nullum crimen sine injuria* toma proporções concretas. A segunda função seria a de auxiliar a interpretação dos tipos penais.

Outro aspecto importante é que o alcance e sentido dos tipos penais é determinado pelo bem jurídico. O bem jurídico se torna o centro do tipo penal e da norma penal (PRADO, 2011, p. 61). Como parte da norma penal, o bem jurídico também influencia a pena, sendo um critério individualizador, tanto na escolha da pena *in abstracto* pelo legislador como no momento da fixação da

pena definitiva pelo magistrado. Há um caráter científico na função dos tipos penais, pois, graças a eles, que se pode ordenar e classificar os tipos penais.

### 3.3 O estudo da teoria do tipo penal e sua importância para a construção da dogmática penal clássica

No tocante à Dogmática Penal, a teoria do Crime, com base em seus elementos, é um método, mas tal método não esgota o método do Direito Penal. Deve ser utilizado um método distinto para a aplicação da pena. Todavia, para a compreensão destes métodos é necessário o estudo histórico desses métodos. A tipicidade, apesar de ser o primeiro elemento do crime a ser analisado, foi o último a ser construído (BRANDÃO, 2012, p.27).

O Direito Romano construiu os crimes em espécie, mas sem o conhecimento da legalidade, especialmente sem uma parte geral do Direito Penal.

Os romanos desenvolveram o direito mais próxima da arte, e da ideia de um bom direito, onde o pretor romano buscava a melhor decisão ao caso. Jus Celso, preceituava isso alegando “*jus ars boné et eaqui*”- direito como a arte do bom e do justo.

Como já afirmado, a parte Geral surge com o método Aristotélico das quatro causas (formal, material, eficiente e final), surgiu com *Tiberius Deciano*, e o seu *Tractatus Criminalis* e tem como característica a busca pelo que pode ser encontrado em comum entre os crimes, configurando uma característica geral a todos os crimes, ou uma parte geral.

O desenvolvimento do vocábulo antigo *tatbestand*, que inicialmente era tido como fato do crime (“*die tat*”- o ato e “*der bestand*”- existência), ou mesmo sinônimo de crime, ajudou a desenvolver a concepção de tipo penal.

Outro ponto é indispensável para a teoria do tipo penal, é o desenvolvimento da teoria da ação (estudo da conduta humana).

Juarez Tavares descreve o problema que enfrentava a dogmática anterior as teorias de Beling e Liszt, já que a incidência da lei penal não se

baseava a Teoria do Delito na conduta humana, se baseando apenas na ideia de imputação (herança dos romanos), e afirma que

Na concepção dos clássicos, representada, basicamente, por Carrara, a ação não desempenhava qualquer papel, como conceito isolado. Operava-se, então, quase que unicamente, com o princípio da imputação, que servia para fundamentar a responsabilidade do homem pelo delito que praticasse. Esta noção de imputação veio dos práticos e se prolongou no Direito Penal da Itália e da Europa em geral até recentemente (1980, p.08).

A conduta passou a ser o centro de orientação do Direito Penal, e a conduta humana, em sua relação de conformidade, deve se amoldar em conformação com o que descreve o preceito legal (FERREIRA, 1935, p.14). A tipicidade é assim a qualidade da ação que se adapta ao tipo penal (FERREIRA, 1935, p. 14).

A ação é parte essencial do crime, sendo sempre elemento deste. Por consequência do estudo da Ação, pôde-se distinguir os crimes materiais (onde o legislador descreve um resultado, e a delimitação do tipo e consumação dependem desse evento) ou dos crimes formais (são tipos que a lei até mesmo descrevem a existência de um resultado, mas este não precisa aparecer para a existência da consumação). Só a conduta pode mostrar como será a realização do tipo.

A conduta precisa ser avaliada e observada, buscando sua adequação ou não, ao tipo Penal.

Cerezo Mir elenca como elemento primordial para o conceito de delito, o conceito de ação e de omissão, já que o pensamento não pode constituir fato punível (MIR, 1990, p.261). Descreve que o Código Penal Espanhol de 1871 não se referia expressamente à possibilidade da existência de um crime omissivo, já que apenas se referia à ação. Essa concepção de necessidade de estudo da conduta humana como sistema basilar da Teoria do Delito, é incorporada por toda a dogmática moderna ocidental, e nas palavras de Busto Ramirez

*Los elementos acción, que se constituye en la piedra angular del sistema, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se van reiterando en cada una de las propuestas, sólo que con diferentes contenidos. Dichos contenidos están condicionados por los fundamentos ideológicos que sirven de base a las diferentes propuestas. Estos fundamentos ideológicos se vuelcan en el concepto de acción, como sucede con las posturas causalistas y finalista o bien en objetivos político-criminales, como los fines preventivo generales de*

*la pena y la afirmación de los valores del sistema (Ramírez, e Malarée, 1997, p. 129).*

O Direito Penal alemão sempre se esforçou para descrever o conceito de ação de uma forma que pudesse englobar tanto a ação quanto a omissão<sup>57</sup>.

Do conceito de ação é que se deriva a exigência de sua neutralidade descritiva e valorativa, e ao se descrever o conceito de ação de forma que este não prejudique os outros elementos do delito (MIR, 1990, p.262).

A ação terá de cumprir, enfim, uma “[...] função de elemento limitador excluindo de antemão aquelas formas de condutas que carecem de relevância para o direito penal” (MIR, 1990, p.262).

### 3.3.1 O conceito Natural-causal de Ernest Von Beling e Franz Von Liszt

A ciência do Direito Penal inicia esse plano de estudos por meio das teorias de Von Liszt e Von Beling baseadas no conceito causal da ação, que fora influenciado no pensamento científico-natural. Sabe-se que para o sistema de Von Liszt e von Beling, a ação era uma modificação causal do mundo exterior, percebido pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade, realizada pela ação ou omissão voluntária de um movimento corpóreo (MIR,1990, p.262).

Beling, em sua obra Esquema de Direito Penal inicia a legitimidade da punição por meio da prática da ação. Esse conceito de ação se baseia na lógica causal do positivismo enquanto lógica de pensamento científico (baseado nas concepções de Charles Darwin), e para o autor

*[...] la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por "acción" un comportamiento corporal [fase externa, "objetiva" de la acción] producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular,*

---

<sup>57</sup> Não por acaso o estudo da teoria da ação é tão importante dentro da teoria do delito. Bettiol deixa claro que “*El problema de la acción es, indudablemente, fundamental en el campo del Derecho penal, pero lo es también en el campo del Derecho en general, y salta a la luz cuando se quiere examinar las relaciones entre moral y Derecho*” (1995, p. 135).

*"voluntariedad")*, (fase interna, "subjetiva" de la acción); ello es, un "comportamiento corporal voluntario", consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. Levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un "no hacer" (omisión), ello es, distensión de los músculos (2002, p. 42).

Esse conceito de ação está impregnado pelas ondas do positivismo e possui um conceito meramente naturalístico.

Defende a ideia do brocárdio romano de que o pensamento não delinque e vincula a conduta a voluntariedade (2002, p. 42). A vinculação da antijuridicidade ao conceito de ação é defendida por Beling, que define a ação antijurídica como aquela contrária à ordem jurídica<sup>58</sup> (2002, p. 43).

Outra questão levantada por Beling é a base da punibilidade. Ele afasta totalmente a possibilidade de uma punição que não seja baseada no Autodeterminismo, no livre arbítrio (2002, p. 64). Afirma Beling que

*El Derecho Penal sólo puede por eso construirse sobre la base del Autodeterminismo (reductible a "Indeterminismo condicionado o relativo")*, ello es, la doctrina según la cual el hombre es libre en el sentido de que (cuando no concurren excepciones) en él, el obrar no se explica plenamente por el carácter y los motivos, sino que, además, junto a éstos, interviene un tercer término consistente en el poder de resistencia existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, ello es, a elegir y decidirse (ver la expresión del C. P., en § 51). (2002, p. 64-65).

Não por acaso a teoria de Beling ecoou na lógica da Dogmática Penal, ajudando a construção do que seria chamado por Welzel de exigibilidade de conduta diversa.

Já no campo da culpabilidade, Beling deixa a Culpa e o Dolo dentro da formação desse elemento da Teoria do Delito, construindo sua reprovabilidade da ação ainda dentro do campo da culpabilidade<sup>59</sup> (2002, p. 72).

---

<sup>58</sup> Ainda nesta concepção, Beling afirma que "El ordenamiento jurídico puede considerar de tres maneras la conducta humana: o la declara antijurídica, o conforme al derecho, o jurídicamente indiferente (irrelevante). Pero no procede de modo que ciertos comportamientos sean siempre antijurídicos y los restantes nunca. Siempre median las circunstancias (personales o reales) del proceder: toda clase de conducta es, en ciertas circunstancias, antijurídica, y en otras, no. La interpretación singular es la que nos dirá cuáles son esas circunstancias" (2002, p.45).

<sup>59</sup> Sobre isso, afirma Beling que "Como en la culpabilidad en general, también en el dolus y en la culpa se trata solamente de la disposición anímica dada al tiempo de la acción, es decir, si la resolución misma está viciada (ya sea por su orientación o por descuido concurrente al originarse). No hay dolus (o culpa) "subsequens" o "antecedens" (2002, p.72).

Von Liszt não se distancia muito do conceito de Beling sobre a conduta humana, nem tão pouco das limitações da conduta dentro da concepção Natural-causal. A limitação da voluntariedade da ação humana, presente nas teorias de Beling, também estão presentes na obra de Von Liszt. Afirma Von Liszt que

As circunstancias que são a condição para que se siga um efeito jurídico consistem sem excepção alguma em factos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os efeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados factos. As circunstancias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos, que independam da vontade humana, mas somente acções humanas (1899, p. 193).

Percebe-se que o conceito do sistema idealizado por Von Beling e perpetuado na lógica de Von Liszt não possui variações. Isso é identificado por Busto Ramirez que reconhece que o sistema naturalista-causal observa o delito como “[...] *una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. Luego, el delito es definido por la relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo exterior* (1997, p. 130).

Juarez Tavares explica resumidamente a lógica do Sistema de Beling e Liszt ao mostrar que esse sistema busca uma neutralidade na análise da conduta, já que os elementos reprováveis seriam jogados como conteúdo da culpabilidade, onde estariam os elementos subjetivos (dolo e culpa), e

Para que, efetivamente, esse papel seja bem desempenhado, o conceito de ação deve conter unicamente o que for mais geral e necessário à formulação, tendo em vista seus objetivos. É preciso que se fixe bem esta colocação, pois só através dela será possível compreender-se o desenvolvimento dos sistemas causais. A consequência disso é que na ação não se investiga o conteúdo da conduta, nem seus possíveis aspectos normativos. A ação é valorativamente neutra, sendo identificada como um movimento corporeo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior (1980, p. 17).

Na causalista de Beling e Liszt, a conduta não era vista de forma completa, e somente com Welzel, a conduta seria levado a um patamar mais importante dentro da teoria da Tipicidade.

### 3.3.2 O conceito de ação Finalista de Hans Welzel

Na teoria finalista, nascida das reflexões de Welzel sobre o conceito causal da ação, fala-se da separação entre o ser e o dever –ser (típico dos neokantianos), e da realidade e do valor (MIR, 1990, p.264).

Welzel define a ação humana consiste em um exercício de uma ação finalista. A finalidade é, por tanto, é o caráter finalista de qualquer ser humano, já que este pode prever, mesmo de forma limitada, a causalidade entre a sua conduta intentada e o resultado provável, por isso, a espinha dorsal da teoria finalista é a vontade consciente de se obter um fim. A vontade dirige a ação do agente (MIR, 1990, p.265).

As condutas culposas, para Welzel, teriam relação com as ações que seriam socialmente relevantes (MIR, 1990, p.267). Assim, os crimes culposos apenas podem ser percebidos na esfera dos juízos valorativos, e não na teoria do conceito da ação, por estar a culpa ligada aos tipos do injusto, e para tanto, aponta os crimes preterdolosos.

Reflete ainda, que “ é evidente que o conceito finalista da ação não pode servir de conceito genérico que englobe a omissão, pois nessa falta, como tem-se assinalado, Armin Kaufmann, a causalidade e a finalidade” (MIR, 1990, p.271). Aponta que a existência de crimes de mera conduta nos códigos, mostra que se tem renunciado a causalidade como pressuposto da finalidade (MIR, 1990, p.271).

No que se refere ao conceito social da ação, o autor aponta a dificuldade de definir o que seria “socialmente relevante” como sistema valorativo da conduta humana, já que para Jescheck, toda conduta humana é socialmente relevante. Fábio Roberto D’Avila resume muito bem a lógica finalista ao afirmar que

Valendo-se do agir doloso como forma paradigmática do fenômeno criminoso e buscando a elaboração de um conceito ontológico de ação, Welzel propugna um conceito de ação em que, para além do elemento causal, apresenta-se indispensável o atributo finalidade. “A finalidade ou o caráter final da ação”, afirma Welzel, “fundamenta-se no fato de o homem, graças ao seu saber causal, poder prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, estabelecer, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, à consecução desses fins”. A finalidade torna-se, pois, “a coluna vertebral da ação final”, na qual,

para o reconhecimento da existência de uma ação humana, apresenta-se imprescindível a verificação de determinadas fases dessa finalidade, a desenvolver-se, inicialmente, (I) em um plano interno, meramente mental, com (a) a antecipação do fim perseguido; (b) a seleção dos meios adequados e (c) a consideração dos efeitos concomitantes; e, em segundo momento, (II) em um plano exterior, com a colocação em prática do curso causal adequado à obtenção do já anteriormente planejado.

Na concepção de Hans Welzel, a omissão e a ação cumprem a função de elemento básico, e devem ser neutros, sem valores. Cerezo Mir se aproxima do pensamento de Welzel ao afirmar que a conduta humana é um resultado da ação e é um exercício da atividade finalista (1990, p.277-278).

Desse modo, a omissão é a possibilidade de ação, que não realizada, produz o resultado (MIR, 1990, p.279).

A omissão na teoria finalista passa a ser, finalmente, valorada e devidamente explicada. A omissão passou a ser uma ação final.

A teoria da ação em Welzel passa a dotar a teoria da ação de três funções primordiais:

- (a) Função classificatória, pois por meio da ação, é que se projeta o ilícito-típico
- (b) Função de união, já que o conceito de ação deve conter um conteúdo material que reúna como elemento estrutural a tipicidade, ilicitude, culpabilidade;
- (c) A função de delimitação, através da qual o conceito de ação deve ser capaz de excluir todos os fenômenos que não podem ser objetos da imputação penal.

Assim, nas palavras de Fábio Roberto D'Avila,

Não se trata, portanto, de uma proposta nova ou doutrinariamente isolada, em que pese pouco noticiada pela literatura jurídica brasileira. Ao contrário, como bem ilustram as referências acima, trata-se de posicionamento jurídico solidamente respaldado, que se tem afirmado, ao longo de debates e investigações cientificamente comprometidas, nos mais diversos e significativos espaços de discursividade jurídico-penal (2018).

Quanto a teoria do tipo penal, Welzel vê a tipicidade, como primeiro adjetivo da ação delituosa, deriva necessariamente da figura "ação". O tipo passa a ter a função de apresentar os tipos de normas, que para o professor alemão, se dividiriam em três:

- a) Normas de exigência de conduta, que são aquelas que impõem a realização de determinadas ações, visando a ocorrência de danos reprovados pelo legislador;
- b) Normas de proibição, que teriam como objeto a definição da ação que seriam proibidas (norma proibitiva); e
- c) Normas que regulam o meio empregado, cujo o objetivo seria disciplinar os meios empregados pelas pessoas para atingir fins, e são essas as normas culposas.

A tipicidade é uma característica da ação, e por isso, tudo que estiver na ação, será alvo do juízo de tipicidade.

Welzel desenvolve o tipo penal em três níveis e os elenca da seguinte forma

- a) el núcleo de lo injusto de todo delito, o el tipo, en el sentido más estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito (el hurto, p. ej.), de todos los demás. Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.*
- b) La culpabilidad (capacidad de imputación y consciencia de lo injusto) es una característica general de todos los delitos, y por eso no aparece mencionada expressamente en los tipos particulares.*
- c) Las condiciones de punibilidad (únicamente em pocos delitos). Las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito. Sin embargo, en algunos casos, depende la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable-antijurídica (WELZEL, 1956, p. 62).*

Com esse giro ontológico, os elementos subjetivos do delito são transferidos para a conduta humana, sendo esta uma imitadora da incidência do tipo penal. Atos involuntários passa a não mais ser punidos, por ausência de dolo. Desenvolve-se de forma mais refinada a teoria do erro de tipo.

### 3.4 O nascimento da tipicidade e do tipo penal na teoria de Ernest Von Beling

O tipo penal é a base do estudo da tipicidade moderna, e não haveria possibilidade de existência de uma Teoria do Delito. Anteriormente, não se falava em tipicidade. Só havia um único bloco, onde se analisava a imputação e a violação ao sistema jurídico. Posteriormente, a Dogmática Penal avança permitindo a separação de dois elementos, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade (que pode ser percebido em Binding).

A inovação na teoria de Beling está na idealização deste novo elemento. Manuel Gonçalves de Ferreira, comentando a teoria de Beling, descreve que

[...] a noção de crime é uma noção relativa que tem de se adaptar rigorosamente à lei, impunha-se no sistema de Beling harmonizar essa realidade com adaptabilidade da acção a um preceito penal - a desconcerto que do que fica dito resultava. A inclusão deste elemento na análise do crime é uma necessidade, como forma decisiva de manter o Princípio de que o conceito de crime está inteiramente dependente do preceito penal que o incrimina[...] (1935, p. 42).

Sem a noção de tipo penal, não haveria a tipicidade, mas mesmo essa noção de tipo penal passou por um longo processo evolutivo.

A primeira vez que foi usado no sistema penal foi na obra de E.F. Klein, que se referia ao processo penal alemão. Nesta época, o autor deu o conceito de tipo ao equivalente à noção de *corpus delicti*, ou seja, conjunto de elementos objetivos que comprovam a existência de um crime (FERREIRA, 1935, p. 49-50). Observa-se que o conceito de tipo penal era mais ligado à ideia de prova no processo penal, ou mesmo de materialidade.

Stubel já descrevia o tipo de forma associada a Teoria da Pena, e dizia que o tipo era a reunião de todos os elementos da Pena (FERREIRA, 1935, p.50).

De certo a influência de Von Liszt pode ser percebida na obra de Von Beling. Von Liszt é o primeiro a utilizar na Alemanha o conceito de crime baseado no conceito de ação, baseado em Berner, e essa guinada revolucionamos a Teoria do Delito, já que todos os elementos do crime passaram a ser atributos da ação (FERREIRA, 1935, p. 51).

Manuel Gonçalves Ferreira, menciona as formas usadas por Beling na denominação do Tipo Penal,

1 Tipo penal como fato concreto e matéria do crime; 2 Tipo Penal como a totalidade dos elementos da ação punível; 3 Tipo penal como o conjunto de elementos que constituem os crimes em espécie; 4 Tipo penal como qualificativo de objeto ou de elemento subjetivo; 5 Tipo penal como as formas de manifestações de um crime; 6 Tipo penal como estrutura técnica de qualquer conceito jurídico, como tipo de legítima defesa, tipo tentado, etc; 7 Tipo como elementos do crime literalmente expressos (1935, P. 57).

Cada direcionamento diz respeito a uma gama de funções, mas que se direcionam em um sentido, já que tipo penal é a descrição do fato pela lei penal (sentido estrito).

O autor preceitua que a ação ou omissão para que tenha efeito no Direito Penal, deve estar compreendido em um tipo de injusto (MIR, p.306).

Ainda nessa esfera, mostra que Von Beling se refere ao tipo penal como todos os elementos do delito, tendo um caráter puramente descritivo (MIR, p.306).

Para Mayer, a tipicidade é um elemento de cognição, onde o agente conhece a ilicitude de sua conduta, e ainda reconhece a existência de elementos normativos do tipo.

Já Mezger considera que o tipo penal [é um tipo de injusto, e, portanto, é o próprio portador da valoração jurídico-penal no âmbito de delimitação entre o direito e o injusto (MIR, 1990, p.306). A tipicidade e a antijuridicidade possuem suas funções delimitadas dentro da teoria dos elementos negativos do tipo, que preceitua que pertencem ao tipo, não apenas as circunstâncias que fundamentam o injusto penal de uma figura delitiva, mas também a ausência dos elementos que servem de base para a justificação (MIR, 1990, p.308).

De fato, existe uma diferença substancial entre os elementos do injusto penal e as circunstâncias que compõem as causas de justificação da conduta, refletindo no conceito de dolo.

Caracterizando o tipo, percebe-se que sua função é de base ou de elemento basilar. Os tipos, que se dividem em relativos ou absolutos, são exemplos disso. O tipo penal absoluto seria aquele que são autônomos e

aplicáveis por si mesmo; enquanto os tipos relativos precisam da referência dos tipos absolutos para serem compreendidos, como é o caso da tentativa, da co-autoria, da participação, etc. (FERREIRA, 1935, P. 16).

Ao tipo do injusto pertencem todos os elementos que fundamentam o injusto específico de uma conduta delitativa, que caso seja, não estavam descritos na lei e que não pertencem à matéria da proibição ou da ordem. Essa relação pode afetar, segundo Welzel, o injusto a partir de condutas que são costumeiramente permitidas dentro de uma ordem social.

Abre-se, neste caso, caminho para o princípio da insignificância formulado por Roxin, que sofre crítica do autor por ir de encontro a segurança jurídica.

### 3.5 A Tipo Penal após a teoria de Beling: (in)evolução e mudança

A tipicidade se aponta, modernamente, como um juízo de adequação entre a conduta realizada e o modelo de conduta descrita pelo comportamento proibido em lei. A tipicidade se apresenta em crise (BRANDÃO, 2012, p. 19-20).

Welzel deixa claro que o tipo penal é uma construção do legislador e nada mais é que uma hipótese anteriormente prevista de uma conduta, e afirma que

*Todo delito es un acontecimiento individual-temporal. Pero el tipo legal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Por tanto, debe prescindir conceptualmente de las características puramente individuales de los delitos reales; debe ser abstracto". Todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden tener distintos grados(WELZEL, 1956, p. 59).*

Para Welzel, o tipo penal é uma tarefa do legislador, que deve detalhar a conduta descrita para deixar claro o injusto decidido pelo direito e afirma que

*La estructura particular de los tipos, es tarea del legislador. Él no precisa dar siempre descripciones detalladas, y puede valerse de conceptos plásticos de la consciencia popular, en caso de que describan claramente lo injusto decisivo del hecho; así, p. ej., el "adulterio", em el §172, que es, según la conciencia popular,*

*solamente el coito extramarital de uno de los cónyuges (RG., 70-173) (WELZEL, 1956, p. 61).*

Essa divisão proposta por Welzel, demonstra que existe uma ligação entre o tipo penal e com a teoria do delito. Em uma visão mais estrita, o tipo penal é uma limitação da conduta proibida, descrita em características linguísticas, sempre atentando ao princípio da taxatividade. O tipo objetivo de injusto descreve a ação e o tipo subjetivo seria o dolo e os demais elementos subjetivos do agente. A culpabilidade pode ser requerida por meio de seus elementos dentro do próprio injusto e por fim, as condições de punibilidade.

Busto Ramírez mostra que a teoria do tipo penal é uma consequência lógica do princípio da legalidade, e figura como parte de um sistema de garantias, quando afirma que

*[...] corresponde examinar qué significa que una conducta sea típica. Significa que, en cumplimiento del principio de legalidad, ha de estar previamente definida como delito en un tipo penal. Pero el tipo penal no se agota con la conducta. Dentro de los tipos penales más allá de una conducta lo que hay son verdaderas vinculaciones entre personas. Lo mismo ocurre con los hechos concretos en la vida real. No son simples conductas sino acontecimientos más complejos en los que confluyen voluntades, motivaciones, cuestiones circunstanciales de tiempo y de lugar etc. Son situaciones sociales que son tipificadas por el legislador con el recurso de elementos descriptivos, valorativos y subjetivos para regular hechos futuros. Por eso se dice que la tipicidad cumple una función garantizadora (BUSTOS e MALARÉE, 1997, p.143).*

A função de determinar os elementos da conduta é atribuída ao tipo penal. Balestra afirma que

*Los elementos de las figuras delictivas se clasifican agrupándolos en objetivos, subjetivos y normativos. Estos elementos deben ser distinguidos de los generales, comunes a todo delito y limitados en su función al hecho específico definido por la figura en la que tales elementos aparecen. En el estudio de cada delito en particular, se da por supuesto que deben concurrir las características de validez general necesarias para alcanzar la noción abstracta de delito: "acción típicamente antijurídica y culpable" (1998, p. 240).*

Essa classificação dos elementos do tipo é fundamental para a teoria do tipo penal. O tipo penal não serve apenas para demonstrar quais figuras são consideradas típicas, mas também, para deixar clara quais figuras são atípicas.

Como parte do tipo formal, teríamos, nas palavras de Balestra

*Los elementos objetivos son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena. Son los elementos puros de la tipicidad. Son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos(BALESTRA, 1998, p. 241).*

Acresce-se a estes elementos os elementos subjetivos, como consequência do finalismo que deslocou tais elementos da culpabilidade para a ação. Seriam os elementos subjetivos

*Las referencias al sujeto activo que frecuentemente aparecen en las figuras delictivas, han ampliado el capítulo dedicado al aspecto subjetivo del delito, limitado antes casi exclusivamente a la culpabilidad. Esas referencias tienen, a veces, el efecto de requerir determinada especie de culpabilidad; señalan cuál es la culpabilidad típica; pero, en tales casos, no son verdaderos elementos del tipo (BALESTRA, 1998, p. 241).*

Alguns tipos penais possuem um elemento chamado de normativo. O elemento normativo sempre foi criticado pelo fato de permitir que o complemento do tipo ficasse ao arbítrio do julgador. Segundo Balestra

*Los elementos normativos que aparecen en el tipo, contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio, haciendo referencia, por lo común, a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Así ocurre, por ejemplo, con la "cosa mueble ajena" en el hurto y en el robo. Esos elementos pertenecen al tipo, pero no a la acción propiamente dicha; el autor del hecho no las realiza, no las pone en el momento de obrar; son así con independencia de la conducta delictiva. En el ejemplo puesto, la cosa es "ajena" sin que para ello sea necesaria una actividad del sujeto activo. Otros elementos normativos imponen al juez la necesidad de hacer un juicio de valor que no aparece resuelto en otras normas del Derecho (1998, p. 243).*

Os elementos do tipo passam então a cumprir uma função primordial na teoria do delito.

A teoria do tipo penal se torna uma forma de limitação legal do *jus puniendi* e permite a utilização de critérios extra-penais como a adequação social.

Hans Welzel limita a incidência da tipicidade a

*Solamente las acciones que sobrepasan la adecuación social son acciones típicamente adecuadas de homicidio, lesiones, daño, perjuicio, coacción, etc. La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto pena I(ZAFFARONI. 1998, p.83-84)..*

A teoria de Welzel encontra partidários na América Latina, como Zaffaroni que, concordando com o mestre alemão, preceitua

*Nuestro criterio, sintéticamente, es que el concepto óntico-ontológico de acción (la acción en sentido final) es respetado por el orden jurídico, que como tal la individualiza en los tipos penales, presentándose como el género avalorado sobre el que las características valorativas (tipicidad, actijuridicidad y culpabilidad) delimitarán el concepto de delito al adjetivarla. Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final: "dolo" y "culpa" no son formas de culpabilidad; "actividad" y "omisión" tampoco son forma de la conducta, sino que se trata de cuatro diferentes forma de tipicidad, que responden a otras tantas formas estructurales distintas de los tipos penales. Podemos afirmar que son cuatro "técnicas" legislativas diferentes para individualizar acciones prohibidas (ZAFFARONI. 1998, p.83-84).*

Analisando o sistema brasileiro, percebe-se que o código penal brasileiro adotou muito dos pressupostos finalistas. No artigo 62 do Código penal Brasileiro, há forte alusão à teoria do domínio do fato, que tem como início de seus estudos nas teorias de Welzel. O finalismo influencia autores brasileiros, como Cláudio Brandão, César Roberto Bitencourt, Juarez Taavres, dentre outros. Claro que alguns autores recepcionam a teoria finalista com restrições, como é o caso de Aníbal Bruno, mas o fato inegável está na aceitação quase que uníssona dessa teoria na doutrina brasileira. Essa aceitação reflete na forma de percepção do conceito de tipo penal, e em sua sedimentação na teoria do Delito brasileira. O tipo penal, e consequentemente o estudo da tipicidade, permitiu uma abertura no conceito da teoria do delito com a finalidade de permitir causas supralegais de exclusão de tipicidade, à exemplo do princípio da insignificância, que excluiria a tipicidade material. A tipicidade assumiu, assim, um lugar preponderante na teoria do delito brasileira. Os elementos da tipicidade, para a grande parte da doutrina brasileira, possui dois elementos;

- a) A tipicidade formal, que é resultada da adequação da conduta humana com a descrição de conduta indesejada pelo tipo penal; e
- b) Tipicidade material, onde o tipo penal se relaciona com o bem jurídico, buscando um conteúdo material para o delito, vigorando o princípio da ofensividade como limite dessa tipicidade.

A consequência do estudo do tipo penal é a visão sistêmica dos elementos do crime, que se interligam no tipo penal e na antinormatividade.

Teoriza Zaffarini

*De estas cuatro diferentes estructuras de los tipos penales se desprenden modalidades en la afirmación de la tipicidad. Como la tipicidad es el presupuesto necesario de la antijuridicidad y de la culpabilidad, también en estos casos habrá caracteres peculiares en los niveles analíticos. En rigor de verdad, la antijuridicidad y la culpabilidad ofrecen características peculiares en cada tipo penal, pero en una teoría general las consideramos en abstracto, correspondiendo el estudio de sus particularidades a la "parte especial" del derecho penal (ZAFFARONI. 1998, p 84)..*

Essa visão sistêmica é de tal maneira ampla, que seus efeitos podem ser sentidos na teoria da parte especial aumentando a complexidade da teoria do delito, como afirma Zaffaroni

*La teoría del delito no puede llegar hasta ese grado de particularización, porque abandonaría su tarea para confundirla con la de la "parte especial", pero se pueden tomar en cuenta las grandes estructuras de los tipos penales y sus repercusiones en los otros estratos. Este reconocimiento de las diferentes estructuras típicas y de sus consecuencias para la antijuridicidad y la culpabilidad, no implica una pulverización del concepto de delito, sino la consideración del mismo como concepto complejo, lo que no puede servir de argumento para invalidar ninguna teoría (ZAFFARONI. 1998, p.84).*

O estudo dos elementos do tipo penal passa a integrar a parte geral e a parte especial, assim como o estudo do bem jurídico.

A relação entre esses dois pilares da dogmática moderna leva ao desenvolvimento de princípios e a novas classificações de delitos.

Todavia, a crise da dogmática penal é resultado direto de um expansionismo penal e a tentativa de adequar novos paradigmas à teoria do tipo penal.

Essa crise se inicia com a produção desenfreada das leis penais. O legislador, que carece da técnica da construção do tipo penal, busca incriminar condutas sem o devido cuidado de adequação desse novo tipo aos conceitos da teoria do delito. Desse modo, os tipos penais são construídos sem a sistemática normativa (lei complementar 95/98), ou mesmo de forma contrária à Dogmática penal, como exemplo, o art. 4º da lei 7492/86 (crime

de Gestão Temerária) que possui um verbo de ligação como núcleo do Tipo (BRANDÃO, 2012, p. 20-21).

Para piorar o cenário de crise, o técnico que aplica o Direito Penal, tende a não investigar se a conduta violou o bem jurídico tutelado na norma penal, o que reflete na tipicidade material, se mostrando politicamente alienado (2012, p.21).

A crise do Direito Penal, converge das seguintes premissas:

- a) Péssima técnica do legislador (como exemplo, menciona-se o errôneo núcleo do tipo do delito de contrabando e descaminho, que utiliza o verbo iludir e não ilidir visto no art 334 C.P.); e
- b) Alienação política do técnico (como exemplo, pode-se observar a controvérsia em torno do delito de Furto 157 do C.P., onde o núcleo do tipo é o verbo subtrair, mas que mesmo sem a subtração, caso em que a vítima entrega a coisa ao criminoso, o *parquet* aceita a denúncia baseada no tipo penal de Roubo e não de extorsão (2012, 23-24).

Essa crise é reflexo da teoria de modernização do Direito Penal, e que será aborda mais enfaticamente no capítulo quarto.

## 4 O DIREITO PENAL CIBERNÉTICO ENQUANTO RAMO DO DIREITO PENAL

Não há consenso sobre qual a terminologia a ser empregada para os crimes que acontecem no âmbito virtual ou informático. Patrícia Santos da Silva, na intenção de demonstrar esse problema, afirma

[...]que não há uma nomenclatura sedimentada pelos doutrinadores acerca do conceito de crime cibernético. De uma forma ou de outra o que muda é só o nome atribuído a esses crimes, posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável. (DA SILVA, 2015, p.39).

A era de informação é uma era de mudança de paradigmas. Com uma nova forma de entender a realidade, a cultura, o tempo, o espaço, a verdade...

A internet se tornou a promessa de um futuro melhor para a humanidade, por ser uma espetacular ferramenta de troca de conhecimento. A liberdade é a característica mais atribuída à internet. Como um mundo sem fronteiras. Mas há um lado nocivo trazido por esta ausência de normas e regras. Assim como no velho oeste norte americano, aquele que tem uma maior capacidade técnica se utiliza da omissão normativa para prejudicar direito de terceiro.

Não se pode esquecer que a função do Direito Penal é de coibir condutas divergentes daquelas tipificadas, impondo sanção e protegendo bens jurídicos. Para tanto, uma estrutura normativa é gerada, criando uma lógica própria.

Essa normatividade tem uma dupla função, já que ao tempo em que a pena (enquanto sanção normativa) é uma forma de garantir a eficácia do sistema penal, esta possui seu limite já imposto, servindo como uma garantia.

O Direito passa a ser o único meio de solução de controvérsias e no que se refere ao Direito Penal, esse estado de normatividade, (ou o definido por Hassemer como o Estado da lei), onde

“[...]a lei e somente a lei decide sobre casos do Direito. O pressuposto é que a lei seja capaz de dar base para decisões, de modo completo e claro. Então e somente então ela pode confiavelmente excluir contribuições judiciais contedísticas para a elaboração do direito” (HASSEMER, 2009b).

O ambiente informático é parte dessa contradição nas sociedades modernas. Por sua dinâmica própria, o sistema informático é um palco de conflitos não antes imaginados. A repercussão de um dano gerado por uma injúria em uma rede social, não é o mesmo de outrora.

Aldemario Araújo Castro tenta definir o que seria esses atos cometidos nos sistemas informáticos e preceitua que

[...] são denominados de "crimes de informática" as condutas descritas em tipos penais realizadas através de computadores ou voltadas contra computadores, sistemas de informática ou os dados e as informações neles utilizados (armazenados ou processados). (CASTRO, 2003, p.1).

Sabe-se que as sociedades se encontram ligadas ao Direito já o mesmo nasce das necessidades da sociedade, criando uma ordem jurídica (BRUNO, 2005, p.03). A relação normativa Penal transcende a esfera jurídica, sendo também resultado de uma relação social. Os comportamentos divergentes daqueles aceitos, e até impostos, pela sociedade, são considerados como Anomia. Esse conceito sociológico tem papel fundamental no entendimento da tipificação de condutas humanas pelo Direito Penal. Essas condutas são a base para a tipificação<sup>60</sup> de crimes em uma sociedade, já que o Direito Penal retira os conceitos de condutas humanas a partir de condutas possíveis e já valoradas pela sociedade

---

<sup>60</sup>Nesse ponto, Merton acrescenta “ *La distribución de situaciones sociales mediante La competencia debe estar organizada de manera que cada posición comprendida em El orden distributivo tenga incentivos positivos para adherirse a lãs obligaciones de La situación social. De outra maneira, como não tardara em verse com claridad, se producen condutas anômalas. Em realidad, mi hipotesis central es que la conducta anômala puede considerarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre lãs aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para ilegar a ellas*” ( 2002, p. 213).

(BRANDÃO, 2008). O ponto de partida é a Tipicidade (CONDE, 1988, p.04), sendo a norma jurídica o ator principal nas relações jurídicas. A construção dessa dogmática passa, necessariamente por uma análise da tipificação dos tipos penais cibernéticos.

#### 4.1 A conduta humana como ponto de partida para um debate sobre os crimes cibernéticos.

Os crimes cibernéticos unem a sociedade e o Estado em um só polo passivo. Todos são vítimas em potencial. Pode-se perceber que a pratica de crimes praticados pela internet vem crescendo de forma assustadora. Está cada vez mais comum o fato de que

Grandes criminosos do país estão trocando armas por teclados de computador. Os crimes mais rentáveis do Brasil estão hoje no campo virtual e os lucros são mais altos que os obtidos no narcotráfico, segundo a Abeat (Associação Brasileira de Especialistas em Alta Tecnologia) e a PF (Polícia Federal). Sem legislação própria, condutas ilícitas na internet estão atraindo quadrilhas que antes atuavam em crimes como roubo a bancos e tráfico de drogas, segundo a PF (BELCHIOR, 2008).

Desse modo, a tendência é o aumento dos crimes cibernéticos por consequência das novas formas de tecnologia e a omissão da legislação encoraja a migração das operações da criminalidade para a internet (BELCHIOR, 2008). No caso das condutas na internet<sup>61</sup>, a violação de bens jurídicos pode se dá de forma direta (quando realizada a conduta descrita em um tipo penal já existente) ou indireta, quando a conduta não está tipificada, mas viola bem(ns) jurídico(s) ou direito(s) de terceiro. O ponto de partida é a conduta humana.

O Direito Penal, enquanto ciência, percorreu um longo caminho, chegando em uma encruzilhada: continuar defendendo o Direito Penal

---

<sup>61</sup> A forma de entender a realidade, agora acrescida de diversas culturas, modificam a cognição humana já que “O uso crescente das tecnologias digitais e das redes de comunicação interativa acompanha e amplifica uma profunda mutação na relação com o saber. Ao prolongar determinadas capacidades cognitivas humanas (memória, imaginação, percepção), as tecnologias intelectuais com suporte digital redefinem seu alcance, seu significado, e algumas vezes até mesmo sua natureza (LÉVY, 1999, p. 172).

Mínimo e o garantismo penal<sup>62</sup>; ou ceder a Política Criminal Moderna que abusa de tipos penais de mera conduta e de crimes de perigo Abstrato, como o sistema normativo de Direito Penal Econômico. Algo análogo aconteceu com o direito penal cibernético no Brasil.

A conduta humana é relevante ao Direito. no que se refere às condutas que representam hipóteses normativas. “Aquele que ele ameaça com uma sanção criminal é criminoso, aquele que ele deixa impune, não é” (BOCKELMANN;VOLK, 2007, p.06).

As condutas humanas se tornaram mais complexas com o desenvolvimento das sociedades, e com o advento da chamada pós-modernidade.

O próprio conceito de pós-modernidade<sup>63</sup> é um desafio em si. O professor Eduardo C.B. Bittar enfrenta esse dilema na Obra “O Direito na Pós-Modernidade”, designando esse estado atual da humanidade como um “estado atual” das coisas, enfatizado pela crise de paradigmas e pela pluralidade das certezas, valores, das instituições e dos hábitos sociais (2005, p.86-89). O conceito de pós-modernidade, e de sociedades de risco, serão abordados de forma mais acurada no próximo capítulo.

Frente a essa nova gama de avanços tecnológicos, as sociedades tentam se adequar a essas novas formas de se relacionar e interagir.

A figura do Ciberespaço torna possível a ligação entre várias pessoas e várias culturas, contribuindo para a construção de um novo modo de ver e viver a cultura. A era tecnológica é uma era de avanços e também de exclusão.

Cria-se uma casta de pessoas que possuem acesso às inovações da tecnologia, e outros que não conseguem acesso aos meios econômicos para serem inseridos em uma era tecnológica. De fato, a nova tecnologia

---

<sup>62</sup> O sistema garantista vislumbrado por Luigi Ferrajoli (2002) é aceito pela Dogmática Penal como meta do Direito Penal.

<sup>63</sup> Nesta pesquisa fora adotada a ideia da existência de uma fase conhecida por Pós-modernidade, em conformidade com as teses que apresentam um panorama de crise e de incertezas.

cibernética está se massificando e a possibilidade de acesso à Internet (ao ciberespaço), surgiram mais formas de interação e maior será o grau de apropriação das informações por diferentes atores, que poderão modificá-las segundo seus próprios valores (culturais, estéticos), difundindo-as por sua vez de uma nova maneira.

Há o retorno e aprofundando dos antigos ideais de "emancipação e exaltação do humano" (LEVY, 1999, p.256). A salutar característica desta "era de informação" é a difusão do conhecimento e da possibilidade de interação entre as culturas.

Desse modo as teorias sobre a conduta humana penalmente relevante são oriundas de uma evolução da humanidade e da dogmática jurídica (BRANDÃO, 2007, p.20).

Essa evolução que foi da teoria causalista (século XIX), que defendia as concepções de Von Liszt e Von Beling onde a conduta humana seria aquela que gera modificação no mundo exterior; passa pela teoria Finalista de Hans Welzel, que preceitua que toda conduta humana é dirigida por um fim (BRANDÃO, 2007, p.22) até as fronteiras do Funcionalismo Penal de Roxin e Jakobs.

A tecnologia se apresenta como um novo "ingrediente" dentro desse caldeirão de possibilidades de conduta. O Direito, diferente da tecnologia, não vem acompanhado a velocidade desse avanço social.

Apenas na década de 50 (do século passado) é que se inicia o estudo de um Direito empregado a tecnologia, a partir das teorias de Wiener (PIMENTEL, 2004, p.113).

Como resultado dessa nova gama de possibilidades de conduta, e principalmente com o uso da tecnologia como meio de realizar condutas ilícitas, surge uma onda punitiva mundial, onde as penas são cada vez mais fortes gerando um aumento de penas e de regimes de cumprimento de penas, onde seu maior precursor é o direito penal do Inimigo (JACKBS, 2008).<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> De fato, as críticas contra esse Direito Penal do Inimigo são emblemáticas, e o professor Kai Ambos menciona que essa onda punitiva poderia levar a criação de um direito penal Internacional do Inimigo (AMBOS, 2009).

A conduta Humana no campo virtual é complexa e não é facilmente compreendida pelo aplicador do direito. E pela sua complexidade, não pode ser previamente descrita. Esse é o maior problema na tipificação dessas condutas. Condutas diversas são praticadas dentro do sistema informático, como:

- a) Manipulação de dados, onde se afeta a entrada e a saída de dados;
- b) Espionagem, onde há a subtração de dados e informações arquivadas;
- c) Sabotagem, onde se pratica a destruição total ou parcial de programas ou hardwares.

A criminalidade informática assume novas modalidades de condutas não reconhecida pelo Direito Penal Clássico.

A criminalidade tecnológica implica no cometimento de condutas que envolvem a telemática, os sistemas de informação, as comunicações eletrônicas, quer seja no nível físico ou no plano dos softwares (RODRIGUES, 2009, p. 119).

O mundo se organizou com legislações próprias para a proteção dos usuários e do sistema informático.

Em 1998, nos Estados Unidos, a *Digital Millenium digital act* entra em vigor para vedar a violação da propriedade intelectual<sup>65</sup>, criminalizando condutas que violassem a propriedade intelectual (LEMOS, 2005, p.32).

A inovação desta lei se deu no sentido de perceber a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime de violação do direito autoral, responsabilizando a omissão dos provedores de acesso e os provedores *on line* por atos praticados por seus usuários<sup>66</sup>.

Em 23 de novembro de 2001, a convenção de Budapeste se apresenta como marco no debate de internacionalização dos crimes cibernéticos. Neste

---

<sup>65</sup> De forma idêntica o legislador brasileiro protegeu o bem jurídico propriedade no art. 184 do Código Penal Brasileiro.

<sup>66</sup> No Brasil, a Ordem Nacional dos Advogados apresentou em 1999 um projeto de lei (1589) que se assemelha a ideia americana, e que inova no sentido da responsabilidade criminal da pessoa jurídica com a possibilidade de punições aos provedores de serviço de acesso e os provedores de serviços *on line*. Em 2001, tal projeto foi acrescido de novas propostas, se tornando o projeto de lei n 4906/2001.

momento, fora sugerido a criminalização de uma gama de possibilidades de condutas comissivas e omissivas que não se encontram presentes em textos normativos anteriormente vigentes (ROSSINI, 2004, p.35).

Na Itália a criminalização partiu de condutas praticadas por meio de celulares, cartões de crédito e reprodução não autorizada de *compact disc* e software <sup>67</sup>(GUALDI, 2004, p.133).

M. Bruno Nedelec mostra o avanço da política de combate à criminalidade na internet. O autor comenta que inicialmente a ideia era evitar a violação da privacidade do cidadão (2004, p. 55).

Aponta quatro categorias de infrações modernas (2004, p.56-59):

- a) Infrações por meios fraudulentos;
- b) Destruição de dados;
- c) Fraude por meio de adulteração ou manipulação de dados;
- e) Associação de pessoas para cometer crimes.

Fica assim demonstrado o movimento para coibir a prática de violação aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Todavia, não pode ser deixada de lado, o conceito analítico tripartido resultante da análise dos elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Esse paradigma da dogmática penal, não pode ser abdicado de forma total em nome da defesa de tais bens (CARVALHO et ali, 2007, p.329).

Giuseppe Pignatone apresenta o problema da falta de informação por parte do legislador e sua conseqüente ausência de técnica, no sistema jurídico italiano. Como marco para o debate, escolhe o autor o direito de preservação da intimidade e da limitação do uso e divulgação de informações relativo a pessoas na internet na lei 675/1996 (2004, p.148-149). Mas o mais relevante de seu estudo seria a interferência trazida pela internet no Processo Penal (neste caso italiano). Mostra que a tutela da norma processual passou da ideia de tutela privada para a esfera pública, além de

---

<sup>67</sup> Não se descarta o fato de que a característica da criminalidade dos crimes praticados pela internet, segundo B. Carlo Gualdi, de que grande parte da conduta criminosa (já tipificada) praticada seria a de circulação de material pornográfico ilícito (2004, p.135).

apresenta a dificuldade de procedimentabilidade de tais casos (2004, p.153-155).

Chris Jones aponta a ação da Comunidade Europeia como marco na internacionalização do direito Cibernético. A convenção de 23 de novembro de 2001 serve como instrumento para combater tais condutas (2004, p. 31-33). Mesmo sendo uma convenção, que depende da adesão dos Estados, ela se torna importante na medida em que serve de modelo para os países que não querem aderir a esta convenção (KASPERSEN, 2004, p. 45).

A cooperação entre países permite a punição e a extradição do autor da conduta delitiva. Sem a cooperação, as normas de cunho nacionais se tornam ineficazes. Isso fica evidente quando analisa-se os requisitos da extradição, e vê-se que a conduta do agente deve estar prevista como crime nos dois países.

A Cooperação internacional deve ser o foco do combate aos crimes Cibernéticos. Países como os Estados Unidos da América se utilizam da cooperação como meio de trazer eficácia a suas normas internas de combate aos crimes cibernéticos (LYNCH, JR., 2004, p.65).

Com se percebe, essas novas modalidades de criminalidade abarcam as ações em que os sistemas computacionais são os meios do delito ou quando eles são o fim da conduta em si<sup>68</sup> (RODRIGUES, 2009, p. 119).

O criminoso digital é uma pessoa dotada de conhecimento técnico invejável e capaz de invadir sistemas e causar prejuízo ainda não previstos pela legislação. Comumente, os sujeitos ativos são classificados da seguinte forma:

a)O usuário comum, que desconhecendo das técnicas informáticas, ou com o pequeno conhecimento, pratica crimes de forma intencional, ou não. Muitos

---

<sup>68</sup> Rodrigues afirma que a nova modalidade de condutas chamada de *haking* envolve um conjunto de métodos lesivos para computadores, redes informáticas e redes de comunicação, com a penetração no locais para furtar disquetes, cartões, palavras chaves, que seja por vermes, parasitas, vírus, cavalo de troia, bombas lógicas, alçapões, nano-maquinas ( ou mesmo o uso da nanotecnologia para), bombas EMP ou qualquer meio capaz de prejudicar, deteriorar ou destruir os sistemas de armazenamentos ou mesmo as informações (2009, p.119).

dos crimes cometidos por essas categorias usam apenas o sistema informático;

b) Os Hackers usuários que possuem que possuem alto grau de conhecimento e habilidades em informática;

c) Os Crackers, que seriam uma subdivisão da categoria hacker, mas esse indivíduo agiria com o intuito de descobrir senhas, dados privados, invadem a segurança da vítima, destruir informações ou sistema de informações, banco de dados, etc.;

d) Os Carders, usuários que atuam com o objetivo de descobrir dados e senhas de cartões de crédito via internet e realizar compras falsas, usando programas específicos;

e) Wannabes, pessoa ou usuários iniciantes na tecnologia e que aspiram o conceito de Hacker;

f) Pessoas jurídicas que manipulam informações, usurpam dados, causam instabilidades e buscam ganhos financeiros.

O maior problema para justificar a incriminalização das pessoas jurídicas ou dos provedores, principalmente na dogmática penal brasileira, é a responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Luiz Regis Prado<sup>69</sup> informa tal paradigma anteriormente defendido pelo brocárdio *societas delinquere non potest*, vem sofrendo alterações ao longo da evolução da dogmática penal.

A possibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica é sustentada pela carta magna brasileira, como bem elucida o supra referido autor<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Neste sentido o autor menciona que *Con el fin de contribuir para mejor resolver el problema de la imputación subjetiva em materia de crimen comisivo, ha sido destacada como particularmente importante la estructura del crimen en comisión por omisión, cuando presenta el deber legal de impedir o controlar la concurrencia de factores de riesgo o resultados dañosos, en la hipótesis de que un órgano de la persona jurídica apareciera como garante del bien jurídico. Importa retener aquí que esa posición de garante emerge en la criminalidad económica como « um compromisso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, em donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la comisión»(2000).*

<sup>70</sup> Em contrassenso, Guilherme Guimarães entende não ser possível tal tipificação, e menciona que “[...] a imputação de crimes informáticos aos provedores de internet, na sua condição de pessoas jurídicas, não terá, entre nós, adminículo constitucional”. Porém,

O protocolo de segurança do acesso do usuário ao provedor é de responsabilidade do provedor, que será o mediador entre o usuário e as informações contidas na internet. Para tanto, o provedor possui informações sobre o usuário e qual o site que está sendo acessado.

Amaro de Moraes e Silva Neto defende que a privacidade do usuário deve ser respeitada (2001, p.106-109), mas mesmo assim, é sensato pensar que essa garantia não pode suprir a segurança dos demais usuários que ficam à mercê de Hackers ou Crakers.

Neste ponto, mostra-se a capacidade técnica (ou da conduta de vigiar) do provedor<sup>71</sup>. Sergio Seminara mostra o avanço desse procedimento incriminatório na Europa<sup>72</sup>. A conduta omissiva dos provedores de Internet, por exemplo, gera o resultado por falta de fiscalização da rede, em casos de troca de dados e da quebra de segurança.

Ora, se esse serviço é oferecido (por meio de remuneração) a população, significa dizer que os provedores apenas protegeram de forma ostensiva aqueles que pagam por isso. Daí resulta a possibilidade real de fiscalizar os acessos e as operações dos usuários, inclusive as coletivas. A utilização desse sistema de vigilância ajudaria a proteger os bens jurídicos tutelados pelo Direito, de forma universal. Gianluigi Zarantonello<sup>73</sup> demonstra a

---

respeitando a tese anterior, o mais sensato é pensar na ideia de atividade econômica, além de “risco da atividade”, que são próprias do Direito Penal Econômico.

<sup>71</sup> Acrescenta o autor que “O mundo está se convencendo de que a cooperação policial internacional para o combate aos crimes cibernéticos, por meio da adoção de mecanismos céleres, é imprescindível para se levar a bom termo a persecução criminal dessa nova modalidade de ilícitos. As ações de combate aos crimes cibernéticos, principalmente quando dois ou mais países estão envolvidos, não podem esperar os prazos dilatados dos mecanismos convencionais de cooperação internacional. Os mecanismos mais comuns para a busca e a validação de vestígios provenientes do exterior são a tradicional Carta Rogatória, as cartas do *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT) e as solicitações da Rede 24x7 do G8” (2010).

<sup>72</sup> *Tacendo qui delle ulteriori innovazioni in tema di lotta alla pedopornografia e di responsabilità della persona giuridica che ha tratto vantaggio dagli illeciti commessi dai dipendenti, può segnalarsi come il legislatore italiano sia chiamato a nuovi e significativi interventi per adeguare il nostro ordinamento giuridico alle iniziative già adottate dall’Unione europea.*

<sup>73</sup> *[...] la situazione di responsabilità è di colpa per omesso controllo (art.2049 c.c., responsabilità del padrone o committente), che avviene “tutte le volte che l’ISP non impedisce l’evento illecito, poiché non controlla la liceità dei contenuti immessi dall’esterno sul server da lui gestito. Questa terza figura è assimilabile a quella ricavabile dall’art.57 c.p.(responsabilità del direttore o vicedirettore responsabile di uno stampato periodico)(2010)”*

necessidade da responsabilização de pessoa jurídica que fornece serviços de acesso à internet (2010).

As modernas formas de condutas no sistema informático criam uma nova gama de sujeitos ativos. Dentre esses sujeitos ativos estão as pessoas jurídicas, que podem agir de forma comissiva ou omissiva para que os usuários sejam prejudicados, bem como o sistema de informação de dados, ou a rede informática.

#### 4.2 Os crimes cibernéticos e o problema de uma tipificação eficaz

O Direito Penal sempre fora chamado para salvaguardar os bens jurídicos relevante, já que “com a difusão da tecnologia informática, tornando-se uma presença constante na maioria das relações sociais, o Direito deve cuidar de reconhecer valores penalmente relevantes, criando normas protetoras a fim de estabelecer a segurança dessas relações” (LIMA, 2006, p.15).

Como visto, o sistema da tipicidade funciona como um critério de racionalidade do Direito Penal. A construção de uma dogmática própria do sistema de crimes cibernéticos passa, necessariamente pelo crivo do princípio da Legalidade e da teoria do tipo penal.

Como fazer com que a Dogmática Penal se adeque as novas possibilidades de condutas trazidas pelas novas tecnologias?

O Direito Penal atual possui uma missão árdua<sup>74</sup> baseada em suas duas metas: a luta para evitar e punir os delitos e garantir os direitos

---

<sup>74</sup> Neste sentido, Edmund Mezger elenca a função do Direito penal, e menciona que “*Se ha abusado con frecuencia, en el pasado, del derecho penal. Se debería siempre tener presente, por lo tanto, que todo derecho penal tiene una misión doble y a menudo contradictoria: la de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad. El estudiante también debe estar al tanto de esta misión.*” (MEZGER, 1958, 21)

inerentes à pessoa. De certo que a criminalidade moderna leva o legislador a deixar de lado as teorias dogmáticas do Direito Penal, e se entregar a uma política criminal excessiva, com punições severas e desproporcionais.

Neste cenário, as evoluções tecnológicas, que levam a humanidade a uma nova fronteira, também proporcionam novas possibilidades para a conduta humana. Nesses tempos, a internet mostra a possibilidade de interação de pessoas ao redor do globo, compartilhando informações e conhecimentos a tempo quase que imediato, proporcionando uma nova forma de ver a realidade.

Contudo, essa inovação tecnológica proporciona novas possibilidades delitivas como invasões de banco de dados<sup>75</sup>, clonagem de perfis, estelionato, desvio de fundos previdenciários, etc. As violações de bens jurídicos acontecem diariamente, mas a ausência de tipicidade impede a punição dessas condutas perigosas.

Como não se interessar por essa nova onda de atos nocivos ao Estado e a sociedade? Como enfrentar esse novo paradigma, quando o Direito Penal em si, sofre com uma crise de identidade? O mundo se depara com novas condutas humanas e com novas possibilidades, e o Direito Penal não pode se esquivar desse debate.

Ao tempo em que se evolui o Direito Penal, também evolui sua Dogmática, criando-se um arcabouço teórico para aplicação e interpretação das normas penais (HASSEMER, 2009b).

---

<sup>75</sup> Nem mesmo os bancos de dados mais protegidos estão imunes de invasões. Recentemente os sites do governo federal foram vítimas de ataques dos chamados CREKERS, que são especialistas em computação que invadem sistemas para destruir ou debilitar dados. Sabe-se que tais crimes possuem caráter internacional, como pode ser observado na reportagem do incidente que informa que “[...] as tentativas de invasão aos sites são frequentes, mas reforçou que o Serpro tem sistemas sofisticados e pessoas altamente treinadas acompanhando esse tipo de ataques durante 24 horas, todos os dias do ano. Segundo ele, para fazer os acessos foram usados provedores da Itália, mas podem ter outra origem. As questões legais do caso estão sendo tratadas pelo Gabinete de Segurança da Presidência da República e pela Polícia Federal.” (MACEDO, 2011).

Com já observado, o conceito analítico de Crime<sup>76</sup> é, mais popularmente, formado de três elementos: Juridicidade, Tipicidade e Culpabilidade. Por isso, “crime são aqueles atos que a lei assim definiu por meio do estabelecimento de uma ameaça punitiva” (BOCKELMANN; VOLK, 2007, p.04).

Essa dogmática cumpre uma função importante, pois dota o sistema penal de mecanismos capazes de compreender a realidade e a aplicação das leis Penais. Todavia, o Sistema Penal não estaria pronto para a era de informação e tecnologia.

A importância da Tipicidade é evidente. Como já referido, ela serve como ponto de partida da investigação normativa penal, e ainda é a base para aplicação da resposta ao delito e, ao mesmo, é sua medida<sup>77</sup>.

A formalidade descritiva das condutas, presente na primeira fase da teoria da tipicidade que se inicia com Von Beling<sup>78</sup>, deve ser observada no estudo desses tipos penais cibernéticos.

Como define Rita de Cássia Lopes da Silva, “o Ilícito por computador envolve, necessariamente, a utilização de *software* e *hardware*, que o homem completa o sistema para a prática de condutas que possam vir a afetar bens jurídicos tutelados pela norma” (2002, p.50).

A proteção de bens jurídicos é o alicerce moderno da Tipificação de novas condutas (SILVA, 2003, p.30-33). De fato, as condutas praticadas na internet geram perigo aos bens jurídicos valorados pelo Direito a partir de outras normas. Trata-se de condutas de perigo (SILVA, 2003, p.50).

---

<sup>76</sup> Nesse ponto, salutar o entendimento de que “Para Chegarmos ao conceito de crime que seja adequado ao Direito Penal, precisamos utilizar o método normativo, isto é, precisamos estudá-los à luz das normas jurídicas”(BRANDÃO, 2007, p.5).

<sup>77</sup> Mezge aponta a importância da tipicidade deixando claro que sua influência alcança até mesmo a pena “Con otras palabras: la “*tipicidad*” es, em su significación más amplia, el fundamento y el presupuesto de la “pena”; ya nos encontramos —si se nos permite la expresión— en el segundo piso, cuando desmembramos este complejo fundamental y uniforme, en la “acción” (entendida ontológicamente), en la “antijuridicidad” y en la “culpabilidad” determinadas normativamente” (MEZGE, 1958, 87).

<sup>78</sup> Zaffaroni deixa claro essa originalidade de Von Beling para com a teoria do tipo penal e da tipicidade quando menciona que: “Fue Ernst von Beling quien en 1906 enunció el concepto de tipo penal, piedra angular de todas las construcciones dogmáticas posteriores”(ZAFFARONI, 1987b, p.31).

A construção desse sistema penal informático passa pela ideia de qual bem jurídico será protegido, e qual é a sua definição. Essa é a real dificuldade. Não se pode precisar qual o bem jurídico será protegido pelos crimes cibernéticos (SILVA, 2002, p.65).

A informação e o fluxo de informações possuem, atualmente, um interesse e uma valoração econômica, o que despertou a iniciativa de regulação do estado desses sistemas de informação (RODRIGUES, 2009, p. 33). E por isso, o bem jurídico é visto por meio desse critério econômico. Para pensar no bem jurídico e qual será tutelado, deve-se dividir em dois grupos devidamente percebidos na construção dos crimes cibernéticos no mundo:

- a) O crime cometido por meio informático. Nesse caso o bem jurídico será o bem jurídico tutelado pelo crime praticado. No caso do estelionato, seria o patrimônio; no peculato, o bem jurídico seria a administração pública, e assim por diante.
- b) Os crimes praticados contra o sistema de informação. Neste caso é que reside a controvérsia. Os bens que compõem a segurança informático são difíceis de se perceber. Nesse caso, a tendência doutrinária é considerar o próprio sistema informático como bem jurídico.

A segurança informática, por exemplo, se apresenta como bem jurídico autônomo e permanente, que deve ser protegido pelo Direito Penal (ROSSINI, 2004, p.35). A primeira definição de crimes cibernéticos<sup>79</sup>, que é a mais usual, leva em consideração a tecnologia como meio de cometer delitos. Um instrumento do crime. Neste caso, os delitos já tipificados são praticados pela rede de Internet. A internet é usada como Objeto Material do delito (FELICIANO, 2001, p.50).

---

<sup>79</sup> Neste sentido, Daniela da Rocha Cruz, menciona que “ A rigor, não se pode falar em “crimes informáticos”. Essa definição foi- e em alguns casos continua sendo-utilizada apenas como objetivo de reunir, em uma mesma figura penal, ou em uma mesma legislação penal complementar, o maior número possível de ilícitos praticados através da informática”(2006, p.4).

Com base nos bens jurídicos, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre optam por classificar os crimes cibernéticos em

- a) *Crimes informáticos próprios*: em que o bem jurídico ofendido é a tecnologia da informação em si. Para esses delitos, a legislação penal era lacunosa, sendo que, diante do princípio da reserva penal, muitas práticas não poderiam ser enquadradas criminalmente;
- b) *Crimes informáticos impróprios*: em que a tecnologia de informação é o meio utilizado para a agressão aos bens jurídicos já protegidos pelo código penal brasileiro. Para estes delitos legislação penal é suficiente, pois grande parte das condutas realizadas encontra correspondência em algum dos tipos penais;
- c) *Crimes informáticos mistos*: São crimes complexos em que, além da proteção do bem jurídico informático (inviolabilidade de dados), a legislação protege outro bem jurídico. Ocorre a existência de dois tipos penais distintos, cada qual protegendo um bem jurídico;
- d) *Crime informático mediato ou indireto*: trata-se do delito informático praticado para a ocorrência de um delito não informático consumado ao final. Em direito informático, comumente um delito informático é cometido como meio para a prática de um delito-fim de ordem patrimonial (2016, p.52-53).

A tipificação de novas modalidades do agir humano dentro da rede mundial de computadores seria o segundo foco de condutas humanas que lesionam bens jurídicos já tutelados pelo Direito Penal, mas que não foram normatizadas, o que impede a aplicação das normas em vigor a tais casos. No Direito alienígena encontram-se exemplos de normatizações que visaram adequar o Direito Penal a este novo universo de condutas.

Como se não bastasse esse problema da tipificação, a internet provoca a perda da noção antiga de espaço e tempo. A realidade humana é criada a partir da relação entre tempo e espaço. A lei penal se limita as condições temporais (BRANDAO, 2007, P.101-102). Do mesmo modo, as normas penais sofrem a limitação do espaço territorial como marco para sua aplicação<sup>80</sup>(BRANDAO, 2007, P.121-124).

---

<sup>80</sup> Mesmo admitindo a existência da extraterritorialidade (art 7 do Código Penal brasileiro), não pode ser pensado que esta seria a regra. A regra para aplicação normativa de direito

Já a noção de espaço é ainda mais abalada com a internet. Fala-se de um mundo sem fronteiras. E é verdade. As informações, os dados, e as notícias viajam na velocidade de um “click”. Albert Einstein estava correto. O tempo e o espaço são critérios relativos<sup>81</sup>. O local do crime é indispensável para se perceber que norma jurídica será aplicada ao caso. O caso é ainda mais emblemático se pensarmos que os crimes que são realizados utilizando a rede mundial, são quase sempre atemporais e ultra-territoriais<sup>82</sup>.

No que se refere às novas tendências tecnológicas, pode ser afirmado, com certa temperança, que o tempo é algo que perdeu sua forma clássica de ser percebido. O modo formal, dentre o calendário romano e sua forma de contagem não sobrevive às relações advindas da internet.

O tempo do crime, por exemplo, tem como base a teoria da ação (atividade), onde se considera o tempo do crime no momento em que o sujeito realiza a ação, ainda que seja outro o momento do resultado. Em um sistema informático, esse local do crime sofre grande mudança. Pessoas podem cometer crimes em vários países ao mesmo tempo, usando um programa para subtrair dinheiro da conta de vários correntistas.

Descobrir qual a competência para julgar tais fatos delituosos se torna quase impossível. As medidas de segurança utilizada pelos Estados, visando restringir a atuação de criminosos, são medidas preventivas, mas que nem sempre são eficazes (ALBUQUERQUE, 2006, p.22-23).

Essa competência territorial é um dos problemas centrais que a formação da dogmática dos crimes cibernéticos deve enfrentar. Francesco Antonio Genovese comenta o problema do princípio da ubiquidade e sua

---

material seria a da territorialidade, já que esta interfere nas normas de âmbito processual e sua respectiva competência (art. 70 do código de Processo Penal).

<sup>81</sup> A teoria da relatividade restrita foi definida por Einstein e possui dois pilares: 1 Postulado da Relatividade, que menciona que as leis da Física são as mesmas em todos os sistemas de referência inercial; e o Postulado da Constância da Velocidade da Luz, que preceitua que a velocidade da luz no vácuo tem o mesmo valor para qualquer referencial inercial, ou seja,  $c = 300\,000\text{ km/s}$ . Essa teoria afetou todos os pressupostos da física clássica, e alterou o modo de perceber o tempo e o espaço.

<sup>82</sup> Ainda sobre isso, pode-se perceber que “A problematização envolvendo o caráter transacional da criminalidade informática não pode ser resolvido com uma aplicação da teoria da territorialidade ao mundo informático ou telemático”(CRUZ, 2006, p.22).

aplicação frente aos crimes cibernéticos. Apresenta um caso real de difamação (previsto no art. 595 do Código Italiano) para elucidar o fato de que o grande problema seria o de determinar o local do delito (2004, p.171-173). Sua crítica fica evidente quando menciona que o meio empregado na difamação elevaria o crime a um ilícito transnacional<sup>83</sup> (2004, 174).

Portanto, a incriminação de condutas típicas da internet deve considerar o bem jurídico, o impacto da conduta e os danos causados.

Normalmente a incriminação informática deriva da regulação do sistema econômico. Riquert exemplifica isso afirmando que a primeira forma de incriminação de conduta informática na Argentina se deu com a Lei 24766/97 que tratava do segredo de empresa (2009, p.15). A forma de escolha das condutas é uma escolha econômica, não se pode negar tal fato. Por isso, o sistema de crimes econômicos fora utilizado como parâmetro dos crimes informáticos. Assim, Riquert, usando as teorias de Tiedmann, defende que o professor alemão não verifica essa conexão entre os delitos informáticos e os delitos econômicos, e afirma que

*Sin prejuicio de volver luego sobre el punto, interesa ahora ressaltar que se há dado uma tradicional asociacion em exponer la problemática de la delincuencia informática bajo el marco del derecho económico, pero se há temido presente que el contacto es meramente tangencial, vale decidir, que hay alguns delitos económicos que son concretados mediante tecnologia, pero esta modalidad es exclusiva de aquéllos(2009, p.19).*

Mas contrariando o entendimento do mestre argentino, percebe-se facilmente que o Direito Penal Cibernético fora construído com base na mesma dogmática dos crimes financeiros.

Primeiro, porque nos dois sistemas o bem jurídico tutelado é indefinido, e supraindividual. Tal tratamento gera a incidência do tratamento dos crimes de perigo abstrato. Nesta categoria, os delitos se baseiam em condutas que necessariamente não violam o bem jurídico, apenas o colocam em perigo.

---

<sup>83</sup> No caso em questão, o autor ainda acrescenta que como a conduta fora praticada na internet, seus efeitos podem ser sentidos em outros países, o que *“Una volta che i lanche sai stato, presuntivamente o concretamente, perceptito anche sul território nazionale, scatta la giurisdiccionamiento del giudice nazionale, il quale `e chiamato ad ocuuparsi del procedimento, al di l adi dove il documento informático sai stato confezionato e diramato attraverso la rete”(GENOVESE, 2004, p. 176).*

Segundo, a técnica legislativa se molda a dificuldade de descrição das condutas. Então, o legislado lança mão das seguintes técnicas:

- a) Elementos normativos<sup>84</sup>, que são termos que são aberturas linguísticas na construção do tipo que permitem ao intérprete a completude da proibição;
- b) Normas penais em branco, que são tipos penais que possuem o preceito primário incompleto e que precisam de complementos por meios de outra norma, quer seja do âmbito penal, quer seja de outro âmbito jurídico.

Essas técnicas de redação de leis tornam tanto o Direito penal Econômico, quanto o Direito Penal Cibernético passíveis de descrever condutas complexas. A tutela do Direito Penal Econômico é a tutela de um bem jurídico fluido, assim, “[...]a tenor de los complejos fenómenos y regulaciones de la vida económica presente, es imposible prescindir de elementos normativos y cláusulas generales a la hora de describir los tipos penales económicos” (NUÑES, 1987, p.243). O direito Penal Cibernético também possui essa indefinição quanto ao seu bem jurídico, que passa a ser a informação, os dados, ou a segurança do sistema informático (RODRIGUES, 2009, P. 157). Rodrigues reconhece o Crime Cibernético como um dano coletivo, e afirma que

À semelhança da criminalidade econômica, também a criminalidade informática digital acarreta um extraordinário custo econômico. Mas ao caráter altamente lesivo e extenso desta criminalidade está aliado ao facto de que uma resolução criminosa, aliada ao automatismo dos computadores e dos sistemas informáticos, pode desencadear inúmeros ataques aos sistemas informáticos e à informação neles armazenada (2009, p.234).

---

<sup>84</sup> Segundo José Cirilo de Vargas, “Os elementos normativos requerem, para sua exata compreensão, uma atitude especial do intérprete, que pode ser de índole estimativa (perigo de vida), social (honestidade, probidade) ou jurídica (sem permissão legal, nos limites da lei etc.)” (2012, p. 290).

No que se refere à autonomia da ciência do Direito Penal Cibernético, ainda que possua uma dogmática própria, não há como desvinculá-lo do Direito Penal, tendo o sistema de Direito Penal Cibernético vinculação aos princípios limitadores do Direito Penal (RODRIGUES, 2009, p.195).

#### 4.3 Os crimes cibernéticos próprios como condutas típicas da internet

As modalidades próprias da internet constituem o desafio para a tipificação de delitos informáticos próprios. As Tipificações dessas condutas partem da ideia de que sua simples realização de conduta dentro do meio informático pode prejudicar vários Direitos já existentes, tendo como vítima toda a coletividade.

Rodrigues (2006, p. 153) demonstra que essas condutas próprias são realizadas por meio próprio, como:

- a) *flooding* (envio de dados para bloquear os serviços de um computador);
- b) *Smurfing* (utilização do sistema de radiofusão do IP e IP Spoofing para inundação de pacotes de lixo);
- c) ataques de *outband* (explorar vulnerabilidades no TCI/IP para entravar as implementações do Kernel);
- d) *Flooding* de SYN/rst (consiste em explora vulnerabilidades de TCP para bloquear conexões de entrada);
- e) Uso de Nukeo (mensagens forjadas de ICTP e de TCP para rosetar conexões ativas);
- f) Específico DoS (consiste em gerar pedidos para bloquear serviços);
- g) bomba lógica (consiste no uso de programas para causar danos);
- h) *backdoor* (programa que permite a execução de forma involuntária de recursos do computador);
- i) verme (programa ou trojan que gera e dispensa cópias próprias);

- j) vírus (programas ou códigos que se auto reproduzem em aplicações existentes);
- l) *trojam* (que é um programa inserido contra a vontade do usuário para executar comandos);
- m) Permissões de acesso (que consiste na exploração ode ficheiros do sistema);
- n) Força bruta (força a entrada por meio de usos e tentativa de password);
- o) Overflow (escrever um código arbitrário por detrás de do final de um *buffer* e executá-lo);
- p) *Race condition* (explorar uma condição de insegurança temporária); e
- q) cavalo de troia (que consiste na utilização de um programa que permite acesso à sistemas de processamento de dados).

Por isso, dentro do sistema informático se fala em crimes de perigo Abstrato (SILVA, 2003). Com a crescente onda de inflação normativa (JACKBS, 2008), o Direito Penal Cibernético se apresenta coo uma ferramenta (a única, na verdade) de proteção do sistema informático.

O mais previsível hoje é pensar que as condutas praticadas na Internet que violam bens jurídicos já tutelados por outras normas, serão também tipificadas. No caso das conditas criminosas praticadas pela internet, a norma jurídica atual não possui suportes dogmáticos e reais para sua aplicação. O confronto entre proteção de bens jurídicos e a proteção individual (FREITAS,2002) é algo que deve ser superado por meio da reconstrução da Dogmática Penal (HASSEMER, 2009b). Não há como negar que atualmente os bens jurídicos tutelados pelo Direito Brasileiro sofrem lesões através do uso da internet.

Para fins deste trabalho será adotado a definição de crimes cibernéticos próprios, como os identificados por serem criados com base em condutas típicas da internet, dentro do sistema informático e contra os usuários ou o próprio sistema (RODRIGUES, 2009, p.279).

#### 4.4 Os crimes cibernéticos e sua gênese no sistema jurídico brasileiro

Ainda subsiste a ausência de normas (e principalmente de debates) sobre o tema no Direito brasileiro. Não devem ser desconsideradas as soluções sociais, já que “ainda que não ocorra por meio dos mecanismos formais, a regulamentação da rede ocorre por outras formas que passam ao largo dos canais democráticos regulares” (LEMOS, 2005, p.93).

O Brasil não é signatário da Convenção de Budapeste, o que resultou na situação atual: um fraco arcabouço de proteção contra os crimes cibernéticos.

Apesar da existência do tratado de Budapeste, assinado na Hungria em novembro de 2001, e de muitos países terem legislado em matéria de crimes cibernéticos, como os Estados Unidos da América, e muitos países da Europa, o Brasil resolve não ser signatário. Essa convenção definiria uma série de institutos:

- a) os cibercrimes, tipificando-os como infrações contra sistemas e dados informáticos (Capítulo I);
- b) infrações relacionadas com computadores;
- c) infrações relacionadas com o conteúdo, pornografia infantil; e
- d) infrações relacionadas com a violação de direitos autorais, todos devidamente tipificados.

O Estado brasileiro demorou demais a regular os ilícitos informáticos. Só em meados de fevereiro de 1998, o Estado cria a lei nº 9.609/98, que regula as diretrizes para reconhecimento do Software e a defesa de seu direito autoral.

Em 2014 edita-se a lei 12.965/014, sendo o “Marco Civil da Internet”. Essa lei se apresenta como uma forma de complemento para as normas penais em branco que já existem e que serão criadas e que tenham como objeto os ilícitos informáticos. Todavia, essas normas não abrangem todas a

modalidades de condutas ilícitas nos sistemas informáticos, persistindo lacunas que devem ser supridas por outras legislações. Como exemplo, tem-se a regulamentação usada para as compras feitas pela internet em que o usuário possuiria alguma controvérsia, e isso será regulamentado pelo código do consumidor.

A esperança, para o Brasil, reside em um projeto de lei que tramita no Legislativo Nacional que fora proposto pelo Senador Eduardo Azevedo<sup>85</sup> e que visa combater os cibercrimes.

Essa lei poderia transcender o atual estágio brasileiro que possui uma grande defesa da esfera patrimonial, com a questão da propriedade intelectual ou autoral. O art. 184 do Código Penal, e sua busca em velar pelo direito do autor, nunca antes teve tais proporções.

#### 4.4.1 As condutas praticas pelo sistema informático e já previstas na legislação brasileira

Aires José Rover, tentando definir o que seriam esses crimes cibernéticos impróprios, afirma que eles

São todas aquelas condutas em que o agente se utiliza do sistema de informática como mera ferramenta para a perpetração de crime comum, tipificável na lei penal. Dessa forma, o sistema de informática não é essencial à consumação do delito, que poderia ser praticado por meio de outra ferramenta. (ROVER, 2009, p.3).

Várias modalidades de delitos podem ser praticadas dentro do sistema de informação. Neste caso, temos o meio de cometimento do crime, apenas uma ferramenta do delito.

---

<sup>85</sup> Atualmente esse projeto de lei está aguardando Parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC); estando pronta para Pauta na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI); e pronta para Pauta na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO).

O criminoso busca apenas usufruir do sistema informático para a realização das condutas ilícitas. Podem ser praticados os crimes contra o patrimônio, em especial o estelionato; os crimes contra a honra; os crimes de peculato, etc..

Neste caso, considera-se possível a aplicação da norma penal para essas condutas, onde o agente se utilizou recursos informáticos como instrumento para a prática de delitos já tipificados no Código Penal e que protegem bens jurídicos já definidos. Na tentativa de explicar isso, Andréa de Fátima Araújo Cavalcante descreve a seguinte possibilidade “Seria o caso em que um cracker<sup>5</sup> invade a rede de computadores de um hospital e muda as prescrições médicas relativas a um determinado paciente, substituindo os remédios ou alterando as dosagens, com o animus necandi” (CAVALCANTE, 2011, p. 55).

O artigo 122 do Código Penal tipifica como criminosa a conduta de induzir ou instigar alguém a se suicidar ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Essa conduta pode ser perfeitamente praticada pelo sistema informático, quer seja pelo meio da troca de mensagens eletrônicas ou através de comunidades virtuais.

Conclui-se que os crimes cibernéticos chamados de impróprio, são na verdade, os tipos penais já presentes nas legislações especiais e no código penal. Não se trata de novos tipos penais, mas de uma definição para registrar que a conduta praticada utilizou-se do meio informático.

Ainda assim, esses crimes e as modalidades de condutas podem não se amoldar às hipóteses normativas por consequência da conduta e sua avaliação. Durante muito tempo a definição dos elementos informáticos eram estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro. Essa foi a real razão do surgimento do marco civil da internet, preceituado na lei

4.4.1 A “lei Carolina Dieckmann” e a tentativa brasileira de incriminação de condutas típicas dos sistemas informáticos( ou, a mal fadada tentativa de construção de uma dogmática de crimes cibernéticos brasileira).

Relata Damásio de Jesus que no Brasil um dos primeiros crimes informáticos cometido foi o de descobrir senhas alheias

No Brasil temos notícias dos primeiros crimes de *phishing scam* bancário (pescaria de senhas) em 1993. Igualmente, outro caso celebre foi o de um empresário e antigo controlador de uma rede de varejo, acusado a? época (1999) de ter enviado, de Londres, e-mails para o mercado financeiro com informações falsas alardeando o risco de quebra de um banco. Muito se debateu, a partir de então, sobre os problemas envolvendo a investigação de crimes informáticos, que poderiam ser praticados em qualquer localidade do mundo. Mais que isso, começou-se a refletir sobre a necessidade de leis que tratassem de crimes informáticos (2016, p.24).

O sistema penal brasileiro já havia reconhecido algumas condutas como próprias do sistema informático. A lei nº 9.983/03 foi editada incluindo no sistema jurídico brasileiro os artigos 313-A e 313-B.

O artigo 313-A descreve a Inserção de dados falsos em sistema de informações e preceitua que

Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Observa-se que o núcleo do tipo visa diretamente o sistema informático. O mesmo pode ser dito dos elementos objetivos dados. O artigo 313-b vai no mesmo caminho e incrimina a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, e tem como preceito primário

Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Neste caso, o núcleo do tipo é ainda mais próximo das condutas informáticas e utiliza-se do vocábulo modificar ou alterar. Já os elementos

objetivos são descritos por mecanismos típicos dos sistemas informáticos, como sistema de informação e programa informático.

A Lei 11829 de 2008 alterou o artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente trazendo outra modalidade tipicamente informática. Preceitua o artigo 240

Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente  
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa

Neste caso, há uma variada gama de condutas e que envolve a captação por meios tecnológicos da imagem ou vídeo. Neste caso, teríamos um crime cibernético misto, onde se utiliza bens jurídicos comuns e bens jurídicos digitais. A inovação real desta lei, foi o artigo 241-A. Preceitua esse artigo que

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa

O núcleo do tipo está totalmente ligado ao sistema informático, e é uma conduta típica dos hackers. O elemento objetivo do tipo não deixa dúvida quando menciona “qualquer meio ou sistema de informação”. No parágrafo primeiro tem-se a forma equiparada em que a incriminação alcança o partícipe que é tipificado de forma própria com o verbo presente no núcleo do tipo assegura

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:  
I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;  
II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

Também presentes os elementos objetivos ligados ao sistema de informação, como o termo “acesso por rede de computadores”.

Já a Lei nº 12.327 de 2010 alterou a denominação do crime do art. 266 do Código Penal, acrescentando a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública, bem como impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento, aumentando o alcance do tipo penal.

Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

§ 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

Esse tipo penal possui uma a conduta denominada ataque de denegação de serviço (DOS/DDOS). O DOS (*denial of service*) não constitui geralmente uma invasão de sistema alvo, mas uma sobrecarga do sistema. Há também o ataque de denegação de serviço difundido ou DDOS (*distributed denial of service*) quando o criminoso infunde por meio de seu computador vulnerabilidades ou programas maliciosos em vários computadores possibilitando o acesso simultaneamente ou sequencialmente do serviço que pretende ser travado.

Trata-se de um tipo penal alternativo, onde as condutas são de interromper, ou dificultar. O objeto material é o serviço de informações.

Segundo Nucci, o núcleo do tipo interromper significa fazer cessar integralmente ou romper a continuidade, enquanto impedir pode ser visto como sinônimo de impossibilitar, e dificultar é o mesmo que colocar obstáculo. E classifica essa nova figura típica como sendo crime comum, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo, de perigo comum abstrato, unissubjetivo, plurissubsistente e que admite tentativa (2014, p. 1160).

A Lei 12.737/2012 foi editada e sancionada com a intenção de ser a primeira lei específica de crime cibernética no sistema brasileiro, e ficou conhecido como lei Carolina Dieckmann. Ela ganhou esse apelido por consequência de um caso de invasão de dispositivo informático por meio de Hackers de uma atriz brasileira que foi, inclusive, chantageada.

A principal norma criada foi o artigo 154-A, que fora acrescentado no Código Penal brasileiro.

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:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Observa-se que o núcleo do tipo é invadir. Sabe-se que a base do tipo penal é a conduta humana, e invadir é um verbo de conduta real, não conduta informática. O verbo mais lógico seria acessar, ou ter acesso.

O objeto material seria o dispositivo informático, que o legislador não descreve, tornando esse termo um elemento normativo judicial, já que não há qualquer possibilidade de definição do termo.

Outra questão interessante é a condicionante de modo, já que a invasão deve ser mediante violação indevida de mecanismo de segurança. Mais um elemento normativo aparece: mecanismo de segurança. A imprecisão do legislador, tornou possível a realização do tipo penal com a violação de senha de bloqueio de tela, por exemplo, de um celular.

Esse tipo penal tem dolo específico, já que o agente ao invadir tem que ter como vontade específica:

a) Obter, adulterar ou destruir dados ou informações; ou

b) Instalar vulnerabilidade para obter vantagem indevida.

Como se percebe não se pune a conduta culposa. O legislador acrescentou uma conduta equiparada no parágrafo primeiro:

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

O núcleo do tipo é produzir, distribuir, vender ou difundir programa ou dispositivo com a intenção de praticar o caput do art. 154 –A. mais uma vez o legislador trouxe um dolo específico.

No parágrafo segundo, o legislador acrescenta uma majorante com a finalidade de agravar a pena se o resultado é prejuízo econômico.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

Como tipo penal mais reprovável, a invasão que resulta a obtenção de conteúdo provado e de segredos comerciais, bem como o controle remoto do dispositivo invadido, é apresentada no parágrafo terceiro.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Outra majorante é criada pelo legislador no parágrafo quarto caso o acesso resulte na divulgação, comercialização ou transmissão dos dados obtidos.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

A última majorante diz respeito à vítima. Caso o sujeito passivo seja uma das entidades previstas no parágrafo quinto, a pena aumenta de um terço a metade.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

- I - Presidente da República, governadores e prefeitos;
- II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou
- IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”

Guilherme Nucci, abordando o tipo penal definido no caput do artigo 154-A classifica-o como

[...] crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva lesão à intimidade ou vida privada da vítima, embora possa ocorrer); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito

pelo agente); comissivo (as condutas implicam ações); instantâneo (o resultado se dá de maneira determinada na linha do tempo), podendo assumir a forma de instantâneo de efeitos permanentes, quando a invasão ou a instalação de vulnerabilidade perpetua-se no tempo, como rastro da conduta; unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (cometido por vários atos); admite tentativa (2014, p. 814).

Evidente a pressa do legislador em criar esse tipo penal, já que havia à época uma pressão midiática para a incriminação dessa conduta. O tipo penal fora mal redigido e com o abuso de elementos normativos, contrariando a taxatividade.

Dentre esses tipos penais elencados, o que se pode perceber é que todos possuem como elemento subjetivo a modalidade dolosa. Não quis o legislador brasileiro incriminar a modalidade culposa.

Outro ponto que merece registro, é que o legislador brasileiro não se refere aos provedores ou as pessoas jurídicas.

O fato é que o legislador possui pouca informação sobre o sistema informático, e isso é agravado pela falta de reflexão por parte da Dogmática Penal Brasileira, reflete a ausência normativa e a falta de debate em torno da moralidade das condutas internéticas. Essa ausência prejudica as inovações futuras. Dentre estes elementos do crime que mais sofre influência deste avanço tecnológico é a culpabilidade.

A culpabilidade é condição regular necessária para fundamentar juridicamente uma responsabilidade, sendo constituída por livre arbítrio e juízos sobre a realidade (conhecimento do injusto), criando um sistema de subjetividade individual de aferição da culpabilidade do agente (HASSEMER, 2009c).

Não é apenas a percepção cultural, mas a percepção da realidade em si, o que alteraria a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e de se adequar perante tal entendimento.

## **5 A ENCRUZILHADA DO TEMPO, OU, DA IMPOSSIBILIDADE DA DOGMÁTICA PENAL COMPREENDER AS CONDUCTAS CIBERNÉTICAS**

Uma vez apresentada a base da dogmática dos crimes cibernéticos em especial os crimes cibernéticos próprios, mister a desconstrução da dogmática dos crimes cibernéticos. O Direito Penal já está em crise por consequência dos efeitos da modernidade e das complexidades das demandas sociais atuais.

O papel sancionador do sistema penal, sempre fora baseado em uma lógica de direitos individuais, porém, a pós-modernidade trouxe uma nova postura para o Direito Penal, abarcando a proteção de bens jurídicos coletivos e até mesmo individuais. Como resultante desse novo paradigma, a dogmática penal se torna incoerente. Como visto no capítulo primeiro, a legalidade é um princípio basilar do sistema penal, mas essa nova forma de dogmática penal apresenta uma forma de legislação incoerente e contingencial, como o caso do tratamento dado as legislações especiais, que propõem uma lógica própria para essa legislação. Isso pode ser percebido no sistema de novas legislações surgidas no Brasil no século XXI, como a legislação de transito brasileiro (lei 9503 de 1997, e suas alterações em 2017 e 2018).

A ultima alteração dessa lei, trouxe uma forma exagerada do homicídio culposo em relação ao homicídio previsto no Código Penal Brasileiro, cuja pena é de um a três anos de detenção, frente à pena de dois a quatro anos prevista no artigo 302 do Código de transito brasileiro.

Além disso, a teoria do *actio libera in causa*, teoria adotada pela dogmática brasileira que defende a responsabilização por dolo se o agente agiu por meio da embriaguez preordenada, nunca é esquecida nos casos de acidentes que envolvem embriaguez. O aplicador desenvolve teorias conflitantes dentro do sistema dogmático.

Outro reflexo dessa nova complexidade é a incriminação de pessoas jurídicas, que contraria o aclamado princípio da culpabilidade. Uma pessoa para ter justificado a aplicação da pena, deve ter agido de forma dolosa ou, ao menos, culposamente. Obviamente a possibilidade da incriminação das pessoas jurídicas é algo não admitido na dogmática clássica do Direito Penal.

O fato é que o sistema penal ocidental sofreu um processo de enrijecimento, e sua coerência foi posta de lado em nome do controle de contundas que o legislador atual considerava nociva. A produção norma tiva se deu de forma desordenada e incoerente levando à criação de leis que deveriam ser consideradas inválidas frente ao sistema dogmático clássico.

Os efeitos são sentidos na forma como as penas são aplicadas e os princípios são deixados de lado, ou relativizados. Se sabe que o Direito Penal é uma ferramenta de controle<sup>86</sup> estatal, e tem como característica básica a violência. Isso é uma característica própria do sistema penal, e essa violência se avoluma com a crise atual e a busca por novos mecanismos de controle social. Muñoz Conde, nesse rastro, afirma que

*La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social (1985, p. 18)*

O Direito tem como base o controle das relações humanas, e busca a ordem social. Esse controle das relações humanas se dá por meio da coação, nos moldes do pensamento de Feuerbach, uma coação psicológica por meio da ameaça da aplicação de uma pena.

---

<sup>86</sup> Outra definição de controle social é apresentada por Muñoz Conde, que afirma que “*El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento (16). El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrument de socialización de sus miembros (1985, p. 36).*”

Desse modo, o sistema penal é parte do controle social<sup>87</sup> que o Estado exerce. Contudo, esse controle social só pode ser exercido dentro de critérios racionais e dentro da limitação dos conceitos dogmáticos e principiológicos do sistema penal. O Direito Penal é um sistema de normas com a finalidade de controle de condutas, mas não tem só essa função. O seu uso de forma indevida pode gerar um sistema incoerente e impreciso, desfocando as funções do sistema penal. Seu uso sempre gera violência e violação de direitos fundamentais, daí a necessidade de impor limites à construção de tipos penais que não assegurem a garantia do cidadão. Por outro lado, a segurança pública, impulsionada pelo aumento dos riscos e ameaças, leva o legislador a legislar em prol de leis que contrariam o sistema dogmático.

Na construção da dogmática penal, conforme apresentado nos capítulos anteriores, é a mais importante contribuição para a ciência do Direito Penal. Essa dogmática sofre os efeitos de uma demanda social gerada por uma complexidade fruto de demandas nunca antes previstas pelo legislador e pela política criminal.

Esse cenário de incertezas e de um “novo” Direito Penal, é moldado pelos efeitos conhecidos da chamada pós-modernidade<sup>88</sup>, e a tentativa da construção de uma dogmática do Direito Penal Cibernético esbarra nas mesmas críticas apresentada aos novos ramos desse novo modo de sistemática penal.

### 5.1. Os efeitos da pós-modernidade na dogmática do Direito Penal

O conceito de pós-modernidade desponta nas ciências sociais como resultado de processo histórico, que afetou a subjetividade individual e alterou a rede de sentido do indivíduo. Esse contexto social e histórico

---

<sup>87</sup> O conceito de controle social “[...] *abarca cualquier cosa que garantice el orden social, como el sistema educativo, el sistema sanitario y asistencial del Estado y, en general, todo el sistema de organización social*” (RAMIREZ, e MALARÉE, 1997, p.15).

<sup>88</sup> Para a construção deste trabalho, parte-se da ideia de que há uma pós-modernidade, e não mais uma modernidade tardia.

acarretou em transformações em uma velocidade surpreendente devido ao acesso de informações, e da complexidade de possibilidades frente as decisões individuais. Não é mais possível contar com a segurança das “verdades universais”.

As instituições formais da sociedade, que antes ajudavam a formar a rede de certezas e que proporcionavam segurança aos indivíduos, não mais despontam como instituições fortes e legítimas. Por isso sofre o Direito moderno.

O Estado pós-moderno não possui a mesma força e a influência dentro da estrutura social, não sendo mais a mais forte fonte de verdades ou certezas. Há um caráter de descontinuidade que é abordado por Giddens:

A influência a longo prazo do evolucionismo social é uma das razões por que o caráter descontinuista da modernidade tem com frequência, deixado de ser plenamente apreciado. Mesmo aquelas teorias que enfatizam a importância de transições descontinuista, como a de Marx, veem a história humana como tendo uma direção global, governada por princípios dinâmicos gerais. Teorias evolucionárias representam de fato "grandes narrativas", embora não sejam teleologicamente inspiradas. Segundo o evolucionismo, a "história" pode ser contada em termos de um "enredo" que impõe uma imagem ordenada sobre uma mixórdia de acontecimentos humanos. A história "começa" com culturas pequenas, isoladas, de caçadores e coletores, se movimenta através do desenvolvimento de comunidades agrícolas e pastoris e daí para a formação de estados agrários, culminando na emergência de sociedades modernas no Ocidente ( 1991, p.11)

Não se pode mais perceber uma continuidade nessa forma de perceber as sociedades. Tudo está incerto. O indivíduo perde suas referências, e o seu sentido, refletindo na construção de sua identidade. Esse sentido fragmentado, tem consequências sentidas no agir social, e principalmente para o convívio em sociedade. Na teorização de Luckmann e Berger, “o sentido se constitui na consciência humana: na consciência do indivíduo, que se individualizou em um corpo e se tornou uma pessoa através de processos sociais” (BERGER; LUCKMANN, 2004, p.14).

Essa perda progressiva dos referenciais de sentido deixou os indivíduos desprotegidos diante das diversidades e do pluralismo verdades e conceitos. Anthony Giddens demonstra na sua inquietude perante a

modernidade, apresentando a tese de que não haveria precedentes para os atuais parâmetros da crise moderna (ou pós-moderna), e teoriza:

Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes. Tanto em sua extensionalidade quanto em sua intencionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes. Sobre o plano extensional, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intencionais, elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana. Existem, obviamente, continuidades entre o tradicional e o moderno, e nem um nem outro formam um todo à parte; é bem sabido o quão equívoco pode ser contrastar a ambos de maneira grosseira. Mas as mudanças ocorridas durante os últimos três ou quatro séculos — um diminuto período de tempo histórico — foram tão dramáticas e tão abrangentes em seu impacto que dispomos apenas de ajuda limitada de nosso conhecimento de períodos precedentes de transição na tentativa de interpretá-las (GIDDERNS, 1991, p.10-11).

Diante do quadro progressivo e do dinamismo<sup>89</sup> pós-moderno, a atualidade reflete nada mais do que uma rede de sentidos diversificada, trazendo ao indivíduo moderno uma crise de identidade. Assim, a sociedade vem enfrentando uma crise na cadeia de sentido, perdendo referenciais de sentido e de significados, que são impulsionadores do agir humano (BERGER; LUCKMANN, 2004, p.14).

Mesmo em países desenvolvidos, os efeitos da modernidade são gritantes e explícitos, ao ponto de gerarem efeitos diretos na vida do cidadão. A crise das instituições judiciais mundiais ou do direito propriamente dito, é uma das causas motivadoras da crise de subjetividade ou mesmo de utopias na modernidade.

Nesses países desenvolvidos, uma busca frenética pelo *welfare state*, que seria o conjunto de ideias maduras e processos legislativos que visam

---

<sup>89</sup> No que se refere a dinamismo da modernidade, Gidderns menciona que o "dinamismo da modernidade deriva da *separação do tempo e do espaço* e de sua recombinação em formas que permitem o "zoneamento" tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe* dos sistemas sociais (um fenômeno intimamente vinculado aos fatores envolvidos na separação tempo-espço); e da *ordenação e reordenação reflexiva* das relações sociais à luz das contínuas entradas (inputs) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos"(GIDDERNS, 1991, p.21).

garantir as necessidades do cidadão moderno (MARTELLI, 1995, p.125), fizeram os Estados modificarem suas legislações e conceitos. Buscava-se a melhoria da qualidade de vida<sup>90</sup>, contudo com um alto custo econômico. O problema é que essa era se caracteriza por uma escassez de riquezas e dos meios de produção de riquezas<sup>91</sup> (BECK, 2010, p. 23). Essa escassez gera conflitos e riscos. Esses riscos e conflitos são uma demanda não esperada pela ciência do Direito Penal. Essa demanda é criada por dois fatores, sendo o primeiro o avanço tecnológico e dos novos meios de produção, gerando uma carência material. Claro que o avanço no campo do Direito trouxe uma nova gama de direitos e garantias, gerando um estado de bem-estar social, contudo, os Estados não possuem capacidade para incluir todos nesse estado de bem-estar social.

Paralelamente, esses avanços tecnológicos, bem como os novos meios de produção de materiais, são concebidos a um custo de riscos criados para a sociedade (BECK, 2010, p. 23).

A tese das sociedades de risco de Back ajuda na compreensão de como essa pós-modernidade produziu um contexto difícil para o Direito Penal.

Beck levanta sua tese em cinco premissas (2010, p. 27-28):

- a) Riscos são diferentes das riquezas, á que eles desencadeiam danos sistemáticos e que são por vezes irreversíveis, baseiam-se em interpretações causais, e, portanto, perceptíveis nas ciências ou anticiências, mas que os processos de descoberta e medição desses riscos é fundamental;
- b) Com a distribuição de Risco, surgem as situações sociais de ameaça. Os ricos e poderosos não estão livres dessas ameaças e riscos, seja à saúde ou a própria legitimidade e à produção do lucro. Esses riscos

---

<sup>90</sup> Bauman, sobre estado de bem-estar social, afirma “O Estado de bem-estar social, um Estado inclinado a fazer apenas isso, estava por essa razão genuinamente “além da esquerda e da direita”: um apoio sem o qual nem o capital nem o trabalho poderiam sobreviver, muito menos mover-se e atuar” (2008, p.33).

<sup>91</sup> Para essa tese se adotou como premissa o trabalho de Ulrich Back (2010) sobre sociedades de Risco, e seus paradigmas de modernidade, e se afirma que esses paradigmas geraram um aumento na crise que se apresentava ao Direito Penal, desencadeando uma proliferação de lei penais invalidas no sistema penal.

produzem um desnível social e econômico entre países, e o risco se torna globalizado;

- c) Os riscos, sua produção e distribuição seguem a lógica da produção capitalista de desenvolvimento. Esses riscos se tornaram novos meios de lucro fácil, uma nova moeda entre países;
- d) As riquezas podem ser possuídas por apenas uma parcela, mas nos riscos, os efeitos são para todos, e tudo passa pelo conhecimento sobre os riscos, ou seja, quando estamos em risco e quais ameaças possuímos;
- e) Quando os riscos são socialmente conhecidos, invadem a esfera política. Isso resulta em uma nova organização do poder e da responsabilidade.

Essas premissas desaguam na lógica do sistema penal, sendo causa e gerada pelo sistema. O conhecimento do risco, muitas vezes, leva a produção normativa inconsciente e meramente emocional, gerando essa inflação do sistema legal.

Beck levanta outra questão ao apresentar a dinâmica dos riscos em sociedades e como essa nova forma de riscos gerados pela produção e inovações quebram o monopólio científico do conhecimento. Os riscos são descobertos por meio de métodos nem sempre científicos ou de meios legitimados como científicos (2010, p. 34-35). Ao sofrer o risco, os protagonistas dessa ameaça passam a percebê-la pelos efeitos sentidos (ainda que muitos efeitos do risco só possam ser sentidos a longo prazo, como exemplo o campo magnético dos celulares e seu risco à saúde). Claro que a descoberta e afirmação do que seria risco é fruto das possibilidades matemáticas e dos interesses sóciais (BECK, 2010, p. 35). O aumento dos riscos é proporcional ao desenvolvimento tecnológico. As ameaças trazidas com esses riscos, são das mais variáveis naturezas. O avanço tecnológico pode gerar, desde o antigo problema da revolução industrial e sua falta de empregos pelo uso da tecnologia, a ameaças mais novas, como o aumento de problemas sociais de saúde pela má alimentação de uma sociedade. A questão política e econômica é decisiva na escolha estatal do que será risco ou o que é parte aceitável dentro de um contexto de exploração econômica. O autor refere-se a isso, como o princípio do *in dubio pro progressu*, e que

muitas vezes se utiliza das máximas que defendem que o avanço tecnológico trará, inevitavelmente, danos (BECK, 2010, p. 41). Nesse paradigma, alguns setores sociais sofrem mais os efeitos das ameaças do que outros. Aqueles que possuem mais acesso a educação e a informações, podem se esquivar dos ricos. Nesse ponto, a informação é a parte primordial para que se possa evitar os riscos (quando é possível que esses ricos sejam evitados). Alguns riscos não podem ser evitados. E Beck deixa isso claro ao mostrar que o processo de riscos segue a mesma lógica econômica, ou seja, sofre o processo de globalização, trazendo a ameaça à mais de uma país ou classe social (2010, p.4-44).

Outro efeito apresentado por Beck dessa pós-modernidade, é a individualização (2010, p.189). O processo de modernização ou de pós-modernização, é um processo de pluralização de sentidos, já que nessa era, vários setores da sociedade conflitam sobre temas, levando a inúmeras possibilidades de respostas as demandas e inquietações, diferente do que havia no iluminismo e na promessa da modernidade, onde apenas algumas instituições teriam o poder de se pronunciar sobre certas questões. Ocorre um desprendimento em relação aos vínculos sociais (onde o agente é cada vez mais individualista e fora de vivências coletivas); ocorre a perda de seguranças naturais (o sujeito não tem mais certezas nem respostas únicas, gerando assim a incerteza); e por fim, uma nova forma de enquadramento social (BECK, 2010, p.190).

Bem, o que Beck apresenta é um modelo ideal para compreender as mudanças que estão passando as várias esferas sociais em vários países. Essas mudanças, que seja pelo avanço tecnológico, quer seja pelas novas formas de produção e consumo, geram riscos e várias ameaças. A desigualdade social é aumentada por esse processo. E qual o efeito dessa teoria nos países periféricos (ou subdesenvolvidos, ou de terceiro mundo, ou em desenvolvimento)? A resposta dessa indagação está dividida em duas premissas:

- a) O aumento das ameaças gera uma demanda ao Estado que responde com a inflação normativa, muitas vezes incoerente e ilógica;

- b) O aumento de conflitos gerados pela escassez de produtos e mecanismos de sobrevivência às ameaças.

O interessante é que as relações entre essas premissas se retroalimentam, gerando e sendo geradas uma pelas outras. Essa demanda emergencial leva o legislador a uma incoerência normativa, já que, na maioria das vezes, nem conhece a causa dos riscos ou das ameaças. Assim, o Direito Penal é buscado como resposta às ameaças postas. Seguiram assim os modernos mecanismos de incriminação que se desprendem da dogmática penal coerente e lógica sistemática no afã de se tornar um bálsamo social, mas que não atua nas causas.

Tudo se agrava nesse contexto de pós modernidade. Com a crise das sociedades, há crise na produção de sentido (BAUMAN. 2008a, p.08).

Bauman, em sua apresentação de vida líquida (2007a, p.07), defende que as sociedades modernas, ou na vida líquida, as relações mudam constantemente, e em um tempo muito curto, dificultando a consolidação de hábitos e rotinas, bem como das formas de agir. Por isso as condições de ações mudam rapidamente, dificultando as estratégias de reação. A vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incertezas (BAUMAN, 2007a, p.8).

A vida em sociedade líquido-moderna, nas palavras de Bauman, impõe uma contante busca por modernização, sempre se despindo dos atributos antigos, e vivendo “ligações frouxas e compromissos revogáveis” (2007a, p. 09-11).

Neste paradigma, a identidade<sup>92</sup> de Bauman se aproxima à identidade contida nas teses de Back. A individualidade nos tempos pós-modernos é produto de uma transformação societária, mas que se encobre de uma descoberta pessoal (2007a, p.31). O problema é que a comunidade perde o poder ou o interesse de regular a vida de seus membros, vindo à tona o problema de moldar e coordenar as ações humanas (2007a, p. 31). A

---

<sup>92</sup> Castells define a identidade como “[...] o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referência mais ampla a outras estruturas sociais (2016, p.78).

identidade é atrair atenção, a espetacularização do que a identidade pode ser, um eterno *Big brother* auxiliado pela tecnologia e a conexão que essa pode trazer. Outro ponto importante, é que a busca pela identidade é amparada pelo consumo não só de produto, mas de ideias, de ideologias e de vidas ideais. A ausência de segurança reflete na incerteza, e os “[...]agentes livres são privados da confiança sem a qual dificilmente pode exercer a liberdade” (BAUMAN, 2007a, p.51).

A modernidade líquida do autor afeta até o processo de produção de cultura. Outrora a cultura era entendida como um conjunto de pensamentos e ideologias fruto dos fatos sociais. Não havia subordinação, sendo esta uma consequência da vida em sociedade. Na pós-modernidade a cultura é subordinada ao mercado de consumo, e a sua existência depende da aceitação das regras que o consumo impõe sob pena de ser confrontada ou esquecida (BAUMAN, 2007a, P.80). A cultura atual, para Bauman

[...] não se percebe mais como uma cultura do aprendizado e do acúmulo, como as outras registradas nos relatos de historiadores e etnógrafos. Parece, em vez disso, uma cultura do desengajamento, da descontinuidade e do esquecimento (2007a, p.84).

Essa forma moderna de cultura demonstra o quanto a sociedade não mais consegue pelo processo de cultura, apaziguar os conflitos sociais. O progresso, que um dia fora uma fonte de certeza e otimismo, se tornou o inverso (BAUMAN, 2007a, p. 91). A era pós-moderna é uma era de velocidade da vida, do progresso, das sensações e experiências. A internet é uma prova disso.

O avanço tecnológico dos componentes telemáticos acompanha essa tentativa de estar sempre conectados. E o avanço tecnológico garante isso. Garante que os indivíduos buscarão sempre as novidades tecnológicas, e as indústrias garantem isso com a obsolescência programada<sup>93</sup>. A identidade se perde na rede de computadores, na busca de uma nova identidade, novas experiências e uma nova realidade.

---

<sup>93</sup> Maria Beatriz Oliveira da Silva conceitua a obsolescência programada como “[...] uma estratégia da indústria para “encurtar” o ciclo de vida dos produtos visando a sua substituição por novos e, assim, fazendo, como já foi dito, “girar a roda” da sociedade de consumo. Poderíamos dizer que há uma lógica da descartabilidade programada desde a concepção dos produtos. Em outras palavras, as coisas já são feitas para durarem pouco” (2017).

Isso alimenta essa indústria do consumo, ajudada pelo medo e a insegurança das ameaças e riscos trazidos pelo avanço tecnológico. Tudo se tona conectado, até o medo. Além disso, o avanço tecnológico é empregado na indústria e no campo como meio de substituição da mão de obra, sempre chamada de demasiadamente onerosa, gerando um sempre crescente índice de desemprego. Assim,

A guerra contra a insegurança, os perigos e os riscos agora estão *dentro* da cidade, onde se definem os limites os dos campos de batalha e se traçam as linhas entre as frentes. Trincheiras e *bunkers* fortemente blindados destinado a separar os estranhos e mantê-los à distância e barrar sua entrada estão se tornando rapidamente um dos aspectos mais visíveis das aglomerações urbanas contemporâneas- embora assumam diversas formas e seus arquitetos façam o possível para confundir suas criações à paisagem, “normalizando” desse modo o estado de emergência em que vivem os moradores viciados em segurança (BAUMAN, 2007a, p. 97).

O medo é o alicerce dessa concessão de liberdade em prol da segurança. A segurança é a busca pela solução dos conflitos sociais por meio do Estado. E por essa busca, as sociedades pós-modernas estão aptas a ceder suas liberdades e direitos para um pacote de legislação penal rigorosa. A insegurança alimenta o medo<sup>94</sup> (BAUMAN, 2007a, p.101), e os espaços públicos tendem a não serem mais ocupados pela população, crescendo os condomínios e os centros de compra, com a privatização da segurança.

A dogmática penal sofreu esse efeito, e mais ainda a política criminal. A mudanças são uma reação à insegurança e instabilidade criadas pelo medo. A política criminal tem a função de trazer o sistema penal à realidade social, conferindo ao Direito Penal e a sociedade métodos racionais do combate à criminalidade (ROXIN, 2002, p.10).

---

<sup>94</sup> O medo é algo que o cidadão é exposto cotidianamente, e “Os medos nos estimulam a assumir uma ação defensiva. Quando isso ocorre, a ação defensiva confere proximidade e tangibilidade ao medo. São nossas respostas que reclassificam as premonições sombrias como realidade diária, dando corpo à palavra. O medo agora se estabeleceu, saturando nossas rotinas cotidianas; praticamente não precisa de outros estímulos exteriores, já que as ações que estimula, dia após dia, fornecem toda a motivação e toda a energia de que ele necessita para se reproduzir. Entre os mecanismos que buscam aproximar-se do modelo de sonhos do moto-perpétuo, a auto-reprodução do emaranhado do medo e das ações inspiradas por esse sentimento está perto de reclamar uma posição de destaque” (BAUMAN, 2007b, p. 15).

Luis Gracia Martín, em sua obra *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica ao discurso de resistência* (2005), apresenta um contraponto as críticas de que o direito penal moderno fosse um Direito Penal incoerente e excessivamente punitivista. Por consequência de sistemas penais incoerentes, alguns penalistas, como os da Escola de Frankfurt (capitaneados por Winfried Hassemer), teceram críticas severas aos novos rumos desse direito penal moderno, sendo conhecidos como Direito Penal de Resistência ou teoria crítica do Direito Penal. As duas teses, tanto ao direito penal de resistência, quanto a tese de Gracia Martín, partem da ideia que o Direito Penal atual (ou moderno) é uma ruptura com o direito penal clássico, fruto do iluminismo, e principalmente, com os preceitos da escola Clássica do Direito Penal e as teorias de Feuerbach.

Esse sistema de modernização<sup>95</sup> é visto primordialmente na parte especial das legislações penais, e se dá com a aumento de figuras delitivas, principalmente em legislação especial (GRACIA MARTÍN, 2005, p.45).

Esse Direito Penal Moderno possui várias vertentes. Como primeiro exemplo, Gracia Martín apresenta o Direito Penal do risco, que, contrariando o princípio da ofensividade, incrimina condutas que não necessariamente violam os bens jurídicos, mas que apenas os colocam a perigo (2005, p.47). Como justificativa para sua existência estaria os conflitos sociais característicos da sociedade moderna, que é uma sociedade de risco (2005, p.48).

Neste ponto, a tese de Ulrich Beck é o pano de fundo para essas legislações de risco ou de perigo. O desenvolvimento da tecnologia, da energia atômica, da informática, da genética, a fabricação de produtos nocivos para a saúde, justificariam esse tipo de legislação, ainda que para

---

<sup>95</sup> O pensamento de um Direito Penal Moderno, é definido como “[...] o conjunto integrado pelas novas figuras delitivas acrescentadas à legislações penais e pelas modificações- ou agravações- das tradicionais, com o fim, em qualquer caso, de estender a intervenção penal a condutas e a âmbitos da realidade social presente que estavam isentos de punição no sistema tradicional da Parte Especial, ou, conforme o caso, para dispensar em determinados fatos tradicionalmente puníveis um tratamento penal mais severo quando concorrem determinadas circunstâncias às quais se atribui um significado especialmente relevante do ponto de vista penal” ( GRACIA MARTÍN, 2005, p. 45-46).

tanto, se deixasse a instabilidade dos princípios garantistas para o passado. As novas demandas justificam a existência desse novo Direito Penal.

Outro pronto de modernidade apresentado por Gracia Martíns é o Direito Penal Econômico e o Direito Penal do Meio Ambiente (2005, p.50).

Os crimes econômicos, segundo o autor, teriam bens jurídicos ligados a conceitos difusos, como a ordem econômica, ou a regulação estatal da economia, sendo assim, uma espécie diferenciada de bens jurídicos (2005, p. 54). Os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais são as características dessa nova safra de legislação penal, como o caso do Direito Penal Ambiental.

Outro ramo abordado por Gracia Martín é o Direito Penal da Empresa. Uma categoria de autores qualificados pela prática de uma atividade econômica, a chamada atividade empresarial, bem como a existência de uma pessoa jurídica ou empresa (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 62). A atividade empresarial é o foco da incriminação, ainda que desempenhada por uma pessoa física ou jurídica. Assim,

O moderno Direito Penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da parte especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade da teoria geral da responsabilidade penal (sc.do delito) que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual (GRACIA MARTÍN, 2005, p.64).

Esse Direito Penal Moderno, ainda possui um caráter globalizado. As novas relações entre Estados e os novos limites das operações financeiras (ou ausência desses) criam uma nova demanda. A globalização dá espaço para uma nova forma de criminalidade, uma delinquência associada à globalização.

Um caráter empresarial e econômico (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 66). A primeira manifestação são as fraudes, pelas situações de condutas transnacionais. A lavagem de dinheiro, o abuso do poder econômico, os ilícitos em matéria de transferência tecnológica, a criminalidade informática, etc.

Aqui se encontram os crimes cibernéticos. Um sistema de leis, que cada vez mais se tornam internacionais, por meio de acordos de cooperação

ou tratados. Sua justificativa de existência está no campo da criminalidade transnacional e globalizada. É uma criminalidade de caráter empresarial e econômico de forma globalizada.

Gracia Martín apresenta outro sistema de modernização, o Direito Penal da União Europeia (2005, p.71). Esses crimes são embasados por uma nova gama de bens jurídicos institucionalizados. Assim, surge um Direito Penal de integração, que assegura os bens jurídicos oriundos da atividade de normatização da comunidade europeia (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 73-74). Como técnica dessa nova modalidade, tem-se a remissão aos tipos penais em branco (norma penal em branco) e a interpretação em conformidade à União Europeia (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 78-79).

O Direito Penal do inimigo, por exemplo, se apresenta como uma das formas de Direito Penal moderno. Para Gracia Martín, os crimes normais são cometidos por pessoas comuns de forma esporádicas, diferente do inimigo, que são indivíduos que abandonam o Direito de um modo permanente, e perdem o status de cidadão (2005, p. 86). Para esses indivíduos, que realizam ação de criminalidade organizada, ainda que realizem condutas típicas do Direito Penal Clássico, não se deve garantir direitos plenos.

Neste caso específico, as condições de pertencer a uma organização é a base para a aplicação de normas mais severas e retirada de garantias processuais e de direitos. Nesta modalidade, a legislação tem característica de luta ou guerra contra o inimigo cujo único fim seria sua exclusão ou inocuidade, sendo renunciado as garantias materiais e processuais do sistema penal (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 88-89).

A base material desse Direito Penal Moderno seria uma nova forma de concepção dos bens jurídicos.

Como já mencionado na evolução do sistema dogmático, a teoria dos tipos penais gira em torno do conceito de bem jurídico. E é nessa questão que o Direito Penal Clássico se difere completamente do Direito Penal Moderno. Gracia Martín preceitua que há uma desmaterialização do bem jurídico e de seu conceito, sendo justificável a existência de qualquer bem jurídico, com base em qualquer substrato de social imaterial, ou bens jurídicos construídos com base de condições ideais e normativas, conforme seu fim adequado, como a economia (2005, p. 94).

Usa-se os crimes de perigo abstrato como técnica, além de perigos presumidos como conteúdo material dessa nova gama de bens jurídicos, sendo uma resposta para as novas modalidades de sociedades de risco (GRACIA MARTÍN, 2005, p.96).

Contrariando a Doutrina majoritária, Gracia Martín afirma que não há qualquer incompatibilidade entre o Direito Penal Moderno e o Direito Penal Clássico (2005, p.1010-111). Como prova de sua afirmativa, apresenta a tese que os tipos penais com bem jurídicos abstratos seriam mais taxativos que os tipos culposos (2005, p.111). Na defesa dessa nova categoria de Direito Penal, o professor Titular da Universidade de Zaragoza sustenta que todas as críticas realizadas à modernização do Direito Penal são superficiais e não científicas, e sustenta que

O Direito Penal moderno constitui precisamente a condição de possibilidade dessa revolução que se deva conduzir à constituição de uma disciplina científica que tenha como objetivo formal a *totalidade* da criminalidade material da sociedade, ou seja, *também* a criminalidade característica das camadas sociais poderosas-especialmente no âmbito econômico-, e não só, como vem acontecendo até hoje, aquela associada às camadas sociais mais baixas e excluídas materialmente de posse e da fruição de um grande número de bens jurídicos que o Direito penal liberal protegeu- e de fato protege- apenas frente a comportamentos dessas classes sociais (2005, p.114).

Como se percebe, o discurso de um Direito Penal moderno se baseia, segundo Gracia Martín, na ideia de busca de cientificidade e de evolução da ciência do Direito Penal com base no conhecimento científico da humanidade e na compreensão dessas novas modalidades de criminalidade. Assim, o autor rechaça qualquer crítica que se faça ao expansionismo do Direito Penal, afirmando que mesmo se utilizando de mecanismos criticados pelos autores de Direito penal crítico e de Direito Penal de resistência, o novo sistema de Direito Penal moderno transcende as bases de um sistema liberal Burguês (2005, 126-135). O pensamento de Gracia Martín fora abordado aqui pelo fato desse autor ser o maior expoente na defesa dessas novas modalidades de incriminação do direito penal, onde se enquadra o Direito Penal informático. Assim, a crítica que se sucede à construção dogmática dos crimes informáticos é, por questão principológica, uma crítica a esse processo de modernização do Direito Penal.

Os pontos de partida são os mesmos apresentados na construção dessa tese e na defesa de Gracia Martín, obtendo congruência no reconhecimento dos efeitos da pós-modernidade e nas novas modalidades de criminalidade trazidos pelas novas modalidades de Risco e de ameaças. A divergência surge na base material da construção da legitimidade dessas legislações apresentadas como parte e modelo do processo de modernização do Direito Penal. A base implícita é a reformulação da dogmática clássica por meio de uma nova perspectiva científica com a finalidade de punir condutas atribuídas a uma classe social privilegiada, que nunca fora alcançada pelo Direito Penal Liberal.

O que não se registra na legitimação é o meio empregado nessa construção de uma nova dogmática do Direito Penal. Inicialmente, duas críticas devem ser formuladas:

- a) A utilização de mecanismos de tipificação de condutas resultante das sociedades de risco só pode ser realizada por meio de uma abertura textual na descrição da conduta, o que violaria diretamente o princípio da taxatividade (*nullun crimen sine lege certa*), se utilizando em excesso das normas penais em branco e dos elementos normativos do tipo, gerando uma abertura demasiadamente grande e proporcionalizando liberdade em demasia ao aplicador da lei penal. Essa nova forma de legislar, gera normas penais com proibições cada vez mais imprecisas, gerando conseqüentemente erro de proibição por desconhecimento do conteúdo do ilícito;
- b) O uso do Direito Penal para proteger bens jurídicos sem definição prévia, *a priori*, ou de conteúdo impreciso, não permite a proteção do bem jurídico (por desconhecimento de sua abrangência e conteúdo) e não permite a definição da tipicidade material, já que não há precisão para a ofensividade desse bem jurídico, isso agravado pela utilização dos crimes de perigos abstratos, permite a incriminação de quaisquer condutas, gerando a punição apenas por mera desobediência à norma, violando assim o princípio da legalidade, tornando o Direito Penal Moderno um defensor da ordem social, um Direito de Polícia.

As duas críticas iniciais procedem e se baseiam nas duas funções do sistema penal, que deve defender os bens jurídicos relevantes (princípio da seletividade) e defender o cidadão contra o arbítrio de um sistema punitivista. Ademais, a existência de um sistema novo, contrariaria o sistema antigo, por ser completamente conflitante com aquele. Gera um conflito de validade de princípios, levando à inevitável não aplicação dos mesmos. Discordando da defesa de Gracia Martín, afirma-se que não há evolução histórico-material, mas um afastamento de suas funções. Esse afastamento se dá ao ponto de que o Direito Penal seria orientado pela nova forma de criminalidade e de seu combate. Assim, o Direito Penal moderno usurpa a função da política criminal, sendo totalmente contaminado e embriagado pela busca de ordem social.

A base material para a incriminação dos crimes cibernéticos próprios seria o mesmo do restante dos tipos penais do Direito Penal moderno, que é a escolha dos bens jurídicos e das condutas que devem ser incriminadas. Essa escolha, não deixa de ter um caráter ideológico e político, já que está na esfera da liberdade do legislador. Contudo, os princípios do sistema penal atuam como uma espécie de limite ao poder de legislar, e nisso o discurso de modernização do Direito Penal não leva em consideração como premissa.

Ademais, esse processo de modernização leva à uma fusão do Direito Penal com a política criminal. Mister informar que nas sociedades pós-modernas, os riscos geraram ameaças demasiadamente grandes para gerar medo e insegurança. Com o aumento dos índices de criminalidade, o sistema se confunde com objetivos alheios a seu centro de atuação. A política criminal se aproxima cada vez mais de uma ideia de segurança pública de combate à violência com repressão. O aumento de tipos penais é fruto das pressões sociais resultantes do medo, levando o legislador a legislar contrariando os princípios do sistema penal. Incrimina-se o que não se conhece, de forma indevida e sem técnica, abdicando-se das garantias. Esse processo piora nos países em desenvolvimento, e nos países com dificuldades econômicas e sociais.

A premissa de que o sistema de incriminação dos crimes informáticos próprios, enquanto parte de um Direito Penal Moderno, é fruto do medo da

ameaças geradas pelo sistema informático, é adotada nessa tese. Como consequência, sustenta-se que a busca pelo controle social afirmada por Gracia Martín, desfoca a política criminal e a definição de segurança pública.

## 5.2 A influência da política criminal desfocada na instabilidade do Direito Penal Moderno e na legitimidade dos crimes Cibernéticos

O sistema penal<sup>96</sup>, que é integrado pelo Direito Penal e o Processo Penal, sempre teve como um dos alicerces a política criminal. Desde que Feuerbach escreveu sobre o tema em seu tratado de Direito Penal, a dogmática penal constrói suas teorias com base no conhecimento da política criminal. Essa matéria de estudo é parte tanto do sistema penal, quanto da criminologia.

Neste contexto, a política criminal tem um papel importante como termômetro da atuação dos sistemas de repressão estatal.

Sabe-se que tanto a dogmática penal, quanto a política criminal influenciam e alimentam o sistema penal em qualquer país. O método da política criminal é empírico. Dessa forma, a política criminal surge da prática Estatal de erro e acerto de implementação de regras do Direito Penal, mas também do sistema de segurança pública do Estado.

Não por acaso, a definição de Baratta tenta abarcar essa complexidade da política criminal. Afirma que

*Política criminal es, en primer lugar, un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en terminus negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no*

---

<sup>96</sup> O conceito que se utiliza neste trabalho é o adotado por Hulsman que define como *Para nosotros el sistema penal es una forma específica de cooperación entre un cierto número de agencias como la policía, la justicia (en sentido amplio, esto es, no sólo los jueces, sino también los fiscales, los abogados, etc.), la probation y el servicio penitenciario, los departamentos de derecho penal y criminología en el mundo académico, el Ministerio de Justicia y el Parlamento* (2000, p. 77)

*muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas (2004, p. 152).*

A ideia de controle social é essencial à prática da política criminal. O sistema penal é parte do controle social, de como as sociedades são controladas pela máquina estatal. Talvez essa meta de controle social, seja o que permeia a dogmática penal, a política criminal e a segurança pública. O que irá diferenciar os três, será o método usado, e seus objetivos. Enquanto a dogmática penal se volta a entender a aplicação dentro de um sistema de garantias, a política criminal e a segurança pública buscam a eficácia de medidas repressivas.

Como anteriormente mencionado, pós-modernidade é uma era de pobreza estrutural. Essa pobreza estrutural é um combustível eficaz para o aumento da criminalidade e da violência. Ela é gerada com a finalidade de obter lucro para as empresas globais. Sempre há pessoa prontas a trabalhar por qualquer coisa. Desse modo, forma-se um exército de indigentes que são peças de reposição mais barata. Para isso, é preciso manter os pobres sob controle, e como a firma Bauman

*A visão dos pobres mantém os não-pobres vigiados e obedientes. Assim, ela perpetua a vida de incerteza destes. Ela os estimula a tolerar ou suportar com resignação a irrefreável "flexibilização" do mundo e a crescente precariedade de sua condição. A visão encarcera a imaginação e prende os braços deles, que não ousam imaginar um mundo diferente; estão muito cautelosos para tentar mudar o mundo em que vivem. E enquanto este for o caso, as chances de uma sociedade autônoma e autoconstitutiva, com uma república e uma cidadania democráticas, são, para dizer o mínimo, escassas e sombrias (2008a, p.151).*

O sistema penal passa a ser parte do sistema de segurança público estatal. Modernamente, ou pós-modernamente, a política criminal se confunde com a ideia de uma segurança pública de mero controle social. E o

supramencionado medo<sup>97</sup> é fundamental para a compreensão de como se cedeu direitos e garantias em nome de segurança. Hassemer deixa essa fusão clara ao afirmar que

O resultado dessa forma de discussão é uma caricatura da real situação e de suas exigências: política criminal se reduz a política de segurança, o aspecto da segurança da liberdade é argumentativamente negligenciado, não existe uma proposta progressiva de segurança pública, os problemas que nós temos com essa segurança (2008, p.268).

Na busca por uma divisão entre a segurança pública e a política criminal, deve-se atentar ao que preceitua Soler no conceito e atuação da política criminal, que deve ser pautada a aplicação das leis penais no plano concreto (1992, p. 59). Já a segurança pública não possui a vinculação apenas ao sistema penal, e muitas vezes, está mais ligada (ou na maioria dos casos apenas ligada) ao sistema e regras da administração pública. A segurança pública é parte da administração pública e tem como meta a repressão à criminalidade.

Por isso que o conceito de política criminal já transcendeu bastante o que preceituou Liszt em sua obra. Baratta deixa claro que a complexidade dos fatores que compõem a política criminal deixa sua definição enigmática, e muitas vezes essa tem suas funções infladas, como defende o autor

*La política criminal no es solamente un concepto complejo; es también un concepto problemático. Si de los modelos prácticos más limitados de la criminología administrativa salimos hacia aquellos más amplios de la criminología crítica, la riqueza y la variabilidad del instrumental de un control que asume siempre más dimensiones se aproximan a su indeterminación teórica. En sus niveles más altos de elaboración la política criminal, en cuanto género, es como un universo mucho más complejo de la especie "política penal"(2002, p. 49).*

---

<sup>97</sup> Sobre o medo, Bauman o classifica em três grandes espécies e afirma que “Os perigos dos quais se tem medo (e também os medos derivados que estimulam) podem ser de três tipos. Alguns ameaçam o corpo e as propriedades. Outros são de natureza mais geral, ameaçando a durabilidade da ordem social e a confiabilidade nela, da qual depende a segurança do sustento (renda, emprego) ou mesmo da sobrevivência no caso de invalidez ou velhice. Depois vêm os perigos que ameaçam o lugar da pessoa no mundo – a posição na hierarquia social, a identidade (de classe, de gênero, étnica, religiosa) e, de modo mais geral, a imunidade à degradação e à exclusão sociais” (BAUMAN, 2008b, p. 10).

Quem observa essa advertência de Baratta, pode achar que o direito pode prescindir da política criminal. Eis aí um grande engano. Roxin defende que o direito não pode prescindir da política criminal. Afirma o autor que

*La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse u na síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialecta. Un orden estatal sin una justicia social, na forma de un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de lalibertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal (2002, p. 49).*

Roxin defende que essa ligação entre dogmática penal e política criminal deve conter ainda a teoria do delito (2002, p. 51), mostrando o quanto é importante que o Direito Penal tenha os dados empíricos da política criminal. Isso impediria que o sistema penal fosse um sistema meramente utópico e sem eficácia concreta (BATISTA, 2007a, p. 18-20). Mas como fica o Direito Penal quando a política criminal é contaminada por outros fatores?

O conceito de segurança pública é associado ao bem-estar de uma sociedade, e compreende a paz social e o combate à criminalidade. Neste ponto, a Constituição Federal regula a forma como o Direito entende a segurança pública. Primeiramente, a Constituição observa a segurança pública como direito e obrigação da sociedade. No artigo 144, institui a polícia como uma instituição estatal responsável pela manutenção da segurança. Apesar dessa limitação da lei, pode-se dizer que o Sistema de Defesa Social é integrado por uma gama ainda maior de instituições como as polícias, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o sistema prisional.

A justificativa pela busca por uma segurança, é a meta das sociedades pós-modernas, e, segundo Bauman, a

Segurança, por outro lado, significa proteção contra três tipos de sofrimento que ameaçam os seres humanos: os que vêm "do nosso próprio corpo", os "do mundo externo" e os "de nossas relações com os outros homens". A segurança só pode ser oferecida se a vazão caprichosa, clamorosa e errática (com frequência explosiva) dos desejos for substituída pela *ordem* - "uma espécie de compulsão por repetir que, quando um regulamento foi estabelecido de uma vez por todas, ele decide quando, onde e como algo deve ser feito; dessa forma, em toda circunstância similar somos poupados da hesitação e da indecisão"(2008a, p.57).

Por outro lado, a segurança pública pode ser compreendida como uma política pública, ou uma política de estado. Depende diretamente de como a administração pública distribui sua atuação em prol dessa segurança, designando funções, buscando incriminação de condutas, incentivos sociais, etc. É uma escolha política e ideológica, como já afirmado.

Como meta da administração pública, a segurança pública, por muitas vezes, é desempenhada sem previsibilidade ou estratégia, visando apenas objetivos midiáticos ou imediatistas, dificultando a coerência do sistema. Assim, as instituições que compõem o sistema penal ou a administração pública não cooperam nem se interligam, gerando um sistema caótico e ineficaz,

*La mayoría de las actividades de la policía, por ejemplo, no ocurren dentro del marco de esa especial forma de cooperación. Igualmente, la mayoría de las actividades de los juzgados no se realizan dentro del marco referencial del sistema penal. A menudo, estas organizaciones actúan en el marco referencial de la justicia civil o administrativa (HULSMANN, 2000, p. 78).*

Desse modo, o as instituições adquirem vida própria, e cada instituição tem sua própria lógica e interesses.

Na perspectiva da pós-modernidade, a criminalidade orienta como a administração pública a direcionar sua atividade na repressão, como administrará o aparato policial e as demais instituições de repressão ao crime.

Mas, os países de criminalidade crescente (como exemplo dos Estados Unidos da América e o Brasil), a mídia desempenha uma função peculiar ao apresentar a criminalidade de forma exacerbada. A mídia espetaculariza a criminalidade com a finalidade de obter demandas e, claro, lucro, mas em todo caso, difundindo o medo pelos meios mais diversos possíveis, e neste caso, englobando o sistema informático. O medo leva à uma incriminação imprecisa em nome de um utilitarismo cego. Os dramas das sociedades de risco se acentuam com suas próprias crises, como o desemprego e a crise econômica. Nils Christie deixa isso claro ao afirmar que

*As sociedades de tipo ocidental enfrentam dois problemas principais: a distribuição desigual da riqueza e do trabalho assalariado. Os dois problemas são fontes potenciais de intranquilidade. A indústria do controle do crime destina-se a enfrentá-los. Esta indústria fornece lucro e trabalho e, ao mesmo tempo, produz o controle sobre os que de outra forma poderiam*

perturbar o processo social (1998, p.01).

A demanda criada pela ausência de segurança, ou pela sensação de insegurança, é uma demanda de lucro e atividade laboral, o que gera um sistema cíclico de demanda e criação de demanda.

Nunca se investiu tanto em segurança quanto está se investindo agora. Esse crescente investimento abriu flanco para o surgimento de dois fatores:

- a) O surgimento de milícias urbanas e rurais com a finalidade de oferecer a segurança às comunidades onde o aparato estatal não é capaz de alcançar. Essas milícias agem na ilegalidade, mas ofertam as comunidades um serviço que a administração pública não ofereceu, se tornando-se uma demanda lucrativa e um labor real para os envolvidos.
- b) O aumento da demanda de serviços legalizados de segurança, gerando uma forma de privatização da segurança. Os condomínios fechados, as câmeras de vigilância, a criação de espaços privados seguros, tornam-se um crescente nas cidades ocidentais, criando uma demanda de serviços e produtos.

Assim, a segurança Pública ineficaz alimenta o sistema econômico e cria uma demanda para si mesma, demanda esta, que não pode ser abarcada pelo aparato da administração pública, e recai na indústria privada da segurança, quer seja lícita ou ilícita.

A indústria do medo<sup>98</sup> gerada pela sensação de ausência de segurança resulta em um efeito perigoso nas sociedades democráticas. Gera o radicalismo penal e um desempenho da atividade de repressão ao crime mais violenta e violadora de direitos fundamentais, se distanciando das garantias e dos direitos humanos.

---

<sup>98</sup> Interessante o pensamento de Zaffaroni sobre o medo e sua presença na teoria da criminologia. Zaffaroni mostra que “ [...] *Jen el miedo está la clave de la permanencia de todos los discursos criminológicos creados a lo largo de la historia, porque: a) el miedo al dolor y a la muerte violenta siempre acompaña a lo humano; b) y este miedo transita a lo largo de toda la historia, polarizándose según se considere más cercana o probable su producción por la barbarie, que se imagina producto del desorden total o del orden del Estado absolute*”(2005, p. 05).

Esse contexto de mudanças na política pública é percebido na atuação do Estado e de seus membros e reflete na produção de normas de controle e na forma de aplicação dessas normas.

O Legislativo, impulsionado pelo clamor social, inicia a mudança de conjectura do sistema penal, com leis penais inválidas (já que não podem coexistir com o sistema penal de garantias) e o Judiciário aplica essas leis contrariando o sistema, gerando uma gama de decisões ilógicas mais populares. A mídia e o sistema televisivo se transforma em um espetáculo muito semelhante ao suplício, e o sistema penal se confunde com um sistema policial, que é apoiado pela população e pelas instituições estatais.

Não se pode negar o papel da mídia nesse processo. As informações geradas pelos meios de comunicação são a maior forma de informação que a população pode ter. Essa infração depende de uma demanda, onde se escolhe a violência como meta. A violência, apresentada de forma ininterrupta pela mídia, leva ao medo. Neste ponto, Zaffaroni afirma que

[...] são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de 'lei e ordem' quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da 'invenção da realidade' (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), 'profecias que se auto-realizam' (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de 'slogans' tais como 'a impunidade é absoluta', 'os menores podem fazer qualquer coisa', 'os presos entram por uma porta e saem pela outra', etc; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades etc.). 'produção de indignação moral' (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de 'justiceiros', apresentação de grupos de extermínio como 'justiceiros', etc.)( 1991. p. 129).

Nos E.U.A surgiu o movimento lei e ordem, na cidade de Nova York, com base na teoria das janelas quebradas e na prática da tolerância zero. Esse movimento é percebido em várias partes do mundo, e tem como característica o aumento da repressão do aparato legal e da atuação das instituições (MAZZILLI NETO, 2007, P.19).

Outro exemplo muito difundido é o sistema alemão apresentado por Jakobs, o direito penal do inimigo. Neste sistema, tem-se que o direito penal deve eleger seus inimigos e tratá-los de forma diferente, mais rigorosa, e por ser funcionalista, Jakobs defende que essa perspectiva de pensamento serve para preservar o sistema penal. Criam-se normas penais mais severas e

mitiga-se o direito fundamental do inimigo, visando a manutenção do sistema (e da segurança pública da população, claro).

O interessante é que esse sistema se assemelha muito com o que foi defendido na escola de Kiel, na Alemanha. Todos esses movimentos surgem com a intenção de manutenção da ordem, ou da segurança das pessoas.

Esse movimento punitivista é muito comum nesse contexto pós-moderno. É um retorno à ideia inconsciente de que o passado era mais seguro. Busca-se um Direito Penal de outrora, que apesar de não conhecido, deixou saudade. Fora esquecido que o nascedouro do sistema punitivo, o foco era a vingança. A vingança privada era a lógica, onde a vítima se vingava e seu limite era a satisfação pessoal. Com o surgimento das cidades, surge a vingança divina, que tinha como base o tabu, uma justificativa sócia para a punição. O ato criminoso seria um atentado aos deuses e como tal, deve ser punido para evitar a ira divina.

Com o processo de formação dos Estados modernos, surge a vingança estatal, usado com a finalidade de impor o medo, com a adoção do suplício como forma de punição.

No medievo, os sistemas inquisitoriais aplicaram penas severas e ajudaram ainda mais a disseminar o medo como ferramenta de controle. Não por acaso o iluminismo se mostra um momento importante para o Direito Penal. O contrato social passa a ser a lógica das reações com o Estado, uma legítima limitação desse terror penal. Esse movimento gerou a escola clássica das ciências criminais, com Becarria, Pagano, Filangieri, com uma forma racional de punição, e na limitação das decisões jurídicas ao texto legal (o que seria o grande método do positivismo, o silogismo jurídico). No século XIX, novos paradigmas são assentados no sistema de codificação se tornando direito positivo real e atuante (MANTOVANI, 2000, p.05).

Esse sistema gerou o impulso dogmático na Itália e na Alemanha. As ciências criminais se desenvolveram por meio da observação da aplicação das leis e princípios derivados do sistema legalista da escola clássica.

Todavia, a escola clássica é acusada de ser alheia a realidade social, voltando-se apenas para a lei (BRUNO, 1977, p.12-13). Por isso as ciências criminais se voltaram tanto para a criminologia. A criminologia, por ser uma ciência hermenêutica, utiliza-se de vários métodos para entender o fenômeno

do crime. Seu método é o dedutivo. Por isso a política criminal é tão importante nesse processo. Ela deve ser observada, pois fornece dados para a compreensão da realidade. A questão é a busca por uma segurança pública a qualquer preço.

Na Itália do fim do Século XIX, Lombroso inicia um movimento de análise empírica da criminalidade que modificou toda a lógica do Direito Penal. A Escola Positiva Italiana tem como maior fundamento a defesa social. A defesa social é a tese de que a sociedade deve se defender do criminoso (BRUNO, 1977, p. 12), o que é legítimo. Mas dessa lógica, surge a tese de perigosidade, em que o perigo residia no próprio criminoso (conceito que já era visto na obra de Feuerbach). Garofalo inicia esse movimento com sua tese de temibilidade, que preceitua que a perversidade do delinquente e a quantidade de mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente, e a pena deve ser determinada por essa temibilidade (BRUNO, 1977, p.13).

O grande problema é considerar ou quem deve ser considerado perigoso. Essa escolha é uma escolha política, e muitas vezes irracional e anacrônica. Neste ponto, o medo e a ansiedade pela segurança pública eficaz, leva ao surgimento de um sistema penal mais acelerado (ou de terceira velocidade como afirma Muñoz Conde). Esse Direito Penal Moderno é fruto da busca por uma efetividade do combate à essa nova criminalidade crescente.

Já no início do século vinte, no Congresso da União Internacional do Direito Criminal, em Copenhague, em 1913, foram escolhidos como perigosos os reincidentes, os alcoólicos, os deficientes de qualquer espécie, os mendigos e os vagabundos (BRUNO, 1977, p. 17).

Essa influência pode ser vista na lei de Contravenções Penais brasileira que incriminava a conduta de vadiagem e de mendicância.

Esse é o grande ponto da teoria da perigosidade: quem será perigoso? O mestre Pernambucano apresenta alguns critérios de aferição, como as condições físicas e mentais do agente, o fato criminoso, os motivos e as circunstâncias, a vida antecedente do agente, seu comportamento durante o fato e posterior ao fato, e as condições do meio familiar e social que se formou e que vive (BRUNO, 1977, p. 31). Ademais, a aplicação desse

sistema no sistema penal deve se iniciar após a implementação de algumas medidas, como a transformações das penitenciárias, formação técnica dos juízes e profissionais, criação de comissões técnica-criminológicas, criação de clínicas criminológicas nos estabelecimentos prisionais e a criação do departamento de assistência social (BRUNO, 1977, p.39). Não é difícil perceber que essa teoria influenciou o sistema brasileiro que incluiu o exame criminológico e na sua lei de Execuções Penais adota várias das preceituações de Aníbal Bruno.

Entretanto, a criminalidade moderna e a forma de popularização da criminalidade, gera uma sociedade com medo, e isso é muito preocupante. A caracterização de perigoso passa a ser uma escolha política, e o sistema penal passa a ser um sistema de punição de autores e não de fatos.

Os mais afetados sempre são os mais pobres. Nessa massa está o grande percentual da criminalidade e das estatísticas da política Criminal. São sempre os casos que aparecem nos programas televisivos. Nesse contexto, importante a afirmação de Wacquant sobre como a desigualdade social pode interferir no sistema penal, já que

[...] o recorte de hierarquia de classes e da estratificação etnorracional e a discriminação baseada na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária. Sabe-se, por exemplo, que em São Paulo, como nas outras grandes cidades, os indiciados de cor 'se beneficiam' de uma vigilância particular por parte da polícia, têm mais dificuldade de acessar a ajuda jurídica e, por um crime igual, são punidos com penas mais pesadas que seus comparsas brancos. E, uma vez atrás das grades, são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem as violências mais graves. Penalizar a miséria significa aqui 'tornar invisível' o problema negro e assentar a dominação racial dando-lhe um aval de Estado (WACQUANT, 2001. p. 9-10).

Quando as instituições do sistema penal são contaminadas pelo afã de uma segurança pública a qualquer custo, as aplicações de garantias são postas de lado. Some-se isso ao fato de que se busca aplicar no sistema brasileiro institutos sem a adequação ao sistema normativo, como a colaboração premiada efetuada com agentes presos por prisão preventiva. O instituto da delação premiada é embasado na voluntariedade do acusado, que de forma espontânea, procura o Estado para ajudar a elucidar fatos e combater o crime organizado, mesmo, usando-se o instituto da prisão

preventiva como meio de coação para garantir a adesão da colaboração, o que deixa de ser uma colaboração voluntária.

Esses excessos estão presentes nessas sociedades em que o medo corrompe a racionalidade e viola-se o princípio da *Ultima Ratio* e do Humanismo Penal, na intenção de uma segurança pública, gerando como resultado mais violência e desigualdade.

O Direito Penal informático é fruto desse paradigma e como tal, perde sua lógica corrompendo sua finalidade de sistema de proteção do cidadão contra a incriminação de condutas irracionais, bem como na proteção contra o arbítrio do Estado.

Os bens jurídicos se tornam imprecisos, os tipos penais demasiadamente abertos e o uso de mecanismos que ferem a taxatividade (abuso do uso das normas penais em branco e dos elementos normativos do tipo), e assim o direito penal é desvirtuado. Como grande prova disso é a tentativa brasileira de incriminar os chamados crimes cibernéticos próprios. A internet é mais complexa do que o sistema jurídico pode perceber. Esse novo ditame de relações informáticas é desconhecido pelo sistema penal.

O direito sofre com a demanda social. Com o avanço das sociedades, as demandas do direito aumentam e causam mudanças na criação dos tipos penais. Na tentativa de adequar novas teorias para justificar a necessidade de incriminação, novas teorias são trazidas, muitas vezes contrariando o que já existe.

A consequência inevitável é a crise da dogmática penal, que cada vez mais cede espaço para a política criminal e um direito penal emergencial. Zaffaroni descreve essa crise como

*Nos referimos a una situación crítica en un sentido aproximadamente análogo al de geiseige Sitwtion, esto es, al de una situación "espiritual", adjetivo que no quiere conotar aquí nada abstracto, sino el complejo abarcativo de los aspectos intelectuales y afectivos (o emocionales) de una situación cuyo signo más característico es la pérdida de seguridad de respuesta con que reaccionaba el penalismo de la región hace algunas décadas. Obviamente ese signo es justamente la manifestación externa que nos permite reconocer la situación crítica y en modo alguno puede pretenderse tomarlo como causa de la misma -como alguns opinan- negándole justamente su naturaleza de signo o sintoma (ZAFFARONI, 1998, p.16).*

Essa crise, nas palavras de Zaffaroni tem reflexo no discurso jurídico-penal, que se torna incoerente e falho. Para Zaffaroni

*El discurso jurídico-penal se revela como falso en forma innegable, pero atribuir su permanencia a mala fe o a formación autoritaria sería un simplismo que agregaría una falsedad a otra. Estas explicaciones personalizadas y coyunturales olvidan que quienes se colocan en posiciones "progresistas" y se percatan de la gravedad del fenómeno, también reproducen el discurso jurídico-penal falso, porque no disponen de otra alternativa que la de ese discurso en su versión de "derecho penal de garantías" (o "liberal" si se prefiere) para ensayar la defensa de quienes caen en los empujones del sistema penal como procesados, criminalizados o victimizados (ZAFFARONI, 1998, p.16.).*

Na mesma sintonia, Santiago Mir Puig afirma que na fase atual da dogmática, não é difícil perceber que o sistema penal atual se aproxima mais da política criminal do que do sistema dogmático, acelerando o direito penal, deixando de lado a intervenção mínima. Afirma Mir Puig que

*Ante un Congreso destinado al tema «Derecho Penal y Política Criminal», es lógico que se suscite la cuestión, de tanta actualidad, de las relaciones y cometidos de la Dogmática frente a la Política Criminal. En estos momentos, la primera impresión que produce la actividad de los penalistas de los distintos países (tanto por lo que se refiere a sus trabajos como a sus reuniones nacionales e internacionales), es la de que hoy atrae más la Política Criminal que la Dogmática (MIR PUIG, 1994, p. 11).*

Desse modo, devido às novas demandas e ao aumento da criminalidade, o direito penal muda e se aproxima de um discurso contraditório, que tenta justificar uma eficácia mesmo que contrária aos princípios democráticos e à lógica do sistema dogmático.

O legislador passa então a legislar sem levar em consideração o bem jurídico ou o sistema de garantias constitucionais do cidadão, mas a demanda da criminalidade e o discurso midiático, criando normas incriminadoras que contrariam os princípios básicos, como o da legalidade. O uso e abuso de mecanismos linguísticos ou legais (como elementos normativos do tipo e normas penais em branco) contrariam o princípio da taxatividade. Um bom exemplo disso seria as normas penais em branco e os tipos aberto, amplamente usados na construção dos tipos penais na segunda

metade do século XX e no início do século XXI. Busto Ramírez define a norma penal em branco como

*Se trata de aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo una ley ordinaria (estatal o autonómica), un reglamento o una ordenanza. El problema es el de su constitucionalidad o inconstitucionalidad (1997, p.90.).*

Os tipos penais abertos são amplamente usados nas legislações atuais. Obtendo críticas ferrenhas, pois esses novos tipos penais se propõem a se adequar as demandas da sociedade, mas deixam a proibição e o bem jurídico difíceis de serem percebidos. Na definição de Busto Ramírez

*Se trata de tipos en los que la determinación de lo prohibido sólo es parcial en el tipo y la complementación la hace el juez (Welzel, 1976, 119). En estos casos no hay una complementación mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino a través de la jurisprudência (1997, p.90).*

E assim se constrói discursos contraditórios dentro da dogmática penal, como denuncia Zaffaroni

*El discurso jurídico-penal falso no es un producto de mala fe ni de simple conveniencia como tampoco es resultado de la elaboración calculada de ningún genio maligno, sino que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro, frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas. Esta contradicción da lugar a la difícil situación "espiritual" del penalismo latino-americano 6, que guarda estrecha vinculación con la trágica vivencia del "San Manuel" de Unamuno, porque la denuncia de su discurso jurídico como falso corre el riesgo de privarle del único instrumento -precario, pero instrumento al fin- de que dispone para defender los Derechos Humanos de algunas personas ( 1998, p.18).*

A crise acima descrita transcende ao princípio da legalidade e de suas consequências jurídicas. A teoria do bem jurídico também é abalada. A dogmática clássica dos séculos XIX e XX são incapazes de responder às demandas sociais. Novos discursos são forjados e o bem jurídico passa a ter uma legitimação contraditória. Seu conceito anterior voltado À precisão, dá

lugar a um conceito de bem jurídico indeterminado. Hassemer e Muñoz Conde demonstram isso ao afirmar que

*Esta alternativa entre un concepto de bien jurídico preciso y crítico, pero ajeno a las necesidades de la práctica, y un concepto de bien jurídico práctico y más cerca de la realidad, pero vago e inconsistente, se agudiza aún más en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos actualmente. La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos: la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se puede limitar todavía su misión a la protección del "derecho de otro", o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico (1989, p. 107).*

O grande problema gerado pela demanda do Direito Penal Moderno seria a contradição do discurso de proteção do direito penal clássico (como o princípio da intervenção mínima) e a ausência de critérios ou proporcionalidade. Esse embate, que não deveria ser contraditório, mas complementar, gera um antagonismo que retira a eficácia das duas abordagens, como demonstra Mir Puig

*Estado intervencionista puede caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por otra parte, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, difundidos entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal (1994, p. 152).*

O paradigma intervencionista é inflamado pela necessidade de diminuição da criminalidade real. A teoria do bem jurídico, um dos pilares da dogmática penal clássica, também sofre os efeitos dessa produção legal desenfreada.

Busto Ramírez adverte que a indeterminação e o uso de cláusulas legais, como o uso do elemento normativo do tipo e das normas penais em branco não permitem que o magistrado supra sua lacuna com seu arbítrio. Assim, a analogia e demais artifícios para tornar a lei penal generalista

causam indeterminação. É o caso da analogia e a indeterminação da lei penal, já que

*Con ella se rechaza la analogía, esto es, los supuestos en que se somete a una ley penal un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella. Pero no sólo eso, sino también las llamadas «cláusulas generales » y las «leyes penales en blanco» inconstitucionales. La prohibición de la analogía significa su rechazo como fuente creadora de delitos. Es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el juez no puede crear delitos. En caso contrario se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al poder judicial (1997, p.820)*

A consequência do uso da analogia para suprir a indeterminação é evidente: a contrariedade ao preceito constitucional, e nesse contexto, afirma Busto Ramírez

*El problema se presentará cuando la remisión se haga a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución. Tal es el caso de las llamadas leyes penales en blanco y de los tipos abiertos. En estos supuestos pueden presentarse problemas de constitucionalidad ( 1997, p.820).*

A lei determinada possibilita o conhecimento da proibição e a adequação da conduta. Sua violação é uma contrariedade expressa aos preceitos constitucionais e garantias do indivíduo.

A determinação da lei penal permite também o conhecimento do bem jurídico protegido. Com o desenvolvimento do princípio da legalidade, a ciência do direito penal percebeu que o direito penal teria como objetivos a proteção de bens jurídicos e a garantia do cidadão. Consequentemente, o conceito e o estudo do bem jurídico dependia do princípio da legalidade e da determinação das leis penais.

Mas essa modernidade no sistema penal tem como maior repercussão os crimes cumulativos ou *Kumulationsdelikte*. Essa nova modalidade de delitos se funda na incriminação e sanção de uma conduta individual, ainda que ela não se revele *per se* lesiva ao bem jurídico, desde que o conjunto de comportamentos venha a desembocar na lesão ao correspondente bem jurídico.

Com isso, o sistema de segurança se funda em uma política criminal que fragmenta a racionalidade das leis penais, violando princípios em nome de uma eficácia momentânea. O sistema informático é uma prova disso. O

medo e a incerteza geraram uma pressão social para que os Estados regulassem e até incriminassem condutas.

O ponto em questão é a ausência de conhecimento do sistema informático e de suas relações. A vida no sistema de redes é diferente da vida no mundo real. A rede, outrora virtual, se tornou mais real que a vida real para muitos. É preciso entender esse novo mundo e como as pessoas se relacionam com ele.

### 5.3 A impossibilidade de o sistema penal conhecer as condutas próprias do sistema informático

Nos anos 70, o professor Alvin Toffler apresentou a sua tese de uma sociedade de informação<sup>99</sup> emergente (PINHEIRO, 2010, P.47). A mudança nas sociedades e na economia advém do avanço tecnológico (TOFFLER, 1998, p.35). Desse modo, nada influenciou mais a era de informação do que o computador. Possibilitando cálculos rápidos, armazenamento de informações, e uma interface de comunicação, o sistema computacional mudou drasticamente as sociedades. Além de modificar a economia, acelerou o quadro de mudança da pós-modernidade gerando mudanças cada vez mais rápidas na vida cotidiana (TOFFLER, 1998, p.39). A vida se acelera<sup>100</sup>, e o tempo passa a ser relativo, uma moeda valorizada nas sociedades pós-modernas.

Essas mudanças alteram a percepção do tempo, e o ritmo da vida moderna se acelera cada vez mais. A temporariedade dá passagem para a

---

<sup>99</sup> O termo sociedade de informação é originário da expansão dos veículos de informação surgido na primeira metade do século XX, chamados de meios de comunicação em massa (PINHEIRO, 2010, p. 48).

<sup>100</sup> Wiener mostra essa velocidade dizendo que “O que muitos de nós não logram compreender é que os últimos quatrocentos anos constituem um período muitíssimo especial na história do mundo. A velocidade com que, durante êsses anos, as mudanças têm ocorrido não encontra paralelo na História mais antiga, como também não o encontra a própria natureza de tais mudanças. Isso é, em parte, o resultado de maior comunicação, e, também, de crescente domínio da Natureza, o qual, num planeta limitado como a Terra, pode revelar-se, no fim de contas, como uma crescente escravidão à Natureza”(1993, p.46).

transitoriedade<sup>101</sup>. Essa transitoriedade pode ser percebida entre o homem e as coisas, e como ele se livra do velho e busca o novo e sua comodidade. E por isso que nas sociedades superindustrializadas, a tecnologia acentua a transitoriedade, que impulsiona a tecnologia, uma verdadeira economia da impermanência (TOFFLER, 1998, p. 57).

A tecnologia aprimora as coisas e torna as coisas em coisas do passado e coisas novas. A tecnologia se acelera e acelera a vida, transformando toda a economia em uma economia de impermanência. Os produtos se tornam obsoletos com uma rapidez impossível de ser acompanhada.

O medo da obsolescência de seus bens é acentuado pela tecnologia que inova e cria novas necessidades. A noção de realidade é minada pela incerteza trazida da aceleração da vida cotidiana e do gigantesco bombardeio de informações (TOFFLER, 1998, p. 280). A comunicação é a chave para compreender a cibernética, que em seu nascedouro

[...]inclui não apenas o estudo da linguagem, mas também o estudo das mensagens como meios de dirigir a maquinaria e a sociedade, o desenvolvimento de máquinas computadoras e outros autômatos que tais, certas reflexões acerca da psicologia e do sistema nervoso, e uma nova teoria conjectural do método científico (WIENER, 1993, p. 17).

Com essa perspectiva, todas as mudanças do mundo digital se apresentam ao Direito Penal Moderno.

O sistema de incriminação de condutas próprias da internet é fruto da tentativa de defesa de um risco que não se conhece e de ameaças que estariam em constantes mudanças. O problema da contradição do sistema dogmático não é o único enfrentado na construção do sistema de crimes informáticos o Brasil e no mundo. O problema ainda maior está na velocidade das mudanças técnicas e de relações que pode ser resultante do sistema informático. A internet é um novo contexto de relações pessoais e conduta humana. Esse é o maior problema.

---

<sup>101</sup> Toffler define a transitoriedade como as mudanças que pode ser definida como a aceleração das mudanças na vida cotidiana, e pode ser medida pela variação dos relacionamentos construídos e destruídos nessa sociedade acelerada (1998, p. 49).

O Direito, enquanto ciência, desconhece o universo do sistema informático, mas a realidade e os riscos trazidos por essas relações não podem ser ignorados, já que

A transmissão eletrônica de informação agora é instantânea e só precisa de uma tomada; o intercâmbio comunal que tentasse ignorar a mídia eletrônica teria de se basear, como sempre fez, na mídia ortodoxa, com reuniões e conversações cuja velocidade tem "limites naturais" e cujos custos são altos e – ao menos em termos comparativos - crescentes. O resultado é a *desvalorização do lugar*. O espaço físico, não cibernético, onde as comunicações não-virtuais ocorrem, é apenas um lugar para entrega, absorção e reciclagem da informação do ciberespaço, essencialmente extraterritorial. Cobrar o acesso ao ciberespaço pela tarifa de chamadas locais talvez tenha anunciado o fim da autonomia comunal; ao menos foi seu enterro simbólico. O telefone celular, que oferecia independência até mesmo das redes telefônicas e das tomadas, desferiu o golpe final na reivindicação da proximidade física sobre o "estar juntos" espiritual (BAUMAN, 2008a, p 52-53).

A internet possibilita a conexão das pessoas, mas contribuiu para a virtualização das relações privadas. Uma sociedade sem fronteiras, que mudou toda à lógica da noção de liberdade, poder, comunicação e democracia, sendo esta a grande característica das sociedades de informação (LACERDA, 2017, P. 08). Essas sociedades<sup>102</sup> vivem a cibercultura por meio da imersão coletiva por meio de um ciberespaço<sup>103</sup>.

A sociedade de informação gera uma necessidade de reflexão sobre a forma de perceber a cultura, a justiça e as regras (PAESANI, 2013, p.23). Essa sociedade de informação possui uma velocidade de mudança nunca visto anteriormente. Além da velocidade de informação e de interação avançar, avança a tecnologia possibilitando novas forma de conexão, interação e condutas. A internet tem como principal característica a

---

<sup>102</sup> Ainda nesse contexto, importante perceber que “Em primeiro lugar, num planeta atravessado por "auto-estradas da informação", nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do "lado de fora" *intellectual*. Não há *terra nulla*, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecidos, muito menos incognoscíveis. A miséria humana de lugares distantes e estilos de vida longínquos, assim como a corrupção de outros lugares distantes e estilos de vida longínquos, são apresentadas por imagens eletrônicas e trazidas para casa de modo tão nítido e pungente, vergonhoso ou humilhante como o sofrimento ou a prodigalidade ostensiva dos seres humanos próximos de casa, durante seus passeios diários pelas ruas das cidades” (BAUMAN, 2007b, p.11).

<sup>103</sup> Considera-se ciberespaço como “[...] um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias destes” (LACERDA, 2017p. 08).

universalização<sup>104</sup>. Tudo se torna universal, gerando um paradoxo entre o individual e o coletivo. Um mundo novo, em que pessoas encontram uma nova possibilidade de vivenciar experiências e concretizar sonhos. O ciberespaço se torna um lugar onde as pessoas frustradas com sua vida, podem buscar realização no mundo virtual.

Esse mundo cibernético se inicia com a criação de máquinas capazes de realizar operações que antes apenas os humanos poderiam. Herman Hollerith inventou em 1890 uma máquina que lia uma série de dados gravados em cartões perfurados e ajudou o censo dos E.U.A. permitindo que fosse processado em um terço do tempo, e mais tarde, essa empresa se chamaria *Internacional Business Machine* (IBM) (PINHEIRO, 2010, p. 55-56). O primeiro computador a ser vendido seria o UNIVAC1, em 1951, e assim, surge as novas tecnologias como as placas integradas e os microprocessadores (PINHEIRO, 2010, p. 56).

A internet nasce da tentativa de troca de informações, como bem registra Bruno Zampier Lacerda que enumera a DARPA (*Defence advanced research projects Agency*) como o idealizador do que seria essa rede de troca de informações, a ARPANet (*Advanced research projects agency network*) (LACERDA, 2017, p. 20).

Esse sistema de comunicação e troca de informações começou a ser usado nas universidades e em outras organizações, e na década de 80 do século passado, recebeu o nome de Internet. No início de 1991 foi criada a *World Wide Web* (WWW) com a intenção de compartilhamento de trabalhos científicos (2017, p. 22). Essa criação possibilitou que pessoas fora do mundo universitário pudessem acessar a rede, tornando a internet democrática. Dentro da internet, as possibilidades de comunicação, interação e de compartilhamento, trouxeram aos usuários dessa rede a sensação de liberdade. Ademais, a internet se tornou pública e acessível à maioria das pessoas.

---

<sup>104</sup> O conhecimento é uma forma de representação. Essa representação se propaga de forma rápida. Lévy defende que a forma de propagação das representações, hoje, se dá por meio de duas formas, sendo a primeira a mente humana, e a segunda as redes técnicas de armazenamento, de transformação e transições de representação, e a tecnologia intelectuais, como a escrita e a informação muda a forma de propagar essas representações, acelerando (1993, p. 141).

Essa internet adquiriu uma dimensão global, e sem proprietários, onde reina a interatividade e a flexibilidade. A interatividade aumentou à medida em que se possibilitou a inclusão de conteúdos pelos usuários.

A massificação dos meios tecnológicos criou uma reação econômica e cultural. Econômica ao tempo em que a tecnologia se tornou a meta dos países desenvolvidos como meio de lucro, tornando-se um meio de medição e registro de desenvolvimento de nações. A internet foi responsável pela reformulação da economia e estabelecimento do sistema capitalista (CASTELLS, 2016, p.71).

Inicialmente, pode-se perceber que a grande fonte de financiamento do sistema tecnológico se deu por meio do capital militar, principalmente nos Estados Unidos da América, nas décadas de 40 a 60 do século passado, mas depois da década de 70, a força do vale o silício e da iniciativa privada tomam conta dos avanços tecnológicos (CASTELLS, 2016, p.65). Essa busca pelo avanço tecnológico transcende a mera questão econômica sendo baseado na cultura da liberdade dos anos 60 do século passado (CASTELLS, 2016, p.65). A tecnologia da informação se torna parte da cultura. E isso é representado pela forma não institucionalizada que a internet se tornou. Não há como formalizar esse novo mundo, livre e acessível, onde trilhões de bytes de informação são trocados em uma velocidade alucinante, uma constante comunicação entre as máquinas e entre os homens.

Manuel Castells defende que os países já estão conectados em rede<sup>105</sup> e que as novas relações de poder, economia e cultura já estão traçadas pelo paradigma informacional, ao ponto que

---

<sup>105</sup> A sociedade de rede é global e afeta todos. As sociedades economicamente desenvolvidas sofrem os efeitos dessa sociedade bem como as sociedades menos economicamente desenvolvida. A questão é como as sociedades se preparam para essa globalização do acesso à sociedade de rede e o acesso às tecnologias. A sociedade de informação “[...] enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval que era culturalmente estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infra-estrutura intelectual (ver Southern, 1995). Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico” (CASTELLS, 2016, p.94-95).

[...] o Japão, tanto quanto a Espanha, a China, o Brasil e os EUA são e serão, ainda mais no futuro, sociedades informacionais, pois os principais processos de geração de conhecimentos, produtividade econômica, poder político/militar e a comunicação via mídia já estão profundamente transformados pelo paradigma informacional e conectados às redes globais de riqueza, poder e símbolos que funcionam sob essa lógica (2016, p. 236).

Na esfera individual, as redes sociais<sup>106</sup> mudaram a cultura e as relações humanas para sempre. O grande interesse gerado pela internet se deve em muito a esses mecanismos informáticos de comunicação e interação. Essas redes sociais modificaram o acesso à produtos, bens e uma forma nova de cultura globalizada. Inicia-se uma era de opiniões livres, reinando a liberdade de expressões.

Grupos de pessoas com interesses em comum, podem se reuni na velocidade de um click de mouse. Famílias se reúnem apesar da distância. Cresce o comércio eletrônico, e surge um espaço de liberdade não estatal, e gratuito.

A verdade é que a revolução tecnológica, que aumenta o avanço tecnológico em uma progressão aritmética, avançou bruscamente a tecnologia da informação e o que mais caracteriza essa revolução tecnológica é a é a difusão do conhecimento gerando um processo de retroalimentação, onde unindo uso e inovação em uma cadeia cíclica (CASTELLS, 2016, p. 87). Nesse contexto, as tecnologias trazem novas perspectivas sociais, e a sociedade muda pelo uso da tecnologia.

A tecnologia se adapta a essa nova necessidade social, e assim, inova, gerando nova tecnologia. A ideia de rede não é uma ideia nova. As sociedades sempre se desenvolveram em rede. E nessas redes sociais eram redes de informação. A inovação é a tecnologia<sup>107</sup>. Desde a segunda grande

---

<sup>106</sup> As redes sociais podem ser definidas como “[...]sítios da internet que permitem ao usuário criar e exibir um perfil, relatando suas experiências pessoais, publicando suas opiniões, postando vídeos e fotografias, enfim, conversar e interagir com familiares, amigos, colegas de trabalho, da comunidade ou mesmo com desconhecidos. Permite-se com isso a criação de um perfil público (ou semi-público), a partir do qual haverá compartilhamento e publicação de conteúdos variados” (ZAMPIER, 2017, p.31-32).

<sup>107</sup> Essa nova forma de perceber as sociedades é bem definida na obra de Lévy que define o ciberespaço, em sua obra cibercultura e informa que “O ciberespaço (que também chamarei de “rede”) é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os

guerra, o vale do silício na Califórnia americana apresentou um avanço gigantesco na microeletrônica. A microeletrônica permite a instalação de processadores em vários materiais além, de computadores. Os chips são avaliados por três capacidades:

- a) Sua capacidade de integração;
- b) Sua capacidade de memória; e
- c) Sua velocidade de processamento.

Essa escala de avanço possibilitou as mudanças na sociedade atual. Essa escala, como já mencionado, progride graças à internet. Em seu nascedouro, uma vez ligada ao sistema militar americano, em 1990 tem sua liberação quando o governo americano parra administração para a *National Science Foundation* e essa mudança tornou a internet uma zona livre e de interesse comercial, e a partir de então, várias empresas investem na criação de servidores e provedores de internet (CASTELLS, 2003, p. 15). Vários estudantes de várias universidades investiram em formas de comunicação entre computadores e entres as diversas redes existentes. Desenvolveram vários sistemas operacionais de forma livre e liberada, como o Linux, por exemplo, em que todos os usuários que o usavam, poderiam propor melhorias e modificações pelo uso. Surge a WWW, que uniu todo o mundo em uma rede única, de interface fácil e de uso quase intuitivo. Essas são as características da internet, desde seu início, a cooperação, a comunicação é a liberdade. Concordando com essa premissa, Castells afirma que

[...] em meados da década de 1990, a internet estava privatizada e dotada de uma arquitetura técnica aberta, que permitia a interconexão de todas as redes de computadores em qualquer lugar do mundo; a www podia então funcionar com software adequado, e vários navegadores de uso fácil estavam à disposição do público. Embora a internet tivesse começado na mente dos cientistas da computação no início da década de 1960, uma rede de comunicações por computador tivesse sido formada em 1969, e comunidades dispersas de computação reunindo cientistas e hackers tivessem brotado desde o final da década de 1970, para a maioria das pessoas, para os empresários e para a sociedade em geral, foi em 1995 que ela nasceu (2003, p.19).

---

seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço (1999, p.17)”.

Em 1990 é que a explosão da internet impulsiona a sociedade e a economia. O mercado de ações, de logo, se apropria desse sistema de comunicação livre e barato. As formas de comunicação social começam a migrar para essa rede, onde se pode conhecer pessoas de qualquer bairro, escola, cidade ou país. A internet se desenvolveu por meio do financiamento público (exercito americano), mas a sua propagação se dá com a sua liberação. A tecnologia avança na busca por computadores pessoais que se adaptassem às necessidades dos usuários. Esses computadores se tornaram mais portáteis e mais rápidos. Assim, a liberdade que a internet proporcionava garantiu que os desenvolvedores e usuários interagissem, e a tecnologia progredisse ao tempo que os usuários usavam e clamavam por melhorias, criando a obsolescência das máquinas. Mas não só os usuários e estudantes.

As empresas precisavam cada vez mais desse sistema de comunicação em rede e essa demanda fazia a roda da pesquisa em tecnologia girar. A internet criou-se e se desenvolveu na liberdade<sup>108</sup>. Protocolos gratuitos e abertos, discadores e provedores de internet gratuitos, e o avanço tecnológico, mudaram as sociedades, a economia, a educação e as relações privadas.

A internet ajudou a criar uma nova percepção de realidade. Uma cultura da internet. A diferenciação lógica se dá entre os produtores/usuários e os consumidores usuários. Os produtores/usuários são aqueles que trabalham diretamente com tecnologia; enquanto os consumidores/usuários são aqueles que recebem os benefícios do desenvolvimento criado pelos produtores usuários, e não necessariamente participam do processo de criação da internet (CASTELLS, 2003, p. 34). Esses consumidores usuários passam a criar e vivenciar uma nova cultura, em quatro níveis, na concepção de Castells:

---

<sup>108</sup> A internet, assim como todas as tecnologias, se desenvolve com seus usuários. Os usuários são os primeiros a produzir tecnologia, adaptando o que recebem e ampliando a demanda. Isso se tornou tão intenso, que hoje, todos os sistemas operacionais possuem uma plataforma de comunicação entre o produto e um central, que recebe informações dos produtos como computadores portáteis e *smartphones* para melhoria dos sistemas operacionais e de seus produtos (CASTELLS, 2003, p. 25-56).

- a) A cultura tecnomeritocrática, composta pelos técnicos e sua cooperação para avanço tecnológico;
- b) A cultura hacker é composta de indivíduos reunidos em rede que tentam, apesar de não formalmente reunidos, usufruir e criar tecnologia;
- c) A cultura da comunidade virtual, resultado dos ideais exaltados nas comunidades em rede, sendo um meio de interação social, composta pela maioria dos usuários;
- d) A cultura empresarial é a cultura econômica que trabalha com a difusão de meios eletrônicos e sua divulgação, em todos os estratos sociais.

A liberdade é a base dessas categorias, já que defendem a ideia de uma internet livre e com uma irrestrita liberdade de comunicação. A comunicação é o centro da dinâmica entre essas categorias.

As formas pela qual se transformam os ritos e as modalidades da própria comunicação, e a mutação dessas técnicas de comunicação é o que definem as organizações (LÉVY, 1993, p.23).

Elas vivem em relação de independência, estimulando umas às outras. Uma prova disso, é que os códigos fonte das maiorias dos programas são dispostos na rede, permitindo qualquer pessoa alterar o código fonte. Melhorar e expor vulnerabilidades nos programas, e até mesmo invadi-los.

A elite tecnológica é oriunda da ciência, das universidades, e devem seguir as regras legais e acadêmicas. Os projetos são coordenados e a aprovação e aceitação do sucesso se deve aos pares.

A cultura dos Hackers é diferente. Essa cultura não segue as mesmas regras impostas aos tecnocratas. Eles são um produto da cultura da internet. Contudo, Manuel Castells adverte que não se pode confundi-los com os crackers.

Os hackers não são o que a mídia diz que são. Não são uns irresponsáveis viciados em computador empenhados em quebrar códigos, penetrar em sistemas ilegalmente, ou criar o caos no tráfego de computadores. Os que se comportam assim são chamados de "crakers", e em geral, são rejeitados pela cultura hacker, embora eu pessoalmente considere que, em termos analíticos, os crakers e outros cibertipos são subcultura de um universo hacker muito mais vasto e, via de regra, não destrutivos (2003, p.38).

A comunicação é o que define o mundo dos Hackers. Desse modo, a pertença ao mundo Hacker depende da aceitação dessa cultura. Hacker é quem a cultura Hacker disser que é. Criam-se palavras novas e essas novas formas de interagir, criam a rede de sentido dessa cultura<sup>109</sup> (LÉVY, 1993, p.25). O impressionante é que as informações não são vistas de forma linear, mas em forma de conexão.

Os usuários para terem acesso a um conteúdo, devem interligá-lo, pois, esse conteúdo pode estar contido em uma foto, um texto escrito, um fluxograma, etc...

Inicialmente, a cultura tecnológica é uma cultura tecnocrata, mas ela migra e gera novas culturas. Um novo mundo de interação e significados.

O início da febre do Silicone Valley, na Califórnia, os operadores de tecnologia, ligados às universidades, ou não, se divertiam construindo tecnologia, com sobras de outros computadores. Contrabandeavam peças, desviavam computadores das universidades e buscavam um compartilhamento de informações entre si, e assim surgem os computadores pessoais que se difundiram na década de oitenta do século XX (LEVY, 1993, p. 43-45).

A cultura dos hackers é parte fundamental para a cultura da comunidade virtual e da cultura empresarial. Esse segmento cultural, e suas subculturas desempenham o papel de avançar programas e demonstrar vulnerabilidades no sistema, avançando a tecnologia, ajudando a cultura comunitária e, claro, a cultura empresarial.

Essa cultura hacker se caracteriza, também, pelo seu autofechamento e fuga da realidade para a vida virtual, e principalmente, pelo sentimento de superioridade, e competitividade. Essa competitividade impulsiona o desenvolvimento tecnológico ao tempo em que se buscam novas possibilidades para satisfazer as necessidades dos usuários, inclusive os não

---

<sup>109</sup> Ainda nessa temática, Lévy mostra que a informática gerou um novo modo de agrupação social, de relações humanas. Assim, “ A informática não intervém apenas na ecologia cognitiva, mas também nos processos de subjetivação individuais e coletivos. Algumas pessoas ou grupos construíram uma parte de suas vidas ao redor dos sistemas de troca de mensagens (BBS), de certos programas de ajuda à criação musical ou gráfica, da programação ou da pirataria nas redes” (1993, p.57). Mesmo sem observar o avanço das redes sociais na década de 2000, Lévy mostrou como funciona a cultura informática.

Hackers. Impulsiona-se a cultura empresarial, que aumenta a produção, gerando uma expansão nesse mercado tecnológico. Esse mercado criado pela cultura empresarial das tecnologias de informação ou não, mudaram os paradigmas de todos os comércios (CASTELLS, 2016, p.138-144). Esse mercado, impulsiona a cultura da comunidade virtual, que passa a desvendar a tecnologia e suas novas possibilidades. Enquanto isso, os hackers continuam a buscar novas formas de uso para as tecnologias e produzindo mais tecnologia. Esse movimento é um movimento retroalimentável.

Os mercados se tornam globais, bem como os sistemas financeiros. São gerenciados o tempo todo por computadores com inteligência artificial, realizando operações bancárias e análises de mercado, sem a presença humana. O fluxo financeiro se volta cada vez mais para a internet. Surgem moedas próprias que funcionam dentro das redes, como as *BITCOINS*. Essas moedas virtuais são emitidas por empresas privadas, sem a fiscalização de um banco central, e na forma do sistema de *peer-to-peer* para registrar as suas transações e uma criptografia de código aberto, possibilitando que os usuários possam realizar transações entre si, sem necessidade de entidades bancárias, sendo assim, a primeira criptomoeda descentralizada do mundo (ZAMPIER, 2017, p. 64-65). Toda a sistemática das culturas empresariais do século XXI é baseada na liberdade que a internet proporciona. Essa liberdade é o que possibilitou a existência dessa nova forma de redirecionamento econômico global. E esse processo de globalização só se tornou possível pela política de liberdade que a internet e os meios de comunicação digital possibilitam. O chamado *e-commerce* já une empresas e consumidores do mundo todo (CASTELLS, 2016, p.201), e se apresentam como um problema para a tributação e administração de recursos transferidos entre países e usuários.

O espaço mudou, ao tempo que as pessoas passam a usar a internet para realizar suas ações do cotidiano. As pessoas passam mais tempo nas comunidades e redes, principalmente na internet (CASTELLS, 2016, p.479). Os espaços físicos perdem para os espaços virtuais, já que o usuário encontra propostas de trabalho ou estudo na rede, cada vez menos as pessoas frequentarão os espaços reais. Por meio da rede, pode-se conversar (estar) com pessoas em qualquer lugar do mundo, mostrando que a distância

física, não existe no sistema de redes, principalmente a internet. O espaço como se conhecia, morre a cada segundo.

O tempo sofreu ainda mais com as novas possibilidades trazidas pela vivência em rede, principalmente no caso da internet. O trabalho *on line* é aprova de como o tempo mudou.

O trabalhador moderno pode trabalhar no conforto de sua casa, não pegando trânsito nos megaengarrafamentos das cidades grandes. O tempo passa a ser medido de forma diferente, e não se sabe onde começa o trabalho e onde termina a *persona* individual.

Observando essa relação, não há como se concluir de outra forma: os hackers e crackers, e suas inúmeras variações são essenciais para o sistema tecnológico e as sociedades de rede, e sua forma de relacionar com as tecnologias e as redes informáticas e tecnologias da comunicação transcendem qualquer possibilidade de tentativa de traçar parâmetros prévios ou modelos de condutas previamente determinadas.

#### 5.4 A Cultura hacker e a conduta cibernética: a impossibilidade de tipificação de condutas de crimes próprios cibernéticos

A cultura hacker possui várias vertentes e subdivisões. Alguns enveredam pela área da divulgação de informações e de softwares livres. Quebram o código raiz e disponibiliza gratuitamente os programas de forma gratuita. De certo, contrariam a indústria econômica, que pressionam por leis mais duras contra esse tipo de conduta<sup>110</sup>. Outra vertente seria a política, onde se utilizaria o conhecimento tecnológico para invadir banco de dados público ou privado no afã de tornar informações públicas.

---

<sup>110</sup> No Brasil, o artigo 184 do Código Penal brasileiro é a incriminação mais usada, e tem como núcleo do tipo o verbo violar. Como bem jurídico, tem-se a propriedade imaterial. Não muito difícil se encontra programas distribuídos em sites e blogs brasileiros, e isso seria considerado a violação de direito de autoria e dos que lhe são conexos. Outros caminhos que podem ser traçados, é a incriminação ou proteção pela via cível ou administrativa, quer seja pela lei 9610/98 (lei de proteção ao direito do autor), ou pela lei 9608/98 (lei de proteção ao Software).

Dentro da cultura Hacker, surge uma subcultura baseada nos chamados “cyberpunks” da literatura da ficção científica, se rebelam contra qualquer autoridade que limite a internet, sendo chamados de crackers, que em sua maioria são indivíduos muito jovens e que tentam provar a todo custo sua perícia técnica. Muitos crackers constroem redes de cooperação e informações (CASTELLS, 1993, p.46).

Essas redes trocam informações e tecnologias. Essas redes são autônomas. Partindo do pressuposto de que a internet é um ambiente ligado a todas as redes de comunicação e de tecnologia, e que essas redes possuem crescimento exponenciais devido ao número maior de conexões entre sistemas tecnológicos e os seus usuários é ainda mais incentivado pela penalidade de estar ausente dessas redes (CASTELLS, 2016, p. 124), percebe-se o quão difícil é prever como serão as condutas dos usuários em um mês. As tecnologias mudam a forma de agir e interagir dos que fazem parte da cultura da comunidade virtual. Ninguém quer ser deixado de fora. A educação reconhece esses indivíduos à margem da rede como “analfabetos digitais”. Os smartphones se desenvolvem em uma velocidade gigantesca, incorporando os mais variados avanços tecnológicos. A internet conecta as pessoas e as coisas. Carros, casas, bancos, computadores, enfim, tudo é colocado em rede, principalmente o acesso ao conhecimento. No pensamento mais atual de Pierre Lévy, as sociedades passam cada vez mais por um processo de virtualização (1996, p.11). É dentro dessa virtualização da realidade, onde o tempo e o espaço muda rapidamente, que a cultura Hacker vive. Assim, pode perceber que

A comunidade Hacker, em geral, é global e virtual. Embora haja momentos de encontro físico, conferências e feiras, a maior parte da comunicação é eletrônica. E, geral, os Hackers só se conhecem pelo nome que usam na internet. Não porque ocultem sua identidade. O que ocorre é que a identidade deles como Hackers é o nome divulgado na net. Embora o grau mais elevado de reconhecimento costuma ser associado à identidade por nomes reais, via de regra a informalidade e a virtualidade são características essenciais da cultura hacker-características que a diferem nitidamente da cultura acadêmica e de outras manifestações da cultura meritocrática (CASTELLS, 2003, p.44).

A incriminação das condutas informáticas não consegue, nem conseguirá definir condutas típicas dos sistemas de informações, principalmente pela impossibilidade do legislador prevê as possibilidades de condutas.

## **6 REGULANDO O SISTEMA INFORMÁTICO DE FORMA EFICAZ: A ESPERANÇA RESIDE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO?**

Não é possível utilizar o sistema penal para incriminar as condutas próprias dos sistemas informáticos, ou os chamados crimes cibernéticos próprios.

Todavia, deve-se reconhecer que a proteção do sistema informático é, de forma contraditória, uma forma de protegê-lo. A característica primordial que a internet desenvolveu é a liberdade dos usuários. Essa liberdade só poderá ser exercida caso haja confiança no sistema. As quatro culturas expostas no capítulo anterior apresentada por Manuel Castells (2003, p. 34-55) sofreriam diretamente com a falta de confiança no sistema informático. Por estarem em rede, a ausência de uma dessas culturas influenciaria diretamente a outra. A cultura tecnocrata, que desenvolve a tecnologia, precisa das demais culturas para que o uso impulse o desenvolvimento tecnológico por meio da cultura hacker, e a cultura da comunidade informática não compraria mais os produtos, gerando uma perda para a cultura empresarial.

No fim, a internet chegaria a ser uma rede formal, com características oficiais, retirando de si a principal qualidade: a liberdade.

### **6.1 A teoria de Winfried Hassemer sobre o direito de intervenção e sua contribuição para a descriminalização dos crimes cibernéticos próprios.**

Como já exposto, sabe-se que o Direito Penal moderno é uma crise dos princípios que o fundamentaram. O sistema de incriminação das condutas modernas é um reflexo de um Direito Penal influenciado pelo desvio da própria lógica da política criminal. A segurança pública, como meta de uma atuação do Estado a ser alcançada a qualquer preço, cria uma política

criminal irracional e populista<sup>111</sup>, um sistema punitivista por populismo. O Direito penal moderno seria uma *Prima Ratio*, contradizendo toda a base do Direito Penal Clássico que é a *ultima Ratio*. Outro aspecto desse Direito Penal moderno é a afronta à legalidade, e os bens jurídicos escolhidos são imprecisos e longe dos bens jurídicos individuais (HASSEMER, 2008, p.39). Para Hassemer,

*Una adecuación del sistema jurídico al cambio social mediante la modificación de las reglas legales -tal como lo exigen los principios de la codificación y de la división de poderes- es cada vez más anacrónica. Por ello -y porque las decisiones del legislador en un mundo de inseguridad normativa son cada vez menos probables- el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor(2003, p.17).*

Outro ponto apresentado por Hassemer foi o surgimento de normas simbólicas, já que o legislador, sem qualquer técnica, apela para normas inconclusivas, de interpretação aberta, meramente populista, que não encontra aplicação no mundo concreto sem violação de garantias do cidadão (2008, p.217-218). Esse contexto apresentado por Hassemer, e já exposto no capítulo anterior, é o grande pano de fundo para a sua teoria<sup>112</sup>.

Inicialmente, como base material de sua teoria, o autor funcionalista defende que o Direito Penal Clássico deve abrir oportunidade de aceitação de expectativas de soluções de problemas sociais (daí a característica funcionalista de Hassemer, ainda que de forma moderada), para que o sistema penal possa abarcar condutas que ficam abaixo da lesividade

---

<sup>111</sup> Hassemer ainda demonstra que a política criminal enquanto ciência do Direito Penal, se tornou corrompida pela busca de uma eficiência cega, e "*La política criminal "moderna" en este sentido, está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos*" (2003, p.58).

<sup>112</sup> Winfried Hassemer elenca as seguintes peculiaridades para esse Direito Penal Moderno : a) Ausência de vítimas individuais: na verdade, tais vítimas só existem de forma mediata; b) As condutas são dentro da categoria das infrações civis; c) Atuação do sistema penal caracterizada pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho; d) Os danos causados têm, à primeira vista, pouca visibilidade; e e) A criminalidade moderna atinge bens jurídicos que *transcendem* interesses ou direitos individuais e em relação aos quais se adiciona a nota de serem extremamente vagos (1994, p. 44-45).

(princípio da ofensividade) (2008, p.260). Visando uma adequação correta e concreta, o autor defende que

a)Primeiramente, o Direito Penal se reduza a uma área nuclear, onde estariam as lesões aos bens jurídicos individuais;

b) Que os problemas trazidos do Direito Administrativo, do Direito Civil, das Contravenções seriam melhor gerenciados por eles mesmos, já que eles podem contar com garantias processuais menos exigentes do que o Direito Penal, sendo inclusive, impostas sanções menos gravosas aos autores de infrações e de lesões aos valores socialmente elencados.

A compreensão da teoria Hassemeriana está na pena e sua finalidade. A pena, quer seja em sua finalidade retributiva ou de prevenção, deve cumprir sua função. A pena é uma parte específica da sanção jurídica, e isso é abordado nas duas características do sistema intervencionista de Hassemer. Assim, existe um abismo entre as funções da pena e sua efetividade no plano concreto e

As antinomias entre a proporcionalidade da intervenção e o interesse ressocializador conduzem não só a discrepâncias em relação ao tempo, mas também a discrepâncias quanto à *intensidade da intervenção*. Mesmo quando o preso não é mantido por um período desproporcionalmente longo, ele pode ser sobrecarregado de modo intensamente desproporcional pelo interesse do tratamento profissional (HASSEMER, 2005, p.381-382).

O sistema de Direito Penal Moderno pode falhar sob o prisma da pena, ao tempo em que pode ferir a lógica da aplicação da sanção. O legislador atual se rende ao populismo punitivista, gerando penas desproporcionais, e levando o infrator a ser alvo de uma pena que não cumpre suas funções de retribuição (já que as penas cominadas fogem de uma lógica de proporcionalidade), ou da ressocialização (já que a pena não costuma preparar o apenado para o retorno à sociedade).

A ameaça da pena e a execução da pena não são fenômenos isolados e não conexos, segundo Hassemer (2005, p.413). Ambas são instrumentos das normas de controle social. Essas normas estão presentes no sistema penal, em outros sistemas do Direito e fora do Direito. A pena é o que caracteriza essas sanções no âmbito do Direito Penal, e essas penas não podem ser usadas de forma irracional.

A tentativa de voltar-se a um núcleo mais central, ou ao Direito Penal clássico descrito nos capítulos primeiro e segundo desta pesquisa, é na verdade uma forma de garantir que as penas voltem a ser proporcionais e eficazes. Com essa redução das leis penais, os outros ramos do direito abarcariam condutas menos significantes para os bens jurídicos, mas que possuem relevância social.

Com isso, as sanções aplicadas seriam penas longe do encarceramento em massa presente nas sociedades modernas.

O Brasil adotou em seu sistema a lei 9099/95, com a finalidade de criar um sistema não-intervencionista, aos moldes da tese Hassemeriana<sup>113</sup>. Essa aplicação de lei híbrida, já que comporta mudanças na lei processual penal (vista no artigo 394 do Código de processo penal e o rito sumaríssimo) e mudanças na forma de perceber as penas (como o ingresso no sistema brasileiro da transação penal e da suspensão condicional do processo), concedeu à vítima legitimidade para negociar o dano sofrido com a composição civil e a renúncia da representação (na ação penal condicionada à representação) ou da ação privada.

Então, surge o Direito de Intervenção, uma modalidade nova proposta por Hassemer. Sua teoria é divergente da proposta de Silva Sánchez (2002), já que seria uma terceira via, já que o novo sistema seria da seguinte forma:

- a) Um sistema penal com base na proteção dos bens individuais (e eventualmente em bens coletivos ou supra individuais), com penas privativas de liberdade (aplicadas de forma proporcionais), e leis penais claras e precisas (BOTTINI, 2006, p.105).;
- b) Um Direito de intervenção para situações de reprovação social dentro de uma área diferenciada dentro do próprio Direito Penal, figurando em novo campo jurídico mais apto para lidar com as situações da sociedade do risco.

---

<sup>113</sup> Hassemer, observando os EUA e a Suécia, demonstra que nessas localidades é possível perceber a renúncia da intervenção jurídico-penal no que se refere a pequena e a média criminalidade, sendo oferecidas oportunidades de reparação do dano e medidas de tratamento social e médico (2005, p.396-397).

- c) Condutas que seriam reguladas pelo Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Tributário, etc.

Desse modo, a proteção aos bens jurídicos supra individuais em face dos novos riscos tecnológicos seria afastada do âmbito penal, e neste caso, os crimes cibernéticos próprios.

O Direito de Intervenção seria uma nova modalidade de sistema e estaria alojado entre o sistema penal e o sistema de Direito Administrativo. Ele atuaria nas condutas que gerariam insegurança de modo prioritariamente preventivo, sendo mais flexível em princípios e normas de direito material e processual e suas sanções seriam menos intensas que as penais tradicionais, renunciando à imposição de penas privativas de liberdade (HASSEMER, 1994, p. 48-51).

Além da pena, para a existência desse novo ramo, indispensável a aplicação das normas de prevenção técnica. Hassemer critica a prevenção dos crimes atualmente, já que a solução é voltada à criação de tipos penais novos, e no enrijecimento das penas, e isso gera o fracasso pois não se alcança o objetivo e ainda se renuncia paulatinamente à princípios sem os quais não se vive dignamente em sociedade (HASSEMER, 2008, p. 308-309). Hassemer defende

[...] a ideia de que a teoria e a prática relacionadas à prevenção normativa devam ser substituídas por uma concepção de prevenção técnica ou organizacional, o que significa- até onde seja possível- enfrentar as ameaças de nosso tempo não com as lesões aos direitos fundamentais, mas com medidas efetivas de proteção e segurança, desenvolvendo instrumentos legais ou favorecendo a aplicação dos já existentes, os quais apenas simulam caráter preventivo mas realmente tenham efeito preventivo (2008, p.309).

A defesa do professor da universidade de Frankfurt está no aparelhamento do sistema de prevenção, antes de qualquer coisa. Essa forma técnica de aparelhamento do sistema permitiria uma resposta mais efetiva da prevenção de delitos, e ainda garantiria os direitos fundamentais dos acusados.

Mesmo admitindo que a teoria do Direito de Intervenção de Hassemer (*Interventionsrecht*) e sua existência seria deveras favorável para a manutenção e fortalecimento do Direito Penal (ou do chamado

*Kernstrafrecht*- Direito Penal Básico), a tese do professor de Frankfurt não poderia prosperar. Sua tese depende de três questões difíceis de modificação nas sociedades modernas:

- a) Que o legislador proporcione medidas legais ou normas que sustentem o Direito de Intervenção; sob pena desse novo ramo do Direito ser ainda pior que o sistema penal;
- b) Que o administrador público possa aplicar mecanismos e técnicas racionais de combate à criminalidade, levando a uma política criminal racional, mas que leva mais tempo para obter respostas e uma eficácia mínima;
- c) Que o aplicador do Direito, ao utilizar esse sistema novo de intervenção, ainda assim garanta direitos e garantias individuais.

Nas democracias periféricas, ou mesmo nos países tidos como emergentes, a violência e a criminalidade exacerbada compelem o Estado a produção de um sistema repressor ainda mais seletivo e que não cumpre a função à que se destina.

No caso dos crimes cibernéticos, sua criação é diretamente ligada ao medo do que a criminalidade informática pode provocar. Muitas vezes essa criminalidade amplamente divulgada nos meios de comunicação são os crimes informáticos impróprios. O meio informático como ferramenta de crimes já existentes, é a grande maioria dos ilícitos noticiados, e não por acaso. Mesmo assim, os Estados procuram cada vez mais incriminar condutas praticadas pela internet e até condutas próprias do sistema informático.

Não é diferente no sistema brasileiro. O medo impulsiona esse sistema, e levou à incriminação de condutas relativas ao sistema informático. O Direito de Intervenção proposto por Hassemer não teria aporte nem material nem formal no sistema penal moderno, e nem no Brasil.

Mesmo sendo essa tese sedutora inicialmente, a proposta a que se destina esse Direito de intervenção só resultaria na inflação de normas incriminadoras, e, às vezes, tirando do sistema penal condutas onde o acusado teria as garantias principiológicas presente no Direito Penal garantista. Ademais, o sistema brasileiro de Direito Administrativo é forte e

possui ferramentas para abarcar novas condutas, à exemplo das condutas informáticas tidas como reprováveis ou temerosas.

É preciso deixar claro que a tese de Hassemer não é o Direito Administrativo sancionador, mas um novo Ramo, o que gera a impossibilidade de sua aplicação no sistema legal brasileiro, por ser longe de uma possibilidade real e efetiva.

## 6.2 Descobrimo o Direito Administrativo como uma opção válida para as condutas tipificadas como crimes cibernéticos próprios

Parte-se do seguinte pressuposto: o Direito Administrativo brasileiro possui capacidade jurídico e técnica para abarcar a regulação da internet e de suas condutas.

O conceito de direito administrativo sancionador pode ser novo, mas sua lógica é a lógica do próprio Estado. O Estado deve garantir que os cidadãos se comportem dentro de um parâmetro de comportamento desejado, para evitar conflitos entre eles e entre eles e o Estado. De certo, o Direito Penal é o instrumento mais forte desse sistema de normas jurídicas, mas ele deve ser o último mecanismo a ser acionado (princípio da *ultima Ratio* ou da intervenção mínima). Só por esta razão, o uso do sistema penal para regular o sistema informático já era condenável.

O Direito Administrativo é uma modalidade do Direito com a meta de regular a administração pública, seus entes e sua relação com os cidadãos, ou nas palavras de Serra Rojas,

*El derecho administrativo vigente atiende en forma precisa a los complejos problemas lógicos del crecimiento desorbitado de la acción pública, mas no siempre la leyes suficiente ante el reclamo de .la política o a la exigencia de la economia (1977, p.10).*

Como se percebe, o sistema de Direito Administrativo se ocupa da regulamentação de atos do Estado, da economia e da sociedade. O Estado, além de garantir seus fins (previstos na lei), deve garantir a ordem social.

Para tanto, o Estado regula tanto a ordem pública quanto a ordem privada<sup>114</sup>. Essas atividades se apresentam das mais variadas formas, como a via administrativa, judiciário, legislativo, etc. (FRAGA, 2000, p.13).

Celso Bandeira de Mello define o direito administrativo baseado na b́asca pela efetivação dos interesses ṕublicos, e informa que

É o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses ṕublicos. O Direito Administrativo e um ramo do Direito Ṕublico. Ocupa-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa. Cumpre, portanto, identifica-la para clarear o objeto de estudo do Direito Administrativo (2013, p.27).

Não que o sistema administrativo não seja ligado à legalidade. Pelo contrário. Todo o sistema e ramos do Direito estão e devem estar, para evitar o já referido arb́itrio do Estado (primeiro capítulo). Por isso a legalidade é a base da sistemática do Direito Administrativo e

Essa tradicional e relevante subordinação ao princípio da legalidade representa uma expressiva barreira contra autoritarismos do Executivo e a necessária partição de funções em um Estado de Direito. É uma trincheira diuturnamente fustigada sob os mais variados argumentos, desde a insuficiência da técnica legislativa esboçada pelo Poder Legislativo, à complexidade e à velocidade da vida moderna, incompatível com a natural lentidão dos parlamentos (CAVALCANTI, 2009, P. 60).

O Estado soberano não era limitado pelo Direito. Pelo contrário, até a existência de um Estado de Direito, nem se poderia mencionar uma limitação. O estado centralizava seu poder nas mãos de um monarca (OLIVEIRA, 2009, p.7).

A lei 28 *pluviose* do ano de VIII de 1800 é tida como a primeira lei de caráter de sistema administrativo, organizou a administração pública e regras de litígio com a administração pública (OLIVEIRA, 2009, p.09).

A influência do sistema francês<sup>115</sup> é sentida na legislação brasileira e na gênese do Direito Administrativo brasileiro.

---

<sup>114</sup> Serra Rojas, com a intenção de mostrar o objeto da atuação estatal, enumera quatro ações, já que *“La acción del Estado puede tener por objeto: a) La reglamentación, la vigilancia y el control de la actividad privada; b) La ayuda a la iniciativa privada y a las empresas privadas de interés colectivo; e) La creación y la gestión de servicios ṕublicos, y d) La administración juzgando los conflictos, es decir, lo que se denomina el contencioso administrativo.es(1977, p.27).”*

<sup>115</sup> Francisco Queiroz Cavalcanti, estudando a história do sistema administrativo brasileiro, também conclui que a matriz francesa é presente na criação do direito administrativo

A separação dos poderes, e a proteção dos direitos fundamentais, se tornaram as ideias fundamentais que caracterizam a evolução das constituições na França e Alemanha, e posteriormente no Brasil, sendo representada no sistema constitucional (CAVALCANTI, 2012, p. 341-342).

Gabino Fraga apresenta um dado importante ao afirmar que o Direito Administrativo evolui com a lógica do serviço público, já que o Estado passa a desempenhar uma função mais ampla e *“Tratando de sustituir el criterio de soberanía y poder público, un sector importante pero limitado de la doctrina francesa vino a colocar la noción de "servicio público" como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo”* (2000, p.21).

Já Serra Rojas mostra que não se pode fazer confusão entre o ato administrativo e o ato de Estado. Essa separação é indispensável, e é parte dessa evolução e sedimentação do sistema administrativo. O autor afirma que

*Debemos insistir en diferenciar el acto administrativo del acto de gobierno. El gobierno tiene a su cargo la dirección u orientación de los órganos del Estado. Cuando el gobierno decide adherirse a un organismo internacional, suscribir los acuerdos internacionales sobre el Mercado Común de Latinoamérica, la Alianza para el Progreso y otros análogos, estos actos corresponden a la función gubernamental y no a la administrativa(1997, p.64).*

Percebe-se que aos poucos, o sistema administrativo se fortalece dentro do sistema normativo, vindo a servir a administração pública e limitando o arbítrio dos Estados<sup>116</sup>.

Quanto a sua abrangência, é preciso desde logo diferenciar administração pública do Direito Administrativo. Claro que o Direito Administrativo regula a administração pública, mas não se pode confundi-los. Mesmo que o sistema Administrativo seja visto preponderante mente pelo

---

brasileiro e informa que “O Direito Administrativo, como bem lecionava Caio Tácito tem como marco inicial de seu surgimento como disciplina jurídica autônoma o modelo jurídico que se desenvolveu na França do final do século XVIII” (2012, p. 340).

<sup>116</sup> Nesse ponto, salutar o entendimento de Gabino Braga sobre a divisão dos poderes e a limitação dos poderes. Afirma o autor que *“Cumpliendo con esas exigencias, las Constituciones modernas han establecido para el ejercicio de la soberanía el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, cada uno de ellos con su unidad interna adecuada a la función que ha de desempeñar, diversos entre sí, y sólo han discrepado de la teoría, por la tendencia a crear entre dichos Poderes las relaciones necesarias para que realicen una labor de colaboración y de control recíproco”* (2000, p. 28).

Poder Executivo<sup>117</sup>, o mesmo pode ser percebido nas outras esferas de poder, mas não se deve confundir a capacidade de administração com o sistema normativo e principológico que regula o Estado. Serras Rojas, visando essa diferenciação, afirma que

*En ninguna forma puede confundirse a la administración con el derecho administrativo, aunque mantienen estrechas y fundamentales relaciones. El campo de la administración es más extenso y muchos de sus problemas no son problemas jurídicos. Este tema se ha discutido insistiéndose en que no todo lo que hace la administración pública se canaliza en el derecho administrativo. Sin embargo, el empleo de un computador o de una máquina electrónica, es un conocimiento ajeno al Derecho, aunque podemos imaginarnos el caso de que una ley administrativa declarara obligatorio el empleo de dichas máquinas(2000, p. 86).*

O foco é que a legalidade permeia a sistemática do Direito Administrativo<sup>118</sup>, e cada vez mais os Estados modernos impõem novas regras legais de limitação da atuação do poder público. Como já afirmado, a herança francesa trouxe consigo o apego à divisão dos poderes e a legalidade, algo que corresponde com a gênese do sistema penal, gerando um sistema de garantias.

É nesse manto de legalidade que o Estado desempenha suas funções, e jamais fora dele<sup>119</sup>.

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo trouxe esperança para sua aplicação. Os textos constitucionais que surgiram no século XX, são textos de compromisso com princípios e regras na tentativa de conciliar matérias controvertidas, mas necessárias (OTERO, 2003, p.164). Segundo Paulo Otero, o conteúdo das constituições é centrado na distinção

<sup>117</sup> Carvalho Filho define as funções do poder executivo e como são atribuídas outras funções além da função administrativa, já que [...]o Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CF),<sup>7</sup> ou, ainda, quando edita medidas provisórias (art. 62, CF) ou leis delegadas (art. 68, CF). Quanto à função jurisdicional, o sistema constitucional pátrio vigente não deu margem a que pudesse ser exercida pelo Executivo” (2015, p.3).

<sup>118</sup> Edilson Pereira Nobre demonstra a recepção desse princípio no sistema jurídico brasileiro e preceitua que “Agasalha-o a nossa Lei Básica em vários dispositivos. Primeiramente, no art. 52, 11, ao dizer que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Noutro passo, eleva-o como ponto cardeal da Administração Pública no art. 37, *caput*. Está, igualmente, presente no art. 84, IV, *in fine*, ao condicionar o atributo regulamentar do Poder Executivo” (1997, p. 125).

<sup>119</sup> Paulo Otero defende que o Direito Administrativo e a legalidade, de matriz liberalista, é fruto de três fatores, sendo o primeiro a intervenção dos partidos políticos, o segundo a neocorporatização da decisão política, e por fim, a transformações da competência das estruturas tradicionais (2003, p.138).

entre regras e princípios, sendo as regras (ou normas –disposições) que seriam mandatos definitivos, e que conteriam normas que devem ser cumpridas ou violadas; e os princípios (ou normas-princípios) que estabeleceriam orientações gerais (2003, p.165).

Mesmo sendo um sistema aberto de regras e princípios, as constituições modernas influenciaram de forma direta o sistema de normas administrativas. De fato, a descentralização da criação das normas de Direito administrativo poderia gerar antinomias aparentes e por consequência, tendo em vista a proliferação indiscriminada de normas. Essa característica de descentralização é descrita por José dos Santos Carvalho Filho

É este último aspecto que apresenta relevância para o tema relativo à Administração Pública. Dotadas de autonomia e, pois, da capacidade de autoadministração, as entidades federativas terão, por via de consequência, as suas próprias Administrações, ou seja, sua própria organização e seus próprios serviços, inconfundíveis com o de outras entidades. Poder-se-á, assim, considerar a Administração Pública num sentido *geral*, considerando-se todos os aparelhos administrativos de todas as entidades federativas, e num sentido *específico*, abrangendo cada pessoa da federação tomada isoladamente (2015, p.07).

O sistema de constitucionalização, ajudou na criação de uma lógica principiológica que guia a aplicação das normas de Direito Administrativo. Nesse sentido, Rafael Carvalho Oliveira apresenta essa adequação<sup>120</sup> de forma clara ao afirmar que

O reconhecimento da normatividade da constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*), notadamente após a clássica obra do professor Konrad Hesse, e de sua superioridade hierárquica exigem a adequação de todo ordenamento jurídico ao texto constitucional (2009, p. 24).

Paulo Otero afirma, nesse rastro, que a legalidade administrativa fechada de outrora, dá lugar a uma legalidade aberta, preponderantemente principalista de acordo com certos setores de sua atividade (2003, p.167).

Esse processo realiza uma migração de princípios, fazendo com que o princípio da legalidade deixe de ser absoluto, dando espaço ao princípio da

---

<sup>120</sup> O autor continua e conclui afirmando “ Mais do que a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional (compatibilidade estática das normas com o texto constitucional), constata-se uma tendência da “constitucionalização do ordenamento jurídico”, processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais” (OLIVEIRA, 2009, p.25).

juridicidade<sup>121</sup>. O controle das normas e atos da administração pública é o que torna possível essa abertura textual das fontes do Direito Administrativo, não possibilitando o arbítrio do administrador público. Até bem pouco tempo, o administrador público, devido à descentralização das fontes de produção das normas administrativas, poderia criar um sistema arbitrário e violador de garantias constitucionais.

De fato, na gênese do Direito Administrativo, a ideia de judicialização não passava de uma tentativa da administração pública de se furtar do controle de seus atos (OTERO, 2003, p. 276). Entretanto, a atualidade o poder judiciário<sup>122</sup> não pode se furtar ao controle dos atos administrativos, e isso é a possibilidade da efetivação das garantias constitucionais e a marca da constitucionalização do Direito Administrativo.

O poder regulador é o que dota o sistema de administração pública com a capacidade de regulação das ações do Estado e dos particulares, e na definição de José dos Santos Carvalho Filho,

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para *complementar* a lei; não pode, pois, a Administração *alterá-la* a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá *abuso de poder regulamentar*, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação (2015,p. 45).

Essa poderosa ferramenta possibilita o Estado uma forma de regulação dinâmica, como a regulação dos mercados econômicos ou das regras do banco central. O poder normativo pode ser fruto do exercício da

---

<sup>121</sup> Salutar o que afirma Edilson Pereira Nobre ao datar esse princípio à *Magna Charta Libertatum*, mostrando que a conexão ente o sistema do Direito Administrativo e do direito penal possuem ligações e fatos históricos em comum. Afirma o autor que “O princípio da judicialidade, ou da reserva judicial, é corolário da exigência do devido processo legal para propiciar a perda da propriedade, outrora assentada no art. 39 da Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, outorgada por João Sem-Terra aos seus barões” (1997, p.134).

<sup>122</sup> Gabino Fraga demonstra a função indispensável exercida pela jurisdição administrativa, e afirma que “*La existencia de la función jurisdiccional obedece a un proceso histórico de diferenciación que ha llegado a separar objetivamente una esfera de actividades del Estado que pueden precisarse cuantitativamente como formando parte de la función administrativa, de otra esfera que se ha sustraído de las manos de la Administración para entregarse a los tribunales*” (2000, p. 49-50).

própria administração pública, ou da delegação legislativa<sup>123</sup>, enquanto a delegação permite a prática de ato normativo primário, o poder regulador encerra uma atividade administrativa de cunho secundário (OLIVEIRA, 2009, p. 49).

Tal poder é exercido de fora a permitir a regulação por regulamentos ou atos normativos inferiores. Isso torna dinâmica a produção normativa da administração pública. Permite a regulação de agentes econômicos privados, e de demais entes sociais. Ainda sobre a regulação e sua dinâmica, José dos Santos Carvalho Filho afirma que

Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da *deslegalização*, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos (2015, p.59).

Além da limitação formal e material, deve-se elencar que a legalidade na Administração pública segue a legalidade e seus parâmetros, na similaridade do sistema penal<sup>124</sup>. Essa legalidade, se desenvolve em meio a reserva absoluta. A reserva absoluta é outra faceta importante para a adesão das condutas cibernéticas ao Direito Administrativo. A reserva de lei é classificada da seguinte forma:

---

<sup>123</sup> A delegação é um ato de transferência do poder de legislar a outro ente, que é em regra, o poder Executivo. Essa Delegação se dá nos moldes do sistema norte americano, e se baseia em duas teorias, uma, a do *filling up details* onde somente seria possível a regulação de detalhes de leis já existente, uma forma de regulamentação; e a teoria do *delegation with standards* onde se admite a delegação dentro de limites, sendo esses limites os princípios inteligíveis (OLIVEIRA, 2009, p.49).

<sup>124</sup> Nelson Hungria, visando diferencia as normas de caráter administrativo e as normas de caráter penal, afirma que “As normas de direito administrativo apresentam-se ao cidadão, não como *normas jurídicas*, mas, propriamente, como *ordens de serviço*. O direito penal administrativo, ao contrário do direito penal comum, não protege a *ordem pública* como bem *jurídico (Rechtsgut)*, mas *como objeto de atenção* ou de *cuidado (Fürsorgeobjekt)* da administração. O ilícito administrativo não é uma ação *contrária ao direito (rechtswidrig)*, isto é, não representa lesão ou perigo de lesão a um interesse juridicamente tutelado; mas uma ação *contrária à administração (verwaltungswidrig)*, isto é, uma *falta de cooperação* com a atividade administrativa do Estado” (1945, p. 25).

- a) Reserva de Lei absoluta, que exige o tratamento total da matéria por lei, à exemplo do direito Penal e do Direito Tributário;
- b) Reserva de Lei relativa, quando age de forma a regular apenas os aspectos gerais da matéria regulada, permitindo atos regulatórios;
- c) Reserva de Lei formal, onde há o respeito às matérias que só podem ser reguladas por Lei;
- d) Reserva de Lei Material, que possibilita que a matéria seja regulada por ato normativo com força de Lei, como as medidas provisórias;
- e) Reserva de Lei Qualificada, onde o legislador menciona que além de existir a regra formal de exigência da regulação por lei, ainda há ainda finalidades que devem ser observadas pelo legislador; e
- f) Reserva de Lei não-qualificada, quando a lei permite a intervenção legislativa sem prévia delimitação de parâmetros objetivos (OLIVEIRA, 2009, p.44-45).

Ainda na sistemática da reserva legal, a regra de *positive bindung* preceitua que a administração pública, em caso de lacuna normativa, deve não agir, o que efetiva o controle dos atos administrativos de forma enfática.

Mesmo havendo uma liberdade na produção normativa, o Direito Administrativo é regido pelo sistema da legalidade<sup>125</sup> e controlado pelo sistema judiciário, o que possibilita a regulação de várias situações além da mera função administrativa. Deve sempre prevalecer o interesse público, como preceitua o ensinamento de Celso Bandeira de Mello

Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, *perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade*. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo - por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou

---

<sup>125</sup> José dos Santos Carvalho Filho afirma há um limite para o poder regulador. Esse poder jamais pode ferir a legalidade, e “Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.<sup>47</sup> Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF)” (2015, p,60).

sociológico, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo (2013, p. 68).

Os princípios, a exemplo o princípio do interesse público<sup>126</sup>, figuram como um sistema de racionalidade para a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo<sup>127</sup>.

De fato, a legalidade no sistema do Direito administrativo não é a mesma que paira sobre o Direito Penal. A rigidez do sistema penal, quer seja por meio de sua legislação, quer seja por meio de sua dogmática fundada em um sistema de garantias, não permite que os crimes cibernéticos sejam devidamente coibidos e sancionados a contento. Já o Direito administrativo, apesar de dotado do mesmo princípio da legalidade, este tem uma conotação mais maleável, no contexto da obra de Paulo Otero (2000). Ademais, a agilidade normativa permitiria acompanhar a dinâmica dos atos informáticos e das sociedades em rede, além de acompanhar o avanço tecnológico.

Em segundo plano, o sistema de Direito Administrativo pode integrar as diversas regras que regulam o sistema informático sem prejuízo à aplicação de sanções. Pelo contrário. Longe de uma política criminal corrompida, o sistema de Direito Administrativo poderia regular com mais eficiência as condutas classificadas como ilícitas sem a contaminação da necessidade de resultados. Hungria já expressava que

---

<sup>126</sup> Edilson Nobre Júnior afirma que o interesse público e sua preponderância ao interesse privado é fruto da evolução social e afirma que “A hegemonia do interesse público sobre o particular configura dogma da mais alta relevância nas províncias dos direitos constitucional e administrativo. A sua importância avultou com as reações contra o individualismo, engendradas a partir da segunda metade do século XIX, tendo como eventos marcantes a Comuna de Paris e o Manifesto Comunista, ambos de 1848” (1997, p. 123).

<sup>127</sup> Celso bandeira de Mello demonstrando como os princípios defendem a primazia do interesse público, afirma que “Uma vez que a atividade administrativa é subordinada a lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de cura-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) do controle jurisdicional dos atos administrativos (2013, p.77) .

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas. "sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapamúndi"(1945, p. 24).

A diferença reside na intensidade da reprovação<sup>128</sup>. Essa reprovação, deturpada pelo afã da retribuição (teoria absoluta da pena), mas que atualmente fora deturpado pelo populismo penal midiático, não mais segue a lógica do Direito Penal Clássico, com base na limitação racional da pena. A transição do ilícito penal para um ilícito administrativo seria benéfica aos atos agora conhecidos como crimes cibernéticos próprios, onde as sanções se apresentariam na esfera do Direito Administrativo<sup>129</sup>, seguindo longe da trilha da lógica do encarceramento em massa. Outro ponto salutar, é a ausência do entiquetamento da cultura Hacker, que não mais teria essa sanção indireta de reprovação social constante, beirando à um direito penal do autor.

Todavia, para que a premissa dessa pesquisa se torna válida, outro paradigma deve ser contemplado: a eficácia da prevenção do ilícito praticado pelos usuários do sistema informático. Essa prevenção passa pela expertise ou conhecimento técnico específico.

O conhecimento do campo tecnológico e de suas variáveis é indispensável para a prevenção do ilícito administrativo referente aos atos informáticos.

### 5.3 A necessidade de a regulação das condutas informáticas ser realizada por meio de agência reguladora.

<sup>128</sup> Hungria afirma ainda que a "*Identidade essencial*: - A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que "existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo" ("*Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hiitte*"). A disparidade entre um e outro - repita-se - é apenas *quantitativa*" (1945, p.26).

<sup>129</sup> Hungria debruçando-se sobre a punição dos ilícitos administrativos, defende que "A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *streptus iudicii*" (1945, p.27).

Existe a necessidade de regulação das condutas reconhecidas como crimes cibernéticos próprios e tipificadas no direito penal cibernético serem feitas pelas agências reguladoras. Essas agências são fruto da descentralização setorial, que produz órgãos reguladores independentes, e acompanham a evolução da própria sociedade (MOREIA NETO, 2003, p. 143-144).

A criação de agências reguladoras se deu, inicialmente no campo econômico. Nos últimos anos, os norte-americanos mostraram a força interventora por meio das *independent regulatory agencies*, com controles dos serviços de comunicação, áreas econômicas e financeiras, mercado imobiliários, onde o poder decisório vem sendo confiado a estruturas administrativas e que não encontra sua atuação firmada nas estruturas do Estado (OTERO, 200, p.318).

Há uma transição de estado intervencionista para um estado regulador. Essa prática regulatória é fruto da influência de dois fatores, sendo o primeiro a necessidade de garantir uma concorrência leal e a liberdade do mercado econômico, evitando o abuso econômico e a concentração do mercado; e em segundo lugar, a edição de normas, regulação de normas já existentes e fiscalização do cumprimento dessas normas (OLIVEIRA, 2009, P.124-125). Marília de Ávila e Silva Sampaio defende que

A criação das agências reguladoras no Direito Administrativo brasileiro inserese dentro de um panorama de reforma do Estado, com vistas à criação de um novo modelo de gestão capaz de modernizá-lo. Tal fenômeno justifica-se a partir da constatação de que o Estado Social, com atuação em todos os setores da vida da sociedade, mostrou-se ineficiente na prestação de serviços públicos como resultado de seu crescimento desmesurado. Assim, impôs-se uma limitação ao intervencionismo estatal, redirecionando sua atuação especificamente para suas funções de fomento e garantia do acesso do cidadão aos serviços públicos, ainda que prestados pelo setor privado (2002, p. 339).

Di Pietro, abordando a origem das Agências no Brasil, informa que inicialmente elas desempenhavam as funções da administração direta, regulando as concessões e as permissões, iniciando sua atuação para regular atividades econômicas, com ou sem natureza de serviço público, e,

no caso do Brasil<sup>130</sup>, tem as funções de poder concedente, e o papel de regulação (2008, p.176-177).

A natureza jurídica dessas entidades é a de Autarquias de regime especial, com base no que preceitua o artigo 5º do Decreto-lei 200. De logo, registra-se que essas agencias possuem sua atuação limitada pela lei e os princípios da administração pública, e, segundo Marília de Ávila e Silva Sampaio, a liberdade que gozam não é uma autorização para atuação indevida. Assim, a autonomia não é um ato de liberdade plena, e afirma a autora que

Não significa isto que as agências reguladoras possam agir em desconformidade com os princípios norteadores da Administração Pública, ínsitos no texto constitucional, mormente o princípio da legalidade. Entretanto, possuem uma margem maior de discricionariedade, de acordo com o novo espírito que norteia a atividade estatal, qual seja, o de que o Estado deve funcionar melhor e ser mais econômico ao consumidor, nos moldes preconizados por um modelo de administração gerencial (2002, p.341).

As agências reguladoras gozam de uma relativa desvinculação aos poderes da administração pública, o que garante sua independência. Sua atuação abrange tanto as áreas dos serviços públicos exclusivos (art. 21, XI, e XII da Constituição Federal) e não exclusivos (como saúde, ensino, etc.) (DI PIETRO, 2008, p. 189).

São também independentes para atuar dentro dos limites legais. Essas características são necessárias para sua atuação imparcial, e sobretudo, rápida.

Sua legitimidade é fruto de duas esferas:

- a) Uma política, alcançada pela representação democrática e pela eficiência política;
- b) Uma administrativa oriunda da eficiência técnica, voltando sua atuação pautada na expertise da sua área de atuação (MOREIRA NETO, 2003, p.155).

---

<sup>130</sup> O caso brasileiro é intrigante. Após essa primeira fase, as agências reguladoras passam a exercer atividades típicas de polícia, transcendendo a regulação da econômica, fiscalizando, reprimindo e aplicando penalidades, como o caso da Agência Nacional de Águas (ANA), Agência da vigilância sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) (DI PIETRO, 2008, p.177).

Claro que esse atuar, por ser uma atividade diferente dos demais entes da administração jurídica, goza de uma liberdade, que surge da abertura textual das leis que regulam essas agências, abrindo caminho para uma discricionariedade. Nessa toada é a conclusão de Edilson Pereira Nobre Filho que afirma que

Reclama a competência discricionária uma maneira específica mediante a qual a regra de direito escrito (lei ou regulamento) vem a disciplinar uma determinada matéria, fazendo-o sem a exata completude, justamente para permitir que o administrador, dentre mais de uma alternativa juridicamente possível, profira a decisão que melhor se afigure à salvaguarda do interesse público, entendido este – não custa – repetir – como aquele que, encontrando reflexo na ordem jurídica, não coincide, necessariamente, com o interesse da pessoa jurídica de direito público, mas, antes, da coletividade(2016, p. 108).

Essa discricionariedade favorece que essas entidades possam acomodar interesses coletivos e privados em harmonia, gerando o princípio da imparcialidade, gerando uma meta de neutralidade política na atuação dessas entidades, favorecendo a expertise e a racionalidade. Para tanto, são doadas de independência. Essa independência se externa:

- a) Na independência de seus gestores que são agentes administrativos nomeados para um mandato à termo;
- b) Independência técnica dos gestores, que podem desempenhar suas atividades alicerçados em subsídios técnicos e da negociação;
- c) Uma independência normativa que assegura a regulação como primordial atuação; e
- d) Independência gerencial, financeira e orçamentária, que garante uma atuação sem dependência ou interferência política, e, principalmente, sem uma subordinação direta (MOREIRA NETO, 2003, p. 165-166).

O debate reside, no entender de Marília de Ávila e Silva Sampaio, se existiria uma discricionariedade<sup>131</sup> técnica, e afirma que

Ainda no que concerne ao poder normativo das agências reguladoras, impende mencionar questão que enseja acirrados debates na doutrina pátria, qual seja, a existência

<sup>131</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior, adentrando aos limites de definição do vocábulo discricionariedade no âmbito do Direito Administrativo, define-o afirmando que “Cuida-se a discricionariedade de uma competência que, além de inerente e indispensável à atuação do administrador, encontra-se revestida de sólido lastro de juridicidade, sendo, portanto, um poder-dever jurídico. Isto faz com que se distancie – e muito – da arbitrariedade (2016, p.114).

ou não de uma discricionariedade técnica dos órgãos reguladores (2002, p. 334).

Di Pietro deixa claro sua posição ao enfatizar que “Também não há fundamento para a reserva de uma **discricionariedade técnica** para as agências” (2008, p.194).

De fato, não se pode negar que a discricionariedade orbita a legalidade<sup>132</sup>, tendo como limite a lei de habilitação (NOBRE JÚNIOR, 2016, p.115).

Todavia, não se nega que as agências Reguladoras se voltam as entidades administrativas que se deparam com a necessidade de conhecimentos que extrapolam a esfera jurídica. Tais conhecimentos são voltados às áreas específicas das ciências e como tal, necessitam de conhecimento técnico apurado. Demonstrando a capacidade técnica e a necessidade de poder regulador por meio das agencia reguladoras, José dos Santos Carvalho Filho afirma que

Exemplos dessa forma especial do poder regulamentar têm sido encontrados na instituição de algumas *agências reguladoras*, entidades autárquicas às quais o legislador tem delegado a função de criar as normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua atuação controladora (2015, p.59).

Muito detalhada é a divisão das agências confeccionada por Celso Bandeira de Mello. Partindo das normas que instituíram essas agencias, o autor separa as agências brasileiras por função e atuação, na seguinte forma

(a) *serviços públicos propriamente ditos*. E o caso da Agencia Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.1996, e da Agencia Nacional de Telecomunicações - ANATEL, criada pela Lei 9.472, de 16.7.1997,9 da Agencia Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e da Agencia Nacional de Transportes Aquaviarios - ANTAQ, criadas pela Lei 10.233, de

---

<sup>132</sup> E continua o autor “O que interessa é que há tanto na discricionariedade quanto na margem de apreciação quanto aos conceitos jurídicos indeterminados uma opção ou liberdade de escolha, cujo exercício se opera mediante lindes impostos pelo sistema jurídico, o que torna tais situações semelhantes quanto aos seus resultados. Em ambos os casos, o espaço livre é demarcado pelo Direito e, por isso, não escapa totalmente ao controle do Judiciário, ainda que este se faça de modo restrito” (2016, p. 120).

5.6.2001, e da Agencia Nacional da Aviação Civil - ANAC, criada pela Lei 11.182, de 27.9.2005;

(b) *atividades de fomento e fiscalização de atividade privada*, caso da Agencia Nacional do Cinema - ANCINE, criada pela inconstitucional MP 2.281-1, de 6.9.2001, alterada pela Lei 10.454, de 13.5.2002;

(c) *atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo* cuja disciplina e controle competem a Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, criada pela Lei 9.478, de 6.8.1997.12

(d) *atividades que o Estado também protagoniza* (e quando o fizer serão serviços públicos), *mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares*. E o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS, criada pela Lei 9.782, de 26.1.199913 (hoje denominada ANVIS A, por força da MP 2.190-34, de 23.8.2001), e da Agencia Nacional de Saúde Suplementar - ANS, criada pela Lei 9.961, de 28.1.2000.14

(e) Finalmente, há, ainda, *agencia reguladora do uso de bem público*, que e o que sucede com a Agencia Nacional de Aguas - ANA, criada pela Lei 9.984, de 17.7.2000 (MELLO, 2013, p. 174-175).

Pensando na regulação das condutas da internet, percebe-se que a agencia que possui atribuição para fiscalizar a oferta do serviço de internet seria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). O artigo 19º da lei 9.472, de 16.7.1997 determina as atribuições dessa entidade, e destaca-se:

[..] IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - Editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - Celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

VIII - administrar o espectro de radiofreqüências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

IX - Editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofreqüência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

X - Expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

[...]

XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

Essa agência, tem competência normativa, como se pode perceber na leitura do Artigo 19, bem como a função própria da administração pública como expedição de documentos. Chama-se a atenção para a função de coibir infrações aos direitos dos usuários, fica evidente a obrigação de prevenir infrações. O fato é que, devido as suas atribuições, necessita-se de agentes com capacidade técnica. Os agentes devem ter a capacidade técnica indicada<sup>133</sup>, com conhecimentos científicos e práticos à cerca das matérias reguladas. Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que

A circunstância, responsável por acarretar que os órgãos administrativos viessem a ser estruturados de forma segmentada, bem como providos por agentes dotados de conhecimentos técnicos e científicos, contribuiu para a indagação sobre se os juízos técnicos emitidos pela Administração são ou não discricionários. Sugeriu-se a existência de uma discricionariedade técnica, capaz, assim, de reduzir o campo de sua revisão (2016, p.121).

Como se bem observa, o atuar dessas agências passa pela capacidade técnica para enfrentar as demandas complexas e instrumentos eficazes para atender a complexidade dessa demanda.

No caso em tela, a internet possui um conhecimento próprio e que necessita de conhecimento técnico. O conhecimento sobre os computadores é apenas um dos conhecimentos necessários para a regulação do chamado Direito Cibernético (PIMENTEL, 2004, p.22). Com o advento dos processos

---

<sup>133</sup> Sobre a questão, Edilson Pereira Nobre Júnior apresenta o cenário em que as agências brasileira se sedimentaram, reconhecendo que “Daí se nota, com assiduidade, que os órgãos administrativos se vêm defrontando, para o desempenho da atividade de aplicação do direito que lhe é inerente, com conceitos que exigem conhecimentos técnicos, conforme se pode ver nas áreas da proteção do meio ambiente, dos bens culturais, da saúde pública, sem olvidar ainda a da física, das ciências biológicas, da engenharia, da geologia, dentre outras. Verificam-se, no cotidiano, da função administrativa, menções a belezas naturais, a valor histórico, artístico, paisagístico, a bens culturais, a substâncias tóxicas, a enfermidades, a acústica, a acidez, a riscos de desabamento e assim por diante” (2016, p. 120).

eletrônicos no sistema judicial brasileiro, o interesse pela informática jurídica cresceu, e cresce também necessidade de regulação para coibir fraudes no sistema.

A cibernética jurídica ainda é composta do Direito Digital, da cibernética, da informática (PIMENTEL, p.22-23), e atualmente de um conhecimento vasto dos efeitos dessas tecnologias no campo social (sociologia informática e antropologia informática).

Somando-se isso tudo ao conhecimento dos atos regulatórios do sistema de Direito Administrativo e temos a razão da necessidade da expertise técnica das agências reguladoras. O sistema telemático é oriundo do pensamento francês e da tentativa de usar o sistema de telecomunicações para colocar os computadores em conexão (PIMENTEL, 2004, p.40).

A informática gerou a necessidade de novos conhecimentos, e os estudos levaram a crer que a informática deveria compor o campo da ciência da informação. A cibernética tem como âmbito de estudo o campo informático, a ligação entre pessoas, a ligação entre sistemas computacionais, a neurofisiologia, a estatística, a eletrotécnica, a termodinâmica, cálculo operacional, a sociologia e até mesmo a filosofia (PIMENTEL, 2004, p. 74). No século XXI, a *information Economy Meta Language*, ou a IEML, um novo sistema de codificação das significações possibilita uma nova forma de operação na memória digital, e podem tornar mais transparente e computáveis as informações (LÉVY, 2014, p.23). Essa nova forma de catalogar e processar informações será o novo avanço nas áreas científicas, já que se construiu uma linguagem comum entre os sistemas de informações. Ela irá resolver o problema do caos digital, será uma linguagem pivô, e poderá conectar sistemas que outrora eram incompatíveis. A compreensão e manuseio dessa nova tecnologia é uma expertise própria da cultura tecnocrata e da cultura hacker. As agências reguladoras deverão desempenhar um papel crucial na regulação dessa novas possibilidades tecnológicas.

A inteligência artificial avançará em proporções não prevista até então, e aumentará exponencialmente as possibilidades de condutas próprias da internet. E esse é apenas um dos aspectos que o futuro do sistema informático reserva.

Com esse e demais possibilidade de avanços tecnológicos, o poder legislativo não poderá regular essas novas modalidades de condutas em tempo hábil, nem o fará de forma eficaz já que desconhece as especificidades técnicas do sistema informático e da cibernética. Já defendia Alexandre Pimentel que

O caráter de interdisciplinaridade da *cibernética* manifesta-se também quando sua aplicação volta-se ao *direito*, o jurista não deve se enclausurar-se em sua torre teórica de marfim e desconsiderar o progresso tecnológico que pode e deve ser aplicado à ciência do direito (2004, p. 75).

A inteligência artificial é usada no cotidiano sem que o usuário se dê conta, nem mesmo o legislador. O legislador brasileiro parece desconhecer os pormenores dos sistemas informáticos e tem sua atuação voltada ao clamor público, e não à prevenção de atos. Outro ponto importante é o uso de tecnologias de segurança e de tecnologias de rastreamento. As tecnologias de segurança admitem o uso de cookies e senha, bem como firewalls. Usa-se a tecnologia de criptografia, que é usada cada vez mais nos sistemas informáticos.

Nesses casos, os controladores conhecem o código, mas os usuários não (CASTELLS, 2003, P. 142). O acesso a informações privadas e confidenciais é a temática atual dos sistemas de informação. As empresas controladoras das informações e programam desenvolvem mecanismos de captura de informação, ou algoritmos usados na previsibilidade do usuário. Isso é feito na atividade comercial, e explorado pela cultura econômica/empresarial. De outro lado, a cultura hacker desenvolvem cotidianamente vírus, spans, malwares, e outros mecanismos de exploração e roubo de informações, além de controle de sistemas operacionais. Não há como o legislador regular tais fatos de forma rápida e eficaz. A própria dinâmica da produção normativa dificultaria a edição de leis ou normas. No âmbito judicial, as decisões estão sempre atreladas a legislação vigente, é incapaz de compreender extensão das condutas, ou mesmo a conduta em si. As Agências Reguladoras preenchem devidamente essa lacuna e contemplam o dever de eficácia que recai sobre a administração pública. A expertise dessas agências não seriam um império arbitrário. Pelo contrário, ao se limitarem ao

sistema de Direito Administrativo, há de se ter uma limitação na atuação, e na discricionariedade, como bem aponta Edilson pereira Nobre Júnior ao afirmar que

O que não se pode deixar de considerar é que, nas hipóteses onde a obtenção de uma certeza científica possa apresentar dificuldades, haverá de preponderar o entendimento da Administração, contanto que amparado em justificativa (motivação) razoável e, assim, implica no reconhecimento de que a presunção de legitimidade da decisão administrativa não restou desfeita pelo administrado (2014, p.133).

Também não se deve esquecer que o controle judicial estaria presente, oportunando não só o controle da produção normativa, mas dos atos em si e das sanções impostas.

#### 6.4 A O direito Admirativo sancionador como uma solução adequada à prevenção do ilícito informático.

Não deve haver uma nova imperativa sem uma sanção. Ainda que a sanção possa ser descrita em outra norma, ou âmbito do Direito, deve-se haver uma consequência ao cumprimento ou descumprimento de uma norma. Isso é a razão de existir do Direito Penal e sua principal característica. A pena não é a única consequência da aplicação da sanção penal. O Direito Administrativo já é baseado em outra ótica, onde o interesse público e o bem-estar social se torna o leme da conduta do Estado<sup>134</sup>. Mas mesmo assim, o sistema regulatório não pode prescindir de sanções<sup>135</sup>. Outrora, como demonstra Alejandro Nieto, o sistema de normas de Direito Administrativo

---

<sup>134</sup> No sistema administrativo de normas, segundo Tomas Campos, *“El Derecho Administrativo suele ser definido como un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, es decir, por una serie de «privilegios en más y en menos», según la clásica expresión francesa (Rivero)”* ( 1995, 339).

<sup>135</sup> José dos santos Carvalho filho, sobre o assunto, afirma que “[...]o Direito punitivo funcional se enquadra dentro do Direito Administrativo, e emana da relação entre a Administração Pública e os seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na organização administrativa” (2015, p.74).

estava envolto a um poder de polícia<sup>136</sup> exacerbado e punitivista (2005, p. 57). Mas a modernidade traz consigo a legalidade e uma limitação desse afã de punições do Estado (2005, p.57-58). O Direito Administrativo se afasta do Sistema penal, e adquire contornos mais racionais e com punições mais humanizada (ao menos em tese). Essa diferença entre o sistema penal e o sistema de sanções do Direito administrativo é abordado por José dos Santos Carvalho Filho que concretiza essa diferenciação afirmando que

No Direito Penal, o juiz aplica ao infrator a pena atribuída à conduta tipificada na lei, permitindo-se ao aplicador somente *quantificá-la* (dosimetria da pena). No Direito disciplinar, não obstante, tal não ocorre. De acordo com a gravidade da conduta, “a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais reprima a falta cometida”, o que lhe confere certo poder de avaliação dos elementos que provocaram a infração para aplicar a sanção apropriada ao fato. Em virtude dessa competência, não cabe ao Judiciário alterar ou majorar sanções aplicadas pelo administrador, porque decisão desse tipo ofenderia o princípio da separação de Poderes consagrado na Carta vigente; ao juiz cabe tão somente invalidá-las se constatar hipótese de ilegalidade (2015, p. 73).

A racionalidade das sanções demonstra uma forma mais racional de avaliação do caso e de punições mais voltadas a uma eficácia legal e social.

As sanções decorrentes das normas de Direito Administrativo, são vinculadas aos poderes de polícia, hierárquico e disciplinar<sup>137</sup>.

É o poder de polícia que permite que o poder público limite liberdades e a propriedade. Essas sanções não são pela lógica do sistema penal e o princípio da *ultima ratio*. A lógica é da aplicação da sanção para garantir o

<sup>136</sup> Di Pietro preceitua essa evolução do poder de polícia e das relações entre o Estado e a justiça, afirmando que “[...] a primeira [polícia] compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda [justiça] compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juízes. Esse direito de polícia do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à idéia de coação; nesse momento, começou-se a distinguir a atividade de polícia das demais atividades administrativas, hoje chamadas de serviço público e fomento” (2006, p.126).

<sup>137</sup> Pelas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, a “*Sanção administrativa* é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração. A *infração administrativa*, por sua vez, configura-se como o comportamento típico, antijurídico e reprovável idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho de função administrativa (2015, p.93).

respeito às regras existentes na norma administrativa. Alejandro Nieto, navegando nesse entendimento, reafirma a necessidade das sanções administrativas e o

*[...] principio represivo fundamental (o sea, el de que objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la 'ultima ratio' del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones" e "Yo no ignoro, desde luego, que lo que únicamente suele admitirse es que la pena sea la ultima ratio, mas no la infracción y sanción administrativas. Es decir, que se supone que el legislador sólo ha de acudir al Código Penal cuando resultan inútiles las demás medidas (incluida la legislación administrativa sancionadora) adoptadas o imaginadas para evitar determinadas conductas de los ciudadanos. Lo cual es cierto y correcto; pero dentro de esas 'demás medidas' o medidas no penales hay que dejar las sanciones administrativas para el último lugar" (2005, p.35).*

Por isso que, apesar das similaridades, o Direito Penal e o sistema sancionador do aparato administrativo não podem ser confundidos<sup>138</sup>. Com o advento do estado democrático de direito, a separação do sistema penal como área própria do Direito é fruto do reconhecimento do perigo que sua aplicação pode gerar. Como já afirmado, a sua forma de sanção e as consequências de sua aplicação, tornaram necessária a limitação do poder de punir estatal (*Jus Puniendi*). A construção da Dogmática Clássica do sistema penal é fruto de uma limitação racional fruto do desenvolvimento da ciência do Direito Penal. Nesse ponto, o entendimento de Alejandro Nieto deve ser registrado, e afirma o autor

*Aceptada genéricamente la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de*

---

<sup>138</sup> Interessante o pensamento de Francisco Assis Toledo quando aborda a dificuldade de separação da área de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, e defende que "No caso do Direito Administrativo Sancionador, assim como no chamado Direito Penal Econômico, há uma dificuldade na elucidação dos tipos dos ilícitos por conta da farta utilização de elementos normativos, bem como em razão da utilização de normas em branco, tipos penais abertos, cláusulas gerais, que, em conjunto, dificultam uma precisa identificação das vedações a que se refere aquele tipo de ilícito pelo destinatário dessa norma. Corroborando este entendimento de que a existência de leis indeterminadas, que descrevem vagamente a conduta ilícita, impedem a determinação da real abrangência do preceito normativo, Francisco de Assis Toledo leciona no que os tipos não podem deixar margem a dúvidas, precipuamente em matéria penal, mas que, dada a semelhança entre ilícitos penais e administrativos, também a estes se aplica, pois os ilícitos, independentemente de sua natureza, devem desempenhar uma função pedagógica motivando o comportamento humano, sendo inteligível por todos e não apenas pelos juristas". (TOLEDO, 1994. p.29.)

*acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste. El enorme éxito de tal postura – elevada ya a la categoría de dogma incuestionable – se debe en parte por razones ideológicas, ya que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración de corte autoritario y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía." (2005, p.26).*

O Direito Administrativo Sancionador é fruto de um processo evolutivo da sociedade e do Estado (assim como o Direito Penal)<sup>139</sup>. Três fases podem ser elencadas:

- a) Estado de Polícia, inerente ao Estado Absolutista;
- b) Estado Liberal e a construção da teoria do Direito Penal Administrativo de Goldschmidt, que é historicamente ligada às revoluções industriais e as complexas situações advindas dessas novas relações econômicas; e
- c) As contravenções de ordem, que ainda vigoram no Direito.

Como se observa, inicialmente, o Direito Administrativo Sancionador é atrelado a questões de caráter econômico e social. As mesmas matrizes de formação do Direito Penal, estão presentes na gênese do direito Administrativo Sancionador.

Assim, eles compartilham o apego aos direitos fundamentais e a legalidade. A distinção entre ambos já teria sido traçada por Goldschmidt, e segundo Cerezo Mir,

*Los delitos del Derecho penal criminal serian, segun Goldschmidt (17), Wolf, Lange, Bockelmann y Michels delitos <<naturales>>-«per se>>,<<de Derecho natural >, <<previamente dados>>, o <<metapositivos>>,mientras que los delitos administrativos serian <<delitos artificiales>>, o <<creados solo por la voluntad del*

<sup>139</sup> A devida separação entre as áreas sempre foi uma temática difícil, e que carece de bases sustentáveis. Cerezo Mir já esgrimava essa tese afirmando que “*Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los limites del Derecho penal y el Derecho administrativo . Entre to ilicito penaly to ilicito administrativo, entre la pena y la sancion administrativa, existenunicamente diferencias cuantitativas y el limite ha de ser trazadopositivamente por el legislador. En la redistribution de la materia há de tener en cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto devista material (desvalor etico-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sancion)*” (1975, p. 169).

*Estado>> . Esta distincion es inadmisibile . La historicidad, Como dice Welzel (18), es tan inseparable:de la esencia del Derecho Como de la esencia del hombre. No es posible hablar, por ello, de delitos <<naturales>> o de >>Derecho natural >(1975, p.163).*

Tal distinção, baseada na hipótese de preexistência de direitos que justificassem o ilícito penal no mundo natural, enquanto o ilícito administrativo fosse uma criação do sistema jurídico, não prosperou devido ao fato do Direito Penal Moderno, os bens jurídicos escolhidos eram muitas vezes de caráter artificial, ou não natural, como nos casos dos crimes de perigo abstrato e a proteção de bens supraindividuais<sup>140</sup>. Alejandro Nieto afirma que

*Em definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su propio nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionar (NIETO, 2005, p.27).*

O fato é que nas sociedades pós-industriais, os Estados resolveram utilizar o Direito Administrativo em sua vertente sancionadora.

O Direito Administrativo Sancionador se tornou uma resposta alternativa à tutela penal, diante da busca social por segurança.

Em termos dogmáticos, os dois não se confundem. Pode-se falar na estruturação de uma dogmática própria do Direito Administrativo Sancionador composto pela lei, pela doutrina e pela Jurisprudência. Uma dogmática mais dinâmica e que incorpora elementos de outros ramos do direito, como o princípio da insignificância, por exemplo.

---

<sup>140</sup> Ainda nesse rastro, Cerezo Mir apresenta uma lógica de divisão baseada na sanção e afirma que “*Seria un ilícito puramente formal. Lo ilícito del delito administrativo no estaria constituido por la lesion o el peligro concreto -de un bien juridico, sino solamente por la lesion de un interes de la Administracion . El peligro de los bienes juridicos, es, a to sumo, ratio legis de la punicion de estas conductas . Esta distincion cualitativa entre o ilícito administrativo y criminal tendria luego su repercusion en la diverse funcion y estructura dogmatica de la sancion administrative y ,de la pena criminal . La sancion administrativa no tendria caracter retributivo o expiatorio ; no seria expresion de un juicio valorativo etico-social . La sancion administrativa no tendria otro fin que apelar al desobedientey recordarle sus deberes*” (1975, p. 164).

Antonio Muñoz Quiroga mostra que o Direito Administrativo Sancionador carrega consigo os princípios limitadores e garantista das sociedades democráticas, e afirma que

*[...] en el Derecho Administrativo Sancionador, donde se aplican normas elaboradas en tiempos distintos y que obedecen a mentalidades diferentes, en las que junto a intereses generales se han defendido intereses sectoriales, el único medio de dar cohesión al ordenamiento es la aplicación de principios permanentes, cuya vigencia se refuerza al ser incardigados en los preceptos constitucionales (1985, p. 132).*

No Brasil, o processo de democratização culminou com a Constituição de 1988, e com ele, todos os sistemas jurídicos foram compelidos a uma adequação lógica e formal às diretrizes constitucionais. Enquanto o Direito Penal brasileiro passa por um processo de desgarantização, o sistema de Direito Administrativo é banhado nas águas dos direitos fundamentais, tornando os processos administrativos cada vez mais garantistas, onde se percebe a defesa do contraditório e da ampla defesa<sup>141</sup>.

A produção normativa do ilícito administrativo é mais rápida e comporta a utilização de um sistema de normas penais em branco, tipos de perigo (concreto ou abstrato), elementos normativos e cláusulas gerais, algo impensável na sistemática do Direito Penal Clássico. Tudo isso é compatível com o ordenamento jurídico-administrativo moderno, por consistirem num mero comando, pois a sua complementação é dada ou por uma norma de mesma natureza ou de natureza diversa.

No caso em tela, o sistema informático, por necessidade de uma expertise, e com uma maior rapidez, podem ser reguladas por meio do Sistema do Direito Administrativo. Isso seria ainda mais salutar que o processo de criação de uma dogmática própria que contraria o sistema penal clássico criando uma antinomia real dentro do sistema.

---

<sup>141</sup> Muito oportuno o entendimento de Alejandro Nieto que reconhece a utilização dos princípios para correções na edição de regras e na concretização dos direitos fundamentais a ao afirmar que "*Es muy posible que esto se deba al extendido error de denominar principios a las normas o reglas de carácter general que no están consignadas en un texto positivo. En el Derecho Administrativo Sancionador sucede que, por ejemplo, la prohibición de la duplicidad de sanciones por un mismo hecho no había sido formulada con carácter general como principio sino que se encontraba especificada en varias leyes sectoriales*" (NIETO, 2005, p.44).

As condutas que se mostrem lesivas à Administração Pública e ao interesse público, de acordo com as alterações que ocorrem na sociedade, poderiam ser reguladas por normas administrativas e que teriam seu conteúdo variável, em conformidade as diretrizes das agências reguladoras.

A técnica legislativa das normas Administrativas favorece a abordagem dos atos informáticos e suas variáveis, bem como a regulação dos provedores de internet. O conteúdo dessas normas pode ser modificado por meio de um processo de elaboração muito mais simples e célere, pois o trâmite exigido para a elaboração de uma instrução normativa ou portaria é indiscutivelmente mais simples que o processo da elaboração das leis penais.

O uso de cláusulas gerais também poderiam ser usadas ao ponto de permitir o controle e regulação do espaço informático, principalmente no que se refere a sua exploração econômica. Nessas normas, há a renúncia ao estabelecimento de regras de valoração das condutas, sendo atribuição do juiz a escolha de um método para a aplicação da norma, permitindo a plenitude do princípio da judicialização.

Apesar da crítica que possa ser formulada, não se percebe uma violação ao mandato de determinação que paira sobre as normas de caráter administrativo. Os controles desses atos normativos se dariam por via judicial, quer seja de forma difusa, nas ações próprias, quer seja pelo controle direito de constitucionalidade.

Outro ponto que parece ser um dilema é a aplicação das sanções advindas do Direito Administrativo Sancionador. O que se percebe é que o processo administrativo vem, paulatinamente, incorporando as limitações do poder punitivo estatal, como o contraditório e a ampla defesa. Já a técnica de regulação do Direito Penal Moderno se apresenta como uma forma de restrição dos direitos fundamentais laureados pelo Direito Penal Clássico.

Salutar a crítica de Juarez Cirino dos Santos ao sistema Penal, por meio da criminologia crítica, um movimento que observa o sistema penal por meio da desigualdade de tratamentos, e afirma o autor que

A política criminal alternativa da Criminologia Radical, como meio de reduzir as desigualdades de classes no processo de criminalização e de limitar as conseqüências de marginalização social do processo de execução penal, distingue a criminalidade

das classes dominantes, entendida como articulação funcional da estrutura econômica com as superestruturas jurídico-políticas da sociedade, de um lado, e a criminalidade das classes dominadas, definida como resposta individual inadequada de sujeitos em posição social desvantajosa, de outro lado, propondo o seguinte: a) No processo de criminalização, (1) a penalização da criminalidade econômica e política das classes dominantes, com a ampliação do sistema punitivo e (2) a despenalização da criminalidade típica das classes e categorias sociais subalternas, com contração do sistema punitivo e substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes; b) No processo de execução penal, mediatizada pela mais ampla extensão das medidas alternativas da pena e pela abertura do cárcere para a sociedade, a abolição da prisão: se o crime é resposta pessoal de sujeitos em condições sociais adversas, a correção do criminoso – e a prevenção do crime – depende do desenvolvimento da consciência de classe e da reintegração do condenado nas lutas econômicas e políticas de classe. São tarefas complementares da política criminal alternativa da Criminologia Radical (a) conjugar os movimentos de presos com as lutas dos trabalhadores, (b) inverter a direção ideológica dos processos de formação da opinião pública pela intensificação da produção científica radical e difusão de informações sobre a ideologia do controle social; (c) coordenar as lutas contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho e (d) desenvolver o contrapoder proletário (2008, p.128).

O sistema de incriminação das condutas próprias da internet, privilegia a cultura empresária e o poder econômico, que é regulado pelo Direito Administrativo, enquanto os Hackers, que não possuem o poder do capital, seriam regulados pelo sistema rigoroso de um Direito Penal Moderno.

Por mais contraditório que possa parecer, trazer a regulação do sistema informático ao campo do Direito Administrativo seria mais benéfico, e atentaria ao princípio da Intervenção Mínima.

## 7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa partiu da seguinte tese: “Os crimes cibernéticos próprios não podem ser tutelados pelo Direito Penal Moderno”. Assim, no primeiro capítulo se observou o desenvolvimento do princípio da legalidade, que data à Carta Magna de 1215. A limitação do *jus puniendi* é atrelada ao conceito divino, mas com Francisco de Vitória se inicia uma fase na busca por uma legitimação dentro da própria lei. Percebe-se o processo de secularização das penas, e uma limitação do poder do Soberano.

Em 1764, com a edição da obra *Dos delitos e das penas*, Beccaria inicia a fase reconhecida como a fase política do princípio da legalidade, onde se verifica um princípio da legalidade baseado na separação dos poderes (com base na teoria do barão de Montesquieu). Nessa obra, pode-se verificar a guindada humanista e a base da construção da escola clássica do Direito Penal.

O fim das penas cruéis (como o suplício), a racionalidade das decisões e a proporcionalidade das penas, são ideias que darão origem aos princípios e influenciará a sistemática do dogmática penal.

A sistematização científica advinda da obra de Feuerbach é o ponto forte do desenvolvimento do princípio da legalidade. Esta fase é tratada como a fase de construção do princípio da legalidade jurídico, não por acaso. Nesta obra se observa o surgimento da limitação formal e material do *jus puniendi*. A limitação formal reside na própria lei e na obediência a seus mandados. Já a limitação material está atrelada a violação dos interesses (o que dará origem a teoria do bem jurídico).

Esse arcabouço protetivo permeia a academia portuguesa. Com a reforma pombalina, e a criação dos cursos jurídicos no Brasil, o princípio da legalidade é transmitido aos estudantes brasileiros, e está presente nas obras brasileiras desde então. E esse fato é visível não apenas no sistema penal, mas a influência do princípio da legalidade pode ser encontrada em outras áreas do Direito, inclusive (ou sobretudo) no Direito Administrativo.

No segundo capítulo, buscou-se entender a formação da tipicidade, que fora possibilitada para comprovação e aplicação do princípio da legalidade. A tipicidade se apresenta como uma forma de limitação do poder punitivo, assim o princípio da legalidade. A tipicidade ascende como uma forma de obter um pensamento científico sobre o delito e os tipos penais em espécie. Esse último elemento do delito descoberto (ou desenvolvido) é a mola motriz da racionalidade da dogmática penal. Nesse capítulo, analisando as fases do desenvolvimento da tipicidade, fora percebido o quanto a teoria do bem jurídico é importante. O direito penal raciocina por meio do bem jurídico. Esse bem jurídico, que inicialmente se apresentava como interesse na obra de Feuerbach, é a base para a criação da lei penal e a sua aplicação (ou não) no plano concreto.

Outro ponto abordado, e também de grande importância, é a teoria da norma penal, com ênfase nos conceitos de Karl Binding. Apesar das críticas sofridas por Kelsen, Mezger, e demais, as teorias de Binding possibilitaram o desenvolvimento da lógica penal e ajudaram a perceber o lugar e a função do tipo penal. O conteúdo da norma é o injusto penal. Esse injusto penal só pode ser percebido a partir da teoria da norma penal. O próprio conceito de normatividade, utilizado por Zaffaroni para construção da tipicidade conglobante, depende da concepção de norma jurídica Bindiniana. Pela lógica dele, a relação da conduta humana com o tipo penal é uma relação de conformidade. Usa-se o raciocínio analógico para buscar a simetria ou similaridade entre a conduta e a hipótese constante no tipo (Similar à teoria da moldura reitora desenvolvida por Binding). Já a relação com a norma e seu conteúdo de imperativo ou mandado, é uma relação de contrariedade. Daí a limitação da ocorrência do ilícito penal, já que só será crime se o agente agiu contrariando o imperativo da norma penal. Isso é a base do desenvolvimento da relação entre a tipicidade e a antijuridicidade, além de desenvolver as causas de exclusão de antijuridicidade de exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

O tipo penal passa a ter três funções:

a) Indiciária, quando o juízo de tipicidade se amolda ao fato humano, faz surgir o 'indício' de uma conduta antijurídica e culpável, e assim, por

consequência, não poderá existir nenhum dos dois elementos se quem haja a tipicidade;

b) a função de Garantia, por ser o tipo penal um limitador do âmbito de atuação penal através do princípio legalidade; e

c) Diferenciadora do Erro, já que tanto o erro de tipo, quanto o erro de proibição dependem do tipo penal. Se a conduta é ausente de conteúdo subjetivo do tipo, pode-se dizer que há um erro de tipo essencial, já se não há contrariedade ao conteúdo de injusto, ou ao imperativo da norma, recaindo ao caso o erro de proibição.

A conclusão deste capítulo é que a construção do Direito Penal Clássico, limitados do afã punitivista do Estado, tem como base a teoria do tipo penal como fonte primordial de onde surgiram os princípios basilares da dogmática penal.

No terceiro capítulo, vê-se como o Direito Penal Cibernético se apresenta. Buscou-se verificar se existe uma autonomia na dogmática do direito cibernético. A conclusão é inegável, pois não se pode falar em ramo autônomo do Direito, sendo o Direito Penal Cibernético fruto do próprio Direito Penal Clássico, mas deturpado pelo movimento do Direito Penal Moderno.

Como o sistema informático é valorado como um sistema econômico, não foi difícil a analogia aos crimes de Direito Penal Econômico. Assim se construiu toda a dogmática do Direito Penal cibernético, por uma analogia tanto na produção da lei penal, quanto na produção do arcabouço teórico e legitimador.

Mundialmente, o Direito Penal Cibernético fora construído com base no sistema de Direito consuetudinário, mais próximo de uma internacionalização. Puxado pela experiência americana, os países do velho continente investiram em normas gerais e tratados, como o de Budapeste.

Periféricamente, e longe de qualquer movimento moderno, o Estado brasileiro não investiu em um sistema de educação e prevenção, nem em norma de caráter administrativo. A tentativa frustrada de uma produção normativa comina na mudança do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a produção dos artigos 240 e 241; na readaptação do artigo 266 do Código Penal, bem como na criação dos artigos 313-A e 313-B.

A Lei 12737/12 era a esperança para a construção de uma dogmática dos crimes Cibernéticos, mas o que fora feito não era algo nem lógico nem racional.

Fruto do medo e da histeria coletiva incentivada pelo espetáculo midiático, fora pego o projeto conhecido como projeto Azeredo, e encurtado, para resultar no artigo 154-A do Código Penal. Como visto, grande parte das condutas cibernéticas referidas não foram abarcadas pela lei brasileira, limitando-se esta a um caso ocorrido com uma atriz brasileira.

O legislador brasileiro optou (mais uma vez) pela incriminação dos usuários, porém, desconhece a responsabilidade das empresas fornecedoras do serviço, e que mais lucram com isso.

O quarto capítulo aborda o conceito de sociedade e de Risco de Ulrich Backer. Usa-se as teorias que apresentam os efeitos da pós-modernidade nas sociedades atuais, para verificar os sistemas informáticos e o processo de modernização (ou de desmodernização) do Direito Penal.

Como consequência da pós-modernidade, tem-se o Direito Penal moderno e as novas perspectivas do Sistema informático.

Desse modo, no quinto capítulo, busca-se conhecer o Direito Administrativo sancionador e as agências reguladoras, onde se buscou verificar a possibilidade da migração das condutas tipificadas do Sistema penal, para o sistema do Direito Administrativo.

Assim, analisando a tese central, que preceitua a impossibilidade da tipificação dos crimes cibernéticos próprios, duas possibilidades surgem:

- a) Não é possível a adequação da estruturação dos tipos penais cibernéticos pois, sua utilização gera uma antinomia com o sistema de Direito Penal Clássico.
- b) Além do problema de cunho dogmático, há o problema de conhecimento técnico do legislador e do aplicador do direito, resultando em uma ineficácia tanto na incriminação das condutas (e com a consequente prevenção do delito) quanto na compreensão da conduta, dificultando o juízo de tipicidade.

Partindo desses dois pontos, conclui-se que a migração das condutas cibernéticas para o Direito Administrativo representa uma maior efetivação da

prevenção, dado a dinâmica do processo normativo e uma maior adequação e conhecimento das condutas, pela possibilidade de uso do técnico.

O dilema seria na possibilidade do controle ou regulação por meio de agências reguladoras. Conforme analisado no quinto capítulo, as agências reguladoras são um instrumento de controle eficaz nos países de economia forte. De fato, seu uso fora associado, inicialmente, à regulação econômica.

Primeiro, a crítica que poderia se insurgir sobre esse processo de migração da regulação do Direito Penal para o sistema de Direito Administrativo, estaria na questão normativa. No que se refere às normas, pode-se concluir que a distinção entre a intervenção penal e a administrativa na tutela da regulação de condutas, situa-se quase que exclusivamente na natureza política da sanção cominada em cada um dos setores.

Não há um conteúdo que distinga as normas de cada um, já que no processo de expansão do Direito Penal Moderno, o conteúdo limitador do conceito de bem jurídico foi, paulatinamente, deixando a dogmática dos crimes que passaram pelo processo de modernização do Direito Penal. Por isso, desses crimes, a exemplo do Direito Penal Econômico, se distinguem do Direito Administrativo apenas por uma escolha política do legislador.

O efeito da contaminação da política criminal é uma das causas dessa incapacidade do legislador em racionalizar e de construir tipos lógicos. Se as condutas modernas devem ser coibidas, por contrariarem os interesses da ordem social, deve-se pensar na melhor forma de uma coibição de condutas, e que a acompanhe a dinamicidade delas. Não é o caso em questão. A distinção entre os setores de atuação, se dá pela escolha política, direcionada por um desejo vingativo de punição, resultando em uma diferenciação apenas na aplicação da modalidade da sanção

Por isso, nesta pesquisa, percebeu-se que o processo de expansão do Direito Penal é um paulatino retrocesso no seu conteúdo e cientificação. Esse retrocesso tem repercussões diretas na formulação das normas penais e de aplicação de sanções.

Esse retrocesso é ampliado, quando o legislador incrimina de forma equivocada as condutas que se busca coibir. A técnica utilizada na confecção dos tipos penais é rudimentar. Os núcleos do tipo são mal utilizados e geram confusão na sua aplicação, à exemplo do artigo 154-A, do código penal

brasileiro. Esse tipo penal tem como núcleo do tipo o verbo “invadir”. A ação de invasão é uma ação típica do mundo real, não do mundo virtual. O verbo mais correto seria acessar. Diante da tipicidade, e do uso da taxatividade (princípio da taxatividade), não se poderia aplicar esse tipo. Além disso, o bem jurídico é indeterminado, afastando a possibilidade de análise da tipicidade material, do princípio da lesividade, e do princípio da insignificância. Também a competência territorial se tona um problema. Não se sabe ao certo onde o crime foi realizado ou teve sua consumação. Não é difícil de perceber, que as vezes é difícil descobrir se houve ação humana. Se for utilizado o exemplo das inteligências artificiais, não se saberia ao certo como responsabilizar um usuário que, utilizando um sistema de inteligência virtual no mercado de ações, causa um prejuízo gigantesco.

Quem provocou o delito se a inteligência analisa o cenário e ela compra e vende ação de acordo com sua escolha, e não o a escolha do usuário? Tal incriminação do usuário se daria alheia ao princípio da culpabilidade.

Por outro lado, a aplicação das normas é ligada ao conhecimento da conduta e do tipo penal. No caso das condutas cibernéticas, o conhecimento da cultura cibernética se torna indispensável, dado a sua dinamicidade e caráter técnico. Protocolos, IP, mecanismos de ligação, procedimento autômatos, e muito mais, são parte dos conhecimentos necessários para se entender as condutas no plano cibernético. Esse conhecimento não pode ser exigido do legislador nem do aplicador do direito. Tal uso depende diretamente de conhecimento técnico especializado. Esse conhecimento é típico das agências reguladoras.

A capacidade técnica é uma ferramenta indispensável na regulação do sistema informático, já que a má regulação pode tornar inviável o uso da rede informática por parte da camada chamada de cultura dos usuários (apresentada por Castells no quarto capítulo). A regulação feita de forma rápida e flexível, pode ser feita por meios do Direito Administrativo e o uso do Direito Administrativo Sancionador.

E que não se confunda essa solução aqui apresentada pela solução formulada por Hassemer e seu Direito de Intervenção. O Direito de intervenção Hassemeriano é fruto de um processo de afastamento do Direito

Penal, que faria surgir um novo ramo do Direito, onde se flexibilizaria os princípios constitucionais. Não é o caso em questão. Defende-se que o Direito Administrativo é ainda mais garantista do que as normas criadas pelo processo do Direito Penal Moderno.

O Direito Administrativo é dotado da mesma legalidade que o direito penal, mesmo que usados e interpretados de forma diferente. O nascedouro iluminista comum aos dois ramos demonstra a afirmativa.

Ademias, com o advento da Constituição de 1998, o Direito Administrativo brasileiro foi gradativamente passando por um processo de adequação constitucional. Hoje, pode-se perceber que em muitos aspectos, ele se tornou mais democrático que o sistema penal (fruto do Direito Penal Moderno).

Por isso, as formas de controle e fiscalização que os Estados republicanos oferecem, são capazes de limitar e fiscalizar o processo regulatório e sancionador dessas agências reguladoras, como a ANATEL, o que impede o arbítrio do Estado.

A consequência da pesquisa navega pelo entendimento de que não é possível se falar em uma construção de uma dogmática própria dos crimes cibernéticos, pelo fato de confrontar toda a dogmática do Direito Penal Clássico, não respeitando a legalidade e nem tão pouco a teoria do tipo penal.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALBOQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ALIMENA, Bernardino. **Introdução ao Direito Penal**. Tradução de Maria Fernanda de Carvalho Bottallo. São Paulo: Editora Rideel, 2007.

ALVES, Roque de Brito. **Direito penal: Parte geral**. 7ª Edição. Recife: Edição do Autor, 2014.

AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AMBOS, Kai. **Direito Penal do inimigo**. Disponível em <[http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_PENAL\\_2008\\_Kai\\_AMBOS.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_PENAL_2008_Kai_AMBOS.pdf)>. Acessado em março de 2009.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008

AROSSI, Gustavo. **Francisco de Vitória: Fundador do moderno direito das nações**. Disponível em [https://www.univates.br/media/graduacao/direito/FUNDADOR\\_DO\\_MODERNO\\_DIREITO\\_DAS\\_NACOES.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/FUNDADOR_DO_MODERNO_DIREITO_DAS_NACOES.pdf). Acessado em 04 de dezembro de 2016.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal la ley y el delito**. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1997.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda; e FACCINI NETO, Orlando. **O bem Jurídico-penal: Duas Visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal y el estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. **Principios constitucionales de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá: EDITORIAL TEMIS S. A., 1996.

BALESTRA, Carlos Fontan. ***Direcho Penal. Introduccion y parte general.*** Buenos Aires: Abeledo-Perrot editor, 1998.

BARLOW, John Perry. ***A Declaration of the Independence of Cyberspace.*** Disponível em <https://www EFF.org/cyberspace-independence>. Acessado em 02 de abril de 2018

BARATTA, Alessandro. ***Criminología y sistema penal.*** Buenos Aires: Editora D de F, 2004.

BASTOS, João José Caldeira. ***Curso crítico de Direito Penal.*** 2 edição. Florianópolis:Conceito Editorial, 2008.

BATISTA, Nilo. ***Introdução crítica ao direito penal.*** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BAUMER, Zygmunt. ***A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008a.

\_\_\_\_\_. ***Medo líquido.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008b.

\_\_\_\_\_. ***Vida Líquida.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007a.

\_\_\_\_\_. ***Tempos líquidos.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007b.

\_\_\_\_\_. ***O mal-estar da pós-modernidade.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMANN, Jurgen. ***Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*** *Introducción a la sistemática sobre la base de casos.* Buenos Aires: Editora Depalma, 1973.

BECCARIA, Cesare. ***Dos delitos e das Penas.*** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BECK, Ulrich. ***Sociedade de risco.*** Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELCHIOR, Luiza. ***Crimes na internet rendem mais que tráfico de drogas no Brasil, diz PF.*** In folha on line. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/foalha/informatica/ult124u403907.shtml>>. Acessado em 20 de dezembro de 2008.

BELING, Ernest. ***Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in elbstdarstellungen.*** Leipzig: Hans Planitz, 1925.

\_\_\_\_\_. ***Esquema de Derecho Penal e la doctrina del delito-tipo.*** BUENOS AIRES: EL FORO, 2002.

BERGER, Peter Ludwig; e LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

BERGER, Peter Ludwig. **A dessecularização do mundo: uma visão global**. In: *Religião & Sociedade*. Vol. 22. Nº 1. Rio de Janeiro: ISER, 2001

\_\_\_\_\_. **O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião**. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 1985.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: EDITORIAL HAMMURABI, 1995.

BIRNBAUN, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editora B de F, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **A lei penal em Francisco de Vitória e a matriz dogmática do Direito Penal contemporâneo**. In *Revista de Estudos Criminais*. Número 55. Outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Introdução às idéias jurídicas da modernidade**. IN *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Cláudio Brandão; Ricardo Freitas: Nelson Saldanha (coords.). São Paulo: Atlas, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Tipicidade penal**. Dos elementos da Dogmática Penal ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **A lei Penal no Tempo e no espaço**. In *Ciências criminais no século XXI- estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teorias da conduta no direito penal**. Disponível em [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_148/r148-05.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_148/r148-05.pdf). Acessado em 12 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal**. Disponível em

<[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_136/r136-04.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_136/r136-04.pdf)>. Acessado em 15 fevereiro de 2009a.

\_\_\_\_\_. **O significado político-constitucional do Direito Penal.** Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18648/Significado\\_Pol%C3%ADtico\\_Constitucional.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18648/Significado_Pol%C3%ADtico_Constitucional.pdf?sequence=2)>. Acessado em 11 de agosto de 2009b.

BRANDÃO, Cláudio; e OLIVEIRA, Pedro Rubens. **Legalidade e cristianismo: Aproximação hermenêutica** in Revista Duc In Altum Caderno de Direito. vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009c.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte geral. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal.** Parte geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Perigosidade Criminal e Medida de Segurança.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 4.º Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de derecho penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena.** Madrid: Editorial Troffa, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 61, 2006

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal-Parte Geral.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático.** São Paulo Sarava, 2013.

CAMPOS, Tomas Cano. **Derecho Administrativo Sancionador.** In *Revista Española de Derecho Constitucional.* Ano 15. NUMERO 43. Madrid, 1995.

CANTARELLI, Margarida. **Francisco de Vitória, a doutrina colonial para o novo mundo.** IN História do Direito e do Pensamento Jurídico em

Perspectiva. Cláudio Brandão; Ricardo Freitas; Nelson Saldanha (coords.). São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Poder, política y derechos humanos.** In Revista ESMAFE-Escola de Magistratura Federal da 5a. Região. TRF 5a. Região. Recife, 2009.

\_\_\_\_\_. **O tratado de Roma e o sistema da justiça penal internacional: Os princípios.** In Ciências criminais no século XXI- estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

\_\_\_\_\_. **La coza juzgada(ne bis in idem) y la defensa do acusado em la corte penal internacional.** In Revista da ESMARFE n 4. Recife, dezembro de 2002.

CARVALHO, Karina da Rocha; et alii. **Crimes praticados na internet: breves visão da necessidade de uma legislação penal para tutelar os bens jurídicos na rede mundial de computadores.** In Ciências criminais no século XXI- estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **SUCESSÃO DE LEIS PENAIS.** 3ª edição. Coimbra, 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede.** São Paulo: Paz e terra, 2016.

\_\_\_\_\_. **A galáxia da internet.** Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: ZAHAR editora, 2003.

CASTRO, José Roberto Wanderley de. **O pensamento do professor René Ariel Dotti e a aplicação do art 20 da lei 7.716/1989.** IN BUSATO, Paulo César *et al.* Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Editora EDITORA GZ, 2016

CASTRO, Aldemario Araujo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>> Acesso em 15 de setembro de 2016.

CAVALCANTE, Andréa de Fátima Araújo. **A atipicidade dos Crimes cibernéticos no Brasil e a impunidade: uma análise crítica.** Disponível em:

<[http://repositorio.favip.edu.br:8080/bitstream/123456789/866/1/Monografia+Andrea+de+F%C3%A1tima+Ara%C3%BAjo+Cavalcante](http://repositorio.favip.edu.br:8080/bitstream/123456789/866/1/Monografia+Andrea+de+F%C3%A1tima+Ara%C3%BAjo+Cavalcante.pdf)>.pdf. Acesso em 13de setembro de 2016.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos**. In Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 84, 2012.

\_\_\_\_\_. **A “reserva de densificação normativa” da lei para preservação do princípio da legalidade**. In Revista Duc In Altum Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009.

CHRISTIE, Nils. **El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias** in YOUNG, Jock *et alii*. **Criminología Crítica y control social**. "El Poder Punitivo del Estado. Buenos Aires: editorial Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGS em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fábris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal y control social**. Espanha: Fundacion Universitaria de Juevez, 1985.

COSTA, José de Faria. **Beccaria e o Direito Penal: Três Estudos**. Coimbra: editora Coimbra, 2015.

CONNOR, S.. **Cultura Pós-Moderna: introdução às teorias do contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa. O Sistema Totêmico na Austrália**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Informática e Criminalidade**. Ribeirão Preto: Editora Nacional de Direito, 2001.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal: Parte geral**. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Português**. Parte geral I. Lisboa: Verbo Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **Tipicidade como técnica do direito Penal**. Lisboa: imprensa Luscas, 1935.

FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO**. Teoria do garantismo Penal. 2 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Direito Penal, contravenções penais e direito administrativo sancionador**. In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. vol. 7, nº 1. jul 2013.

FILLIA, Leonardo César; et ali. **Analisis integrado de la criminalidade informática**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. México: Editorial Purruá S/A, 2000.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. **Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do Direito Penal mínimo à maximização da violência punitiva** in Revista Duc In Altum Caderno de Direito. vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **A legítima defesa da honra e o 'commodus discessus': um enfoque axiológico**. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf\\_156/R156-04.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_156/R156-04.pdf)>. Acessado em 11 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **As Condições da pesquisa científica em direito penal**. In Ciências criminais no século XXI- estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

\_\_\_\_\_. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Estado brasileiro: repercussões na organização judiciária e construção da nação**. In Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano I, n.º 3, abr./jun., 2002b.

\_\_\_\_\_. **Razão e sensibilidade.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Historia da Violência nas Prisões.** 33. ed. São Paulo: Vozes, 2007.

GENOVESE, Francesco Antonio. ***I reati a mezzo internet e il radicamento della giurisdizione negli stati nazionali.*** In *cybercrime: conferenza internazionale- la convenzione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica.* Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

GRACIA MARTÍN, LUIS. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica ao discurso de resistência.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

GUALDI, B Carlo. ***Reati informatici e reati commessi con strumenti informatici.*** . In *cybercrime: conferenza internazionale- la convenzione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica.* Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

GIDDERS, Anthony. **As Consequências da Modernidade.** Tradução de Raul Fiker. 5ª reimpressão. São Paulo: Editora UNESP da Fundação para o Desenvolvimento da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GUIMARÃES, Guilherme. **Informática e Criminalidade.** Primeiras linhas. Ribeirão Preto: Editora Nacional de Direito, 2001.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna.** São Paulo: Loyola, 1993.

HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente por meio do direito penal.** Disponível em <<http://www.fd.unb.br/revista/4/parte3.PDF>> . Acessado em 02 de agosto de 2009a.

\_\_\_\_\_. **Doutrina do método jurídico e pragmática judicial.** Disponível em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2009b.

\_\_\_\_\_. **Culpabilidade.** Disponível em <<http://www.msmdia.com/itec/revista/02%20Culpabilidade%20-%20Hassemer.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2009c.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal.** In REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA CRIMINAL – REDHPC. N 2. Porto Alegre: 2008. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32318/public/32318-38755-1-PB.pdf>>. Acessado em agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. Fundamentos, Estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

\_\_\_\_\_. **Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas del derecho penal futuro**. In Revista Penal. Ano I. Numero 1. 1998.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, outubro, 1994.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: tirant li blanch, 1989.

HERNÁNDEZ, Ramón. **The Internationalization of Francisco de Vitoria and Domingo de Soto**. In Fordham International Law Journal. Volume 15, Issue 4. 1991

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Atualização por René Ariel Dotti. 6 edição. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014.

\_\_\_\_\_. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. In Revista de direito administrativo. V. 1. Número. 1, Rio de Janeiro: DASP, 1945.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal**. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo- noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: THOMSON E CIVITAS, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Ação e omissão no direito penal**. Baruerí: Manole, 2003b.

\_\_\_\_\_ e RUENSEE Eberhardst. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do Direito Penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JESUS, Damásio; e MILAGRE, José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JONES, Chris. **E.u. action against cybercrime**. In *cybercrime: conferenza internazionale- la convencione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica*. Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

KASPERSEN, Henrik. W. k. **The making of the cybercrime convencion implementing the cybercrime convencion in dutch Criminal Law**. In *cybercrime: conferenza internazionale- la convencione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica*. Milano: dott. A. Giuffre editore, 2004.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: editora Rio, 1976.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Editora Foco jurídico, 2017.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LÉVY, Pierre. **A esfera Semântica**. Computação, cognição, economia da informação. São Paulo: Annablume, 2014.

\_\_\_\_\_. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **O que é virtual?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

\_\_\_\_\_. **As tecnologias da inteligência**. O futuro do pensamento na Era da Informática. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LIMA, Newton de Oliveira. **Cultura e direito na pós-modernidade**: análise sob um enfoque atualizador da teoria dos valores de Gustav Radbruch. Disponível em <<http://www.diritto.it/archivio/1/27002.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2009.

LYNCH, JR., John T. **The council of Europe cybercrime convencion and the experience of the United States**. In *Cybercrime: conferenza internazionale- la convencione del consiglio d' europa sulla criminalita informatica*. Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna** Rio de Janeiro: José Olympio, 2009

MACEDO, Danilo. **Tentativa de invasão a sites do governo foi a maior já registrada**. Notícia postada em 22 de junho de 2011. Disponível em <<http://br.noticias.yahoo.com/tentativa-de-invas%C3%A3o-a-sites-do-governo-foi-a-maior-j%C3%A1-registrada.html>>. Acesso em 23 de junho de 2011.

MAZZILLI NETO, Ranieri. **Os caminhos do Sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MARTELLI, Stefano. **A religião na sociedade Pós-Moderna**: entre secularização e dessecularização. Tradução de Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulinas, 1995.

MANTOVANI, Fernando. **El siglo XIX y las ciencias Criminales**. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2000.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General**. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

MIR, Jose Cerezo. **Derecho Penal Español. Introducion a teoria Del Delito**. 3ª edição. Madri: tecnos, 1990.

\_\_\_\_\_. **Limites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo**. III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal, Universidad Santiago de Compostela, 1975

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método**. Buenos Aires: B de F Ltda., 2003.

\_\_\_\_\_. **El Derecho Penal em el estado social e democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994

MOREIRA NETO, Diogo de figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de janeiro: Renovar, 2003.

MUÑOZ QUIROGA, Antonio. **El principio non bis in idem**. Revista Española de Derecho Administrativo, n.45, 1985.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEDELEC, M. Bruno. **Le France et la cybercriminalite**. . In *cybercrime: conferenza internazionale- la convencione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica*. Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar**. In REVISTA ACADÊMICA da Faculdade de Direito do Recife, v. 89, 2017.

\_\_\_\_\_. **Há uma discricionariedade técnica?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Volume 26. Número 28, 2016.

\_\_\_\_\_. **Princípios retores da desapropriação.** In Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 14<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUÑEZ, Juan Antonio Martos. **Derecho Penal Economico.** Madrid: Editorial Montecorvo, 1897.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende oliveira. **A constitucionalização do Direito Administrativo.** O princípio da judicidade a releitura da legalidade administrativa e a legalidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da ciência do Direito Penal.** Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública.** Coimbra: Almeidina, 2003.

PAESANI, Liana Minardi. **A evolução do Direito digital: sistemas inteligentes, a lei 12.737/2012 e a privacidade.** In PAESANI, Liana Minardi. O Direito na sociedade da informação III. A evolução do Direito Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PIGNATONE, Giuseppe. **La ciminalita informática in Italia.** . In *cybercrime: conferenza internazionale- la convencione del consiglio d' Europa sulla criminalita informatica.* Milano: Dott. A. Giuffre editore, 2004.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo.** Biblioteca de teses. São Paulo: Renovar, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constitucional.** São Paulo: Editora dos tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica em derecho brasileño.** In revista de Derecho Penal y Criminología. 2<sup>a</sup> Época. núm. 6, 2000. Disponível em <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_62.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_62.pdf)>. Acessado em 11 de julho de 2010.

QUISBERT, Ermo. **Historia del Dereche Penal através da las Escuelas Penales Y sus Representantes.** Centro de Estudos de Derecho, 2008.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. **Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal. Parte Especial**. Tomo I. Direito Penal Informático Digital. (Contribuição para a fundamentação de sua autonomia dogmática e científica à luz do novo paradigma de investigação criminal: a ciência forense digital e a prova digital). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROSSINI, Augusto. **Informática, telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memoria Jurídica Editora, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. la estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos de Direito Penal**. São paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **O poder normativo das agências reguladoras**. In Revista de Direito Administrativo. Número 227. Rio de Janeiro, 2002.

SEMINARA, Sergio. **I reati informatici tra Diritto Penale, Politica Criminale ed evoluzione tecnologica**. Disponível em <<http://informaticagiuridica.unipv.it/convegni/2007/pdf/Seminara.pdf>>, acessado em junho de 2010.

SERRA ROJAS, Andres. **Derecho Administrativo**. México: Editorial Purruá S/A, 1977.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. In Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 197 jan./mar. 2013. Páginas 65- 74. Disponível em <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p65.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf)>. Acessado em novembro de 2017.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. "**Prêt à jeter**": **Obsolescência programada e teoria do decrescimento frente ao direito ao desenvolvimento e ao consumo**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f50a6c02a3fc5a3a>>. Acessado em dezembro de 2017.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e Sistema informático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paulo Quintiliano da. **Crimes cibernéticos e seus efeitos internacionais**. Disponível em <<http://www.icofcs.org/2006/ICoFCS2006-pp02.pdf>>, acessado em janeiro de 2010.

SILVA, Patrícia Santos da. **Direito e crime cibernético**: análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais. Brasília: Vestnik, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet**. Bauru: Edipo, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHÜNEMANN, Berd. **Estudos de direito penal, processo penal e filosofia do direito**. São paulo: Marcial Pons, 2013.

SOLER, *Sebastián*. **Direcho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina- TEA, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 03. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal da Neligência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teorias do delito**. variações e tendências. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

TOFFLER, Alvin. **O choque do futuro**. Rio de janeiro: Record, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a lei n ° 7209 de 11/07/1994 e com a constituição de 1988. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Do Tipo Penal**. São Paulo: editora Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Os elementos negativos do tipo penal**. Revista da faculdade de Direito da UFMG. n. 61. Belo Horizonte, 2012.

VITÓRIA, Francisco. **De legibus**. Salamanca: Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: editorial B de F, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editara, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo III. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editara, 1998.

\_\_\_\_\_. **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: ediar, 1998.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes Modernos: O impacto da tecnologia no Direito**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

ZARANTONELLO, Gianluigi. **La responsabilità degli Internet Service Provider (ISP)**. Disponível em <<http://www.gianluigizarantonello.it/docs/provider.pdf>>, acessado em junho de 2010.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: editora B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos aires: Roque Depalma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editora Depalma, 1951.

WIEAKER, Frans. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade**. O uso Humano de seres humanos. São Paulo: editora Cultrix, 1993.