



ISABELLE REZENDE DE CASTRO

O Impacto da Tecnologia sobre o Direito Penal

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito na especialidade de
Direito e Segurança

Orientador:
Doutor Felipe Pathé Duarte, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2023

O Impacto da Tecnologia sobre o Direito Penal

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

Isabelle Rezende de Castro

O impacto da tecnologia sobre o Direito Penal

Dissertação de Mestrado com vista à
obtenção do grau de Mestre em Direito e
Segurança

Sob a orientação do Professor Doutor Felipe Pathé Duarte, Professor
da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Março de 2023

Declaração anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética disciplinar.

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus pela força de continuar essa dissertação após um ano difícil.

Agradeço aos meus pais pelo apoio incondicional e por nunca me deixarem desistir.

Por fim, agradeço ao Professor Doutor Felipe Pathé Duarte pela ajuda preciosa, e ao Professor Doutor Armando Marques Guedes pela amizade e palavras de apoio.

Abreviaturas

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
EUROPOL	Agência da União Europeia para a Cooperação Policial
LC	Lei do Cibercrime
MFA	Movimento das Forças Armadas
MP	Ministério Público
Nº	Número
p.	Página
pp.	Páginas
ONU	Organização das Nações Unidas
ss.	Seguintes
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e crime
UE	União Europeia
Vol.	Volume

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a análise da globalização frente à expansão penal. A partir da necessidade de se adequar à aparição de novos bens jurídicos, verificou-se a importância de um aperfeiçoamento no que tange a lei penal em relação aos “novos delitos” existentes e uma avaliação acerca das sanções que devem ser compatíveis com o mesmo. Aborda-se o fenómeno da globalização e as suas consequências para a sociedade moderna, assim como uma possível necessidade de uma Cooperação Internacional para o enfrentamento desta nova realidade, que é a criminalidade virtual. Para tanto, foi realizado um estudo doutrinário acerca do tema, assim como foram expostos os novos elementos presentes do delito. Há um foco no pensamento do jurista Claus Roxin sobre a função do Direito Penal e sobre a ótica do jurista Gunther Jakobs acerca da função do Direito Penal em face de seu funcionalismo sistêmico, bem como possíveis soluções e opiniões a respeito dessa nova modalidade.

Palavras-chaves: Direito Penal. Expansão do Direito Penal. Código Penal. Globalização.

ABSTRACT

The present work discusses the analysis of globalization in the face of penal expansion. From the need to adapt to the appearance of new legal interests, it was verified the importance of an improvement regarding the criminal law in relation to the existing “new crimes”, as well as an evaluation about the sanctions that must be compatible with the same. The phenomenon of globalization and its consequences for modern society are addressed, as well as a possible need for International Cooperation to face this new reality, which is cybcrime. Therefore, a doctrinal study was carried out on the subject, as well as the new elements present in the crime. There is a focus on the thought of jurists Claus Roxin and Gunther Jakobs in relation to the subject, as well as possible solutions and opinions regarding this new modality.

Keywords: Criminal Law. Expansion of Criminal Law. Criminal Code. Globalization.

Índice

1	Introdução.....	9
2	Justificação do tema.....	11
3	Problemática.....	13
4	Metodologia.....	14
5	A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL.....	15
5.1	A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DE CLAUS ROXIN.....	15
5.2	A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL EM FACE DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS.....	21
6	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	29
6.1	A EXPANSÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO PARA O DIREITO PENAL.....	47
7	<i>O DIREITO PENAL FRENTE À CRIMINALIDADE MODERNA</i>.....	55
7.1	O Cibercrime.....	59
8	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL.....	66
8.1	PROCESSO PENAL PORTUGUÊS.....	76
9	COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.....	80
10	CONCLUSÃO.....	84
11	BIBLIOGRAFIA.....	88

Introdução

O presente estudo versa sobre o impacto da tecnologia sobre o Direito Penal, bem como a expansão do Direito Penal, e a necessidade que a mesma possui de se adaptar e adequar em relação à aparição de novos delitos dentro da evolução da sociedade moderna, é sabido que com o passar dos anos, e a transformações que surgem no caminho, os direitos fundamentais das pessoas também mudam conforme o surgimento de novas ameaças para tais bens, ou seja, devem se adaptar a “nova realidade”, tendo em vista que os problemas e desafios evoluem juntamente da sociedade, muitas vezes através da globalização e suas vertentes como a tecnologia e a *internet*, que acabam por facilitar os meios de conduta, onde envolvem âmbitos internacionais.

Os desafios contemporâneos da segurança de uma sociedade são diversos, o que demonstra a necessidade da legislação se adequar à possíveis aparições de novos bens jurídicos, verificou-se, que é de suma importância o aperfeiçoamento das leis penais presentes em vigência em relação às novas infrações que surgiram com o decorrer da era digital, assim como uma avaliação quanto a compatibilidade das leis penais existentes a respeito disso.

As novas tecnologias de informação, assim como as de comunicação apresentam uma crescente evolução, trazendo consigo uma brusca mudança na vida do homem em sua maneira de viver e de se relacionar. O mundo passou por uma grande transformação onde todos estão interligados. A sociedade está diretamente ligada a esta nova superfície que trouxe diversos benefícios, entretanto, apesar disto, a rede também demonstra ser promissora de perigos e desafios.

A *internet* é o motor da mudança, onde o ciberespaço tornou-se o palco da sociedade onde a comunicação se permite acontecer de inúmeras maneiras em qualquer lugar. Como se pode perceber, as possibilidades acerca da *internet* são distintas e inimagináveis, e no âmbito económico e social há variados benefícios para a sociedade, mas também traz consigo uma fragilidade tendo em vista a existência das práticas criminosas através da *internet*, onde existem numerosas ameaças contra a sociedade e ao Estado.

O corpo da dissertação está dividido em cinco seções sendo a primeira, a segunda, a terceira e a quarta divididas em duas subseções.

A primeira seção intitulada “A função do Direito Penal” trata acerca da função do Direito Penal sob a ótica de dois autores, Claus Roxin e Gunther Jakobs.

A segunda seção intitulada “A expansão do Direito Penal” trata sobre a expansão da tipificação das condutas criminosas, o perigo e a necessidade acerca da expansão do Direito Penal, assim como os desafios enfrentados a partir da globalização.

A terceira seção intitulada “O Direito Penal frente à criminalidade moderna” aborda a preocupação em torno dos novos delitos que surgem a partir do fenômeno da globalização, bem como o *cibercrime* e suas possíveis definições e modos de atividade.

A quarta seção intitulada “Os Direitos Fundamentais e o Processo Penal na era digital” aborda uma breve análise da evolução do Código de Processo Penal, bem como a necessidade de uma conciliação do devido processo legal e a expansão de crimes provenientes da globalização.

A quinta e última seção intitulada “Cooperação Internacional” visa a necessidade da mesma, em matéria penal, para o enfrentamento da criminalidade virtual.

Justificação do tema

A globalização é um processo de aperfeiçoamento em relação a integração económica, social, cultural e política entre os mais diversos grupos sociais existentes no mundo¹. O processo de globalização influencia a sociedade desde os primórdios de sua existência². Este fenómeno facilita os contatos sociais e essa permuta de conhecimento de culturas e mercados, porém, apesar da globalização trazer consigo diversas inovações a nível tecnológico e que tenha modificado o estilo de vida da sociedade, transferiu para o judiciário diversas brechas nas quais o mesmo não estava preparado.

A comunicação através da globalização, especialmente em relação ao surgimento da *internet*, trouxe uma facilidade nas relações económicas fazendo com que houvesse um sistema ágil e eficaz para a transferência de capital e comercialização de ações a nível mundial. A extensão de tais serviços e a sua execução célere permitiu que as redes criminosas realizassem investimentos, pagamentos ou transferências bancárias, aproveitando-se das oportunidades que a *internet* oferece, “o crime se adapta às novas formas de socialização”³. Sendo assim, Paesani afirma:

A internet é vista como um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de lugar e tempo (PAESANI, 2000, p. 25)

Assim como Correia, no mesmo segmento, complementa:

A internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando assim, um intercâmbio de informações sem precedente na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras (CORREIA, 2002, p. 11)

Sendo assim, a globalização passou a ser um propulsor das novas formas de criminalidade organizada, em destaque transnacional, que veio a se

¹ SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da Silveira. Efeitos da Globalização e da Sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas. “Influências da Internet nas culturas locais e na relação com a cultura global”. 2012. Disponível em < <https://www.scielo.br/j/pcp/a/TwtP4fS3hfWVmx9HptM7pLn/?lang=pt> > Acesso em 13/03/2023

² RAMALHO, Néilson Alves. Processos de Globalização e problemas emergentes: implicações para o serviço Social Contemporâneo. “Introdução”. 2012. Disponível em < <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/9mQKJNrshQQhky8pmS5b9yB/> > Acesso em 13/03/2023

³ RODRIGUES, Anabela M. “Criminalidade Organizada – Que política criminal” in Direito Penal Europeu Económico. Coimbra Editora, 2009, Vol. 3, p. 191 e ss.

adaptar e aproveitar das facilidades de transação e das lacunas existentes na legislação.

Assim, a escolha deste tema justifica-se essencialmente em compreender os riscos existentes a partir da tecnologia sobre o Direito Penal, assim como o mesmo comporta-se a partir desta nova era, com o surgimento de novos bens jurídicos, bem como, os novos delitos, tendo em vista que o foco é a proteção da dignidade e personalidade humana na atual sociedade de informação e era digital, o que parece ser um grande desafio, já que o alvo são os próprios direitos fundamentais.

Problemática

Neste trabalho propõe-se a identificar e analisar os perigos existentes por trás da tecnologia e da *internet* sobre a sociedade e como impacta a efetividade do Direito Penal, tal como observar o devido processo legal em face da expansão de novas práticas delituosas. Para tanto, observa-se e se analisa as relações estabelecidas na utilização das tecnologias de informação e comunicação, bem como a necessidade de uma possível solução para conciliar o devido processo legal e a expansão de crimes cibernéticos.

Assim, as perguntas de base levantadas são as seguintes:

I – Como a tecnologia e a *internet* afetam a segurança do Estado e da sociedade?

II – Como tal expansão pode prejudicar a eficiência do Direito Penal?

III – O que pode ser feito para que os direitos e garantias fundamentais não sejam mitigados em face de tal expansão?

Estas são algumas questões onde este trabalho se propõe a responder e verificar ao longo dos capítulos que o compõem.

Desta forma, no capítulo I discute-se a função do Direito Penal sob a ótica dos juristas Claus Roxin e Gunther Jakobs.

No capítulo II, proceder-se-á a análise da expansão do Direito Penal, assim como suas causas e efeitos, e as consequências trazidas através da globalização para o Direito Penal.

O capítulo III abrange a efetividade do Direito Penal frente à criminalidade moderna, e dedica-se à compreensão de possíveis definições e modos de atividade co *cibercrime*.

No capítulo IX, será dedicado aos Direitos Fundamentais e o Processo Penal na era digital, onde serão identificados e analisados a efetividade dos Direitos Fundamentais, e a evolução e atuação do Processo Penal nesta nova era, assim como a necessidade de se encontrar um equilíbrio necessário entre o processo legal e a garantia dos bens jurídicos dos seres humanos.

No capítulo X e último capítulo, aborda-se a necessidade da cooperação internacional juntamente dos Estados mediante os crimes cibernéticos, bem como uma harmonização legislativa internacional.

Metodologia

Para a elaboração da presente dissertação, o questionamento central está acerca da dúvida sobre a real efetividade da punibilidade do Direito penal em torno da evolução da tecnologia e da internet, assim como os impactos gerados através do fenómeno da globalização.

No que se refere à metodologia, o tipo de pesquisa adotado é a pesquisa teórica, bibliográfica, utilizando-se como principal meio de pesquisas de artigos científicos, doutrinas e biblioteca. A escolha da metodologia a ser utilizada submete-se à natureza da problemática, onde também se recorreu à revistas e materiais normativos, assim como legislações publicadas, com ênfase a Constituição da República Portuguesa⁴, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵, entre outros documentos com rigor científico e documental.

O tipo de análise adotada é a qualitativa tendo em vista que se analisa conteúdos e teorias acerca do assunto. O método de pesquisa utilizado é o dialético ao confrontar o problema de pesquisa, assim como contra-argumentar e examinar o problema, estudando teorias e opiniões de juristas e autores para obter uma conclusão.

Os desafios contemporâneos demonstram a necessidade da legislação se adequar ao aparecimento de novos bens jurídicos, assim como o aperfeiçoamento no que tange a lei quanto aos novos delitos. Sendo assim, é necessário compreender os perigos existentes por trás da tecnologia sobre o Direito Penal, onde observa-se o problema existente, assim como a efetividade deste âmbito. É de suma importância compreender a expansão das condutas delituosas nos últimos anos em face do crescimento do espaço de comunicação a partir deste fenómeno denominado globalização, assim como deve-se investigar a relação existente entre o Direito Penal e tal fenómeno. A análise do processo legal conforme a aparição de novos bens jurídicos é outro ponto de partida, bem como a busca de uma possível solução para conciliar o devido processo legal e a expansão de crimes praticados através da *internet*.

⁴ Constituição da República Portuguesa. 10ª edição. Porto Editora. 2021.

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em 14/03/2023

1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

1.1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DE CLAUS ROXIN

O Direito Penal é legitimado em face de uma finalidade, aquele possui uma função e por este motivo torna-se necessário na sociedade. Entretanto, definir o objeto da punição estatal é uma incumbência árdua. No viés de Claus Roxin (2009), não se trata de um problema apenas para o legislador, mas para a Ciência do Direito. O comportamento objeto do Direito Penal requer, em todo o caso, uma legitimação além da discricionariedade do legislador.

Claus Roxin (2009), ao pesquisar sobre a função do Direito Penal, observou o Direito Penal alemão no período pós-guerra cujo um dos pilares foi a limitação do poder de intervenção jurídico penal. Nesse sentido, tem-se que:

A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. O projeto alternativo alemão do ocidente de 1966, do qual fui co-autor, e que pretendia opor-se ao projeto do governo de então com uma política criminal alternativa moderna rezava, programaticamente, no artigo 2º, §1º: “As penas e as medidas de segurança servem para a proteção dos bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica” (ROXIN, 2009, p. 12).

Nesse íterim, o Direito Penal alemão sofreu uma mudança no âmbito dos crimes sexuais, a moralidade deixa de ser objeto de proteção no âmbito penal, não se considera mais a moralidade como um bem jurídico. Roxin (2009) cita como exemplo a homossexualidade entre adultos, até então considerada imoral, que foi dispensada de pena, observa-se que: “a homossexualidade é considerada hoje na Alemanha como uma forma especial, eticamente neutra, de orientação sexual” (ROXIN, 2009, p. 13).

Na visão de Roxin (2009), determinados comportamentos, ainda que imorais (como exemplo, o citado autor aponta a troca de casais ou as práticas de relações sexuais com animais), não são puníveis em razão da ausência de lesão a um bem jurídico. Claus Roxin (2009) é defensor da ideia da proteção de bens jurídicos como um instrumento para limitar a atuação do legislador penal na tarefa de criar crimes e cominar penas.

A ideia defendida por Roxin, encontrou adeptos, nesse sentido, deve-se citar Hassemer, que afirma que a proibição de um comportamento em razão de

uma ameaça punitiva que não protege um bem jurídico seria um “terror estatal” (ROXIN, 2009).

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. o que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. [...] Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves (ROXIN, 2009, p. 16-17).

Ante o trecho supracitado, depreende-se a ideia de equilíbrio, de coexistência, entre a intervenção do poder estatal e a liberdade civil. Roxin (2009) toma como base o modelo teórico de um Estado democrático de Direito, cujas normas jurídico-penais não podem ir além do necessário para assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, com a observância de todos os direitos humanos, nesse sentido, dispõe que:

[...] o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor (ROXIN, 2009, p. 17-18).

É nesse sentido a conceituação de *bem jurídico*: “Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino de bem jurídico.” (ROXIN, 2009, p. 18). Nesse sentido, entende-se que a administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são indispensáveis à garantia de uma vida segura e livre, logo, na visão de Roxin (2009), são considerados bens jurídicos.

O que vem a ser um bem jurídico nem sempre será delimitado previamente ao legislador, há casos em que o bem jurídico é criado pelo legislador, conforme elucida Roxin (2009), citando como exemplo as pretensões no âmbito do Direito Tributário. Faz-se necessário acrescentar que os bens jurídicos não são se limitam à individualidade.

Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais: ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral. Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um Estado de Direito liberal, desde o qual parte a minha argumentação (ROXIN, 2009, p. 19).

Para Roxin (2009), o conceito de bem jurídico é crítico com a legislação, servirá para mostrar ao legislador os limites de uma punição legítima, é nesse sentido que o citado autor traça alguns limites à atuação do legislador. O Direito Penal para ser legítimo depende da proteção de um bem jurídico.

O primeiro ponto tratado por Roxin (2009) é a inadmissibilidade de normas penais motivadas exclusivamente por ideologias ou que violem direitos fundamentais e humanos.

A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente. Estes dois princípios estão contidos na Constituição alemã e são também reconhecidos internacionalmente, isto é, obrigam o legislador (ROXIN, 2009, p. 20-21).

A mera transcrição do objeto da lei não é capaz, por si só, de fundamentar um bem jurídico, trata-se de outro limite imposto ao legislador, nesse ponto, Roxin (2009) cita o exemplo do direito penal alemão, que sanciona a aquisição de uma quantidade mínima de haxixe para o consumo pessoal, entretanto, questiona de que modo esta conduta diminui a coexistência livre e pacífica dos homens.

Atentados contra a moral não são capazes de justificar uma norma penal, aponta-se que: “Sempre que elas não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico” (ROXIN, 2009, p. 21). Nesse sentido, afere-se que não pode o legislador incriminar uma conduta em prol de resguardar apenas a moralidade.

Quanto à dignidade humana, Roxin (2009) aponta que nem todo atentado

contra aquela se trata de uma lesão a um bem jurídico. Para exemplificar, aponta como exemplo a modificação artificial de informação hereditária de uma célula germinal humana, que se trata de uma intervenção à gameta, que atenta, supostamente, contra a dignidade humana, hipótese em que haveria uma lesão ao bem jurídico, ocorre que caso a intervenção tenha por fim impedir doenças hereditárias maiores, não há lesão, uma vez que possibilitará melhores condições de vida e desenvolvimento.

Outro limite imposto ao legislador se deu no que tange a proteção de sentimentos, ter-se-á como proteção no âmbito penal apenas os sentimentos de ameaça.

Uma proteção de sentimentos que vá mais além do exposto não pode ser função do Direito Penal, pois o homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência. Por isso, passa-se do limite quando o Direito Penal alemão sanciona o fato de que alguém provoque escândalo público realizando uma ação sexual ou envio a alguém de uma publicação pornográfica sem que este a tenha solicitado. Muitas outras coisas podem ser desagradáveis para alguém, e precisamente o problema nos casos expostos se pode solucionar por si mesmo fazendo-se vista grossa ou retirando o documento. Em todo o caso, a liberdade e a segurança, da vida em comunidade não se afeta desta forma. Aqui a punição é uma reação desmesurada. Os assédios periféricos serão, ademais, objeto do Direito de polícia (ROXIN, 2009, p. 22-23).

O próximo obstáculo à atuação do legislador se refere à auto lesão. A consciente auto lesão não é passível de punição, uma vez que “a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo” (ROXIN, 2009, p. 23). A ressalva se dá em face de indivíduos vulneráveis, como os menores de idade, perturbados mentais etc. Ao tratar da auto lesão, Roxin (2009) aborda uma questão atual: a eutanásia. Em sua visão, não deve ser punível aquele que participou do suicídio, caso o indivíduo que tenha consentido com a morte tenha total responsabilidade. Assim compreende, ainda, quanto ao consumo de pequena quantidade de droga, de álcool e de tabaco.

As leis penais simbólicas representam outro limite imposto ao legislador, já que não buscam tutelar bens jurídicos.

Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o

apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado (ROXIN, 2009, p. 24),

Para ilustrar as leis penais simbólicas no direito penal alemão, Roxin (2009) cita como exemplo o Código Penal alemão que pune a negação ou a diminuição de importância dos delitos de genocídio perpetrados durante o regime do nacional-socialismo, em sua visão, a não aceitação de fatos históricos não enseja a aceitação de delitos, não menospreza a vida em comunidade dos homens que vivem hoje em dia, para ele: “O verdadeiro sentido da norma é apresentar a Alemanha de hoje como um Estado depurado que não oculta nem esquece os crimes da época de *Hitler*” (ROXIN, 2009, p. 24). Para o autor, a intenção é gloriosa, porém não protege um bem jurídico, trata-se, então, de um direito penal que não é legítimo.

Após tratar das leis penais simbólicas, Roxin (2009) atenta-se aos tabus, suas regulações não são bens jurídicos, não são passíveis de ser protegidas pelo direito penal. Para exemplificar, o citado autor traz à tona a questão do incesto.

Trago à colação somente o exemplo provocador do incesto, que está sancionado com pena no Direito alemão e com frequência em nível internacional apesar de não ser tão claro quais são os danos que surgem quando, por exemplo, irmão e irmã, como adultos e de comum acordo, têm relações sexuais entre si. A fundamentação que habitualmente se antepõe, de que se deve evitar malformações da prole, não é fundada. Pois, em primeiro lugar, de uma relação semelhante não resultam filhos em regra geral; em segundo lugar e dado o caso, estes filhos sofreram malformações em casos extraordinários; e, em terceiro lugar, a parte disso o Estado não tenta evitar danos hereditários, lançando mão de normas jurídico-penais como causa do respeito à esfera privada humana. Esta regulação protege, então, um tabu, transmitido desde os tempos primitivos da socialização humana que, independentemente do Direito Penal, hoje também é respeitado quase sem exceção; sem embargo, para sua proteção jurídico-criminal, não existe um motivo suficiente como já se reconheceu na época da ilustração (ROXIN, 2009, p. 24-25).

Por fim, Roxin (2009) entende que não se admite uma abstração incompreensiva dos objetos de proteção não devem ser reconhecidos como bem jurídico. Nesse sentido, faz-se necessário descrever de forma completa e suficiente um bem jurídico,

O conceito de bem jurídico defendido por Roxin (2009) resulta em uma restrição da punibilidade. Para ele, o princípio da proteção de bens jurídico serve como um norte de política-criminal, capaz de orientar o legislador. O Tribunal Constitucional da Alemanha afere acerca da admissibilidade de uma intervenção

jurídico penal por meio de princípio da proporcionalidade.

Poder-se-ia dizer que uma norma que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se posta encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional” (ROXIN, 2009, p. 27).

Assim, o direito penal para ser eficaz necessita ser proporcional ao tutelar um bem jurídico. No que tange o princípio da proteção de bens jurídicos, Roxin (2009) afirma que esta proteção não deve ser o único critério utilizado para legitimar os tipos penais. Na ciência penal alemã, assim como na brasileira, discute-se profundamente a permissão da punibilidade antes da lesão a um bem jurídico, questiona-se se é justificável em face do Estado de Direito.

No Direito Penal moderno, é cada vez mais comuns tipos penais cuja punibilidade se legitima antes da lesão ao bem jurídico (ROXIN, 2009). Para exemplificar, Roxin (2009) cita dois casos hipotéticos. No primeiro caso, tem-se a condução de um automóvel em estado de embriaguez quando não ocorre nenhum fato danoso. No segundo caso, o indivíduo faz desaparecer sua própria coisa para acionar o seguro, alegando que a coisa fora roubada. Nesse sentido:

[...] as duas regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos: o primeiro exemplo serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguros. O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos (ROXIN, 2009, p. 28).

Ante o exposto, observa-se que apesar de o princípio da proteção de bens jurídicos nortear a função do direito penal na visão de Claus Roxin, este não é o único fator que legitima a incidência do direito penal. Nesse sentido, Roxin (2009), ao analisar algumas críticas sobre a sua teoria, aponta a crítica de Stratenwerth, que deseja incluir no campo penal a proteção de animais e a proteção da sobrevivência das futuras gerações.

Eu também considero que o mau-trato de animais ou o extermínio de espécies animais devem ser penalizados da mesma forma que, por exemplo, a destruição que prejudica eficazmente a vida das futuras gerações. Poder-se-ia pensar que esses dois eventos contradizem a ideia de proteção de bens jurídicos, pois o atentado contra animais e as futuras gerações não afeta necessariamente a coexistência pacífica dos homens que vivem atualmente. Sem embargo, por isso não se

necessita renunciar ao princípio de proteção de bens jurídicos como o quer Stratenwerth. Somente há que ampliá-lo, fazendo extensivo o contrato social, mais além do círculo dos homens que vivem atualmente, à outras criaturas e às futuras gerações (ROXIN, 2009, p. 32-33).

Para exemplificar, a Constituição alemã dispõe: “O Estado protege os direitos fundamentais naturais da sobrevivência e os animais, em responsabilidade pelas futuras gerações” (ROXIN, 2009, p. 33). Outro ponto de suma importância tratado por Roxin (2009) diz respeito ao risco não permitido. O risco não permitido aponta para o injusto penal, como exemplo, o citado autor aponta o indivíduo que dirige um automóvel e por descuido da vítima comete um atropelamento, neste caso, o indivíduo ao dirigir um automóvel exerce uma atividade de risco, entretanto, tem-se um risco permitido, as regras de trânsito não foram violadas. Em contrapartida, caso o indivíduo descumprisse as regras de trânsito, o risco não seria permitido, caminhando para o injusto penal.

1.2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL EM FACE DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

No livro *Sociedade, Norma e Pessoa* é possível observar uma interpretação acerca da relação que Jakobs estabelece entre a sociedade, a norma e a pessoa, no qual pode ser observada também a relação quanto ao Direito Penal e a finalidade da pena. Através de uma perspectiva funcionalista sistêmica, o autor define a função do Direito Penal a garantia de uma identidade normativa da qual provém a garantia da configuração da sociedade. Tal definição acaba por tornar o Direito Penal totalmente indissociável da sociedade.

Ao estabelecer a relação entre Direito Penal e a sociedade, conclui-se que a norma, no que lhe diz respeito, é o que assegura as regras de configuração de uma sociedade, tendo em vista que a “a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo o caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção).” (JAKOBS, 2003, p. 10).

É necessário que haja a ponderação para que tais normas constituam a sociedade e assegure sua identidade, haja vista que as mesmas necessitam de uma estabilidade pelo fato de as mesmas não constituírem leis naturais, e sim de serem “normas feitas” (JAKOBS, 2003, p.12). Essas mesmas normas precisam de garantia, de tal modo que as normas jurídicas penais serem

sancionadas através de uma pena que as garantem, e a pena, por sua vez, ao afirmar a norma acaba por garantir a configuração de sociedade.

No que diz respeito às questões sobre o suposto assolamento do sujeito livre dentro desta análise funcional e que a norma não esclarece a finalidade dessas normas, Jakobs possui o pensamento de que a condução de uma sociedade não existe tendo em vista que a mesma só pode existir a partir de sujeitos livres, no qual estes sustentam a noção de sociedade. Sendo assim, para o funcionalismo jurídico-penal, não existe sociedade sem sujeitos livres, haja vista que são conceitos indissociáveis, logo, ao se falar de sociedade, o sujeito livre está abrangido.

Posto isso, a contraposição do sujeito e sua liberdade com o coletivismo estão equivocados, tendo em vista que o funcionamento da sociedade é o que permite a possibilidade das condições empíricas da subjetividade. Além disso, Jakobs fundamenta a utilização da sociedade, que já possui o sujeito livre, logo que o Direito Penal se ampara em uma compreensão aonde ao se referir ao sujeito será referido como uma pessoa, já que são cedidos as subjetividades e elementos psíquicos que tal sujeito possui pelo fato de existir a impossibilidade da compreensão destes conceitos.

Seguindo esta linha de pensamento, é equivocado dizer que o Direito Penal funcional despreza o sujeito, tendo em vista que, por qualquer que seja o descuido desse sujeito, existe a possibilidade de ocultação quanto a essa realidade que acaba por ficar a favor da visão objetiva do direito. Günther Jakobs é categórico quando afirma que o Direito Penal funcional não está destinado a um modelo social determinado. Sendo assim, a sociedade funcional e sua organização não provocam em nada quanto a sua configuração concreta, apenas aponta a existência de uma configuração de sociedade, seja lá qual for o seu modo de orientação.

Quanto à identidade social ela somente há de ser garantida a partir da existência do Direito Penal aonde afugenta a ideia de que a sua função é a de proteção dos bens jurídicos, e sim de tratamento de infração do direito, ou seja, da norma. Jakobs acaba por investir na análise e na explicação dos delitos de perigo abstrato que virão a dar suporte a sua teoria. Entretanto, para tal análise é necessária a visão de que uma sociedade complexa nunca se deu por satisfeita com normas que objetivam apenas proteger bens jurídicos de lesões, já que

determinados comportamentos sempre foram necessariamente definidos como perigosos, o que acabou por conduzir que passassem de pequenas infrações para um delito criminal, isto é, um acometimento contra a identidade social.

No que tange o aspeto de pessoa, a impossibilidade de se apreender a subjetividade dos partícipes de uma sociedade é levado em consideração, assim como que essa subjetividade só acontecerá através de manifestações, que condizem com as “objetivações que devem ser interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes” (JAKOBS, 2003, p. 31), e para a concordância de uma interpretação de conduta penal, Jakobs alude à pessoa e não o sujeito.

Sendo assim, o que leva o funcionalismo jurídico penal de Jakobs é a consideração da complexidade social que traz como resultado a sua pluralidade e massificação de contatos anônimos, fazendo com que o mesmo defenda a fixação objetiva de um comportamento no momento de se limitar uma infração. Logo:

Deve desenvolver-se um padrão conforme ao qual pode mostrar-se o significado vinculante de qualquer comportamento. E se quiser que esse padrão crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se sobre a base de “standards”, funções, estruturas objetivas. (JAKOBS, 2003, p. 33).

Para que haja a garantia da configuração de sociedade, o Direito Penal conforme Jakobs, o fato punível é como uma comunicação, uma expressão de sentido. Quando o autor afirma tal conduta acaba por destruir uma expectativa normativa e passa, nesta hora, a integrar a conduta que é decisiva quanto àquela sociedade. Sendo assim, nesse aspeto, a pena vai de contra a afirmação de que tal conduta seja decisiva para apontar que a conduta infracional não integra tal configuração social.

Ao seguir esse raciocínio, Jakobs foge do sentido da aplicação da pena quando há a consciência de que a pena não possui a finalidade de regenerar ou ressocializar o sujeito, e sim exclusivamente manter a própria norma, e a própria sociedade. Com essa perspectiva, o pensamento funcionalista sistêmico de Direito Penal como garantidor da identidade social, não há de serem atribuídas funções que não lhe competem, como por exemplo, a prevenção ou extinção de crimes.

A responsabilização do Direito Penal quanto à marginalização e

seletividade de certas classes em favor da manutenção de poder de outras, na visão de Jakobs, o Direito Penal e sua função em garantir a identidade social é a explicação. Ou seja, a sociedade por si só já seleciona, marginaliza e exclui tais classes e populações, e o Direito Penal, por sua vez, por ser um sistema jurídico penal que se originou a partir de tal sistema social, acaba por agir de uma maneira que mantenha a sociedade com tal configuração, que é a de agravar as desigualdades sociais punindo as classes. Se houvesse uma sociedade que visasse mais a igualdade e o respeito dos direitos das populações desamparadas, não existiria um Direito Penal que seleciona, porque em tal situação o Direito Penal cumpriria o dever de manter a identidade social.

Quanto à crítica do funcionalismo que poderia ser um meio de instrumento para haver a diminuição das garantias fundamentais, oprimir a população vulnerável, garantir o poder na mão de uma parcela que é considerada privilegiada, tornar-se arbitrário, é imprescindível ter em mente que a configuração da sociedade não levará em consideração se o Direito Penal assume uma visão funcionalista, garantista ou minimalista, haja vista que a sociedade, a geradora desse sistema jurídico se mantém do mesmo modo.

As definições de função do Direito Penal e a finalidade da pena, de acordo com a perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs, não impossibilita que aconteçam reformas dentro do sistema jurídico penal, apenas demarca que tal sistema está vedado de promover transformações sociais. A possibilidade de existência de reforma do sistema jurídico penal “só acontece quando ela é produzida pelo próprio sistema penal a partir de suas operações” (XAVIER, 2015, p. 438-463, p. 439)

Ao que tange Direito Penal, Günther Jakobs possui uma teoria que se intitula como: “A teoria do Direito Penal do inimigo” que de modo bem objetivo, trata-se de uma divisão bem simplificada, onde faz uso de critérios filosóficos que são inspirados nos pensamentos de Hobbes e Kant, e baseiam-se em valores morais e culturais, onde o ser humano é dividido em dois grupos: os cidadãos, que por serem “infratores comuns” possuiriam os seus direitos constitucionais assegurados e por isso, poderiam ser reinseridos na sociedade através de uma aplicação de uma pena de acordo com a sua infração, e o segundo grupo que seriam aqueles que são denominados por Jakobs como o “o grupo dos inimigos”, sendo estes os que são afastados, de maneira contínua do

Direito, pois para o autor, um integrante deste segundo grupo é considerado um “perigo latente”, fazendo os mesmos não se encaixarem na qualidade de pessoa.

Esta teoria se originou em uma palestra na Universidade de Bonn, na Alemanha, no ano de 1985. Houve certa relutância quanto ao posicionamento, o que fez com que Jakobs a fortalecesse e a apresentasse novamente em 2003 juntamente de fundamentos. Tal teoria sofreu influencia dos fundamentos do funcionalismo sistêmico, sendo Jakobs também criador, o que compreende medidas para que contenha os indivíduos que não admitissem respeitar as normas da sociedade, aonde seria aplicada uma punição através de penas próprias que seriam aplicadas a eles com base em seu delito.

O Direito Penal do Inimigo, “são regras jurídico-penais que, como suas correlatas, a regras do Direito Penal do cidadão, somente são concebíveis enquanto tipo ideias” (JAKOBS, 2009, p. 15), e avança afirmando que “o Direito Penal do inimigo, é essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.” Logo, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico penal.” (JAKOBS apud BINATO JUNIOR, 2005, p. 21),

Baseando-se em políticas públicas contra a criminalidade, Jakobs forma o seu conceito de inimigo a partir de baseamentos filosóficos, inspirando-se em Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Quanto a Hobbes, Jakobs extrai o pensamento em relação à parte de construção dos estereótipos que enquadram os “inimigos”, sendo esses aqueles que optam em romper o contrato social que é estabelecido na sociedade civil onde o mesmo estaria inserido e viria a regressaria. Já em relação a Immanuel Kant, já seria permitido a aplicação de penas desfavoráveis e agressivas para aqueles que não se encaixassem no cenário social e que viesse a representar uma ameaça a sociedade civil, bem como ao convívio social, sendo assim, perdendo a qualidade de pessoa. Ao não receber o tratamento como pessoa, é o mesmo que dizer que apenas alguns tipos de comportamentos poderiam ser considerados como completo abandono de uma sociedade aonde não se é respeitada e seguido certas condições fundamentais da existência. Na citada situação, há uma justificativa:

[...] De todo modo, a expressão inimigo, parece-nos inadequada, particularmente no âmbito de uma teoria essencialmente jurídica como

ocorre no sistema penal. Aliás, pode-se estimar que a força beligerante de seu sentido mais usual é responsável pela maioria das objeções que suscitou. Daí a associação do não cidadão à guerra, ao totalitarismo, e outras intolerâncias. (JAKOBS, 2009, p. 22).

No sistema penal funcional sistêmico, existe a identidade normativa, que é nada mais nada menos que uma compreensão geral das relações jurídicas, as quais se podem definir os tipos de organização pessoais na maneira comunicativa de se interagir, gerando um tipo de expectativas de condutas. Sendo assim, a pena, ao mesmo tempo em que viria a marginalizar o sentido da prática do ato, validaria a norma penal contrariada, mesmo que houvesse a sua violação, logo, através da mesma, segundo Jakobs, haveria a estabilização de tais expectativas, assim como do sistema jurídico e do próprio sistema social.

Nesse sentido: “A pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente.” (JAKOBS, 2009, p. 19-20). O modo de pensar do autor é justificado no baseamento de uma orientação do agente, de modo que o alcance destas normas validadas se torne fundamental de maneira que seja capturada a formação de seu pensamento: “quando este sabe que uma norma está corretamente fundada, já sabe o suficiente para conhecer o seu dever e obedecer à norma. (JAKOBS, 2009, p. 32).

Entretanto, existe a necessidade de frisar a reflexão de Luhmann e Jakobs, no compreender da norma, na qual ela “não é socialmente válida apenas quando é obedecida, mas também quando é sustentada contra faticamente, pois, em ambos os casos, ela cumpre a função de oferecer a segurança das expectativas” (LUHMANN apud JAKOBS, 2009, p. 33). Na perspectiva de Jakobs, a partir do momento em que a norma “é infringido, não é que ela é incorreta, mas sim o comportamento do criminoso, e, como já se disse, seu tratamento como criminoso constitui validação, mais exatamente a sustentação da norma” (JAKOBS, 2009, p. 33-34).

Logo, a partir da perspectiva do autor Günther Jakobs, a construção de um sistema normativo próprio voltado a inserir a norma como estruturadora de uma sociedade, é necessário observar que seja compreendido o estudo de qualquer que seja a pena que venha a comportar os aspetos definidos que regulam a validação de tal sistema, sendo elas: a pena como coação e a pena como segurança. A pena como sanção é um tipo de pena com significado simbólico, ou seja, caso haja o cometimento de um crime por uma pessoa racional aonde

haja discordância com a norma, mas que este não altera em nada a composição da sociedade não há uma violação grave ao sistema normativo vigente, tendo em vista que tal conduta não importa além de possuir uma pena de caráter educativo, ou pedagógico. Todavia, a pena como segurança demanda uma função de prevenção especial, de maneira que combater o indivíduo que é “perigoso” que atentou contra uma norma pertencente a sociedade, e violou de maneira grave o seu sistema normativo, é uma maneira de garantir a proteção da sociedade.

A coação é como uma resposta ao crime, que é uma maneira de desautorizar a norma, um modo de agressão a sua eficácia, logo a pena é a afirmação do agente que se torna irrelevante e que a norma há de vigorar de maneira inalterada, mantendo a forma de sociedade. De tal forma, tanto o fato quanto a coação são maneiras de interação, e o agente é considerado levado a sério como pessoa, porque caso fosse considerado incompetente não seria necessário contradizer o fato ocorrido.

[...] Seria bastante improvável que a pena privativa de liberdade viesse a se tornar a reação regular a fatos graves se não apresentasse esse efeito assegurador. Nesse sentido, a coação não deve significar algo, mas sim provocar um efeito, o que quer dizer que ela não se aplica ao sujeito de direito, mas sim ao indivíduo perigoso. Isso deveria ficar especialmente claro quando se passa do efeito assegurador da pena privativa de liberdade para a custódia de segurança como medida [...]; nesse caso, o olhar volta-se não apenas para trás, para o fato a ser julgado, mas também, principalmente, para frente, para o futuro, quando um “pendor para infrações graves pode vir a ter efeitos “perigosos” para a coletividade. [...] Portanto, no lugar da pessoa competente em si e a quem se contradiz através da pena entra o indivíduo perigoso, contra o qual se procede de modo fisicamente efetivo – neste caso, com uma medida de segurança e não com uma pena – de modo efetivo: combate ao perigo em vez de comunicação, Direito Penal do Inimigo (aqui, Direito Penal, ao menos, em sentido amplo: a medida de segurança pressupõe uma infração) em vez de Direito Penal do Cidadão. (JAKOBS, 2009, p. 2 e 3)

Explicando a aplicação da pena para Jakobs, é concebível a observação da estrutura da pena que é pautada na configuração de uma coação que é aplicada somente ao cidadão. Enquanto a pena como modo de segurança é aplicada apenas aos inimigos, existe a finalidade de combater os indivíduos que violam as normas penais. Logo, ao ponderar a quem será destinada a pena e como a mesma será apresentada é que poderá haver a compreensão entre o direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

De acordo com a teoria de Jakobs é possível verificar certas diferenças entre os indivíduos nessa teoria. O ponto central consiste em uma base objetiva e racional voltada à diferença de conduta entre os dois, ou seja, dependendo da conduta praticada entre eles é que haverá uma identificação de um enquadramento penal aonde a sua finalidade é ter o seu objetivo combatido, no caso do Direito Penal do Cidadão a função da pena é a oposição, enquanto do Direito Penal do Inimigo é a eliminação do perigo. Conforme, Jakobs:

O direito penal conhece, portanto, dois polos ou tendências de suas regulações: a primeira é o trato como cidadão, o qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade, a segunda é o trato como inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade. (JAKOBS, 2009, p. 14).

A Teoria de Jakobs tem em sua composição a imposição do direito penal do autor, aonde é pretendida a penalização do sujeito não por seus atos, mas pelo que tal atitude é representada para a sociedade e o Estado em que está inserido. É com facilidade a detecção da existência de um Direito Penal voltado ao que compõe os direitos distintos que é fundamentando em dois polos imputativos determinados como penal e processo penal, aonde será configurado o enquadramento legal conforme o tipo de autor da conduta criminosa.

No aspecto penal, é imposta a pena para os cidadãos por conta dos fatos cometidos pelos mesmos, enquanto para o inimigo será cabido a pena por uma sequer possibilidade de violação ao regulamento básico do Estado, ou seja, será punido pelo perigo que pode vir a acontecer. Já sobre o aspecto processual penal, diz-se quanto ao modelo de investigação, aonde ao cidadão cabe à aplicabilidade do chamado processo acusatório, aonde as garantias individuais são respeitadas como de um indivíduo pertencente ao Estado constitucional de Direito, por sua vez, ao inimigo será imposta aplicação de um processo inquisitivo, no qual os direitos e garantias fundamentais serão suprimidos.

É possível perceber que a pena imposta ao inimigo é um modo de violência, já que em sua grande maioria, não há uma comprovação quanto a conduta, e sim uma condenação fundamentada em suposições de condutas que poderão vir ser praticadas. E a partir desse parâmetro é possível observar a aplicação de penas aonde acaba por estabelecer uma redução de garantias fundamentais, sejam penais ou processuais penais, partindo para a terceira parte da teoria de Jakobs.

Existe a possibilidade de existir apenas um Estado de Direito, assim conforme Jakobs:

O Direito Penal do Inimigo é um Direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não-Direito, ele não constitui uma singularidade, pois este vê os inimigos em toda a parte. Um Estado de Direito distingue-se entre a regra e exceção, somente estando consciente de si mesmo quando reflete regras e exceções enquanto tais, e somente essa reflexão permite limitar a exceção à medida do necessário. Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exortação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições da juridicidade orientadora. (JAKOBS, 2009, p. 28).

Logo, visualiza-se o Direito Penal do Inimigo como uma concretização de um inimigo do Estado em fatos que podem vir ser um atentado a ele. Foi baseando-se nessa possibilidade que a teoria de Jakobs se fortificou. Para Jakobs:

O Direito Penal do inimigo [...] tem mais a tarefa de garantir segurança do que a de preservar a eficácia jurídica, e isso se revela na finalidade da pena e nos tipos penais correspondentes. Quanto à função empreendida ao Direito Penal o Cidadão, seria a de garantia da eficácia jurídica que se transforma em repulsa de perigos (JAKOBS, 2009, p. 47).

Por fim, é possível perceber que Jakobs propôs uma divisão na aplicação do Direito Penal, propondo, de certa forma, uma filiação à teoria do direito penal dele, permitindo um modo de rotular os sujeitos da conduta. A preocupação social foi a grande propositora da criação de tal teoria, bem como o clamor pela justiça social em face da necessidade de defesa do Estado em encontrar assim um fundamento positivista criminológico com estereótipos dos possíveis transgressores em potencial.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal possui a necessidade de se adequar à aparição de novos bens jurídicos, tendo em vista que o mesmo é um instrumento utilizado para a proteção dos bens jurídicos. Os porquês da criação de novos bens jurídicos possuem causas distintas, como por exemplo, as instituições de crédito onde se observa a realidade do indivíduo que acaba por se influenciar por tais alterações. O meio ambiente também vem a ser um exemplo de uma causa, tendo em vista que o mesmo pode ser considerado um “bem escasso” o que fez com que o

mesmo tenha um valor que anteriormente não possuía. Por terceiro, há de ser contemplado o incremento essencial de valor social estrutural, tendo em vista que muitas das ameaças que existem através da *internet*, expõem muitos cidadãos por conta do manejo tecnológico. Isto é, a sociedade de risco é caracterizada por sobrelevar uma gama de relações jurídicas que possuem origem em razão dos novos avanços tecnológicos, dos cidadãos que utilizam a *internet*, da manipulação genética, bem como todas as relações oriundas da difusão dos preceitos de sustentabilidade do patrimônio material e imaterial⁶.

O avanço tecnológico acaba por adotar novas técnicas que permitem a produção de novos resultados lesivos. A criminalidade por meio da internet é o grande exemplo de tal evolução. Seguindo este pensamento é possível vincular o progresso técnico e o aumento de organizações criminosas que trabalham de maneira internacional e é um novo tipo de risco para a sociedade. É de suma importância observar a incidência dessas novas técnicas tendo em vista a configuração do âmbito de delito não intencional. Logo, as consequências lesivas “de falha técnica, que aparecem como um problema central nesse modelo, no qual se parte de que certo percentual de acidentes graves resulta inevitável” (SÁNCHEZ, 2011, p. 37), sendo assim, se trata de escolher o critério de tais “falhas técnicas”, sendo ela incluída no âmbito de risco relevante ou risco permitido.

É correto afirmar a existência dos riscos tecnológicos e não tecnológicos, tanto que existem vários tipos de informativos quando ao bom e o ruim, sobre em quem pode ou não pode se confiar, o que integra essa tal fonte de insegurança e incerteza. A nova realidade econômica da sociedade é um fator importante quanto a essa alteração ética-social existente, que por vezes traz certo tipo de instabilidade emocional que reflete nas relações humanas. A relação social é individualista que tem por objetivo apenas satisfazer os seus próprios interesses, Bauman⁷ afirma que “o homem moderno nega toda ligação de subordinação com as instituições sociais, abdicando assim as crenças, regras e valores impostos por elas, guiando-se na sua visão pessoal”. Tendo em vista

⁶ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 27

⁷ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 2001. p. 39

a crescente sensação social de insegurança por conta do delito e da atuação por meio de meios de comunicação, é impossível não afirmar a existência de uma correlação.

Há um fenômeno nominado como “identificação social com a vítima” do delito, sendo este o sujeito passivo mais do que o autor, que por sua vez é o sujeito ativo. A sociedade, em sua maioria, está constituída⁸ por pensionistas, desempregados, reformados e consumidores, que é a classe passiva, e é aqui que a crise do Estado inicia, neste plano de modelo social há a produção de uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo, já que ao invés do Estado estar lutando contra o delinquente, o sujeito que luta é a sociedade, provocando assim uma alteração no Direito Penal objetivo, já que interfere na visão deste como um meio de instrumento de defesa para os cidadãos por conta da atuação do Estado.

A Magna Carta não pode gerar consequências ao fazer uso do princípio da legalidade, afirma-se o uso, a partir do conceito clássico, que os tipos penais estão passíveis de uma interpretação restritiva, tal fundamento é para que haja a apreciação por parte da lei penal para que seja constituída uma garantia para o autor do delito. A lei penal também é a “Magna Carta” da vítima, de maneira que nenhuma decisão esteja livre de contestação. O fenômeno citado acima é um modo, também, de compreensão por parte da vítima, seguindo o pensamento de que como a sociedade não foi capaz de fazer com que a vítima não sofresse um trauma por conta do delito, existe um princípio como dívida que é o castigo do autor.

Em relação ao cumprimento da “dívida” com a vítima, as penas de prisão e multa podem vir a cumprir de maneira simbólica. A pena é de suma importância para a vítima “não porque satisfaça necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não o faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima. A pena deixa fora o autor e, assim, reintegra a vítima.” (JEROUSCHECK, 2000 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 68). Os crimes organizados como narcotráfico e terrorismo, a criminalidade das empresas como delitos

⁸ Dados sobre as Pensões em Portugal. Fundação Francisco Manuel dos Santos. 2022. Disponível em < https://www.ffms.pt/sites/default/files/2022-10/CI_09_Pordata_Dia%20Erradicação%20da%20Pobreza_17.10.22.pdf > Acesso em 13/03/2023

fiscais, a corrupção política e administrativa, e violência doméstica aparecem, atualmente, como pioneiras quanto à discussão social acerca de delitos, e é a nova política criminal que afronta a criminalidade dos “poderosos”.

No presente momento cultural, onde a criminalidade dos “poderosos” como citada acima, o debate social não cai em cima da criminalidade dos despossuídos.

Com efeito, aqui e agora, continua sendo possível que 80% da criminalidade (ao menos, da definida como tal e perseguida) permanecem manifestando-se como criminalidade dos marginalizados de modo que se corre o risco de tomar a parte (menor, mas muito difundida pelos meios de comunicação) pelo todo. Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que congloba a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral (SÁNCHEZ, 2011, p. 70).

É notório que não há um foco sobre a configuração de uma representação social no Direito Penal que venha fazer uma distinção entre os “poderosos” e os “marginalizados”. Tal brecha da concepção do Direito Penal independe de qualquer repulsa, mesmo que com todos os indícios ela não seja reproduzida, e em oposto disso, tais fenômenos demonstram conduzir uma transformação global em face da representação da criminalidade de modo coerentemente defensista (uma característica dos anos 60 e 70). As teses da corresponsabilidade social no delito, mesmo que reprováveis, mostram ceder espaço para outras medidas voltadas exclusivamente para responsabilidade pessoal (característica dos anos 80 e 90), mostrando que há uma mudança de mentalidade que vai além do âmbito do delito.

O crescimento gradual da ética de responsabilidade individual que prevaleceria diante as concepções coletivas, e naquela que tange a relação do Estado e a sociedade, como educação e saúde. É necessário observar com cautela o perigo de ocorrer, nessa linha de pensamento, o excesso, não levando em consideração que juntamente do elemento principal da responsabilidade individual do agente, há de se considerar o contexto social do delito. Um grande indício acerca disto pode ser encontrado na alteração da perspectiva sobre como se aborda a criminalidade infantil e juvenil em muitos países.

De facto, no meu entender, o fundamento último da existência de uma legislação penal de menores mais suave que a comum reside em que a responsabilidade individual pelo delito cometido pelo jovem se vê atenuada por certa responsabilidade social (SÁNCHEZ, 2011, p. 73).

O questionamento referente ao assunto citado acima pode vir a conduzir um redimensionamento, que talvez seja inconveniente, sobre o tratamento favorável em relação aos jovens “delinquentes”. Seguindo essa linha de raciocínio, as propostas que se impõem às sanções mais graves aos jovens responsáveis por atos de violência, e que estão em posição rebaixadas a “maioridade penal”, onde permite-se a imposição direcionadas a esses jovens autores às sanções penais pertencentes ao Direito Penal comum, onde encontra-se cada vez mais difundida e acabam por encontrar acolhimento em todos os foros.

Todos os fatores acima conduzem de certa forma, a expansão do mecanismo de proteção não jurídico, em tese, jurídicos sim, mas não necessariamente jurídicos-penais. Ocorre que as alternativas parecem ser insuficientes, levando em conta a ética social, ao Direito Civil e Direito Administrativo. Não se pode negar que ao desconsiderar certas coisas, as normas da moral social encarregam-se de orientar, tendo em vista que ao permitir o prenúncio sobre certa medida a conduta dos demais, de maneira que seja possível haver uma renúncia quanto ao permanente processo de asseguramento cognitivo.

Mas, então, a ausência de ética social, mínima torna, de fato, imprevisível, a conduta alheia e produz, obviamente a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas (SÁNCHEZ, 2011, p. 75).

A partir disso, é necessário abordar sobre o fato de que as sociedades modernas, que por décadas acabaram abolir os critérios tradicionalistas de avaliação sobre o que é bom ou mau, não parecem funcionar como instâncias independentes de moralização, de criação de uma ética social que resolva o problema da proteção dos bens jurídicos. Tal questão não é novidade no ordenamento, em 1930 o filósofo espanhol José Ortega y Gasset mostrou o seu pensamento:

A Europa está sem moral (...). Se deixamos de lado -como já fizemos neste ensaio- todos os grupos que podemos considerar sobreviventes do passado – cristãos, os ‘idealistas’, os velhos liberais etc.- não encontraremos entre os que representam a época atual um único sequer cuja atitude diante da vida não se reduza a acreditar que detém todos os direitos e nenhuma obrigação. É indiferente que se dissimule de reacionário ou de revolucionário: ativamente ou com passividade, ao cabo de umas e outras voltas, seu estado de ânimo consistirá,

decisivamente, em ignorar toda obrigação e sentir-se, sem que ele mesmo suspeite por que, sujeito de ilimitados direitos (ORTEGA Y GASSET, 1930 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 76).

E ainda dentro desse contexto, aduzia que “O homem-massa simplesmente carece de moral, que é sempre, por essência, sentimento de submissão a algo, consciência de serviço e obrigação” (ORTEGA Y GASSET, 1930 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 76). Deste modo, é incomum o fato de que uma conduta que não seja contrária ao Direito seja rejeitada aos olhos da sociedade seja tida como imoral, considerando que se adota a mesma contra as reações sociais. É visto que se produz o efeito de favorecer o seu alastramento da delinquência, todavia, é determinado que haja a consideração correta acerca do diagnóstico dos que pensam que é a “liberação” de proibições morais que induzem ao incremento de proibições penais.

O Direito Penal sofre com a carga transferida a ele, Jean-Claude Guillebaud expressa da seguinte maneira:

Quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui. Se você fala com os magistrados, eles afirmam que deles se exige uma tarefa impossível: não apenas aplicar o direito, que é sua função natural, senão também a de produzir valores, para a qual não se sentem qualificados, corresponde à sociedade traçar a fronteira, entre o que está permitido e o que não está. Em uma palavra, a ela corresponde equacionar o âmbito do proibido, o que renunciou fazer há trinta anos (GUILLEBAUD, 2000 apud SÁNCHEZ, 2011, p.76).

O que concerne o Direito Civil em relação a reparação por danos, é questionável devido a sua tendência a objetivização da responsabilidade, que possa ser expresso de maneira reprovável a necessidade de manifestação diante de certos fatos, tendo em vista que já está sabido de modo particular na evolução do Direito indenizatório, seja como um modelo de responsabilidade ou de seguro. Sendo assim, a partir disso, nasce uma dúvida sobre o Direito Civil e sua capacidade de garantia quanto aos dois aspectos. Entretanto, se o dano está segurado, é inevitável que haja uma diminuição quanto aos níveis de diligência do agente, já que a seguradora há de responder pela indenização. Logo, o modelo de seguro não possui a sua eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter.

No que tange o Direito Administrativo, o princípio da oportunidade se perde por conta do crescente descrédito em relação aos instrumentos de

proteção sejam eles punitivos ou preventivos. O resultado não é bom, tendo em vista que o Direito Penal acaba por ser como se fosse o único instrumento eficaz, e tal expansão, de certa forma, torna-se inútil, na medida em que transfere para o Direito Penal esse fardo que o mesmo não pode se encarregar, mesmo que se mantenha tal modelo análogo ao de garantias e regras de imputação. Ocorre que é o certo, tendo em vista que caso tal modelo sofra alterações podem o desnaturalizar por completo.

Acerca do que já fora mencionado, não se pode deixar de levar em consideração a mudança de posição da criminologia de esquerda. A partir de certo momento será possível perceber que o foco é de que os sujeitos que fazem parte dos níveis inferiores da sociedade também são titulares de bens jurídicos, e que a partir de determinado momento passam a ver a si mesmos como vítimas em potencial, muito mais do que autores em potencial. Sendo assim, a perspectiva da esquerda tem a necessidade de não desprezar as demandas de proteção que venham a surgir. E é assim que faz todo o sentido a existência da expressão *atypische Moralunternehmer*, onde se designa alguns novos gestores da moral coletiva (usando o Direito Penal como recurso).

Logo, se tais gestores são tratados e designados como “burgueses”, se os mesmos assumem papel de relevância em certas associações, sejam elas feministas, ecológicas, pacifistas, entre outras, todas elas conduzem a ampliação progressiva do Direito Penal já que o mesmo protege os seus interesses. É um tipo de reviravolta, haja vista que muitos repugnavam o Direito Penal, que era tratado como “braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’” (SÁNCHEZ, 2011, p. 83), e hoje o enxergam como aliado em sua luta contra os “poderosos”.

Lüderssen aponta que:

Aproximadamente os mesmos grupos políticos, por um lado – diretamente ou estribando-se na correspondente tradição –, não se cansam de afirmar a inutilidade e nocividade da coação estatal através da pena (ou do Direito Penal), mas, por outro lado, pretendem utilizar o Direito Penal para o logro de seus fins emancipativos. (LÜDERSEN, 1987 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 84)

Na Europa, essa referência possuiu manifestações diretas no cotidiano político, tal modelo preexistente era usado para que aqueles de “direita” (grupos que se autodenominavam) acabassem por assumir as teses sobre a segurança através de meios com uma maior pressão de âmbito punitivo, enquanto aqueles

que se autodenominavam como os de “esquerda” defendiam a postura, aparentemente, contrária, que seria a diminuição da pressão punitiva. Somente houve uma mudança quando a social-democracia da Europa assumiu, em sua totalidade, o discurso de segurança. Houve um slogan muito famoso, e aparentemente, importante, em um congresso chamado *Labour party*⁹ britânico em 1997 que possuía o seguinte dizer: “*Tough on crime, tough on the causes of crime*” (resistente ao crime, resistente as causas do crime), O que expressa os dois aspetos da questão, no caso “O delito em si como ato de liberdade; e as causas sociais do delito” (SÁNCHEZ, 2011, p. 85).

A proposta tem uma ideia fundamental onde mostra bastante coerência com o que foi frisado anteriormente, que tem como norte realçar a segurança por meio do Direito Penal, tendo em vista que a mesma tem por objetivo favorecer os mais frágeis já que aqueles que vivem de maneira, economicamente falando, melhor, habitando em bairros e lugares melhores, com uma segurança mais fortificada, a delinquência acaba por atingir aqueles que moram em lugares “piores”, os mais humildes, por em sua maioria viverem em bairros mais perigosos. A ideia de segurança se alastrou por meio da mídia, meios de comunicação, através de alguns ministros que se manifestavam com a “tolerância zero” em face da delinquência juvenil.

No caso da Espanha, no que tange o Código Penal de 1995, as palavras de Saéz Varcárel são de suma importância:

[...] quando alguém analisa o Código Penal tomando como perspectiva o material legislativo que o antecedeu, isto é, o projeto do governo, as emendas elaboradas pelos grupos parlamentares e as intervenções de seus porta-vozes na Comissão de Justiça, surpreendem-se diante da impossibilidade de identificar um discurso que permita pelo menos caracterizar-se como liberal. O aspeto que diferenciava as opções em debate não era que umas defendessem a intervenção punitiva e outras se mostrassem mais propícias a sua restrição, mas, simplesmente, a diversa natureza das posturas que pretendiam castigar. Tudo isso incidiu sobre os valores tradicionais, já representados com excesso no Código Penal, ao passo que os diversos matizes da esquerda tentam criminalizar ofensas aos valores coletivos que estiveram em ascensão durante a década de 80: os direitos dos trabalhadores e das mulheres, a proteção do meio ambiente, os interesses das minorias, a discriminação, o racismo e os delitos do colarinho-branco. Mas seu âmbito de discussão é o mesmo. Nenhuma dessas opções implicou questionar a prisão ou a inflação do Direito Penal (VARCÁREL, 1996 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 86).

⁹ Partido Trabalhista

É importante destacar que não há facilidade quando se fala em aventurar-se sob explicações sobre a evolução da esquerda parlamentar no âmbito de política criminal, entretanto nota-se certa ambivalência quanto a sua relação ao Direito Penal. Esta corrente de política jurídica teve início em meados dos anos 70 que sustentavam o velho discurso de luta de classes que usavam de um duplo critério para apreciar o Direito Penal, enquanto por vezes a legitimidade era negada ao Direito Penal, sob o argumento da corresponsabilidade social por conta do delito e da inutilidade do mesmo para alcançar uma finalidade, também se reconhecia o recurso do Direito Penal como um meio de transformar a sociedade.

O modelo em questão abonou a fama de que seu uso era seletivo, haja vista que por mais que houvesse a crítica de que o mesmo beneficiava apenas aos “poderosos”, percebeu-se que por vezes indiciaria a eles, tratando-se assim de uma modificação que não incidiria apenas aos “marginalizados”. Sendo assim, é possível observar que as reformas contrárias às garantias tradicionais do Direito Penal resultam em sua própria extensão a todo o ordenamento punitivo. É instigada a capacidade limitada que o Direito Penal clássico de base liberal possui para combater a macrocriminalidade a partir deste raciocínio:

Somente uma firme persistência na necessidade de manter escrupolosamente as garantias político-criminais do Estado de Direito e as regras clássicas de imputação, também na luta contra “antipática” ou inclusive “odiosa” macrocriminalidade, poderia evitar um dos elementos determinantes em maior medida de “expansão” do Direito Penal. Mas não parece que a tendência aponte em tal sentido. E provavelmente não seja ocioso expressar aqui que as divergências, que quanto a esse ponto se registam no seio da própria doutrina jurídico-penal, se mostram surpreendentemente profundas. Pois já proliferam as vozes daqueles que admitem a necessidade de modificar, ao menos em certos casos, as “regras do jogo” (SÁNCHEZ, 2011, p. 88).

A ambição quanto à eficácia de obtenção da tão sonhada segurança e satisfação por meio da sociedade que se autodenomina e se autocompreende como vítimas acaba por conduzir a uma repulsa a algum dos elementos que caracterizam o Direito Penal clássico, como o trato de valores (a “verdade” e a justiça) e o meio que se articula este trato através dos procedimentos formais. Alguns interpretam esses “meios” como obstáculos e que estão de contra a eficácia da segurança, um exemplo disso é a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade que são regras do ordenamento, porém são vistos

como uma maneira sutil de se opor contra a solução do problema.

Considerando o modelo de justiça penal clássico, surgem modelos de justiça negociada onde a justiça e a verdade ocupam segundo plano, fazendo com que o Direito Penal pareça mais um mecanismo de “gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores” (SÁNCHEZ, 2011, p. 91). Tal elemento de “desprezo” por sua forma e conteúdo demonstram uma limitação dos efeitos nocivos do Direito Penal e processo penal, por conta das propostas de privatização dos “conflitos que chamamos delitos” (SÁNCHEZ, 2011, p. 91) através da mediação como “justiça doce”. A partir de então há um conflito de perspectivas pelo fato de haver críticas quanto ao Direito Penal Público e a aplicação processual jurisdicional de maneira clássica excessivamente suave ou excessivamente severa, sendo de qualquer modo sem eficácia.

Observe-se, enfim, que o que se pretende é contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma “justiça de cádi”, que dê a cada situação a solução que seja “necessária”, sem vinculações externas (SÁNCHEZ, 2011, p. 91).

A privatização e a desformalização são vistas como consequências inevitáveis da expansão, seguindo o ponto de raciocínio de que: se o Direito Penal, levando em consideração o sistema penitenciário, assim como outros aspectos, cresce, e o setor público, que por vezes é visto como algo em deterioração, não está apto para gerir, a instância privada acaba por ser inevitável. É por esta razão que a maioria das considerações acerca da ineficiência conduz a muitos repugnar prisões privativas e polícias privadas, e é incontestável a desconfiança perante o “público e o formalizado”. A desformalização e privatização são um fenômeno bastante criticado por conta da diminuição de garantias que se implica, remete-se aos déficits de legalidade ou proporcionalidade que vem a gerar, que se opõem aqueles que os defendem mediante a perspectiva de eficiência perante as soluções.

A grande maioria possui a opinião de que boa parte da eficácia preventiva do Direito Penal se condiz no desconhecimento da sociedade quanto aos mecanismos utilizados pelo Estado perante um delito, caso houvesse um conhecimento sobre as coisas poderiam ser diferentes.

A privatização e, mais genericamente, a desformalização, a renúncia à dimensão de igualdade e generalidade de distância e imparcialidade em favor de soluções de “emergência” redirecionam as reações contra o delito ao âmbito do cotidiano. Com isso, privam-lhes da sacralização tradicionalmente própria do que é público, de seu conteúdo simbólico,

as deslegitimam e conduzem a uma diminuição da eficácia preventiva, que pode requerer, como compensação, um incremento da sanção em seu sentido fático (SÁNCHEZ, 2011, p. 96).

A globalização econômica e a integração supranacional são consideradas dois aspetos que impulsionam a expansão penal, Sánchez afirma:

Meu prognóstico é que, de facto, o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias políticos criminais, substantivas e processuais. [...] O Direito Penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra criminalidade econômica, a criminalidade organização e corrupção (SÁNCHEZ, 2011, p. 98).

Essa afirmação é baseada mediante certas comprovações. Dirige-se ao Direito Penal, através da globalização demandas “fundamentalmente práticas”, ou seja, um tipo de abordagem mais eficiente em relação a criminalidade, trata-se de responder ao que o poder político ou as instâncias de aplicação judicial do Direito exigem. Logo, o fato é que a discussão é acerca de uma construção de uma resposta concreta jurídico-penais supranacionais, que haja uma base para essas repostas. Outro ponto é quanto a delinquência da globalização que é econômica, ou seja, aqueles delitos que possuem uma regulamentação legal que não é suficiente, e ainda aqueles que possuem uma regulamentação que possui pendência de elaboração. Existe outro ponto também acerca sobre a exigência de respostas que a globalização possui e em sua maioria, são respostas punitivistas, não pode haver lacunas, tendo em vista que a sensação de insegurança abrange não somente aos indivíduos como vítimas, e sim o Estado.

Os efeitos consequentes da globalização e a integração supranacional sobre a delinquência consistem em dar espaço para que certas condutas consideradas delitivas deixem de serem consideradas assim, logo, essas condutas violadoras passam a ser não passíveis de punição. Todavia, tais efeitos também possuem outra vertente, eles dão lugar a uma nova modalidade de delitos, e, além disso, acabou gerando uma nova concepção sobre o objeto do delito que enfoca em elementos tradicionalmente alheios a convicção de delinquência.

O grande objetivo do Direito Penal da globalização é dar uma resposta,

no mínimo, harmônica em relação à delinquência transnacional, “que evite a conformação de ‘paraísos jurídicos-penais’” (SÁNCHEZ, 2011, p. 105), entretanto não é fácil obter essa harmonia, é necessário igualar as regras de lei que determinem a aplicação. Ao utilizar o *ius puniendi*¹⁰, as instâncias mais uma vez tropeçam nos “déficits” das instituições que surgem no processo de integração. As penas privativas de liberdade que são impostas mostram que não é possível serem atribuídas a órgãos de instituições supranacionais no exercício de *ius puniendi* contra a delinquência. Logo, o mais plausível é a garantia de fato dessa harmonização quanto a aplicação.

A globalização não reduz a influência do crescimento das várias formas de criminalidade, nesse sentido, “convém não desprezar outros aspetos de grande transcendência que também se devem aos processos de concentração e integração próprios da globalização” (SÁNCHEZ, 2011, p. 127). Para Sánchez, a globalização não é limitada a produzir ou diminuir a atuação da macrocriminalidade, além de incidir sobre a microcriminalidade, a globalização econômica estabelece o surgimento do proletariado, através do movimento de capital derivado da globalização, nos quais podem advir um incremento a delinquência patrimonial, por parte daqueles que vivem à margem de relações de emprego estáveis, além dos choques sociais, e por vezes culturais como no caso dos imigrantes.¹¹

Em relação à globalização política, a mesma se manifesta somente em momentos onde é necessária a aplicação extraterritorial de leis estatais para que não haja a extinção de punibilidade que são ditadas pelo Estado onde se cometeu o delito. Trata-se de que o Direito Penal proteja os seus direitos fundamentais para que não haja nenhum tipo de barreira em relação ao crime dos “poderosos”. Entretanto, não parece que o Estado interceda para que tal princípio seja utilizado como uma maneira de excluir a sanção penal mostra-se um relativismo cultural que acabam por dificultar a aplicação de normas penais por parte do Estado a outro Estado, onde se podem infringir violações dos direitos humanos, nota-se assim a tendência à universalização que favorece mais a expansão do que a restrição do Direito Penal.

¹⁰ O direito de punir do Estado.

¹¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127

Após realçar que o Direito Penal é um meio por onde os poderes públicos recorrem para solucionar problemas sociais, é importante afirmar que mesmo que haja diversas reações distintas da área penal ou reações penais de menor intensidade, é inegável que a sociedade dirige demandas significativas de intervenção punitiva ao Direito do Estado, o que coloca o Direito Penal em uma posição singular. Entretanto, o Direito Penal não pode assumir o papel de “porta bandeira” das demandas sociais superficiais, é nesse momento que ele deve ser compatível a situações mais restritivas possíveis da intervenção punitiva. Logo, não faz sentido a defesa de um Direito Penal funcional e a de um Direito penal com vocação auto restritiva. O que leva a desmitificar as atribuições de culpabilidade em razão da expansão do Direito Penal.

A importância do Direito Penal é quanto à asseguuração da vigência das normas, bem como a proteção aos bens jurídicos. É verdade que se é imposto uma perspectiva relativista que faz com que o conteúdo dessas normas dependa da configuração da sociedade, logo, exclui-se os critérios com validade universal e atemporal. Na medida em que se firma a determinação das normas passíveis de proteção, é de competência política jurídica, e da mesma forma que o Direito Penal não possui a competência de transformar os princípios de organização da sociedade, ele apenas reflete a ordem social de modo que legitime as normas cuja vigência o mesmo assegura.

Os fenômenos sociais, jurídicos e políticos, já citados, associadamente experimentam mediante o Direito Penal um acúmulo de efeitos que provocam a chamada “expansão”, sendo um desses efeitos a flexibilização dos princípios políticos-criminais ou das regras de imputação.

Como é sabido, entretanto, a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”, passando por todas as modalidades intermediárias (SÁNCHEZ, 2011, p. 146).

A partir do exposto, os legisladores promulgam e continuam a promulgar inúmeras leis penais, e as respectivas *rationes legis*¹² que não de haver relação com as condições prévias do uso dos bens jurídicos individuais mais clássicos,

¹² Em razão da Lei.

se tornam, de maneira imediata, como condição de bens penalmente protegíveis, sendo assim, como os delitos clássicos, aparecem diversos no âmbito socioeconômico de modo singular.

Nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela – como mencionado anteriormente – que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais – e certamente o futuro – é sumamente débil (SÁNCHEZ, 2011, p. 146).

A proteção ambiental é um dos maiores exemplos em relação a essa questão, poucos admitem que a proteção do meio ambiente deva constituir um dos princípios organizacionais fundamentais da nossa civilização. Por vezes, pensam no meio ambiente como algo que não mereça proteção ambiental como tal, e sim somente enquanto for uma condição necessária para os seres humanos. Tornou-se majoritário que os bens supraindividuais é mera *ratio legis* não estando sujeito a nenhum tipo de comprovação quando aplicado, ou seja, o protegido é simplesmente contexto, o que delibera progressivamente a provocação da intervenção do Direito Penal que superam os *standards* administrativos que já estão estabelecidos.

De facto, essa orientação à orientação a proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais globais ou sistêmicas, no que aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de “intensidade baixa” (SÁNCHEZ, 2011, p. 148).

Dessa maneira, é produzida a culminação do processo, no caso, o Direito Penal que reagia *a posteriori*¹³ contra certo fato lesivo individualmente delimitado e acaba se convertendo em um direito de gestão, punitivo, de riscos gerais, logo, o tornando “administrativizado”. A expressão “administrativizado” pode ser explicada mediante ao fato de que as teses clássicas classificavam os delitos como ilícitos penais e ilícitos administrativos, sendo o primeiro uma lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, e o segundo apenas um ato de desobediência relativamente neutro. Dessarte, pode-se citar Welzel ao observar que:

A partir do âmbito nuclear do criminal deflui uma linha contínua de injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas estão a [...] ela vinculados. (WELZEL, 1930 apud SÁNCHEZ, 2011, p. 149 e 150).

¹³ Posteriormente

Para que haja a distinção entre o âmbito penal e administrativo, é notório que o acatamento a um juiz é uma diferença qualitativa, como o impedimento existente de que a administração venha impor sanções de caráter privativo de liberdade. Essa garantia pertencente à área penal demonstra que em tal âmbito há de se entender a lesividade das classes de infrações e seus critérios que são utilizados para a imputação. O Direito Penal e o Direito administrativo como sancionadores, respetivamente, o primeiro tem por objetivo, a proteção de bens concretos em casos concretos e tem como critério a lesividade ou a periculosidade existente, enquanto o segundo persegue a ordenação dos setores da atividade. Desse modo, como já dito, o Direito Administrativo, como sancionador, é o reforço da gestão da administração, não se trata do risco concreto, não há necessidade de que haja uma conduta que atinja um bem jurídico, nem mesmo uma avaliação quanto a lesividade.

Dessarte, o Direito Administrativo em seu papel de sancionador é o Direito do dano cumulativo, não necessitando de uma valoração do fato específico. A tipificação dos delitos administrativos, mesmo que tenham o papel de proteção social, só atinge de fato se as infrações se contemplarem em conjunto, e quando se contemplam revelam-se formais, por vezes nem possuem perigo abstrato, mas perigo presumido. Um exemplo acerca disto é quanto à lavagem de dinheiro, um delito contra a ordem econômica, atos de lavagem de menor que por si só não coloca em risco a ordem econômica, justificaria a sua sanção administrativa, não necessariamente a sanção penal.

Uma característica do Direito Penal é que a lesividade decorre de acumulações ou repetições, em ampla medida, o que é tradicional do Direito Administrativo, e é isso que demonstra o termo “administrativizar”, está imerso no Direito Penal.

E tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais (SÁNCHEZ, 2011, p. 156).

Com a progressiva transformação do Direito Penal “nas modernas sociedades de comportamento massificados” (SÁNCHEZ, 2011, p. 156) parece evidente que o fator decisivo começa a ser o maior problema das “grandes cifras” e não o tamanho ou gravidade da lesividade do comportamento individual.

O entendimento sobre a “administrativização” do Direito Penal se manifesta ao incluir em seus objetos de proteção como a proteção da atividade administrativa em si mesma considerada, o Estado acaba por recuperar a característica de “polícia”, cujo objeto é ampliado. É um modelo de Estado que viria a ser o sucessor do Estado policial liberal e do Estado intervencionista, tal modelo possui uma forte tendência para a produção de riscos em razão dos bens pessoais ou patrimoniais, a prevenção comunicativa que é a cominação de sanções penais ou administrativas para aquele que faz o risco existir, e isso não parece suficiente se não houver um reforço cognitivo, ou seja, obter o controle sobre as atividades ilícitas. Esse reforço cognitivo é constituído pelo controle administrativo preventivo onde exercem um papel de suma importância em sua atuação preventivo-policial, de vigilância ou inspeção.

Os aparatos estatais aparecem, assim, conformando em boa medida o que se conhece já como um Estado “da prevenção”, um Estado “vigilante”. Um Estado que assume novas funções de inspeção e vigilância que faz coleta e armazenamento permanente de informação que possa ser relevante (SÁNCHEZ, 2011, p. 164).

Com isso, entende-se que o mecanismo cognitivo de proteção passa a ser protegido de qualquer possível interferência através de outro mecanismo comunicativo. Sendo assim, qualquer atuação sem previa autorização é definida como infração, o que é associado a sanções penais e administrativas, dessa maneira o sistema volta a ser de prevenção comunicativa. A insegurança conduz o Estado de vigilância - que é representado pela coleta, ordenamento e análise de dados, onde são utilizados na identificação de possíveis ameaças à segurança, na prestação de serviços sociais e na governança da população¹⁴ - tendo em vista que os processos de privatização e de liberação da economia acentuam isso. Dentro do contexto policial-preventivo, a intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos avança. A intervenção de inspeção intensifica o princípio fundamental que é expresso através do procedimento sancionador de infrações administrativas.

O procedimento de inspeção pode ser dividido em quatro fases, sendo a primeira caracterizada pela pretensão de evitar a lesão de um interesse pessoal ou patrimonial, já a segunda se refere quanto em como se podem contornar tais

¹⁴ BALKIN, J. The Constitution in the National Surveillance State. Minnesota Law Review, Minneapolis. v. 93, n. ° 1. 2008. pp 01-25.

condutas perigosas, na terceira fase abrange sobre o estabelecimento de indicadores, ao apreciar tais indícios se permite que seja iniciado um procedimento sancionador por parte da administração, e por fim, a quarta fase que é que por mais que não existam indícios, ainda assim poderá se iniciar um procedimento administrativo de inspeção.

O Direito Penal, ao passo que engloba mecanismos de asseguramento cognitivo encaminhados a neutralizar faticamente o fenômeno delitivo, o mesmo se “administrativiza”, ocorrendo o redescobrimento da “neutralização”. A neutralização é uma teoria que consiste na crença da possibilidade de identificar um número relativamente pequeno de delinquentes, determinando os responsáveis pelos fatos delitivos e mediante critérios estatísticos que eles seguirão fazendo o mesmo. Por conta disso é possível compreender que a neutralização (ou incapacitação de delinquentes, ou seja, a prisão pelo máximo de tempo possível) é um meio que provocaria a redução dos delitos e também benefícios ao menor custo.

Expresso em termos contábeis: segregar dois anos cinco delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de quatro delitos por ano, gera uma “economia” para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contrapartida, se esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar cinco anos dois delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a “economia” social é de 200 delitos: e assim sucessivamente (SÁNCHEZ, 2011, p. 171).

O regresso da neutralização encontra-se totalmente em sintonia com a evolução ideológica geral da política criminal, tal evolução possui diversas vertentes, uma delas é que o crescente desapontamento por conta da intervenção ressocializadora do Estado sobre o delinquente, existe outro lado que possui uma relação de obsessão pela segurança. Esse regresso se manifesta de diversas maneiras, a mais importante é a adoção de medidas de segurança que se impõem a pena combinada à culpabilidade do sujeito existindo a possibilidade de durar a vida toda. Ademais, a ideia de neutralização consiste em adotar medidas prévias a condenação, cautelares ou preventivas.

Esse fenômeno que consiste na expansão do Direito Penal traz a vertente daqueles que possuem a preferência pela volta do Direito Penal liberal, que é aquele que possui como objetivo central a proteção dos bens personalistas e patrimoniais. Apesar de haver uma tentativa de reconstrução desse modelo de Direito Penal liberal, a tentativa é um pouco falha tendo em vista que a mesma

ignora a rígida proteção do Estado, entretanto essa mesma rigidez das garantias formais que eram possíveis de se enxergar no “antigo” não representava nada além de um “contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis” (SÁNCHEZ, 2011, p. 177).

O Direito Penal que está em vigor em grandes majorias nos países do mundo tem grande propensão quanto à cominação de penas de prisões de gravidade média em casos de fatos “administrativizados” com uma regulamentação de rigidez decrescente. A diminuição de garantias e de rigor poderia ser legitimada através do Direito Penal contemporâneo caso isso fosse um elemento que tivesse relação à propagação de sanções pecuniárias ou privativas de direito. Seguindo essa linha de raciocínio, o Direito Civil que possui caráter reparatório poderia diminuir as exigências acerca das garantias político-jurídicas, mas o Direito Civil assume elementos punitivos, logo o mesmo teria que apresentar mais rigidez, bem como na hora de sua imputação.

Admite-se, então, que a vigência das regras de imputação e dos princípios da garantia está na base do Direito Penal, por conta de seu caráter sancionatório que o mesmo assume. A expansão penal é algo difícil de ser contido por contas das estatísticas das aspirações que a sociedade possui. Todavia, levando em consideração que muito dos delitos que se apresentam na expansão continuam sendo penalizados por penas restritivas de liberdade, mostrando assim, haver opções como: que os delitos em questão sejam adequados ao núcleo do Direito Penal, com suas garantias máximas e muito mais rigor em relação as regras de imputação, bem como que haja uma relativização de princípios de garantia, onde renuncia-se a cominação das penas de prisão. Existe uma grande probabilidade que a partir dessa expansão haja uma flexibilização quanto às regras de imputação e princípios de garantia.

A intervenção estatal é o resultado do medo à violência que assombra a sociedade, de maneira que se enxerga muito mais fácil encontrar ou criar um paliativo legislativo do que de fato, procurar entender as causas, profundas, que geram a criminalidade. Sobre essa ampliação da tutela penal que tem por objetivo conter as inseguranças sociais, o autor Paulo Queiroz afirma:

O Estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação. O direito penal

não pode se valer, enfim, de simbolismos que, iludindo os seus destinatários por meio de uma solução barata e, não raro, demagógica (a edição de leis penais ou o aumento de seu rigor), as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa, sobretudo quando se sabe que a intervenção penal é a intervenção sintomatológica e não etiológica, que atinge os problemas sociais em suas consequências e não em suas causas. Daí se dizer que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delito (QUEIROZ, 2005, p. 53).

Além de todas as preocupações presentes em torno de tais mudanças existe a aproximação de uma terceira velocidade do Direito Penal, onde Silva Sánchez enumera e a define com um rigor que não segue à risca os princípios básicos que sempre foram protegidos pela Constituição Federal, onde o poder estatal é limitado, mas existe a garantia dos Direitos Humanos. Tal velocidade refere-se ao Direito Penal do Inimigo, obra de Günther Jakobs, tendo em vista que a movimentação dessa expansão indica que se pode terminar o Direito que pune o inimigo e não cidadãos, onde há uma desproporcionalidade de penas.

2.1 A EXPANSÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO PARA O DIREITO PENAL

A globalização se equivale a um meio utilizado para descrever um vasto e complexo conjunto de processos que estão interligados, não sendo um fenômeno recente, mas sim, um fenômeno existente desde os Antigos Impérios, provocando altos problemas com modernização econômica, cultural e jurídica.

Como dispõe Paulo Silva Fernandes, o termo globalização refere-se:

Como sendo um estreitamento (e aprofundamento) espacio-temporal de toda uma estrutura econômica, social, política e cultura, suportada por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera todo um processo de diluição (outra vez a figura do Levitão nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-aí-diferente no ser-em-todo-o-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais, em consequência do qual cada vez menos se encontra em um "genuíno". (FERNANDES, 2001, p. 41-42)

Surgindo além da integração e uniformização do processo de globalização, uma crise nas instituições éticas, da própria realidade e do Direito Penal. Com a questão de insegurança em ascensão, a sociedade moderna e globalizada, chamada também de "Teoria da sociedade de risco" desenvolvida pelo filósofo alemão Ulrich Beck, refere-se a dois momentos distintos da modernização: A modernização simples que ocorreu durante o período

industrial, e a modernização reflexiva, onde o homem admitiu os riscos decorrentes dessa evolução¹⁵. Preliminarmente, sobre a sociedade industrial, ocorriam os grandes avanços tecnológicos sem que fossem percebidos os riscos e perigos inerentes a este.

No entanto, há outros autores que no que concerne a teoria desenvolvida por Ulrich Beck, elucidam que os riscos surgem de forma que não são nítidas sendo uma mudança na estrutura da sociedade industrial e com o avanço da tecnologia a mudar as estruturas a modernidade faz com que a sociedade critique seu próprio desenvolvimento, desta maneira:

A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento. (MACHADO, 2005, p. 31)

Com o devido reconhecimento e aceitação dos riscos que decorreram dessa evolução tecnológica, naturalmente ocorre também a tentativa de controlar esses riscos, com a incerteza, urge-se uma demanda social, normativa, por segurança.

A globalização trouxe também diversos novos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos, com a rapidez das relações e na transposição de fronteiras. Os avanços fazem com que o mundo seja visto sob uma nova ótica, onde não há mais distancia em virtude da velocidade com o modo que as informações circulam. Mesmo que haja uma enorme extensão territorial, o planeta passa a ser cada dia mais interligado pelos vários meios de comunicação, principalmente através da internet.

Com a globalização ampliou-se a integração de mercados, interdependências entre economias nacionais e que estruturam mundialmente rede de mercados, produtos, bens, capitais e tecnologia. De acordo com o sociólogo Anthony Giddens¹⁶, a partir da nova economia eletrônica global, donos de grandes capitais como investidores a título pessoa, assim como gestores de fundos, bancos e empresas, podem transferir grandes quantias de capitais com

¹⁵ BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: Hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. P. 57.

¹⁶ GIDDENS, Anthony. O Mundo na era da Globalização. Lisboa: Presença. 2000. Texto adaptado do livro. Disponível em < <https://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/Texto-GIDDENS-Globalizacao.pdf> > Acesso em 13/03/2023

apenas um “clique” de um botão, podendo trazer uma grande instabilidade na economia, para contextualizar, para Giddens, o conceito de globalização está ligado à intensificação das relações sociais em âmbito global. Para o sociólogo, a globalização não se trata de um fenómeno restritamente económico, em sua perspectiva, se trata de um fenómeno político, tecnológico e cultural.

Giddens observa que a globalização é caracterizada como um fenómeno cada vez mais descentralizado, onde nenhuma nação possui controle sobre o fenómeno, mas apesar disto, é necessário inovar e ousar, tendo em vista que viver numa época global, sempre haverá a necessidade de enfrentar novos desafios. Isto é, para haver progresso, devemos ousar¹⁷. Nesse sentido, a aceitação do risco está relacionada a uma forma calculista de ver o mundo, onde imagina-se possibilidades, Giddens afirma que o risco se trata de “infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras” (GIDDENS, 2003. P. 33), e afirma:

O risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, a tradição ou aos caprichos da natureza. O Capitalismo moderno difere de todas as formas anteriores de sistema económico em suas atitudes em relação ao futuro. Os tipos de empreendimento de mercado anteriores eram irregulares ou parciais. As atividades dos mercadores e negociantes, por exemplo, nunca tiveram um efeito muito profundo na estrutura básica das civilizações tradicionais, que permaneceram amplamente agrícolas e rurais. (GIDDENS, 2003, p. 34)

O termo “globalização” é demasiado utilizado desde o final do século XX para explicar diversos fenómenos, e trata-se de uma extrema expansão, que tende a mudar cada vez mais, trazendo novos hábitos, costumes, expectativas, assim como diversas novas possibilidades, porém, novos problemas. A nova era abriu muitos caminhos alternativos para a prática de ilícitos que impõe a necessidade de um aprimoramento da eficácia penal.

Os meios eletrónicos alteraram as relações jurídicas de muitas atividades, onde tornou possível o comércio de produtos que não existiam em outras épocas. Um ponto importante é a atuação dos Estados e seus sistemas globais ou regionais, que se obrigam a reverem suas autonomias políticas, como também sua soberania, surgindo a necessidade de uma ampliação em relação a colaboração jurídica, económica e política dentro desse novo mundo globalizado.

¹⁷ Idem. Ibidem.

Essa crescente convivência global traz consigo o crescimento da criminalidade global que é caracterizada como uma ameaça ao Estado de Direito¹⁸. Os mercados criminosos transnacionais, facilitados através da globalização, transpassam fronteiras transportando armas, drogas, assim como recursos naturais roubados. Para Phil Williams “os criminosos transnacionais têm sido um dos maiores beneficiários da globalização”¹⁹, considerando que o fenómeno da globalização além de facilitar relações sociais, facilita também o comércio internacional, assim como traz uma dificuldade numa regularização acerca do comércio global, e infelizmente, aqueles que praticam tais ilícitos, se beneficiam disto. Williams assente que a globalização ampliou a desigualdade e que “seu efeito perturbador realmente fez com que as pessoas entrassem no crime organizado e operassem em mercados ilícitos como mecanismo de enfrentamento”²⁰.

Conforme Anabela M. Rodrigues, sobre a globalização:

Utilizando as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime permitindo que os grupos criminosos homogêneos aproveitem as vantagens que oferece o novo espaço mundial, com a criação de zonas de comércio livre em algumas regiões do mundo, nas quais se produz uma permeabilização económica das fronteiras nacionais e se reduzem os controlos. (RODRIGUES, 2009. p. 191 e ss.)

Para Hassemer, no que concerne a globalização foi um impulsionador de diversas novas formas de criminalidade organizada, em especial, a transnacional, onde se beneficiou da facilidade de transação tendo em vista as lacunas legislativas e a impossibilidade de intervenção estatal ou das autoridades judiciais, isto é, “paralisa o braço que a deve combater”²¹.

O tráfico de estupefacientes é um exemplo, por possuir uma proeminente dispersão geográfica entre os locais onde é feita a produção e o consumo, os grupos criminosos precisam se infiltrar em diversos países para “ancorar” as suas redes de distribuição, onde possuem livre circulação, um desafio

¹⁸ Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment. p. 19. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf> Acesso em 13/03/2023

¹⁹ How globalization Affects Transnational Crime. Phil Williams. 2012. Disponível em <<https://www.cfr.org/blog/how-globalization-affects-transnational-crime>> Acesso em 13/03/2023

²⁰ How globalization Affects Transnational Crime. Phil Williams. 2012. Disponível em <<https://www.cfr.org/blog/how-globalization-affects-transnational-crime>> Acesso em 13/03/2023

²¹ HASSEMER. Winfried em Bravo, Jorge dos Reis. Os Crimes de Fraude e a Corrupção no espaço europeu: Actas do Simpósio realizado no dia 20 de abril de 2013. Coimbra Editora. 2014. p. 113.

enfrentado também no tráfico de seres humanos. Faria Costa afirma que “os Estados quando muito, são meras plataformas geográficas, meros nós fixos da grande teia que a criminalidade hiperorganizada vai tecendo”²². A globalização trouxe um grande progresso nas vidas de muitos, mas é acompanhada deste lado obscuro.

De acordo com relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e crimes (UNODC) de 2010, o crime organizado “se globalizou e se transformou em uma ameaça à segurança”²³, onde se percebe que “a globalização” dos crimes demonstram movimentos ilícitos, bem como os seus mercados, no quais envolvem as principais nações do mundo. Neste mesmo relatório²⁴ consta a estimativa de vítimas de 140 mil vítimas de tráfico humano, assim como 2,5 e 3 milhões de migrantes são contrabandeados provenientes da África para a Europa, e da América Latina para os Estados Unidos. O tráfico de drogas, em especial de heroína na Europa é o mais valioso do mundo, conforme o relatório está estimando em US\$ 20 bilhões, onde o continente europeu é o maior consumidor da droga, em contrapartida, o mercado de cocaína da América do Norte está em decadência, tendo em vista que houve uma diminuição na procura por conta de uma maior aplicação da lei. Já o mercado mundial de armas de fogos ilícitas estima-se em US\$ 170 a 320 milhões por ano, o que representa entre 10% a 20% do mercado ilegal, a exploração ilegal de recursos naturais tal como o contrabando de animais selvagens provenientes da África e do Sudeste Asiático, que acabam por destruir o ecossistema, esses são alguns dos crimes cometidos citados no relatório da UNODC, onde também cita sugestões para lidar com as ameaças colocadas pela globalização do crime. No supracitado relatório, Antonio Maria Costa ressalta que, uma vez que o crime se tornou global, as respostas domésticas apenas mudam o desafio de um Estado para outro, isto é, é necessário haver respostas globais.

Como citado anteriormente, a cooperação internacional se mostra

²² COSTA, José de Faria. A Globalização e o Tráfico de seres humanos: o pêndulo trágico da história e o Direito Penal. in Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, A, 136. n.º 3944. 2007. p. 261.

²³ Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2010/06/17-crime-organizado-se-globalizou-e-se-transformou-em-uma-ameaca-a-seguranca.html>> Acesso em 13/03/2023

²⁴ The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assesment. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf> Acesso em 13/03/2023

importante perante a esta nova criminalidade, tendo em vista que já é provado que uma boa parte da delinquência informática migrou para a internet, tendo como uma face essa nova realidade e criminalidade global. Sendo assim, a nova era da globalização trouxe a necessidade de aprimoramento nos mecanismos para combater a criminalidade de natureza transnacional e também decorrente de se repensar na ciência criminal, bem como a consciência mundial e a necessidade de estabelecer mecanismos para uma justiça supranacional.

O Direito Penal enfrenta algumas mudanças por conta da globalização, e a partir disto surge novas transformações, pois o Direito Penal clássico vem se modificando por conta da globalização atual que se vivencia. São registadas grandes alterações, evoluções e inovações em todas áreas do conhecimento, a evolução carrega transformações positivas e negativas, tanto em relação ao desenvolvimento social que faz acarretar algumas problemáticas que até então eram desconhecidas e que ao mesmo tempo demonstram grandes avanços científicos e tecnológicos que podem expressar riscos ao ser humano de maneira individual ou coletiva.

Os avanços possuem uma velocidade que acaba por dificultar a previsão e controlo destes riscos, tal fenómeno faz surgir nas pessoas uma sensação de incerteza, insegurança e desamparo, que traz como consequência a preocupação dos cidadãos por intervenções radicais por parte dos agentes públicos que os representam ou atitudes que tragam essa sensação de proteção e segurança.

Por mais que o risco seja considerado substancial tendo em vista o a extensão da evolução social, ao mesmo tempo é considerado um fator de desequilíbrio. Existem riscos que são considerados uma consequência natural da vida em sociedade, e acabam tendo de ser tolerados ainda que sejam objetos de normas estatais que passar despercebidos ao Direito Penal. Nas sociedades de risco onde se exige uma demanda por segurança generalizada, imagina-se alcançar um nível ideal para proteção contra a criminalidade. Ao enfrentar o âmbito penal, percebe-se que há problemas quanto aos riscos modernos, haja visto que foram trazidos pelas novas formas de criminalidade que atingem bens jurídicos difusos e coletivos, que podem vir a afetar um número indeterminado de pessoas, isto é, a sociedade como um todo, e até mesmo as futuras gerações, fazendo assim com que haja um risco sobre a própria existência humana.

O Direito Penal não possui capacidade de dar respostas congruentes para esta nova realidade que decorre de novos riscos, resultando numa crise, porque por mais que haja a preservação das garantias individuais que foram criadas e conquistadas, limitando ao poder punitivo estatal, expande-se no sentido de atuar como uma forma de controle social, que interfere na liberdade das pessoas para garantir a segurança e bem-estar coletivos, buscando legitimar a atuação no fator risco. Se por um lado o Direito Penal demonstra-se insuficiente, a sociedade de risco passa a ser responsável pela sua expansão já que legitima sua atuação de áreas que até então não lhe diziam respeito, entretanto, atualmente demonstra-se merecedora de tutela penal.

O fenómeno económico da globalização não delimita de maneira efetiva a produzir ou facilitar a atuação da macrocriminalidade, neste segmento, incide também sobre a microcriminalidade enquanto criminalidade de massas. Sendo assim, os movimentos de capital e de mão de obra, provenientes dessa globalização económica tem uma aparição no ocidente proletariado, os quais procede o incremento da delinquência patrimonial de grande e pequena gravidade. Ao fim do século XIX, a Europa vivenciou um fenómeno de transformar substancialmente o conceito vigente de Direito Penal. Como havia um fator de consequência sobre a emigração neste período por conta da industrialização, as pessoas mudavam de maneira simultânea dos campos para a cidade, entretanto, não havia estruturas urbanas e nem as próprias indústrias estavam preparadas para essa multidão de pessoas.

A proletarização dos migrados provocou uma perda em razão da boa parte dos elementos de integração e inibição de condutas delitivas, que tinham em seu lugar de procedência, em contrapartida, o mercado de trabalho contribuiu para que os muitos migrantes caíssem na marginalidade e passassem a se dedicarem a delinquência²⁵. A concepção clássica da pena, desvincula-se dos “fins” e passar a ser orientada tão somente a retribuição da culpabilidade pelo ato, que se revelou insuficiente. Havia a necessidade de uma concepção sobre a sanção penal que afrontasse o cumprimento de fins empíricos com relação ao sujeito em que havia delinquido, desta forma, elaborou-se a concepção da “pena funcional” sendo um termo preventivo-especial²⁶. Esta pena tinha três

²⁵ SILVA, Sánchez, Jesus Maria. op. cit., p. 127.

²⁶ SILVA Sánchez, Jesus Maria. op. cit., p. 128.

manifestações: tal como o meio de intimidação individual que dirigia ao delinquente ocasional, com a finalidade de ressocialização, ao delinquente habitual incorrigível²⁷. Desta maneira, estabeleciam as bases para as medidas de segurança, que na realidade serviria para substituir as penas, tomando como referência a periculosidade do delinquente ao invés da culpabilidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, fora evidenciado que as penas se extinguíam como, mais que isso, de acordo com a teoria da prevenção especial construída no final do século XIX, se estabelecia somente a ideia ressocializadora de execução das penas e medidas de segurança. Nos dias atuais, pode-se afirmar que em diversas medidas, assim como em vários países, a criminalidade, seja ela geral ou patrimonial, passaram a ser comum, assim como, diversos as várias nações europeias, por conseguinte, uma criminalidade que é rara, mas ocasional, onde denota-se por termos que se alteram entre a “habitualidade” e a “profissionalidade”. Desta maneira, atribui-se como um problema estrutural das diversas sociedades pertencentes a União Europeia, não que haja uma negligência sobre as situações que coincidem com o tempo de aparição de incertezas por parte dos cidadãos europeus no que diz respeito a permanência do modelo de Estado de prestações ou Estado do bem estar, sendo questionamentos onde pode observar-se a preocupação em relação ao risco e obsessão pela segurança nas sociedades, deste modo, há contribuição quanto a um progressivo desencanto em torno das possibilidades de uma intervenção ressocializadora do Estado sobre aquele que cometeu um crime.

Através das evidências, tal criminalidade não se distingue da criminalidade tradicional, entretanto, a intensidade existente e a sua extensão são intensificadas pela marginalidade onde aqueles, expatriados, que dentro da sociedade pós-industriais, vivem sobre as relações laborais estáveis²⁸. Com a imigração de pessoas provenientes de países pertencentes a outros âmbitos socioculturais que buscam a Europa no encalço de condições melhores, acabam por converter a sociedade em pluriétnicas e multiculturais, onde tal cultura, de maneira evidente, demonstra-se uma tensão entre a integração e atomização, entre homogeneização e diversificação. A grande preocupação entre a

²⁷ SILVA Sánchez, Jesus Maria. op. cit., p. 128.

²⁸ SILVA, Francom. As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010. Messutti. Montevideo, 1998, p.18 e ss, citando Zaffaroni.

diversidade ou multiculturalidade em seus primórdios já se mostra criminológica, tendo em vista que produz violência. Não se pode afirmar, em termos empíricos, que os estrangeiros cometem mais crimes que os nacionais dos países europeus, todavia, pode-se admitir que os delitos que são cometidos por imigrantes são os que mais ocorrem, assim como a levar em consideração os meios de comunicação, onde há maior atenção e holofote, tendo assim, mais difusão.

A questão está em torno do Direito Penal e se o mesmo pode operar, ao atuar nos delitos que expressam a criminalidade dos imigrantes, com a mesma sutileza em que se refere a teoria das normas e o delito. Ao tratar de crimes em relação ao contexto cultural do país de origem, como a lei, costume ou convicção social, ou até mesmo convicção religiosa, obriga-se o sujeito diante da norma vigente do território da Europa²⁹. Destarte, a teoria do delito, poderia dispor de recursos sem que haja um comprometimento de maneira irreparável a vigência da norma estatal territorial, de modo que haja uma resolução de conflito produzido pela atuação do indivíduo, especialmente a exclusão da culpa e erro de proibição. Portanto, as razões mencionadas são passíveis de discussão em relação ao recurso explícito e geral, em situações onde o ato criminoso aparece associado a uma cultura distinta onde não provocasse uma possível “quebra” na confiança geral do sistema, podendo assim, haver ressalvas importantes nesse tipo de juízo, onde o Direito Penal de sociedades multiculturais não será apenas mais repressivo em tais questões para, de alguma forma, suprir a escassez de assentimento social, mas eventualmente, demonstrará assim, contrário sobre a exclusão da concorrência dos pressupostos de imputação da culpabilidade por razões culturais.

3 O DIREITO PENAL FRENTE À CRIMINALIDADE MODERNA

Os crimes cibernéticos, como a violação de dados, fraudes, a pornografia infantil, pirataria de conteúdos, entre outros, configuram-se internacionais de modo crescente, onde os criminosos e vítimas podem ser localizados em diversos países de modo que são cada vez mais internacionais, tendo os criminosos e vítimas localizados em diversos países de modo que haja a

²⁹ SILVA, Sánchez, Jesus Maria, op. cit., p. 131.

necessidade de uma cooperação cada dia mais eficiente.

Atualmente, o armazenamento de dados, a informação e seu processamento possuem um valor estratégico onde não compreende apenas o âmbito da vida íntima das pessoas, mas acaba por limitar a sua funcionalidade, onde ultrapassa a esfera meramente individual e se estende sobre o funcionamento de uma sociedade de mercado que reproduz a necessidade de uma adoção de medidas legais para que haja uma correta tutela. Deste modo, é evidente a existência de uma política criminal comum que está voltada à tutela penal da informação, especialmente, na conjunção atual, tendo em vista que a atividade humana mundial está completamente entreposta num constante processo de digitalização. Posto isto, a busca por uma política criminal comum produz a possibilidade de uma criação de novos tipos legais, ainda que não estejam previstos na ordem jurídico-penal.

Existe um risco em torno da possibilidade das redes informáticas e da informação eletrônica serem utilizadas para a prática de infrações criminais e de que as provas das infrações possam ser armazenadas e transmitidas por meio dessas redes, o que é uma grande preocupação que já se encontra prevista no preâmbulo da Convenção de Budapeste³⁰. A criminalidade cibernética possui um risco que representa um conjunto de desafios multitemáticos que de modo frequente excedem as fronteiras físicas dos Estados. Por conseguinte, demonstra-se a necessidade de levar em consideração, especialmente, o caráter transfronteiriço do crime que se utiliza de serviços de fora das jurisdições dos países.

O Estado possui a necessidade de garantir o acervo normativo harmonizado no âmbito doméstico para o enfrentamento dessa criminalidade cujo risco destaca-se em razão de sua transnacionalidade. Diante do exposto, exige-se, em escala global, a tipificação penal de condutas que estejam

³⁰ Preâmbulo da Convenção de Budapeste: “Concerned by the risk that computer networks and electronic information may also be used for committing criminal offences and that evidence relating to such offences may be stored and transferred by these networks” CONSELHO DA EUROPA. Convention on Cybercrime. 2001. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>> Acesso em: 10/12/2022.

conforme a convenção a fim de que a cooperação jurídica internacional em matéria penal seja desenvolvida. Sendo assim, qual efeito é produzido sobre a tipificação penal contra o *cibercrime* na ordem jurídica interna dos Estados signatários da Convenção de Budapeste?

Há uma preocupação com a formação de um Estado de polícia próprio ao ciberespaço perante uma política criminal reativa aos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, em virtude das probabilidades que se demonstram cada vez mais concretas em relação ao aumento do poder punitivo, o que é incompatível com os princípios basilares do Estado de Direito. É estabelecido que as principais razões sobre a expansão do poder punitivo estatal são o efetivo surgimento de novos riscos trazidos pela sociedade pós-industrial, e a sensação de uma sociedade insegura. A ideia de risco que o *cibercrime* representa pode produzir, em particular, a criminalização de novos bens jurídicos, o incremento da sanção penal, o aumento de tipos de perigo abstrato de normas penais em branco, o abrandamento das regras de imputação, bem como as reconsiderações das garantias processuais.

Com a aparição dos novos meios de comunicação e informação houve uma metamorfose nas relações sociais, e por consequência, uma análise sobre o Direito Penal de maneira mais preventiva para o confronto dos crimes virtuais. Nesse aspeto, o Direito Penal e face do risco causados pelo *cibercrime* já não atingiria sucesso em sua função de proteção limitada e subsidiária, tendo em vista que a tipificação de tais crimes, considerando a compatibilidade dos anseios da antecipação máxima da proteção penal, seria a do perigo abstrato. Esse *modus operandi* punitivista e intervencionista na globalização demonstra os “riscos do Direito Penal do risco”.

Esses vínculos sociais criados a partir da crescente interação transnacional, onde envolve atores públicos ou privados que delimitam a globalização, são definidas pela expansão do fluxo financeiro, pela internacionalização e pela atual divisão de trabalho, pela ampliação das redes de comunicação e pela redução das fronteiras físicas³¹. Castells assente como consequência da globalização “padrão de interação organizados em redes que

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez. 2002, p. 25-27.

desconhecem fronteiras e nacionalidades”³². Nesta perspectiva, há um novo modelo estabelecido a partir da realidade tecnológica e se demonstra com tamanha complexidade que afeta todos os aspetos do sistema cultural, tal como as formas de operação e regulação dos mercados, para Castells esse novo paradigma tecno económico juntamente do fácil acesso da informação está organizando “a mais nova divisão internacional do trabalho” (CASTELLS, 1999. p. 161). Através deste novo paradigma, novos postos de trabalho são criados, bem como as oportunidades que surgem a cada dia, o que interfere em uma diversidade de carreiras resultando uma possível nova classe social, consequentemente, a sociedade é convidada a repensar nas experiências sociais. A comunicação em rede ultrapassa fronteiras, tendo em vista que a sociedade em rede é global, logo, a sua lógica chega em diversos países do planeta onde se difunde através do poder integrado nas redes globais de capitais, bens, serviços, informação e tecnologia³³.

Com o desenvolvimento das sociedades pós-industriais que evidenciam a bandeira da globalização, a criminalidade através da informática reinventa uma nova perspectiva para o Direito Penal, haja vista o crescimento dos fluxos internacionais de dados e informações em diversas partes do planeta.

Assim sendo, é exposto ao Estado a existência de forças com impacto proeminente na vida da sociedade e que está, de certa forma, fora do seu campo de controle³⁴. Compreendida como algo negativo, a globalização insere aspetos de riscos ao âmbito social e político, como a insegurança, bem como as vulnerabilidades provenientes da atualidade³⁵. A partir da preocupação em torno das inseguranças em relação ao futuro, ou seja, um fenómeno que nem sequer fora concretizado no plano fático³⁶, o *cibercrime* é a razão desta sensação de insegurança pertencente a sociedade. Essa circunstância concede ao sistema judicial a responsabilidade sobre a garantia da ordem, bem como a confiança em

³² CASTELLS, Manuels. A Sociedade em Rede. Paz e Terra. 6ª Edição. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. Vol. I. 2002. p. 36

³³ CASTELLS, Manuels. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. Conferência promovida pelo Presidente da República. p.18 Disponível em < <http://labds.eci.ufmg.br:8080/bitstream/123456789/62/1/CASTELLS%3B%20CARDOSO.%20Sociedade%20em%20rede.pdf>> Acesso em 13/03/2023

³⁴ HOBBSAWN, Eric. Globalização, democracia e terrorismo. Tradução: José Viegas. São Paulo. Companhia das Letras, 2007. p. 109.

³⁵ BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: Hacia una nueva modernidade. Barcelona: paidós ibérica, 2006, p. 21.

³⁶ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 40.

torno das relações sociais, é necessário haver “um conjunto de instituições independentes e universais que criam expectativas normativamente fundadas e resolvem litígio em função de quadros legais presumivelmente conhecido de todos”³⁷.

O relatório para a Convenção sobre *cibercrime* preocupa-se em relação aos riscos existentes ao se fazer uso de novas tecnologias, principalmente as tecnologias de comunicação e informação, onde há a possibilidade do surgimento de novos tipos de delitos, assim como delitos já existentes, mas através da via digital³⁸. O relatório acrescenta:

As novas tecnologias desafiam os conceitos legais existentes. Informações e comunicações fluem com mais facilidade ao redor do mundo. Fronteiras já não são mais limitações para esse fluxo. Os criminosos estão cada vez mais localizados em regiões diferentes daqueles onde suas condutas produzem efeitos. No entanto, as leis nacionais estão normalmente confinadas em um território específico. Assim, soluções para os problemas apresentados precisam ser direcionadas pelo Direito Internacional, de modo que necessite a adoção de instrumentos internacionais adequados³⁹.

Fora concluído através do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e crime (UNODC) que a conectividade global crescente está atribuída ao desenvolvimento da criminalidade cibernética da atualidade, conforme esses atos ilícitos utilizam da tecnologia de informação de alcance global para a prática de crimes em escala transnacional⁴⁰.

3.1 O Cibercrime

O *cibercrime* em sentido estrito refere-se aos “crimes cometidos contra um computador ou fazendo uso de um computador”, todavia, o conceito de tal crime deveria ser abrangente para poder compreender tantas categorias que

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez. 2002, p. 43.

³⁸ CONSELHO DA EUROPA. Explanatory Report to the Convention on Cybercrime. 2001, p. 2. Disponível em: < <https://rm.coe.int/16800cce5b>> Acesso em: 12/02/2023.

³⁹ Versão original: The new Technologies challenge existing legal concepts. Information and communications flow more easily around the world. Borders are no longer boundaries to this flow. Criminals are increasingly located in places other than where their acts produce their effects. However, domestic laws are generally confined to a specific territory. This solutions to the problems posed must be addressed by international law, necessitating the adoption of adequate international legal instruments. The present Convention aims to meet this challenge, with due respect to human rights in the new information Society. CONSELHO DA EUROPA. Explanatory Report to the Convention on Cybercrime. 2001, p. 2. Disponível em: < <https://rm.coe.int/16800cce5b>> Acesso em: 12/02/2023.

⁴⁰ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Comprehensive Study on Cybercrime. United Nations: Viena, 2013, p. 4 Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/organizedcrime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf> Acesso em: 12/02/2023.

empregam o sistema informático para cometer atos ilícitos. De acordo com o relatório “*Internet Organised Crime Threat Assessment*”⁴¹ elaborado pela EUROPOL, os indivíduos praticantes dessas atividades ilícitas atuam de modo veloz, conseguindo interferir na infraestrutura de um sistema, alterar códigos ou obter informações das vítimas. O crime possui alto nível de dificuldade tendo em vista que conseguem atingir um grande número de vítimas sem a necessidade de grandes investimentos.

O UNODC⁴² alude uma definição para o *cibercrime*:

[...] incluindo fraudes relacionadas ao uso do computador e roubos de identidade; produção computadorizada, distribuição e armazenamento de pornografia infantil; tentativas de *phishing*; e acesso ilegal a sistemas de computadores, incluindo *hacking*⁴³.

Há uma dificuldade para uma definição adequada tendo em vista que existem diversos comportamentos em relação à tais atividades para que haja uma caracterização sobre o fenómeno. Nessa perspetiva, Garcia Marques e Lourenço Martins advertem o fato de não haver uma definição exata sobre a “criminalidade informática”, e salientam que é “frequente encarar a criminalidade informática como todo o ato em que o computador serve de meio para atingir um objetivo criminoso ou em que o computador é alvo simbólico desse ato ou em que o computador é o objeto do crime”⁴⁴. Há um sentido muito abrangente sobre a terminologia “computador”, tendo em vista que os telemóveis, assim como os tablets possuem a capacidade de computação, mas na atual Lei do Cibercrime, considera-se sistema informático:

“qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu

⁴¹ EUROPOL. Internet Organized Crime Threat Assessment (IOCTA). European Agency for Law Enforcement Cooperation. 2021, p. 16. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/internet_organised_crime_threat_assessment_iocta_2021.pdf> Acesso em: 12/02/2023.

⁴² ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Comprehensive Study on Crime. United Nations: Viena, 2013, p. 203. Disponível em: <<https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/10.Cybercrime.pdf>> Acesso em: 12/02/2023

⁴³ Versão original: [...] including computer-related fraud and identity theft; computer-related production, distribution, or possession of child pornography; phishing attempts; and illegal access to computer systems, including hacking

⁴⁴ GARCIA MARQUES E LOURENÇO MARTINS. Direito da informática, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 639 ss. apud VENÂNCIO, Pedro Dias, Lei do Cibercrime, ANOTADA E COMENTADA, 1ª ed, Coimbra Editora, 2011, p. 16.

O “*Cibercrime*” tem uma definição ampla sobre crimes praticados a partir de novas tecnologias de informação e comunicação, desta forma, cabem na definição de atuações criminais clássicas e como novos crimes. Deve-se diferenciar a “criminalidade informática” (a informática é alvo do crime) da “criminalidade praticada com recurso a meios informáticos” (a informática é meio de execução do crime)⁴⁶. A cibercriminalidade se configura em um fato praticado com recurso às tecnologias de informação⁴⁷ e pode envolver diversas condutas ilícitas. O autor Pedro Verdelho assente três grupos onde se refere como *cibercrime*: os crimes que recorrem a meios informáticos (abrange infrações que estão previstas no Código Penal e, portanto, sistematicamente não autonomizadas, como a devassa por meio da informática – prevista no artigo 193.º, revogado tacitamente pelos artigos 7.º n.º 1 e artigo 3.º alínea b) da Lei n.º 67/98 e o crime de burla informática e nas comunicações com previsão no artigo 221.º; os crimes referentes à proteção de dados pessoais (assegurada pela Lei 67/98, de 26 de Outubro que prevê ilícitos criminais específicos); e os crimes informáticos propriamente ditos⁴⁸ (os que constam na Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro).

O “*modus operandi*”, como dito anteriormente, são diversificados, para Lourenço Martins⁴⁹ sendo os mais conhecidos: a “*técnica do salame*” que consiste na retirada de uma importância mínima de diversas contas bancárias de terceiros, onde há uma impercetível alteração de saldo, e transferindo o montante para sua própria conta ou de seu cúmplice⁵⁰; a “*bomba lógica*” ou “*programa-crash*”, que corresponde a instruções clandestinas para atuação em determinado momento, logo que verificada certa condição ou evento⁵¹; o

⁴⁵ Artigo 2.º alínea a) da Lei 109/2009 de 15 de setembro.

⁴⁶ VERDELHO, Pedro; BRAVO, Rogério; ROCHA, Manuel Lopes – Leis do Ciber Crimes, Vol. 1, pp. 27-28. Disponível em < <http://www.centroatl.pt/titulos/direito/imagens/excerto-ca-leisdocibercrime1.pdf> > Acesso em: 12/02/2023

⁴⁷ SANTOS, Paulo; BESSA, Ricardo; PIMENTEL, Carlos. CYBERWAR: O fenómeno, as tecnologias e os actores, FCA- Editora de Informática Lda, 2008, p.5

⁴⁸ Crimes informáticos onde o autor fez referência à Lei 109/91, de 17 de Agosto, que na data estava em vigor, onde foi substituída pela Lei 109/2009, de 15 de Setembro.

VERDELHO, Pedro. “Cibercrime”, in Direito da Sociedade da Informação (IV), pp. 356-368.

⁴⁹ MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 13-14.

⁵⁰ Idem, Ibidem.

⁵¹ MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação,

“*Keylogger*” que é um programa que assim que é instalado no computador, identifica o “clique” do teclado, desta maneira, quando escreve-se um endereço eletrônico, é enviado uma informação ao criador do programa⁵²; o “*Vírus*”, que consiste num conjunto de instruções que podem ser reproduzidas de maneira veloz, e que levam à inutilização de dados, ficheiros e programas, ou até mesmo à paralisação de um sistema informático”⁵³; o “*Phishing*”, conforme Verdelho:

“esta atividade é faticamente complexa e traduz-se, antes de mais, na remessa massiva de mensagens de correio eletrónico (utiliza, portanto, a técnica de spam). Tais mensagens incluem um link para uma página na WWW. Esta página será normalmente a reprodução aproximada de uma outra (a autêntica), por exemplo, de um banco ou de uma entidade emissora de cartões de crédito. Conterá elementos identificadores da entidade autêntica e imagens a ele referentes. Porém, será falsa, por ser construída e gerida por terceiros, sem autorização da entidade cujos sinais pretende imitar. Se a vítima usar o link para aceder à página falsa, deparar-se-á com uma página parecida com a do seu banco, ou da entidade gestora do seu cartão de crédito. Desta forma, os criminosos obtêm dados confidenciais que lhes permitirão aceder às contas bancárias das vítimas, transferindo o dinheiro que aí houver para as contas suas. Ou utilizar os respetivos cartões de crédito, em seu proveito” (VERDELHO, Pedro. 2009, p. 413)

Por outro lado, o “*Pharming*”⁵⁴, age através de *spam* do correio eletrónico, no qual envia ficheiros ocultos que se auto-instalam no sistema informático da vítima, e uma vez instalados, conseguem alterar os arquivos do sistema de modo oculto. Possui o objetivo de fazer com que o utilizador, ao aceder a um determinado *site*, o sistema o reencaminhe para um *site* semelhante, porém falso, age de maneira semelhante ao fenómeno *Phishing*; entre muito outros termos.

As condutas praticadas através da *internet* podem levar a prática de diversas outras atividades ilícitas como: Ameaças (artigo. 153.º n.º 1 CP); discriminação racial ou religiosa (artigo. 240º. do CP); crimes contra a

Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 13-14.

⁵² GLENNY, Misha. Dark Market, como os *hackers* se tornaram a nova máfia. Traduzido por Michelle Hapetian. Civilização Editora, 2012. p. 49

⁵³ MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 13-14.

⁵⁴ VERDELHO, Pedro. Phishing e outras formas de defraudação nas redes de comunicação, op. cit. p. 415

autodeterminação pessoal (*cybertalking, cyberbullying*)⁵⁵, assim como burlas no arrendamento de imóveis e na venda de bens, vendas ilegais, jogo ilegal, difamações e injúrias (artigos 189.º e 182.º do CP). A transgressão da lei pode acometer sobre bens coletivos (pedofilia, terrorismo), como em bens privados, sendo a pessoa singular tendo os seus direitos lesionados⁵⁶.

Para Joel Pereira “o vírus tornou-se a arma dos tempos tecnológicos”⁵⁷, tendo em vista que através desses “programas” há a possibilidade de uma paralisação do sistema, bem como a inutilização de dados e ficheiros. Ainda afirma que:

o crime na internet evoluiu do simples “*hacker*”, em regra, inocente e aventureiro que desafia as barreiras pelo simples prazer de as ultrapassar, para um multimilionário negócio do crime, assumindo em determinados casos uma nova figura de terrorismo e do crime organizado (pedofilia, droga, terrorismo internacional)⁵⁸.

Como dito anteriormente, o Cibercrime traz diversos desafios para o Direito Penal, em especial sobre a sua definição⁵⁹, deve-se considerar o fato de que o cibercrime “abrange diversos tipos de crime” (Conselho da Europa, 2005, p. 87). O primeiro grupo de crimes cibernéticos compreende ofensas contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas de informação, que conforme McQuade III afirma, são os crimes “*CIA offenses*”⁶⁰, sendo aqueles crimes onde há acesso ilegal ao computador de um indivíduo ao coletar e excluir dados. Enquanto o segundo grupo, o computador é o instrumento da prática ilegal, um exemplo disto é a fraude de um cartão de crédito através de um *site* projetado com tal intuito. Existe também um terceiro grupo que consistem em ofensas relacionadas ao conteúdo, como atos de natureza xenófoba ou pornografia infantil, consistindo assim em uma categoria de crimes cometidos através de um computador, e por fim, um quarto grupo que

⁵⁵ SANTOS, Paulo; BESSA, Ricardo; PIMENTEL, Carlos. CYBERWAR: O fenómeno, as tecnologias e os actores, pp. 18-23.

⁵⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. O ilícito em rede. Direito da Sociedade da Informação e Direito de autor, APDI, Vol. X, Coimbra Editora, 2012. P. 111

⁵⁷ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Direito da Internet e Comércio Eletrónico. Quid Iuris? Sociedade Editora, Lisboa, 2011. p. 14

⁵⁸ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Direito da Internet e Comércio Eletrónico, Quid Iuris? Sociedade Editora, Lisboa, 2011. p. 240.

⁵⁹ McQuade III, Samuel C. Understanding and Managing Cybercrime. Boston: Allyn and Bacon. pp. 16-17)

⁶⁰ Idem. p. 39

está relacionado a violação de direitos autorais, como exemplo disso: a cópia e venda não autorizada de um *software* de computador⁶¹.

Outro desafio alarmante é o fato de tais tecnologias serem muito complexas e por vezes, desconhecida para o Direito Penal tradicional, o que requer autoridades bem treinadas na fase de investigação, desta forma, os Estados devem investir em treinamentos e educação sobre o tema (SMITH et al., 2004, p. 152), assim como os operadores do sistema devem estar preparados para novas técnicas e novos *modi operandi*. Muito dos crimes cibernéticos por ocorrerem através das redes, tal característica se choca com os critérios jurídicos, tendo em vista a territorialidade, onde se demonstra necessário regras estabelecidas por países sobre a jurisdição de um sistema legal sobre tais crimes, além de que por ocorrem em um espaço cibernético, por muitas vezes estes atos ilícitos ocorrem em lugares diferentes que estão sob jurisdição de diferentes países, cada um com sua própria lei. Mais uma vez, há indícios de uma forte necessidade de normas claras que venham a abranger as competências de cada país envolvido (SMITH, et al., 2004, p. 48).

O mundo da tecnologia possui um ritmo diferente, onde os crimes ocorrem em frações de segundos, e o sistema judicial criminal devem atualizar suas respectivas legislações, bem como as suas aplicações de leis para que haja uma repressão ao crime, haja vista que são incapazes de lidar com o fenômeno. Os Direitos Fundamentais, assim como a Convenção Europeia procuram resolver as mencionadas questões onde suas provisões consistem em uma abordagem que são caracterizadas através da redução de atritos entre leis criminais nacionais, o fornecimento de novas ferramentas investigativas e a melhora da cooperação internacional.

Sobre a redução de atritos entre leis criminais, é sabido que a natureza de muitos crimes cometidos através do ciberespaço traz uma inconsistência entre os sistemas de justiça criminal, o que dificulta o combate ao fenômeno do cibercrime, tendo em vista que a vítima pode estar em um local onde a sua jurisdição difere do local onde o autor possa estar, isto é, o país onde o delinquente se encontra, pode não caracterizar tal conduta como uma ofensa, gerando assim, um delito de menor potencial (SMITH et. Al., 2004, p. 86).

⁶¹ Conselho da Europa. Organised Crime in Europe: The Threat of Cybercrime. Strasbourg: Council of Europe Publishing. 2005.

Uma possível solução acerca do desafio é a superação sobre os atritos das legislações nacionais que tratam sobre o cibercrime. Neste segmento, a Convenção da Europa e os Direitos Fundamentais possuem requisitos de criminalização, onde partilham de um instrumento constituído por três infrações que possuem relação com a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas informáticos, sendo o primeiro referente ao acesso ilegal (Art.º 2º da Convenção da União Europeia, e o Artigo 2.º dos Direitos Fundamentais), isto é, ambos os dados possuem a competência de requerer a violação de uma medida de segurança (CHAIKIN, 2006, pp. 15-16). O segundo consiste na interferência do sistema (Art.º 5.º da Convenção da União Europeia e Art.º 3.º dos Direitos fundamentais, quando ocorre de maneira intencional o funcionamento de um computador, enquanto a terceira ofensa prevista no Art.º 4º. da Convenção da UE e Art.º 4.º dos Direitos Fundamentais, dispõem sobre a interferência de dados, que é caracterizada com uma variedade de tipos comportamentais, como danos, apagamentos, alteração, entre outros, que venham a afetar os dados de um computador. Com um rol extenso de críticas, a harmonização do Direito Penal não deve ter como objetivo apenas a unificação das legislações nacionais, mas sim visar resolver as inconsistências existentes entre as leis nacionais, conforme afirma Calderoni⁶².

A Convenção da União Europeia, em seus artigos 14.º a 21.º fazem a exigência de uma introdução de novos poderes investigativos, considerando que as novas regras processuais possuem ampla aplicação, ou seja, afetam significativamente os sistemas de processo penal das partes. Desta forma, os Estados devem adotar leis que permitam as atividades declaradas pela Convenção da EU. Uma das medidas adotadas pela Convenção é a preservação acelerada de dados de computador armazenados, onde há a permissão do congelamento até 90 (noventa) dias de dados passíveis de uma investigação criminal, outra medida se refere a “ordem de produção”, o que pode vir a obrigar uma pessoa a enviar informações que estejam armazenadas em sua posse, assim como um provedor de serviços divulgar informações de assinante em posse ou controle do provedor (Art.º 18.º, 3. A)⁶³. A terceira medida consiste na

⁶² CALDERONI, Francesco. Organized Crime legislation in the European Union. Heidelberg: Springer. 2010. pp. 2-4.

⁶³ MIQUELON-WEISMANN, Mirian F. The Convention of Cybercrime: A Harmonized Implementation

busca e apreensão de dados informáticos armazenados, onde a permissão para as autoridades fazerem uma busca em um computador ou outro dispositivo de armazenamento de dados, além de permitir apreender, copiar, preservar e remover ou tornar inacessíveis os dados, conforme o n.º 2. do Artigo.º19. E por fim, a quarta e quinta medidas preveem a coleta de dados em tempo real, onde o Artigo.º 20.º prevê os dados de tráfego e o Artigo.º 21º, os dados de conteúdo, isto é, possibilita as autoridades a interceptarem ou ordenarem um prestador de serviços que os atenda, ou colem dados de tráfego de conteúdo. As medidas citadas fornecem às autoridades uma ferramenta muito valiosa para tratar do assunto sobre o cibercrime, através de suas medidas investigativas.

Sobre a cooperação internacional, a Convenção da EU incluiu também várias normas com o objetivo de facilitar a cooperação e melhorar o combate ao cibercrime, como regras relativas à jurisdição, previstas no Artigo.º 22º, onde as partes estabelecerão sua jurisdição sobre os delitos definidos pela Convenção da EU quando tais delitos ocorrem dentro do seu território. Porém, há críticas acerca do assunto por não abordarem a questão mais crítica de jurisdição sobre crimes cibernéticos, isto é, conflitos jurisdicionais, conforme afirma Brenner⁶⁴, tais conflitos vistos como frequentes, já que as atividades realizadas através do ciberespaço não estão sujeitas a restrições físicas e espaciais.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL

A integridade física, a vida, a privacidade, a liberdade, bem como a propriedade, são direitos fundamentais muito valiosos de todas as pessoas, e assim como o mundo é constituído de transformações, os direitos fundamentais das pessoas também mudam conforme o surgimento de novas ameaças para tais bens. Conforme o artigo. 16.º da Constituição portuguesa⁶⁵, o parlamento pode ampliar o catálogo de Direitos Fundamentais que efetivamente beneficiam de proteção constitucional, e por esta razão a Lei n.º 27/2021 aprovou a Carta

of International Penal Law: What prospects for Procedural due process? John Marshall Journal of Computer & Information Law. 23. N.º 2: 329-61. pp. 342-343

⁶⁴ Brenner, Susan W. Cybercrime Jurisdiction. Crime, Law and Social Change. N.º 4-5. p. 46

⁶⁵ Constituição da República Portuguesa. 10ª edição. Porto Editora. 2021.

Portuguesa dos Direitos Humanos da Era Digital que determina os direitos dos cidadãos como utilizadores do espaço digital, bem como a liberdade e garantias

Em 1948 a Organização das Nações Unidas (ONU), declarou os Direitos Humanos com fundamentos baseados na declaração de 1789, na Revolução Francesa. Todavia, a Declaração de Direitos Humanos⁶⁶ da Organização das Nações Unidas (ONU) teve uma dimensão incomparável, tendo em vista que todos os países que a assinaram, defendem os Direitos Fundamentais. Tal declaração possui 30 (trinta) artigos, onde o primeiro prevê “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (DUDH, 1948, artigo. 1.º)

Em Portugal, no que pese, a Constituição da República Portuguesa de 1976 trouxe consigo grande base na Declaração dos Direitos Humanos, nos direitos e deveres fundamentais, assim como as liberdades e garantias expressos nos artigos, onde é designado todos os direitos e garantias fundamentais que todo cidadão português e a sociedade desfrutam. Pode-se afirmar que os principais Direitos Fundamentais existentes, são o direito à vida, a preservação da integridade física e moral de cada ser humano. O direito de ir e vir, de liberdade de expressão, tal como a liberdade intelectual, religiosa, política e assim por diante. O direito à privacidade consta dos direitos pessoais fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa, onde garante “a identidade genética do ser humano (...) na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”⁶⁷, também determina que “são nulas as provas obtidas [em razão] (...) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Conforme a citação, está determinado por lei a garantia da dignidade do indivíduo, sendo totalmente indispensável o seu acatamento, tendo em vista que a Constituição da República Portuguesa estabelece a inviolabilidade do domicílio, assim como o respeito sobre o sigilo da correspondência e outros meios de comunicação, sendo um direito fundamental e indispensável. A carta constitucional reconhece a todos os cidadãos o direito de acesso aos dados

⁶⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso: 13/02/2023

⁶⁷ Constituição da República Portuguesa, Artigo 37.º n.º 8. 10ª edição. Porto Editora. 2021.

informatizados, da mesma maneira que reconhece o direito de quem a qualquer momento queira retificar, atualizar ou até mesmo apagar tais dados, conforme preveem os artigos 34.º e 35.º da referida carta.

Destarte, são evidentes a liberdade e a possibilidade que os detentores dos dados possuem de controlar os seus dados e estarem seguros acerca disto. Essa inovação em torno de proteção de dados é uma inovação, considerando a utilização transfronteiriça. O direito de “livre acesso às redes informáticas de uso público”, um direito constitucional e os riscos relacionados a uma utilização de redes públicas de acesso, a Constituição estabeleceu que fosse determinado por lei “o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional”⁶⁸. É notório o interesse na proteção de dados que os cidadãos disponibilizam em razão do uso das redes públicas da informática, com o risco de tais dados ficarem sujeitos a operações com diversas finalidades.

O ciberespaço descomplica a rotina dos indivíduos, seja para fazer uma compra, efetuar transações bancárias ou para utilizar serviços sem que haja a necessidade de se deslocar, assim como permite o acesso às informações e facilitou a comunicação entre todos. Nos últimos anos, existe uma grande preocupação por parte do legislador sobre o cibercrime, e a partir disto, a Lei 109/2009, de 15 de Setembro, que veio a aprovar a Lei do Cibercrime, oferece um conjunto de disposições processuais sobre os meios de obtenção de prova direcionadas aos tipos de crimes previstos nesta lei, sendo cometidos através de um sistema informático, ou em relação à recolha de prova em suporte eletrónico⁶⁹.

A globalização e os avanços tecnológicos se expandem de modo inimaginável, em contrapartida, este avanço pode vir a ser um meio de lesão de bens jurídicos, tendo em vista o meio propício para a prática de crimes comuns e possíveis novas modalidades de crime.

Figueiredo Dias afirma que:

As soluções concretas dos problemas básicos do Direito Processual Penal dependam fundamentalmente do estágio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma certa comunidade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das concepções

⁶⁸ Constituição da República Portuguesa. Artigo 35.º n.º 6. Porto Editora. 10ª edição. 2021.

⁶⁹ Lei 109/2009, de 15 de Setembro, artigo 11.º Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-128879174>> Acesso em: 12/02/2023

jurídicas de base e das concretas formas de atuação estadual que aí vigoram, enfim, na tradição histórica nela vivente (...). O Direito processual penal é o produto de uma longa evolução dirigida à escolha dos meios conducentes à realização ótima das tarefas próprias da administração da justiça penal (DIAS, 2004, pp. 59-60)

E Vieira Neves consolida:

(...) A efetivação do processo penal visa essencialmente a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a proteção dos direitos fundamentais e o restabelecimento da paz jurídica, através da aplicação de uma sanção penal ao arguido que violou específicos bens jurídicos que ascenderam à discursividade penal (VIEIRA NEVES, 2011, p. 79)

A utilização da *internet* está no cotidiano e em todos os setores da vida de uma sociedade, desde a defesa nacional, a atividade científica, económica e financeira, na saúde, na educação, na segurança social e na Administração Pública em geral⁷⁰. Todavia, há o surgimento das práticas delituosas, onde abre-se espaço para a criminalidade organizada, trazendo consigo riscos para a sociedade. Com a evolução da sociedade, que a cada dia se torna mais dependente da *internet*, houve a necessidade de criminalizar algumas condutas lesivas de bens jurídicos, realizadas através do mundo virtual. Para Figueiredo Dias, o crime tem um conceito material essencialmente constituído pela noção do bem jurídico, onde pode ser definido da seguinte maneira: “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁷¹.

O crime não é sinónimo de bem jurídico, porém faz parte do seu conteúdo material. O Direito Penal tem como objetivo a tutela subsidiária (*ultima ratio*⁷²) de bens jurídicos com dignidade penal. O crime não está sujeito apenas ao conceito material, e sim à construção social, seja através de uma esfera formal, como o legislador, a polícia, o Ministério Público ou um Juiz, ou uma esfera informal, como a sociedade no geral. Através da perceção de uma necessidade por parte da sociedade sobre uma regulamentação penal dos crimes informáticos, a legislação veio a criar normas subjetivas e adjetivas na Lei do Cibercrime (LC).

⁷⁰ MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação. Vol. IV. Coimbra Editora, 2003.

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra Editora. 2001.

⁷² Último recurso.

Para Faria Costa, ainda em 1998, o mesmo já havia reparado na necessidade que o Direito Penal possuía em regulamentar os crimes realizados através da *internet*, para o autor:

A informação automatizada é uma realidade tão essencial que se, por hipótese – e não se está, por certo, a entrar no domínio da ficção científica –, se bloqueasse, totalmente e à escala mundial, o fluxo informacional automatizado, ainda que por breves horas, todos convêm em considerar que o caos se institucionalizaria. Ora, uma realidade tão importante, tão essencial para se empregar a expressão exata, que gera e suporta interesses materiais de somas astronómicas, rapidamente se impõe, repete-se, como uma questão a que o Direito Penal, se bem que em *ultima ratio*, não pode ficar indiferente. (FARIA COSTA, 1998, p. 116)

Com o surgimento de novas condições, logo, novas exigências ao Direito Penal e ao Processo Penal, como consequência da globalização, a legislação consagrou aparatos jurídicos para que houvesse uma diminuição do constrangimento à investigação.

Para Ulrich Sieber, a elaboração da legislação sobre a criminalidade informática pode ser dividida em quatro fases, sendo a primeira a que surgiu nos anos 70 (setenta), que é a preocupação do legislador sobre a proteção da vida privada em face dos novos métodos de recolha, armazenamento, transferência e interconexão de dados pessoais fortalecidos pela informática; a segunda fase, durante os anos 80 (oitenta), possui um foco especial à delinquência económica específica da informática, onde aparece complicações em considerar propriedade uma realidade imaterial ou não tangível, e ainda em meados dos anos 80 (oitenta), mas já na terceira fase, surgem emendas legislativas com o objetivo de melhorar a salvaguarda da propriedade intelectual, e em quarto lugar, caminha-se para reformas legislativas no campo de direito processual de modo a facilitar as investigações⁷³. Lourenço Martins também cita uma quinta fase que diz respeito ao Direito Internacional, onde reconhece que nesta criminalidade, “as fronteiras desaparecem e têm natureza planetária”⁷⁴, isto é, o direito deve ultrapassar os limites fronteiriços e atuar em âmbito global.

O legislador decidiu seguir o modelo europeu para a regulamentação

⁷³ U. Sieber. “Les crimes informatiques et d’autres crimes dans le domaine de la technologie informatique”, in *Revue Internationale de Droit Penal*. AIDP. Èrès, Colóquio de Wurzburg. 1992, p. 55. Apud MARTINS. A. G. Lourenço. *Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação*. Vol. IV. Coimbra Editora, 2003. pp. 10-11

⁷⁴ MARTINS. A. G. Lourenço. *Criminalidade Informática. Direito da Sociedade da Informação*. Vol. IV. Coimbra Editora, 2003. p. 10

interna, e desta forma, surgiu a Resolução n.º 9 (89) do Conselho da Europa transposta para o ordenamento jurídico português por meio da Lei da Criminalidade Informática n.º 109/91, de 17 de agosto. Com o fatídico ocorrido do 11 de Setembro de 2001, sucedeu um grande clamor para que houvesse maiores margens de liberdade na investigação em crimes de terrorismo, organização terrorista e criminalidade altamente organizada, onde existiu quem defendesse a ingerência nas telecomunicações pela polícia, desprovidas da prévia autorização do Juiz⁷⁵. Assim, ocorreu a aprovação da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro que prevê “Medidas de Combate à criminalidade organizada e económico-financeira, devendo salientar-se que logo no n.º 1º esta lei estabelece (...) um regime especial de recolha de prova, quebra de segredo profissional (...)”⁷⁶.

A Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho de 24 de fevereiro de 2005 alusiva a ataques contra sistemas de informação tem como objetivo enfrentar a cibercriminalidade viabilizando a segurança da informação, tendo o propósito de reforçar a cooperação entre as autoridades judiciais e outras autoridades que possuam tal competência, através de uma aproximação das legislações de Direito Penal para defrontar os ataques contra sistemas de informação, como vírus, pirataria e ataques da negação de serviço.

A Convenção sobre o Cibercrime do conselho da Europa que fora adotada em Budapeste no dia 23 de novembro de 2001, obteve cooperação de peritos internacionais do mundo inteiro com o intuito de harmonizar legislações (processuais e materiais) de modo que facilitasse a cooperação internacional nas investigações⁷⁷.

É de suma importância citar a Lei n.º 41/2007 de 18 de agosto que fora alterada pela lei n.º 46/2012 de 29 de agosto, que prevê sobre os dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas. Posteriormente, surgiu a Lei n.º 32/2008 de 17 de julho que dispõe sobre a conservação de dados nas comunicações eletrónicas, a Lei da Retenção de

⁷⁵ SANTOS, Cristina Máximo dos. As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações. Lisboa. 2004. Separata da Revista do Ministério Público, nº 99. p. 115

⁷⁶ Idem. p. 99

⁷⁷ VERDELHO, Pedro; BRAVO, Rogério; ROCHA, Manuel Lopes. Leis do Cibercrime. Vol. I, pp. 27. Disponível em: <<http://www.centroatl.pt/titulos/direito/imagens/excerto-ca-leisdocibercrime1.pdf>> Acesso em: 13/02/2023.

dados de tráfego, que passou para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março. Na referida Lei, o legislador definiu por um período máximo de um ano para a conservação dos dados no tempo em que a Diretiva 2006/24/CE havia definido como limite máximo o período de dois anos, onde veio derrogar o referido artigo 6.º da Lei 41/2007 de 18 de agosto. O atual regime jurídico do Cibercrime deriva-se de influência europeia, especialmente da Convenção do Cibercrime.

A Convenção sobre cibercriminalidade provém de um estudo de 1997 que demonstrava uma grande discrepância legislativa, onde os representantes de quarenta e um Estados Membros do Conselho da Europa e quatro Estados exteriores (Estados Unidos da América, Canadá, Japão e África do Sul) desenvolvessem a supracitada convenção⁷⁸.

Por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 e Decreto do Presidente da República n.º 92/2009, um e outro publicados a 15 de setembro, Portugal homologou a Convenção sobre o Cibercrime adotada em Budapeste na data de 23 de novembro de 2001, o que levou a aprovação da atual Lei do Cibercrime n.º 109/2009 de 15 de setembro, efetivando os compromissos internacionais que Portugal se vinculou nesse tratado de direito internacional.

A Convenção sucedeu a Recomendação n.º R (89) 9 sobre a criminalidade em relação a informática. Tal convenção fora elaborada com o objetivo de atingir três objetivos: adequar legislações e os crimes neles previstos; expandir às jurisdições de Estados Membros determinados instrumentos processuais de produção de prova modernos e adequados à investigação da cibercriminalidade; e por fim, postula a simplificação da cooperação internacional e viabilizar as investigações⁷⁹. A globalização fez com que os danos dos cibercrimes pudessem sentir em várias jurisdições, onde deve-se facear tal criminalidade à nível global, sendo assim, que seja declarado na Convenção a necessidade dos Estados de se munirem de instrumentos processuais de produção de prova com competência para evidenciar os crimes praticados e

⁷⁸ MARTINS, A.G. Lourenço. Criminalidade Informática. Direito da Sociedade da Informação. Vol. IV. Coimbra Editora, 2003. p. 38.

⁷⁹ Relatório explicativo da Convenção sobre o Cibercrime. p.1 Disponível em <<https://rm.coe.int/16802fa428>> Acesso em: 13/02/2023

ambiente digital, onde a cooperação internacional facilita e agiliza a recolha da prova⁸⁰.

O jurista Lourenço Martins, de maneira sucinta, analisa os objetivos fundamentais para que haja esse alcance:

Visa prevenir os atentados à confidencialidade, integridade e disponibilidade dos sistemas informáticos, das redes, dos dados, bem como o uso fraudulento de tais sistemas, redes e dados, assegurando-se a incriminação dos comportamentos respectivos (direito penal material); visa ainda a adoção de poderes processuais suficientes para a detecção, investigação e perseguição contra estas infrações penais, quer no plano nacional quer internacional. Dedicar particular atenção à pornografia infantil (artigo n.º 9.º) cometida através das redes e às infrações relativas à propriedade intelectual e aos direitos conexos. No direito processual, avultam as medidas para conservação rápida de dados informáticos registados, conservação, divulgação rápida de dados relativos ao tráfego das mensagens, podendo haver injunções para divulgação de dados que estejam na posse ou sob controlo de alguém, nomeadamente de um fornecedor de serviços em rede, busca e apreensão de dados informáticos armazenados, colheita de dados relativos ao tráfego em tempo real, intercepção de conteúdos. Um outro capítulo é dedicado a regras de cooperação internacional, e dentro deste a disposições específicas sobre a conservação de dados informáticos e sua rápida divulgação, e entreajuda respeitante a poderes de investigação. Finalmente, as Partes providenciarão por um ponto de contato permanente (rede 24/7) para a assistência imediata nestas investigações, designadamente recolha de provas sob forma eletrónica de uma infração penal. (MARTINS, 2003, pp. 38-39)

Posto isso, as aplicações das disposições processuais deverão sempre respeitar as condições e salvaguardas dos direitos nacionais (artigo 15.º, n.º 2) e dos instrumentos internacionais na área dos direitos humanos (artigo 15.º, n.º 1). Ou seja, a convenção não afasta normas específicas de um mecanismo de investigação do direito interno e consagra que os meios de obtenção de prova deverão observar a regra da proporcionalidade⁸¹. A Convenção modificou a consagração nos artigos 16.º e 17.º de dois meios expeditos de obtenção de prova (tem como objetivo a obtenção de informação de forma rápida e urgente, dada a velocidade com que circula a informação em ambiente digital), isto é, “a conservação expedita de dados informáticos armazenados”, cabível a todos os tipos de dados guardados no computador ou sistema de computadores; e a “conservação expedita e divulgação parcial de dados de tráfego”, apropriado apenas aos dados de tráfego. Enquanto no primeiro artigo citado consagra-se a

⁸⁰ VERDELHO, Pedro. A Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. Repercussões na Lei Portuguesa. In *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra Editora. 2006. p. 257-258.

⁸¹ VERDELHO, Pedro. A convenção do cibercrime do Conselho da Europa – repercussões na lei portuguesa. *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VI. Coimbra Editora, 2006. p. 269

conservação, no segundo se permite a divulgação, já que os demais dados, como o conteúdo de uma comunicação só podem vir a ser revelados após serem cumpridas “(...) formalidades do tipo das exigidas para outras medidas potencialmente lesivas de interesses e direitos dos cidadãos”, isto é, providos da devida ordem judicial. Desta forma, a preservação e a revelação modificaram as regras gerais na legislação relativas ao sigilo nas comunicações⁸².

Está previsto no artigo 11.º do Código Penal a responsabilização das pessoas coletivas, o fundamento desta responsabilidade passa pela analogia material entre a culpa individual e a responsabilidade por culpa que está relativa às pessoas coletivas, não se deve aplicar penas de prisão às pessoas coletivas, mas as mesmas poderão ser punidas no âmbito criminal através de penas específicas que podem ser aplicadas às pessoas coletivas⁸³, como multa ou até dissolução.

Na Lei da Criminalidade informática (Lei n.º 109/91 de 17 de agosto alterada pelo Decreto-Lei n.º 323/2001 de 17 de dezembro, e revogada pela Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro), em seu artigo 3.º n.º 1 está previsto que: “as pessoas coletivas, sociedades e meras associações de fato são penalmente responsáveis pelos crimes previstos na lei, quando cometidos em seu nome e no interesse coletivo pelos seus órgãos ou representantes”⁸⁴. Portanto, é suficiente que o agente individual tenha praticado ao está desempenhando a sua função ou por causa dela. No ordenamento jurídico português é admitido a possibilidade de estes responderem criminalmente, como está previsto no artigo 11.º do Código Penal, a título excecional nos crimes fiscais, crimes contra a economia, crimes de terrorismo e nos crimes informáticos (artigo 9.º Lei do Cibercrime, Lei 109/2009, de 15 de setembro).

Na adaptação para a ordem jurídica Interna da Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relacionada a ataques contra sistemas de informação, e da adaptação do direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, surgiu a Lei 109/2009 de 15 de setembro

⁸² VERDELHO, Pedro. A Convenção do Cibercrime do Conselho da Europa – Repercussões na Lei Portuguesa. Direito da Sociedade da Informação. Vol. VI. Coimbra Editora. 2006. pp. 269-271

⁸³ COSTA, José de Faria. Direito Penal Económico. Quarteto. Coimbra 2003. p. 97.

⁸⁴ Lei do Cibercrime. Lei n.º. 109/2009. Artigo 3.º n.º 1. Disponível em <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-128879174>> Acesso em: 13/02/2023

(denominada Lei do Cibercrime) que consagrou disposições penais materiais e processuais, dispositivos relacionados à cooperação internacional em matéria penal referentes ao domínio do Cibercrime, assim como, a recolha da prova em suporte eletrónico (n.º 1 da referida lei).

Com as divergências doutrinárias em relação a competência do Direito Penal Clássico para suprir a complexidade dos crimes praticados através da *internet*, há autores, como José de Faria Costa⁸⁵ acreditam que sim, entretanto, há outros que acreditam na necessidade de existir um Direito Penal da Informática, isto é, um Direito Penal secundário, como Benjamin Silva Rodrigues, que afirma:

O atual processo penal português padece de algumas insuficiências que trazem algumas dificuldades à efetiva operatividade de um modelo dinâmico-reversivo. De facto, todo o processo penal foi pensado para o “ambiente físico”, pelo que, nalgumas circunstâncias, só a custo os vários meios de (obtenção da prova) poderão ser de alguma utilidade em sede de obtenção da prova eletrónico-digital. (RODRIGUES, 2009, p. 733)

Faria Costa afirma que a criminalidade informática se compreende como uma área específica de incriminação penal, podendo através dos instrumentos do Direito Penal Clássico continuar a estudar-se essa área específica da incriminação, referente à informática⁸⁶. Conforme o autor, para ocorrer uma autonomização do direito penal informático, deveria ocorrer a sua autonomia do mesmo modo, um direito penal patrimonial, um direito penal dos crimes contra a vida, um direito penal dos crimes contra a integridade física e assim consecutivamente. Sendo assim, haveria uma parte especial com áreas autónomas, entretanto, o mesmo admite que as novas áreas de incriminação podem ter uma determinada autonomia, onde se sustentam daquilo que parte geral do Código Penal lhes dá⁸⁷.

Nesse íterim, Dias Ramos, de modo contrário, acredita que:

(...) Que se crie legislação Penal Informático-Digital, que abarque num só código de normas de direito objetivo e subjetivo. Que se cortem as amarras com situações do passado, mormente que se deixe de considerar que o correio eletrónico seja comparável com o correio tradicional ou que exista a tentação de equiparar formas antigas de cometimento de crimes com as novíssimas formas de atuação a nível

⁸⁵ COSTA, José Francisco de Faria. Algumas reflexões sobre o estatuto dogmático do chamado “Direito Penal Informático”. Direito Penal da Comunicação, alguns escritos. Coimbra Editora. 1998. pp. 103-119

⁸⁶ COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit. p. 117

⁸⁷ COSTA, José de Faria. Direito Penal económico, Quarteto. Coimbra. 2009. p. 24

4.1 PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Na ocorrência da Revolução de 25 de abril de 1974, o programa do Movimento das Forças Armadas (MFA), tinha como principal objetivo a dignificação do processo penal, desta forma, surgiu o Código de Processo Penal de 1987 que concedeu o domínio da fase de inquérito na forma de processo comum ao Ministério Público.

Outrora, a prova sequer era conseguida e apreciada pelos tribunais como atualmente, o sistema inquisitório tinha como propósito atender os interesses do Estado em punir, sendo assim, apenas uma pessoa, o Juiz, tinha a incumbência de investigar, acusar e julgar. O modo a ser feito era de natureza secreta para que não houvesse a possibilidade de alguma prova desaparecer e eram permitidos quaisquer meios probatórios, inclusive a tortura⁸⁸. Durante o sistema acusatório, o arguido é parte no processo, onde seus direitos lhe eram reconhecidos, havia um processo de partes, onde a diferença essencial era a separação entre aquele que acusa e o que julga⁸⁹. Enquanto o sistema misto ou eclético buscou materializar benefícios dos dois sistemas, onde o processo é dividido em duas partes, sendo a primeira a fase de instrução onde se investigaria o crime e quem o praticou, e então seria dirigida por um magistrado especializado. A iniciativa e a posse da ação penal pertenciam a um oficial do poder executivo juntamente do poder judicial. A instrução era redigida, secreta e não contraditória, e a fase de julgamento com o objetivo de apreciação e valoração da prova era organizada conforme o modelo acusatório, onde prevalecia a oralidade e a publicidade da audiência de julgamento⁹⁰.

Rosa Neves afirma que:

Este sistema fundeia-se na relação dialética decorrente da necessidade sentida pela comunidade de perseguir os culpados pelos crimes cometidos – incumbindo ao Estado a tarefa pública de exercer o seu *ius puniendi* – mas, em cada caso concreto, assegura-se ao arguido a possibilidade de exercer os seus direitos de defesa, evitando-se os perigos decorrentes de uma real aniquilação da condição humana (do arguido) em rol da busca, levada a extremo no sistema inquisitório, da descoberta da verdade material. (NEVES, 2011, pp. 58-

⁸⁸ NEVES, Rosa Vieira. A livre apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na Decisão Final Penal). Coimbra Editora. 2011. pp. 58-65

⁸⁹ MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal. Coimbra. Almedina. 2013. p. 27

⁹⁰ Idem. Ibidem.

No ano de 2007 ocorreu uma revisão do Código Processual Penal português⁹¹, sendo o modelo processual atual de estrutura acusatória, composto por um princípio de investigação⁹², visto que a entidade que tem o papel de acusar e definir o objeto de apreciação se distingue da mesma entidade que julga, onde há auxílio por parte da defesa e da acusação. O tribunal possui o ônus de ordenar de maneira oficiosa todos os meios de prova cujo conhecimento lhe faça necessário para expor a verdade e uma boa decisão acerca da causa.

Durante a etapa de inquérito, o Ministério Público tem a função da direção do ato, conforme prevê o artigo 263.º n.º 1 e 264.º n.º1 do Código de Processo Penal, já na fase de instrução, a direção compete ao Juiz de instrução que não é o mesmo Juiz que há de julgar, sendo este o que apreciará e valorar a prova produzida sobre os fatos, podendo ordenar quaisquer diligências probatórias que se demonstrem necessárias (artigo 340.º do Código de Processo Penal), baseado no princípio da investigação. Não há conformidade entre o Ministério Público e o arguido, visto que durante a fase inicial do processo, o Ministério Público tem a sua disposição, meios para investigação que o arguido não possui. Ademais, o processo penal não poderá ser entendido como um processo de partes tendo em vista que se reconhece uma participação específica e dinâmica a cada um dos sujeitos processuais em diversos momentos do processo⁹³.

Mendes afirma que a prova consiste no “esforço metódico através do qual são demonstrados os fatos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis”⁹⁴, isto é, “as provas possuem o encargo de demonstrar a realidade dos fatos” (artigo 341.º do Código Civil). Nos termos do artigo 124.º, n.º 1 do Código do Processo Penal se vai mais longe quando se diz que:

Constituem objeto da prova todos os fatos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não

⁹¹ MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual. Coimbra. Almedina. 2013. pp. 35-41

⁹² O Código de Processo Penal em seu artigo 32.º n.º 5 consagra o princípio da contraditoriedade que prevê “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório” Disponível em: <http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=842274> Acesso em: 15/02/2023.

⁹³ MESQUITA, Paulo Dá. A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no Processo Penal Português, à luz do sistema norte-americano. 1.ª Ed. Coimbra Editora. 2011. p. 258

⁹⁴ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Almedina. 2004. p. 132.

Isto é, a prova poderá incidir não somente sobre os elementos essenciais e accidentais do crime, mas sobre todo o objeto do processo, ou seja, por tudo quanto, de relevante, seja alegado pela acusação ou pela defesa. No ordenamento jurídico português não há uma definição sobre a admissibilidade das provas, há uma liberdade sobre isso desde que não seja uma prova proibida por lei, conforme o artigo 125.º do Código de Processo Penal que prevê “são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei”, além da complementação da Constituição da República portuguesa que dispõe serem “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (artigo 32.º, n.º 8).

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 127.º o princípio da livre apreciação da prova que é apreciada conforme as convicções da entidade competente, há uma exceção somente quando houver disposição legal como ocorre na prova pericial, o artigo 163.º do Código de Processo Penal prevê:

1 – O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. 2 – Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos deve aquele fundamentar a divergência⁹⁵

Rosa Vieira Neves afirma que:

O que equivale a dizer que, em sede de apreciação da prova, o julgador poderá afastar o juízo técnico e científico contido no parecer emitido pelo perito, desde que, ele próprio, possua conhecimentos de igual valor técnico ou científico que possam colocar em crise a conclusão firmada no relatório pericial (NEVES, 2011, pp. 94-95)

A liberdade referida “não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação” (NEVES, 2011, p. 96). A prova pode ser vista como fundamento e limite dos atos jurisdicionais tendo em vista que sem a constatação da mesma não haverá uma decisão, assim como o julgador não possui o poder optar por uma condenação sem prova

⁹⁵ Código de Processo Penal. Artigo 163.º Disponível em <http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1202624> Acesso em: 15/02/2023.

ou contra a mesma.

O Juiz há de fundamentar a sua decisão, conforme o artigo 374.º n.º 2 do Código de Processo Penal que dispõe:

Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos fatos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de fato e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal⁹⁶

Desta forma, a partir da fundamentação das decisões judiciais está assegurada a aceitação por parte de instâncias superiores, assim como possibilita um controlo por parte dos sujeitos processuais e do público em geral, onde concretiza as garantias de defesa do arguido (artigos 32.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e 10.º e 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁷).

A partir do princípio da investigação ou da verdade material, o tribunal não se limita apenas a prova dos fatos produzidas pela acusação e pela defesa, e em consequência deste princípio, existe o princípio *in dubio pro reo*⁹⁸, assim como o princípio da imediação. O princípio *in dubio pro reo* se baseia na dúvida quanto à matéria probatória, ou seja, a decisão deverá ser a mais favorável ao arguido, tendo em vista o princípio da presunção da inocência. Enquanto o princípio da imediação compreende o uso dos meios de prova originais e o pressuposto da oralidade no processo.

Com o surgimento da globalização, os indivíduos que praticam crimes através da *internet* tornam cada vez mais difícil o acompanhamento deste ritmo de criminalidade, tendo em vista que a investigação possui limites processuais, em proteção aos direitos fundamentais. Não existe uma definição acerca das provas digitais, dado que a Lei do Cibercrime entrou em vigor no ano de 2009. Para Rodrigues a prova eletrónico-digital pode ser definida como:

Como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada [em repositório eletrónico-digitais de armazenamento] ou transmitida [em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações eletrónicas, privadas ou publicamente acessíveis], sob a forma binária ou digital. (RODRIGUES, 2011, p. 39)

Enquanto Dias Ramos define:

⁹⁶ Código de Processo Penal. Artigo 374.º n.º 2. Disponível em: <http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1202878> Acesso em: 15/02/2023

⁹⁷ JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da prova em Processo Penal. Coimbra. Almedina. 2011. pp. 100-102

⁹⁸ Na dúvida, a favor do réu.

Como sendo toda a informação passível de ser obtida ou extraída de um dispositivo eletrónico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e correta. (RAMOS,2014, p. 86)

A prova digital possui carácter temporário, pois a prova pode deixar de existir; é fungível, levando em consideração a facilidade de substituição de dados informáticos; é volátil, pois podem esconder tais dados; e é frágil⁹⁹.

Com a Lei do Cibercrime, fora consagrado novos modos de investigar, em seu 11.º artigo, é definido o âmbito de aplicação das normas processuais, onde aplica-se a crimes: previstos na referida Lei; cometidos por meio de um sistema informático; ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico. Complementa também que tais normas não prejudicam a lei sobre conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações telefónicas disponíveis ou de redes públicas de comunicação (Lei 32/2008 de 17 de julho), tal dispositivo não abrange os dados de conteúdo, que se encontram resguardados pela definição de dados informáticos da Lei do Cibercrime que são “<<Dados informáticos>>”, qualquer representação de fatos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função”¹⁰⁰.

5 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

É explícita a evolução da legislação portuguesa, entretanto, a agilidade criminosa na *internet* traz constrangimento no sentido da concretização do princípio da territorialidade. Ramos Pereira afirma que:

É difícil reconstituir o percurso das informações entre o ponto emissor e o ponto receptor, em virtude de os atos na Internet serem praticados em diversos pontos, sabendo que os infratores em regra, dissimulam o efetivo ponto emissor (PEREIRA, 2001, p. 239)

Ainda existe o fato da fácil transferência dos conteúdos para outros computadores ou servidores. Para que seja determinada a competência dos tribunais portugueses, isto é:

Para aferição do *locos delicti*, basta que o crime tenha com o território

⁹⁹ RAMOS, Armando Dias. A prova digital em processo penal: o correio eletrónico. Chiado Editora. 2014. p. 88

¹⁰⁰ MESQUITA, Paulo Dá. Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário. Coimbra Editora. 2010. pp. 108-110.

português qualquer dos elementos de conexão previstos no art.º 7.º do Código Penal, a saber, a ação, omissão ou resultado típico. Em qualquer destas circunstâncias, considera-se o crime como praticado em Portugal e, consequentemente, aplicável o direito português e competentes os Tribunais Portugueses (PEREIRA, 2001, P. 240)

A Lei de Cibercrime em seu artigo 27.º amplia o âmbito de tais competências, onde não se verifica contradições referentes a princípios que estruturam o ordenamento jurídico. Existem crimes que ultrapassam qualquer fronteira física, onde tais delitos podem vir a “transbordar” o âmbito estadual, tratando-se assim, de desafios internacionais.

Na supracitada lei, estipulam-se medidas de cooperação internacional nos artigos 20.º a 26.º, medidas propostas nos artigos 23.º a 35.º da Convenção sobre o Cibercrime. É estabelecido que as autoridades judiciárias que possuem competência cooperem com as entidades estrangeiras competentes para melhores investigações, ou procedimentos relativos a crimes que possuem relação com sistemas ou dados informáticos. No artigo 21.º está presente um ponto de contato permanente, onde cabe à Polícia Judiciária a averiguação da manutenção de uma estrutura que dê a garantia desse ponto de contato disponível permanentemente, ou seja, 24 (vinte e quatro) horas por dia, tal como sete dias por semana, como previsto no n.º 1 do referido artigo.

A troca de informações é mantida, nos termos de acordos, tratados ou convenções a que Portugal tenha vínculo. A assistência que deve ser prestada através desse ponto de contato passa pelas determinadas funções¹⁰¹:

- a) a prestação de aconselhamento técnico a outros pontos de contato;
- b) a preservação expedita de dados nos casos de urgência ou perigo na demora, em conformidade com o disposto no artigo 22.º;
- c) a recolha de prova para a qual seja competente nos casos de urgência ou perigo na demora;
- d) a localização de suspeitos e a prestação de informações de caráter jurídico, nos casos de urgência ou de perigo na demora;
- e) a transmissão imediata ao Ministério Público de pedidos relativos às medidas referidas das alíneas b) a d), fora dos casos aí previstos, tendo em vista a sua rápida execução

A cooperação internacional em matéria penal se faz muito necessária quando se fala sobre o enfrentamento da criminalidade virtual. É de extrema importância o diálogo e um entendimento mútuo entre o sistema judiciário e os Estados cooperantes, assim como a legislação criminal em vigor de cada país

¹⁰¹ Lei de Cibercrime. Artigo 21.º n.º 3. Disponível em <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-128879174>>

tenham coerência entre si. Em razão desta compatibilidade de normas entre os Estados, existe a necessidade de uma tipificação de condutas para que haja coerência dentro do sistema penal, bem como dever de cooperação judiciária e policial¹⁰². Pode-se tratar do fenômeno sobre duas perspectivas: a transferência de competências nacionais para o âmbito internacional, com regulação do Direito internacional, desta forma, a internacionalização do Direito Penal estaria direcionada em valores comuns partilhados pelos Estados. Enquanto a segunda opção, seria em relação ao aumento da regulamentação internacional pela cooperação entre os Estados. Nos dois casos, haveria a necessidade de os Estados estarem em harmonia quanto as suas legislações para que houvesse um alinhamento sobre os instrumentos internacionais.

Para Oliveira, as formas de internacionalização do direito teriam três possibilidades: unificação, uniformização e harmonização. O processo de unificação está relativo ao tratamento unificado de institutos jurídicos conforme o Direito Internacional, enquanto a uniformização estabeleceria regulamentos internos coerentes com determinado regime jurídico internacional, mas flexível à cultura jurídica de cada Estado. Já o processo de harmonização, viria assegurar a harmonia entre as normas internacionais e as normas domésticas dos Estados perante as hipóteses de impossibilidade de uniformização legislativa¹⁰³.

Conforme já fora evidenciado ao longo do presente trabalho, a Convenção de Budapeste configura como práticas da criminalidade cibernética quatro tipificações: crimes contra a confidencialidade; integridade ou disponibilidade de dados ou sistemas de computador; crimes relacionados com computadores; crimes relacionados com o conteúdo; e crimes relacionados com direitos autorais¹⁰⁴. A Convenção ressalta o dever dos Estados de tipificarem condutas que caracterizam as práticas já mencionadas, isto é, é necessário que haja uma específica tipificação penal de modo particular e objetivo para tais condutas.

Até mesmo o processo de harmonização legislativa do conteúdo da Convenção de Budapeste deve haver prudência. O artigo 6.º da Convenção de

¹⁰² OLIVEIRA, Macus Vinícius Xavier de. Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal. Porto Alegre. Editora Fi. 2015. pp. 44-45

¹⁰³ OLIVEIRA, Macus Vinícius Xavier de. Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal. Porto Alegre. Editora Fi. 2015. pp. 35-36

¹⁰⁴ Conselho da Europa. Convention on Cybercrime. 2001. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>> Acesso em: 20/02/2023

Budapeste quando prevê a possibilidade de punir pela realização de atos potencialmente perigosos que antecedem a conduta criminosa que estão previstas nos artigos 2.º, 3.º, 4.º, e 5.º, demonstra a possibilidade de expansão do Direito Penal para a criminalização de atos preparatórios em relação aos crimes virtuais.

No cenário da sociedade de risco, desenvolvida por Ulrich Beck, o aumento dos riscos, e por consequência, das inseguranças perante a sociedade, há tendência de uma expansão da presença do Estado em lugares que até então não ocupada. A dificuldade de calcular as diversas possibilidades de ameaças aumentam os riscos, assim como a insegurança. Conforme afirma José Luis Díez Ripollés, o sentimento de insegurança é muito grande, principalmente pelos rápidos avanços tecnológicos que modificaram as relações sociais, bem como a percepção dos indivíduos de que a sociedade moderna não possui os mesmos valores. Tais sentimentos fazem com que os indivíduos clamem por uma intervenção socio estatal, inclusive pela via da política criminal para que este sentimento de insegurança desapareça¹⁰⁵.

A expansão do Direito Penal é de suma importância com a finalidade de harmonização legislativa, logo, não se trata de emergência de um Estado de Polícia, mas uma adaptação às inovações tecnológicas.

¹⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Um debate desenfocado. In: MELIÁ, M. C.; DÍEZ, Gómez-Jara. Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión. Vol. I. São Paulo: Livraria dos advogados. 2006. pp. 556-594

CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs investigar a possibilidade de uma expansão do Direito Penal a partir do processo de harmonização legislativa. Foi considerado o fenómeno uma possibilidade tendo em vista o *cibercrime* que se trata de um grande risco que produz inseguranças para a sociedade. Sendo assim, é notória a urgência de uma tipificação penal clara e objetiva relativa aos novos bens jurídicos e de novas possibilidades de condutas criminosas.

A criminalidade cibernética possui natureza multinacional e envolve pessoas de diversos lugares do mundo, e urge por respostas penais através de cooperação internacional por parte do Estado. Nota-se ser improrrogável uma política criminal comum entre os Estados.

É possível perceber que a criminalidade cibernética por ter carácter de urgência, possibilita a criação de novos tipos penais, especialmente para os crimes virtuais próprios. No que concerne, de expansão do direito penal atendendo os bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado por meio da legislação criminal.

Apesar de ser inegável o fato de que a evolução da tecnologia da informação e de comunicação serem essenciais nos dias atuais, bem como abrirem oportunidades e melhorias na vida da humanidade, a mesma possui uma série de desafios na esfera penal. Essa nova modalidade de criminalidade impõe uma nova diretriz para o Direito Penal juntamente da cooperação internacional. É de suma importância enfatizar que o obstáculo da criminalização de novas condutas não se situa na eleição da “segurança informática”, mas sim, na forma ou técnica para a antecipação da tutela punitiva ou dos limites de proteção do bem jurídico.

Em parte, a expansão do Direito Penal ao ter a finalidade de instituir novos tipos para englobar as inovações tecnológicas que possibilitam a criminalidade virtual, é uma necessidade para que haja uma adequação ao modelo de cooperação internacional em matéria penal da Convenção de Budapeste. Por outro lado, o agravamento das penas para os crimes tradicionais que são praticados por meios cibernéticos simbolizam uma ampliação do Direito Penal, tendo em vista que determinam penas mais rigorosas e acabam por não tornar a legislação criminal aplicável mais imprescindível para conter a criminalidade

cibernética.

O Direito Penal clássico demonstra insuficiência para a tutela das novas relações sociais, os tempos atuais exigem uma ordem jurídica própria que satisfaça este novo momento de desenvolvimento social e económico. Porém, este “moderno” Direito Penal precisa se posicionar de maneira flexível e abrangente para poder abarcar esse crescente “inimigo” tendo em vista a política criminal de caráter punitivista, idealizados principalmente em países onde o sistema de *common law* vigora, como Estados Unidos da América e Inglaterra, onde entendem a pena de privação de liberdade como uma forma de neutralizar criminosos, possuem efeito colateral relacionados ao aumento das taxas de encarceramento.

A crise assola os fundamentos do Direito Penal Clássico, onde o mesmo não é considerado satisfatório, demonstra-se assim, a difícil delegação de sistematizar o ordenamento jurídico-penal com base nos princípios constitucionais da dignidade humana, onde o processo de criação das leis penais, assim como o seu conteúdo de normas criminais estejam em sintonia com os princípios da constituição para que a sua aplicação e vigência sejam respeitados. Em decorrência da globalização, a velocidade dos acontecimentos, assim como a institucionalização de insegurança, o legislador é impulsionado a instrumentalizar o Direito Penal para que haja uma aparente solução dos problemas ocasionados em razão da criminalidade. Como consequência, o Direito Penal passou a conviver com problemas de ordem dogmática, como a hipertrofia da legislação penal; a instrumentalização do Direito Penal; e a constante flexibilização dos direitos e garantias individuais.

O princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos não fora um impedimento para a expansão do Direito Penal ao tutelar interesses meta-individuais. Os interesses diversos, como a ordem económica, o meio ambiente, assim como as relações de consumo carecem de tutela penal, e não poderiam serem assegurados apenas por sanções civis ou administrativas. A manutenção do conceito de bem jurídico deve ser avaliada, levando em consideração os bens jurídicos já existentes na Constituição, haja vista que o Direito Penal necessita do bem jurídico presente na Constituição para criminalizar ou legitimar condutas.

Enquanto o Direito Penal lida com a proteção de bens que já estão claramente definidos, o cibercrime infringe valores inestimáveis como as

violações dos direitos de autor, as leis de privacidade, assim como a proteção da privacidade e a liberdade de processar informação. É sabido que o sistema judicial tradicional possui raio de ação limitado, pois leva-se em consideração a territorialidade, entretanto, o cibercrime é global. No que tange o processo penal, a lentidão do sistema judiciário não está de acordo com a velocidade do que ocorre na *internet*, onde a velocidade da transferência de dados caracteriza um desafio para qualquer sistema, além de uma possível identificação do acusado, onde há a necessidade de provas concretas sobre o ato ilícito cometido, o que é uma dificuldade ao tratar de um cibercrime, tendo em vista a possibilidade do criminoso se manter no anonimato. É necessário não somente incluir novas formas de delitos no sistema penal, como também adicionar e relacionar o cibercrime às legislações já existentes.

O grande problema enfrentado pela legislação é sobre o reconhecimento de possíveis delitos através da *internet*, assim como as necessárias alterações à lei nacional, o que vem a mudar todos os dias com a velocidade que ocorre tais inovações. O primeiro passo do processo é o ajuste da lei nacional, assim como a identificação de lacunas penais e uma possível criação de uma nova legislação. Todavia, há outros aspetos a serem considerados: o desenvolvimento nas investigações policiais, tal como a cooperação internacional, e meios de prevenção, tendo em vista que muitos cibercrimes ocorrem por falta de conhecimento das vítimas. Através de uma possível educação sobre os ataques cibernéticos, o número de vítimas já é reduzido, sejam através de campanhas públicas, assim como nas escolas.

A investigação policial só há de ser bem-sucedida, principalmente em situações onde o criminoso e a vítima estão localizados em países distintos, se houver cooperação mútua entre as autoridades policiais de ambos os países, haja vista que a soberania nacional não admite investigação em localidades distintas sem a permissão de autoridades locais, como já fora mencionado no presente trabalho. Por outro lado, a cooperação internacional é de suma importância, ao considerar a cooperação entre as autoridades nacionais, uma vez que os governos não podem enfrentar o cibercrime sozinhos. Entretanto, para que haja uma verdadeira cooperação, existe a necessidade do envolvimento de várias entidades, como o governo, as agências governamentais, o setor privado, entre outros.

Assim como há problemas em torno da legislação, há um problema fundamental no que concerne a definição do cibercrime, uma vez que em cada país há uma tipologia acerca do cibercrime, onde mais uma vez se demonstra a necessidade de uma política comum para que haja esse combate, e a cooperação se mostra essencial.

A internet trará sempre novas adversidades ao Direito Penal. A tipificação de novos tipos legais produz expansão do Direito Penal. É um processo, conforme demonstrado, correlacionado aos estímulos da política criminal fundamentada no risco que é representado pelo cibercrime, fenómeno no qual possui carecimento da ampliação dos tipos penais para englobar os novos bens jurídicos que surgiram a partir disto.

Embora tenha sido trazido um viés teórico acerca das alternativas, se evidencia a importância do debate de propostas alternativas que harmonizem os já frequentemente violados direitos e garantias fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

ASCENSÃO, José de Oliveira. O ilícito em rede. Direito da Sociedade da Informação e Direito de autor, APDI, Vol. X, Coimbra Editora, 2012.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: Hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: Hacia uma nueva modernidade. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor. 2001.

CALDERONI, Francesco. Organized Crime Legislation in the European Union. Heidelberg: Springer. 2010.

CASTELLS, Manuels. A Sociedade em Rede. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. Paz e Terra. 6ª Edição. Vol. I. 2002.

CORREIA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

COSTA, José Francisco de Faria. Algumas reflexões sobre o estatuto dogmático do chamado “Direito Penal Informático”. Direito Penal da Comunicação, alguns escritos. Coimbra Editora. 1998.

COSTA, José de Faria. Direito Penal Económico. Quarteto. Coimbra 2003. p. 97.

COSTA, José de Faria. A Globalização e o Tráfico de seres humanos: o pêndulo trágico da história e o Direito Penal. in Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, A, 136. n.º 3944. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra Editora. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Clássicos Jurídicos, Direito Processual Penal. 1ª ED. 1974, reimpressão. Coimbra Editora. 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Um debate desenfocado. In: MELIÁ, M. C.; DÍEZ, Gómez-Jara. Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión. Vol. I. São Paulo: Livraria dos advogados. 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2001.

GIDDENS, Anthony. Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2003.

GLENNY, Misha. Dark Market, como os *hackers* se tornaram a nova máfia. Traduzido por Michelle Hapetian. Civilização Editora, 2012.

HASSEMER. Winfried em Bravo, Jorge dos Reis. Os Crimes de Fraude e a Corrupção no espaço europeu: Actas do Simpósio realizado no dia 20 de abril de 2013. Coimbra Editora. 2014.

HOBBSAWN, Eric. Globalização, democracia e terrorismo. Tradução: José Viegas. São Paulo. Companhia das Letras, 2007.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa. Estudo de Direito Penal, v. 06. São Paulo: Manole, 2003.

JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal. Coimbra. Almedina. 2011.

MARTINS, A. G. Lourenço. Criminalidade Informática, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003

MCQUADE III, Samuel C. Understanding and Managing Cybercrime. Boston: Allyn and Bacon.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma. Almedina. 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual. Coimbra. Almedina. 2013

MESQUITA, Paulo Dá. Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário. 1.ª ed. Coimbra editora. 2010.

MESQUITA, Paulo Dá. A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no Processo Penal Português, à luz do sistema norte-americano. 1.ª Ed. Coimbra Editora. 2011.

NEVES, Rita Castanheira. As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal. Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

NEVES, Rosa Vieira. A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na Decisão Final Penal). Coimbra Editora. 2011.

OLIVEIRA, Macus Vinícius Xavier de. Temas escolhidos sobre a internacionalização do direito penal. Porto Alegre. Editora Fi. 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade. São Paulo: Atlas. 2000.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Direito da Internet e Comércio Eletrônico. Quid Iuris? Sociedade Editora, Lisboa, 2011.

QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

RAMOS, Armando Dias. A prova digital em processo penal: o correio eletrônico. Chiado Editora. 1.^a ed. 2014.

RODRIGUES, Anabela M. "Criminalidade Organizada – Que política criminal" in Direito Penal Europeu Económico. Coimbra Editora, 2009, Vol. 3.

RODRIGUES, Benjamin Silva. Direito Penal Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático Digital. Contributo para a Fundamentação da sua Autonomia Dogmática e Científica à Luz do novo paradigma de investigação criminal: a Ciência Forense Digital e a Prova Digital, com prefácio da D.^a Sara Antunes [S.L.]: Coimbra Editora, Limitada. 2009.

RODRIGUES, Benjamin Silva. Da Prova Penal – Tomo IV, da Prova Eletrónico – digital e da Criminalidade Informático – Digital. 1.^a Ed [SL]: Rei dos Livros. 2011.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ. Jesus-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. A Expansão do Direito Penal. v. 06. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. La Expansión del Derecho Penal. v. 3. Ed. Madrid: Edisofer S.L. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez. 2002

SANTOS, Paulo; BESSA, Ricardo; PIMENTEL, Carlos. CYBERWAR: O fenómeno, as tecnologias e os actores, FCA- Editora de Informática Lda. 2008.

SILVA, Sánchez, Jesus Maria. A expansão do Direito Penal – A Política Criminal

e a Teoria do Direito Penal diante dos aspectos Socioculturais e Políticos da Globalização – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SMITH, Russel G. GRABOSKY, Peter. URBAS, Gregory. Cyber Criminals on Trial. Cambridge: Cambridge University Press. 2004.

VENÂNCIO, Pedro Dias, Lei do Cibercrime, Anotada e Comentada, 1ª ed., Coimbra Editora, 2011.

VERDELHO, Pedro. “A Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa - Repercussões na Lei Portuguesa”, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VI Coimbra Editora, 2006.

VERDELHO, Pedro. Phishing e outras formas de defraudação nas redes de comunicação, in Direito da Sociedade da Informação, Vol. VIII, coord. Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, Coimbra Editora, 2009.

Artigos:

BALKIN, J. The Constitution in the National Surveillance State. Minnesota Law Review, Minneapolis. v. 93, n. ° 1. 2008.

Legislação:

Constituição Da República Portuguesa. 10ª edição. Porto Editora. 2021.

Código Penal. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-2015.

Código de Processo Penal. Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987-02-17

Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho de 24 de Fevereiro de 2005

Diretiva n.º 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março.

Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho. Diário da República n.º 137/2008, Série I de 2008-07-17.

Lei n.º 92/2009 de 31 de Agosto. Diário da República n.º 168/2009. Série I de 2009-08-31.

Lei do Cibercrime n.º 109/2009, de 15 de Setembro. Diário da República n.º 179/2009, Série I de 2009-09-15.

Lei n.º 46/2012 de 29 de Agosto. Diário da República, 1ª Série – n.º 167 – 29 de Agosto de 2012.

Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009. Diário da República n.º 179, Série I de 2009-09-15

Monografia

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade de Risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

Revistas

BRENNER, Susan W. Cybercrime Jurisdiction. Crime, Law and Social Change. N.º 4-5. p. 46

CHAIKIN, David. Network investigations of cyber-attacks: The limit of digital evidence. Crime, Law, and Social Change. N.º 4-5: 239-56.

MIQUELON-WEISMANN, Miriam F. 2005. The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process? John Marshall Journal of Computer & Information Law, 23, no. 2: 329-61.

SANTOS, Cristina Máximo dos. As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações. Lisboa. 2004. Separata da Revista do Ministério Público, n.º 99

SILVA, Francom. As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010. Messutti. Montevideo, 1998.

Em meio digital

CASTELLS, Manuels. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. Conferência promovida pelo Presidente da República. Acesso em 13/03/2023. Disponível em <<http://labds.eci.ufmg.br:8080/bitstream/123456789/62/1/CASTELLS%3B%20CARDOSO.%20Sociedade%20em%20rede.pdf>>

CONSELHO DA EUROPA. Convention on Cybercrime. 2001. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>.

CONSELHO DA EUROPA. Organised Crime in Europe: The Threat of Cybercrime. Acesso em 13/03/2023. Disponível em <<https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf>>

Dados sobre as Pensões em Portugal. Fundação Francisco Manuel dos Santos. 2022. Acesso em 13/03/2023. Disponível em <https://www.ffms.pt/sites/default/files/2022-10/CI_09_Pordata_Dia%20Erradica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pobreza_17.10.22.pdf>

Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment. Acesso em 13/03/2023. Disponível em <<https://www.unodc.org/documents/data->

andanalysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf>

GIDDENS, Anthony. O Mundo na era da Globalização. Lisboa: Presença. 2000. Texto adaptado do livro. Acesso em 13/03/2023. Disponível em < <https://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/Texto-GIDDENS-Globalizacao.pdf>>

How Globalization Affects Transnational Crime. Phil Williams. 2012. Acesso em 13/03/2023. Disponível em < <https://www.cfr.org/blog/how-globalization-affects-transnational-crime>> Acesso em 13/03/2023

RAMALHO, Néelson Alves. Processos de Globalização e problemas emergentes: implicações para o serviço Social Contemporâneo. “Introdução”. 2012. Acesso em 13/03/2023. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/9mQKJNrshQQhky8pmS5b9yB/>>

SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da Silveira. Efeitos da Globalização e da Sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas. “Influências da Internet nas culturas locais e na relação com a cultura global”. 2012. Acesso em 13/03/2023. Disponível em < <https://www.scielo.br/j/pcp/a/TwtP4fS3hfWVmx9HptM7pLn/?lang=pt>>

VERDELHO, Pedro; BRAVO, Rogério; ROCHA, Manuel Lopes. Leis do Cibercrimes, Vol. 1, pp. 27-28. Disponível em < <http://www.centroatl.pt/titulos/direito/imagens/excerto-ca-leisdocibercrime1.pdf>>