



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME NA CONDUTA DE INVADIR O DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO PARA AVERIGUAR TRAIÇÃO

Ian Victor Moreira Tadeu de Soares

Rio de Janeiro
2020

IAN VICTOR MOREIRA TADEU DE SOARES

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME NA CONDUTA DE
INVADIR O DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO PARA AVERIGUAR TRAIÇÃO

Artigo científico apresentado como exigên-
cia de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magis-
tratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2020

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME NA CONDUTA DE INVADIR O DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO PARA AVERIGUAR TRAIÇÃO

Ian Victor Moreira Tadeu de Soares

Graduado pela Faculdade de Direito Unilasalle-RJ. Advogado.

Resumo – a tecnologia tem aberto diversas formas de interações entre os indivíduos, como as por meio de dispositivos eletrônicos. Isso tem impactado o mundo todo, inclusive as relações conjugais. Cada vez mais tem se tornado comum encontrar casais discutindo acerca das mensagens recebidas por meio de tais dispositivos, uma vez que algumas são extremamente comprometedoras, podendo algumas serem tão graves a ponto de colocarem fim aos relacionamentos. Por conta dessas situações, muito tem se discutido se é possível criminalizar o cônjuge que invade o dispositivo de seu companheiro, sem o seu consentimento, principalmente, com o objetivo de saciar a sua curiosidade sobre a fidelidade de seu parceiro. A essência do trabalho é abordar se tal conduta está tipificada no Código Penal atual, e caso não esteja, se há a possibilidade e a necessidade de o Estado intervir para a sua tipificação.

Palavras-chave – Direito Penal. Traição. Invasão de dispositivo.

Sumário – Introdução. 1. A tutela dos bens jurídicos no Direito Penal. 2. Intervenção estatal no âmbito virtual atinente às relações conjugais: abusivo ou necessário? 3. A possibilidade jurídica de caracterização de crime na invasão do dispositivo do companheiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de configuração de crime na conduta de invadir o dispositivo do companheiro para averiguar traição. Procura-se discutir se há a necessidade de regular, de forma mais invasiva, as relações privadas, especificamente, as relações amorosas para que se tenha uma maior tutela da privacidade. Além disso, busca-se discutir se a curiosidade do companheiro em saber se foi traído deve prevalecer sob o direito de privacidade e intimidade do outro.

Nesse sentido serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o escopo de analisar se a proteção aos direitos da intimidade e da privacidade deve atingir ao âmbito das relações amorosas de forma rigorosa, na hipótese de invasão de dispositivo.

Muitos casais têm invadido o dispositivo uns dos outros para verificar informações comprometedoras, devido à falta de confiança na relação. Contudo, tal situação não é regulada de forma específica pelo Direito brasileiro, o que suscita algumas indagações, tais como: É possível afastar a aplicação do crime de invasão do dispositivo, art. 154-A, CP, nesse caso? É

necessária a implementação um novo tipo penal específico para tal situação? Há algum impedimento prático ou teórico para aplicar outros ramos do direito ao direito de família?

O presente tema que vem sido debatido de diversas formas, além de ser uma dúvida que enraíza a mente das pessoas.

O trabalho tem o escopo de comprovar que há a violação da intimidade e privacidade quando há invasão do celular do companheiro, quando não houver qualquer tipo de autorização, mas que eles devem ser relativizados, uma vez que não há princípio absoluto. Busca-se também analisar a possibilidade de não incidir o crime disposto no art. 154-A, do CP, caso não haja autorização dada pelo companheiro para o celular seja utilizado. Ademais, busca-se discutir se há a desnecessidade de implementação de uma nova tipicidade legal para tal fato.

O primeiro capítulo consiste em explicar a tutela de bens jurídicos no Direito Penal, parte essencial para que haja uma melhor compreensão de como o ramo penalista do direito trabalha com o tema tratado, uma vez que nele são regidos os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

No segundo capítulo será analisado se a intervenção estatal no âmbito virtual atinente às relações conjugais é abusiva ou necessária, tendo em vista que é um dos pontos cruciais para que possa concluir se há a necessidade de uma maior proteção à intimidade e à privacidade nas relações conjugais.

Já o terceiro capítulo busca tratar acerca da possibilidade jurídica de caracterização de crime na invasão do dispositivo do companheiro, pois este é o principal ponto do tema trabalhado. Para tanto, neste capítulo será analisado se tal fato poderia ser encaixado ou não no art. 154-A, do CP, e caso não seja, se há necessidade de implementação de um novo tipo penal para regulá-lo.

O desenvolvimento da pesquisa será realizado pelo método hipotético-dedutivo, porque no presente trabalho busca-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais são cabíveis para a análise do objeto estudado, com o condão de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Nesse contexto, o objeto desta pesquisa jurídica será a pesquisa qualitativa, uma vez que é pretendido se valer da bibliografia relacionada, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, seja por lei, doutrina e jurisprudência, para que haja o embasamento da tese firmada.

1. A TUTELA DO BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL

O direito penal é o conjunto de normas que busca definir as infrações penais e cominar as suas respectivas sanções, estabelecendo princípios que regulam a atividade penal do Poder Público. Segundo Rogério Greco¹, o Direito Penal pode ser entendido como sendo:

[...] o conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda a legislação penal extravagante, desde que esta não disponha expressamente de modo contrário [...]

A finalidade primordial do Direito Penal é a defesa dos bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade. Ressalte-se que para o melhor entendimento da função do direito penal, faz-se necessário definir o princípio da fragmentariedade. O princípio da fragmentariedade pode ser entendido como o paradigma da intervenção mínima do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos, ou seja, ele só vai agir quando houver lesão grave ao bem jurídico fundamental à sociedade.

Não se pode olvidar da existência de outro princípio basilar para o entendimento do direito penal: o princípio da subsidiariedade. Tal princípio garante que a atuação do Direito Penal apenas se dê quando os outros ramos do Direito mostrarem-se insuficientes para tutelar a vida em sociedade; Logo, ele apenas poderá ser aplicado quando não existirem outros meios de proteção menos gravosos para tutelar determinados bens jurídicos, uma vez que é sabido que a privação da liberdade do indivíduo sempre deve ser o último meio a ser aplicado.

Assim, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal busca proteger bens fundamentais que não são suficientemente tutelados pelos demais ramos do direito, e não sendo mais necessária tal tutela, deve-se afastá-lo para que os demais ramos assumam.

Visando ao Estado Democrático de Direito, é inadmissível que a atividade legislativa do Estado se dê de forma ilimitada. Na esfera penal há diversas limitações, principalmente principiológicas, ao poder punitivo estatal, tais como: a) A Constituição Federal, no que tange aos princípios basilares do Direito; b) a observância dos princípios que ligam o Direito Penal ao ordenamento jurídico como um todo; c) a base principiológica que estrutura e legitima o

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, p.1.

Direito Penal. Ausentes tais limites jurídicos, não haveria se falar em Estado Democrático de Direito, pois haveria o autoritarismo desenfreado do Direito Penal.²

Ainda sobre a limitação do poder do Estado, deve-se ressaltar que pelo princípio da legalidade, expresso no art. 1º, do Código Penal³, não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal. É verificado nesse referido princípio, além de limitador do papel punitivo do Estado, como sendo o protetor do cidadão contra os poderes constituídos, o que defende os direitos individuais e a autonomia de vontade das pessoas que integram o Estado.

Dito isso, faz-se necessária, então, a seleção dos bens jurídicos pelo legislador que merecem proteção pelo direito penal. Muito embora tal escolha dos bens jurídicos a serem tutelados seja eivada de caráter subjetivo, que a primeiro momento aparenta comprometer a sua própria validade, é indispensável que haja a existência de tal, pois trata-se de característica inerente à pessoa humana do legislador.

A principal fonte do Direito Penal é a Constituição Federal, pois nela são abrigados os princípios e normas norteadoras do Estado Democrático de Direito. De acordo com Paulo de Souza Queiroz⁴:

[...] é a Constituição que delinea o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (particularmente, arts. 1º ao 5º da CF) que vão governar a sua atuação. Logo, como manifestação da soberania do Estado, o Direito e, em especial, o Direito Penal partem da anatomia política (Focault), devem expressar essa conformação político-jurídica (estatal) ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, devem traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais constitui, como ressalta Gómez de la Torre, o núcleo específico de legitimação e limite da intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas.

Segundo Rogério Greco⁵, a Constituição Federal exerce um duplo papel, pois de um lado busca orientar o legislador, que o faz eleger valores indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, seguindo a concepção garantista do Direito Penal, impede que o legislador proíba ou imponha determinados comportamentos violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Carta Magna.

² COSTA, Álvaro Mayrink. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011, p.7.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 07 out. 2019.

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17- 18.

⁵ GRECO, op. cit., p. 4.

No que tange a tutela da vida privada no âmbito penal-virtual, recentemente, houve a criação de diversas leis que visam a proteção direta e específica para tal. Com o crescente número de situações de violação da intimidade ou privacidade estabelecidos em toda a sociedade no meio eletrônico, há uma necessidade de impor sanção penal adequada para tais condutas. Como exemplo, tem-se a clássica e comum situação da divulgação na internet de cenas íntimas de pessoas. Com a criação da Lei de nº 13.718/2018⁶, em que passou a ser o crime o fato de a pessoa divulgar/compartilhar cenas de estupro, que faça apologia a essa prática, bem como o fato de repassar foto ou vídeos de cenas de sexo, nudez ou pornografia, sem a autorização da pessoa. A tutela penal da intimidade nada mais é do que a proteção que esse bem jurídico de vital importância recebe do direito penal.

Contudo, por mais importante que seja nenhum direito constitucional é absoluto. Assim, é sabido que sem os direitos da intimidade e da privacidade, a personalidade das pessoas encontraria em grave risco, ainda mais no âmbito virtual. Há, porém, outros direitos que também são protegidos pelo ordenamento jurídico, sendo o direito à liberdade um dos mais importantes para a sociedade, presente inclusive no art. 5º, caput da Constituição Federal⁷. De tal modo, há situações que os direitos da intimidade e da vida privada devem ceder quando colidirem com outros direitos tão ou mais importantes, fazendo, assim, o uso da ponderação, sopesando tais direitos em cada caso concreto para saber qual deles prevalecerá.

2. INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO VIRTUAL CONCERNENTES ÀS RELAÇÕES CONJUGAIS: ABUSIVO OU NECESSÁRIO?

No âmbito conjugal há o dever de fidelidade recíproca, instituído pelo Estado, estabelecendo a monogamia, com o objetivo de garantir a legitimidade da prole, nos moldes dos dizeres de Maria Berenice Dias⁸:

O interesse do Estado na manutenção da família como base da sociedade procura amarrar todas as pessoas dentro de uma estrutura familiar. Por isso gera presunções de paternidade. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal. Para dar sustentação a essa verdade ficta, sente-se o Estado autorizado a impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento. Assim, acaba por obrigar à fidelidade como forma de garantir a legitimidade da pro-

⁶ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 242.

le. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial, para assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos seus “legítimos sucessores”.

Em contrassenso à fidelidade, há a existência da infidelidade, que de acordo com Feldman⁹, diz respeito para a maioria das pessoas ao ato de se estabelecer uma nova relação amorosa (ou relações amorosas), quando já se está comprometido em uma relação anterior com vínculo de afeto.

Insta salientar que atualmente tal ato não está ligado mais apenas a um novo relacionamento amoroso, haja vista que é possível ser infiel por meio de encontros casuais ou até mesmo o sexo virtual por meio de computadores ou até mesmo celulares.

De acordo com o psicólogo Ailton Amélio da Silva¹⁰ “A definição para traição é enganar o outro, tanto na área amorosa como na sexual”. Afirmar ainda que “O que caracteriza uma traição é estar enganando. O flerte na internet é o primeiro passo para a traição ir para o mundo real”.

Ressalte-se que no Brasil, com o surgimento da Lei de nº 11.106/2005, ocorreu o abolição criminis do adultério, não cabendo mais ao Direito Penal se imiscuir casos de cônjuges infiéis. Já em âmbito cível, somente perdeu a sua relevância, com a extinção da discussão de culpa no fim do relacionamento conjugal, com o surgimento da Emenda Constitucional 66/2010.

De acordo com especialistas sobre o assunto¹¹, o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp tem aumentado de forma drástica por conta das facilidades comunicativas trazidas por ele. Em poucos toques no smartphone é possível se comunicar com qualquer pessoa ao redor do mundo, o que por conseguinte, facilita e muito, as possibilidades de uma pessoa de fidelidade duvidosa se interessar por outra e acabar traindo o seu parceiro.

Resta-se indubitável, portanto, que a infidelidade toma conta da população brasileira de diversas formas, sendo observada de forma exponencial no âmbito virtual. Ademais, insta salientar que não obstante o crime de adultério tenha sido banido do ordenamento jurídico, o

⁹ FELDMAN, C. *Sobrevivendo à traição. Incluindo poemas de Cláudia Myriam Botelho*. 4 ed. Belo Horizonte: Crescer. 2005.

¹⁰ BRENTANO, Laura. *Encarada como 'game', paquera virtual vira vício e redefine a traição*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-namorados/2011/noticia/2011/06/encarada-como-game-paquera-virtual-vira-vicio-e-redefine-traicao.html>> Acesso em: 02 mar. 2020

¹¹ GOIS, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>> Acesso em: 02 mar. 2020

crime de bigamia ainda é previsto, o que demonstra que a infidelidade ainda continua sendo um dever conjugal.¹²

Segundo o art.1.513 do Código Civil¹³, é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Neste diapasão, seguindo o referido dispositivo, é possível visualizar o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, em que mesmo que seja dever do estado intervir no âmbito das relações familiares para garantir a proteção dos indivíduos, tal intervenção deve ocorrer de forma moderada, apenas para garantir a vontade dos membros da família sem intervir no âmbito da autonomia privada.

De acordo com Leandro Barreto Moreira Alves¹⁴, o Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse implementar direitos fundamentais da pessoa humana.

Entende-se, pois, que o Estado deve criar mecanismos que possibilitem os indivíduos a obterem uma maior amplitude de direitos fundamentais, sempre em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵ entendem que:

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade da autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre foi lhe estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se, inclusive, que venha, em futuro próximo, a cuidar, com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação).

Nas relações familiares, a regra é autonomia privada, com a liberdade da atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Não se pode deixar de trazer à baila o art. 226, §7º da Constituição Federal¹⁶, que salienta que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

¹² DIAS, op. cit., p. 243.

¹³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.

¹⁴ ALVES, Leandro Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: JusPodivm 2016, p. 48.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Logo, pode-se concluir que o referido Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família tem como escopo garantir o direito de autodeterminação e autogerenciamento da célula familiar, com base na ideia de que o ser humano tem a capacidade de entender o que é melhor para si, desde que não interfira no direito alheio.

Dessa forma, a atuação interventiva do Estado também está limitada no âmbito virtual, haja vista que a sociedade está em constante evolução, devendo a hermenêutica jurídica segui-la. Além disso não há quaisquer ressalvas nos dispositivos supracitados no que tange o âmbito de sua eficácia, ou seja, não havendo distinção entre o ambiente físico ou virtual.

O Estado, porém, deve atuar de forma incisiva e coerciva quando houver violações maiores, que prejudiquem terceiros. Nesse diapasão, o ponto certo é analisar cada caso de forma isolada, sempre observando a isonomia em seus mais diversos sentidos.

Ainda sobre a análise dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, não se pode deixar de falar acerca da tutela do direito de família. Há na Constituição, em seu artigo 226¹⁷, o dever do Estado de proteger a família. De acordo com Jaques Penteado¹⁸:

[...] a elevada valoração da família justifica que os principais elementos de sua composição e dinâmica mereçam proteção jurídico-penal e, assim, os bens e interesses tratados pelos direitos dos povos e agasalhados nas suas constituições recebem tratamento criminal com o fito de empregada a sanção punitiva, estimular-se o comportamento humano compatível com o respeito daqueles valores [...].

Sendo assim, indo de acordo com o entendimento do renomado autor, a família é também um dos bens jurídicos do qual o Direito Penal não pode deixar de lado, devendo preservá-la, seja ela matrimonial ou extramatrimonial.

Contudo, deve-se tomar cuidado para não extrapolar o viés da razoabilidade e proporcionalidade, bem como outros princípios basilares do Direito penal, para que não ocorra o autoritarismo estatal, e assim, por conseguinte, a ruptura com o Estado Democrático de Direito.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PENTEADO, Jaques de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.32.

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAÇÃO DE CRIME NA INVASÃO DO DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO

A Lei nº 12.737/2012¹⁹, alcunhada de “Lei Carolina Dieckmann “, em alusão à famosa atriz brasileira que, em maio de 2012, teve fotos íntimas publicadas indevidamente na Internet, obtidas por “hackers” que invadiram seu computador, foi sancionada em 30 de novembro de 2012 pela ex-presidente Dilma Rousseff, trazendo profundas alterações ao Código Penal Brasileiro. Dentre as principais novas condutas que passaram a ser tipificadas e introduzidas no Código Penal, destaca-se a “invasão de dispositivo informático”, prevista no Art. 2º da retromencionada lei²⁰.

Segundo o referido artigo do atual Código Penal brasileiro²¹, o crime de invasão de dispositivo informático é configurado quando há a invasão do “dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.”

Para melhor entender o que os termos “dados” ou “informações” constantes no mencionado artigo, faz-se imperioso trazer à baila o entendimento do renomado jurista brasileiro Vicente de Paula Rodrigues Maggio²² :

Os termos dados ou informações foram utilizados pelo legislador como sinônimos e de forma ampla para significar tudo aquilo que a vítima possa armazenar em um dispositivo informático (exemplos: contas e senhas bancárias, fotos, vídeos, arquivos de áudio, correspondências em geral etc.). Da mesma forma, dispositivo informático significa qualquer hardware (parte sólida de um dispositivo informático específico ou assemelhado) capaz de armazenar dados e informações (exemplos: computadores, discos externos, smartphones, celulares comuns, pendrives etc.).

Segundo Maggio²³, o tal crime é um tipo misto alternativo, em que o agente por um único crime realiza uma ou mais condutas típicas, uma vez que o referido tipo penal fica configurado pelos verbos invadir (entrar, tomar conhecimento ou acessar sem permissão) e insta-

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

²¹ Ibidem.

²² MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A*. Jus Brasil. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942478/novo-crime-invasao-de-dispositivo-informatico-cp-art-154-a>>. Acesso em: 11 mar. de 2020.

²³ Ibidem.

lar (baixar, copiar ou salvar sem permissão), tendo como objeto material as informações e dados armazenados.

Para entender ainda melhor como funciona o referido dispositivo, Maggio²⁴ aduz que se trata crime formal, cuja consumação ocorre independentemente da produção do resultado naturalístico consistente na efetiva obtenção, e caso haja, será apenas mero exaurimento. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente realiza qualquer tipo penal presente no art. 154-A, do Código Penal²⁵.

Ressalte-se, porém, que quando há o consentimento do ofendido, com a observância de todos os seus requisitos – a existência de bem jurídico disponível, o consentimento ser válido e realizado de forma livre e consciente por pessoa capaz, bem como este ser anterior ou simultâneo entre a lesão ao bem jurídico-, não há tal crime.

Saliente-se que o consentimento do ofendido é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Todavia, é necessário tomar cuidado para não o extrapolar, como bem salienta Pierangeli²⁶ no seguinte trecho:

No que toca à proibição de excesso, tem-se que a conduta do sujeito deve sempre respeitar os limites impostos pela causa justificante. Se o agente ultrapassar a seara do consentido pelo ofendido, desvaliosa será a sua conduta, uma vez que violadora da finalidade protetiva do sistema legal, e portanto, passível de censura quanto ao excesso.

Segundo o estudo da empresa Kaspersky²⁷, o número de usuários que sofreram pelo menos uma tentativa de instalação dos chamados *stalkerware* (programas comerciais usados como ferramentas de espionagem) ultrapassou 37.000 casos nos oito primeiros meses de 2019 (janeiro a agosto), o que representa um acréscimo de 35% em relação ao mesmo período em 2018.

De acordo ainda com a Kaspersky²⁸, os programas espões contêm funcionalidades para invadir a vida pessoal das pessoas, sendo possível qualquer pessoa acessar qualquer dado pessoal de outra, inclusive em tempo real. Ela aduz ainda, que tais programas são executados

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 58

²⁷ KASPERSKY. Kaspersky: tentativa de espionagem cresce 228% no Brasil. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2019_kaspersky-tentativa-de-espionagem-cresce-228-no-brasil>. Acesso em: 24 mai. 2020.

²⁸ Ibidem.

em segundo plano para permanecer ocultos e são instalados sem o conhecimento ou o consentimento do dono do dispositivo, que em muitos casos trata-se do parceiro.

Logo, com a citada pesquisa verifica-se um aumento desenfreado de casos envolvendo invasões em dispositivos alheios, e que na maioria deles tratam-se dos próprios companheiros querendo investigar sobre o outro.

E, dessa forma, alguns juristas, como, por exemplo, o Guilherme Guimarães²⁹, advogado da área digital e especialista em Segurança da Informação, dando uma interpretação literal ao art. 154-A do Código Penal³⁰, entende que o cônjuge que, sem autorização, invadir ou instalar programa para acessar remotamente um dispositivo poderá incidir no crime previsto no art. 154-A do Código Penal: "Pela Constituição Federal, a vida privada e a intimidade de uma pessoa são direitos fundamentais. Se o cônjuge instalar software para interceptar o fluxo dos pacotes de dados que trafegam pela internet sem a devida autorização judicial, incorrerá em crime previsto na Lei nº 9.296/96, que é interceptação de comunicações de informática sem autorização judicial", explica.

Apesar de ser incontroversa a necessidade da existência do referido tipo penal para a proteção da sociedade contra ataques de *hackers* por pessoas desconhecidas, faz-se mister pensar por outro viés, em um que os cônjuges estariam excluídos da incidência do crime de invasão ao dispositivo, uma vez que por compartilharem suas vidas juntos, formarem uma família, cuja definição desta é deveras ampla para a Constituição Federal³¹, em seu art. 226, se sobrepõem aos direitos de intimidade e de privacidade da vida alheia.

Não há se falar em consentimento do ofendido para que não haja a incidência do mencionado crime em relação aos cônjuges, tampouco da necessidade da tutela penal para regular tal questão, haja vista que os direitos à intimidade e vida privada não são absolutos, e devem relativizados em prol à manutenção da família.

Para melhor compreender a importância da família aos olhos do Direito, é necessário trazer à baila a figura das escusas absolutórias. De acordo com Bittencourt³², o instituto da escusa absolutória tem resquícios primitivos no Direito Romano, que tinha como um de seus princípios base a copropriedade familiar, não sendo, assim, possível a ação penal nos casos

²⁹ VIEIRA, Nathan. *Acessar o celular do parceiro sem consentimento é crime?* Canal Tech. Disponível em <<https://canaltech.com.br/internet/acessar-o-celular-do-parceiro-sem-consentimento-e-crime-154769/>> Acesso em: 24 mai. 2020.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.384.

em que o autor fosse filho ou cônjuge da vítima. Posteriormente, segundo Ana Luiza Ferro³³, a evolução do Direito Romano tenha afastado o princípio da copropriedade, as ideias da escusa absolutória não foram desfiguradas, passando a existir por outro motivo, qual seja, o resguardo das relações familiares, interesse este considerado superior ao interesse punitivo de alguns delitos.

Saliente-se, assim, que o próprio Código Penal³⁴ traz a figura das escusas absolutórias nos crimes patrimoniais, em seu art. 181, excluindo a punibilidade dos agentes elencados. Diante disso, é possível verificar que o legislador penal fez uma inequívoca opção: a família é mais importante e, dessa forma, merece maior proteção do que o patrimônio do lesado.

Ressalte-se que mesmo em uma sociedade capitalista, em que há um grande apego por coisas materiais em detrimento das sentimentais, a lei foi clara em dar prioridade à família.

Ademais, saliente-se que se toda lei fosse interpretada de forma literal, não haveria necessidade da existência do estudo da hermenêutica jurídica, tampouco a existência da jurisprudência em si.

Portanto, vale a pena desestruturar toda uma família por conta de uma simples espionada no dispositivo do companheiro? Apesar de o direito à intimidade, bem como o direito à privacidade serem direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, a família deve prevalecer, pois é ela que é a base de toda a sociedade, conforme o seu próprio art. 226 preceitua.

Ainda sobre família, Caio Mário³⁵ entende que família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; já em sentido estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Saliente-se ainda que não seria viável ao Estado se imiscuir em questões familiares desse âmago, pois estaria extrapolando os limites constitucionais, se tornando abusivo e autoritário, contrariando o próprio Estado Democrático de Direito. Ressalte-se que o direito penal somente pode ser utilizado em *Ultima Ratio*, por conta do seu princípio da fragmentariedade.

Logo, faz-se necessário dar uma interpretação sistemática e teleológica ao artigo 154-A, do Código Penal³⁶, para que os cônjuges não sejam incluídos como sujeitos ativos do

³³ FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas Absolutórias no Direito Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.6.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

crime. Não se pode olvidar que para que se tenha justiça, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como todo, e não de forma isolada, como muitos tem feito em relação ao crime em análise.

CONCLUSÃO

Este trabalho foi resultado de pesquisa essencialmente bibliográfica sobre a possibilidade de configuração de crime na conduta de invadir o dispositivo do companheiro para averiguar traição. Foi percebido ao longo dele que o tema tratado é controvertido, e que qualquer intervenção estatal na vida privada deve ser realizada somente em casos extremos.

No primeiro capítulo foi chegou-se à conclusão de que o direito penal deve sempre respeitar o princípio da fragmentariedade, sendo este o paradigma da intervenção mínima do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos, agindo sempre em *Ultima Ratio*, ou seja, quando mais nenhuma modalidade do Direito é capaz de protegê-los.

Além disso a proteção pelo Direito Penal é necessária no âmbito familiar sendo exceção do princípio da fragmentariedade, pois além de ser considerado um bem jurídico de suma importância para toda a sociedade, é necessária a sua atuação para a preservação da entidade familiar em determinados casos. Contudo essa proteção deve ser de forma dosada, sempre com cautela extrema para não colidir com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como outras bases que formam o Direito.

No segundo capítulo foi discutido se há necessidade de intervenção estatal nas relações conjugais no âmbito virtual. Para tanto, foi analisado se ainda subsiste o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, instituído pelo Estado. A conclusão alcançada foi de que mesmo com a questão do adultério ter sido deixada de ser tratada de forma direta em âmbito civil e penal, ela ainda subsiste de forma indireta, como é observado no caso do crime de bigamia, presente no Código Penal, e que, portanto, o dever de fidelidade recíproca ainda é protegido pelo ordenamento jurídico.

No decorrer do retromencionado capítulo, para responder a sua questão principal, foi ainda trazido o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, em que mesmo que seja dever do estado intervir no âmbito das relações familiares para garantir a proteção dos indivíduos, sua intervenção deve ser dada de forma moderada, seja em âmbito virtual ou não.

Ademais, foi concluído que o Estado deve atuar de forma incisiva e coerciva, seja qual for o âmbito, quando houver violações graves, que firam a esfera jurídica de terceiros, devendo para isso, ser analisado cada caso de forma isonômica.

No último capítulo foi tratado sobre a questão chave do trabalho, se há a possibilidade de se caracterizar crime na invasão do dispositivo do companheiro. Para isso foram tratadas diversas questões sobre o crime de invasão do dispositivo alheio, disposto no art. 154-A, do Código Penal, principalmente, de como deve ser dada a sua interpretação.

Foi demonstrado no decorrer do capítulo que a preservação da família possui uma grande força no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a base de toda a sociedade brasileira, tendo proteção constitucional. Inclusive, a própria lei claramente demonstra a sua importância frente aos bens materiais, o centro de uma sociedade capitalista, nas escusas absolutórias, presente o art. 181, do Código Penal.

Por conta disso, entendeu-se que o art. 154-A, do Código Penal, deve ter uma interpretação sistemática, observando todo o ordenamento jurídico, ao ponto de não englobar os cônjuges, haja vista que os direitos à intimidade e vida privada não são absolutos, e devem relativizados em prol à manutenção da família.

Saliente-se, assim, não cabe ao Estado intervir em questões familiares desse âmbito, pois estaria extrapolando os limites constitucionais, contrário ao Estado Democrático de Direito.

Logo, com o presente trabalho conclui-se que apesar disso ser uma certa violação de privacidade e intimidade do companheiro, tal conduta não pode ser considerada criminosa, isto é, o cônjuge que realiza isso com o outro não está violando as regras do Direito Penal por força do princípio da preservação da família. Dessa forma, também pode concluir que não há necessidade de o Estado tipificar isso como crime.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020

ALVES, Leandro Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 11 mai. 2020

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRENTANO, Laura. *Encarada como 'game', paquera virtual vira vício e redefine a traição*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-namorados/2011/noticia/2011/06/encarada-como-game-paquera-virtual-vira-vicio-e-redefine-traicao.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos*. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FELDMAN, C. *Sobrevivendo à traição. Incluindo poemas de Cláudia Myriam Botelho*. 4 ed. Belo Horizonte: Crescer. 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas Absolutórias no Direito Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOIS, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017.

KASPERSKY. *Kaspersky: tentativa de espionagem cresce 228% no Brasil*. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2019_kaspersky-tentativa-de-espionagem-cresce-228-no-brasil>. Acesso em: 24 mai. 2020.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A. *Jus Brasil*. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942478/novo-crime-invasao-de-dispositivo-informatico-cp-art-154-a>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

PENTEADO, Jaques de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, Nathan. Acessar o celular do parceiro sem consentimento é crime? Canal Tech. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/acessar-o-celular-do-parceiro-sem-consentimento-e-crime-154769/>>. Acesso em: 24 mai. 2020.