

A NOVA LEI SOBRE A TIPIFICAÇÃO DE DELITOS INFORMÁTICOS: ATÉ QUE ENFIM UM DIPLOMA LEGAL NECESSÁRIO¹

Acaba de ser promulgada a Lei nº. 12.737, publicada no Diário Oficial da União do dia 03 de dezembro de 2012 e que entrará em vigor depois de decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial. Ela dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, alterando alguns dispositivos do Código Penal. Certamente, a nova lei deveu-se a um lamentável episódio que envolveu Carolina Dieckmann Worcman, atriz brasileira, célebre por suas atuações em diversas telenovelas e seriados da Rede Globo. Mais uma vez, vê-se como funciona na prática o nosso processo legislativo e a força da mídia e, em especial, das Organizações Globo!

Abstraindo-se este fato (inconteste, sem dúvidas), foi acrescentado ao Código Penal (finalmente respeitando-se o princípio da reserva do código²) o art. 154-A, com a seguinte redação, **ipsis litteris**: “*Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita*

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba) e “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Sobre este princípio, veja-se a lição de Suian Alencar Sobrinho: “*Ainda em afinidade com o fenômeno da inflação legislativa, outro problema que afeta os cidadãos, é o fato de que as novas normas que entram no ordenamento jurídico, elas fazem parte, frise-se, de uma legislação extravagante, como se obedecessem a um princípio implícito de descodificação. São poucas as que obedecem ao princípio da reserva do Código. O grau de racionalidade e confiabilidade na ordem jurídica, portanto, termina por seguir em sentido oposto aos princípios garantistas, ou ainda, à segurança jurídica. As leis novas ficam sendo instrumentos de governo, ao invés de tutela de bens. Relega-se o CP à categoria de mero apêndice da legislação extrapenal. Antes, trancassem-se os tipos penais numa caixa de Pandora! (...), O professor italiano Ferrando Mantovani, expondo as linhas mestras do Schema di delega legislativa per un nuovo Codice Penal, assenta o entendimento de que a recuperação à centralização do Código Penal é uma expressão da racionalidade garantista. E continua explicando o desejado modelo italiano, como corpo de normas ordenado a tutelar os valores fundamentais de uma vida civilizada em sociedade, com a complementariedade marginal da legislação especial, que só se justifica se circunscrita a setores marginais, como as matérias de caráter eminentemente técnico, ou como as normas penais meramente sancionadoras de preceitos jurídico-administrativos, ou como a regulamentação excepcional de caráter temporal, a exemplo da legislação de emergência.” (“Comentários ao projeto de lei dos crimes contra o Estado Democrático de Direito: Título XII”, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4585>. Acesso em: 04 dez. 2012).*

do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.” Em tais crimes, a ação penal é pública condicionada à representação, “salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.” (art. 154-B).

Também os arts. 266 e 298 do Código Penal, passam a vigorar com nova redação: “Art. 266 (...). “§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento. § 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.”; “Art. 298 (...) “Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.”³

Pois bem.

Em vários trabalhos anteriores, tenho insistentemente pugnado contra o excesso de criminalização de condutas em nosso País, transformando aquilo que deveria ser a **ultima ratio** em **prima ratio**, basicamente pelo fato de que ao longo dos anos a ineficiência da pena de prisão mostrou-se de tal forma clara que chega a ser difícil qualquer contestação a respeito. Em nosso País, por exemplo, muitas leis penais puramente repressivas estão a todo o momento sendo promulgadas, quase sempre para satisfazer a opinião pública (previamente manipulada pelos meios de comunicação), sem que se atente para a boa técnica legislativa e, o que é pior, para a sua constitucionalidade. E, mais: o encarceramento como base para a repressão. Assim, por exemplo, ao comentar a lei dos crimes hediondos, Alberto Silva Franco afirma que ela, “na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório.”⁴

Certamente, na imensa maioria das vezes, de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis... Vale a pena citar Evandro Lins e Silva, que diz: “Muitos acham que a severidade do

³ Advertimos que não se pretende neste artigo discutir dogmaticamente os novos tipos penais, tais como o bens jurídicos tutelados, sujeitos passivo e ativo, tipos objetivo e subjetivo, etc., etc. Deixemos esta tarefa para os penalistas.

⁴ Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 97.

sistema intimidada e acovarda os criminosos, mas eu não tenho conhecimento de nenhum que tenha feito uma consulta ao Código Penal antes de infringi-lo.”⁵ O mesmo jurista, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade afirmou: “precisamos despenalizar alguns crimes e criar punições alternativas, que serão mais eficientes no combate à impunidade e na recuperação do infrator (...). Já está provado que a cadeia é a universidade às avessas, porque fabrica criminosos, ao invés de recuperá-los.” “A prisão avilta, degrada e nada mais é do que uma jaula reprodutora de criminosos”, informando que no último congresso mundial de direito criminal, que reuniu mais de 1.000 criminalistas de todo o mundo, “nem meia dúzia eram favoráveis à prisão.”⁶

Ademais, a nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma **via crucis**, pois são homens fisicamente libertos, porém, de tal forma estigmatizados que tornam-se refêns do seu próprio passado.⁷ Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Bem a propósito é a lição de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira: "*Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação.*" (Folha de São Paulo, 06/06/2005). Na mesma linha, o Professor de Sociologia da Universidade de Oslo, Thomas Mathiesen avalia que "*se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas -, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser ‘sentida’ em direção a um nível emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação.*"⁸

Ademais, as condições atuais do cárcere, especialmente na América Latina, fazem com que, a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo **intra muros** a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem. Já no século XVI-

⁵ *Ciência Jurídica – Fatos – n.º. 20, maio de 1996.*

⁶ **idem**

⁷ Em manifesto aprovado pela unanimidade dos presentes ao VIII Encontro Nacional de Secretários de Justiça, realizado nos dias 17 e 18 de junho de 1991, em Brasília, foi dito que havia no Brasil, segundo o Ministério da Justiça, milhares de mandados de prisão aguardando cumprimento, e que as prisões, em todos os estados da federação, estavam superlotadas, o que comprometia o tratamento do apenado e pavimentava o caminho para a reincidência (**in** Prisão – Crepúsculo de uma Era, Leal, César Barros, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 55).

⁸ Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva, São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 275.

II, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava: “Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.”⁹

Por sua vez, Marat, em obra editada em Paris no ano de 1790, já advertia que “es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.”¹⁰

Esquece-se com muita facilidade que o modelo clássico de Justiça Penal vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na idéia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política “paleorrepressiva” ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora. Como afirma Jose Luis de la Cuesta, “o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.”¹¹

Portanto, fazemos questão de reafirmar, ainda que sendo repetitivos, que o Direito Penal não deve ser utilizado para incriminar toda e qualquer conduta ilícita (atentando-se para o princípio da intervenção mínima¹²), devendo, diversamente, ser resguardado para situações limites, pois só assim terá “um papel bastante modesto e subsidiário de uma política social de largo alcance, mas nem por isso menos importante. Uma boa política social (inclusive ambiental, diríamos nós), ainda é, enfim, a melhor política criminal”, como afirma Paulo de Souza Queiróz.¹³

Porém, no caso da nova lei, e fazendo questão de ressalvar a existência de alguns defeitos de ordem dogmática (que certamente serão apontados mais acertadamente pelos penalistas críticos e atentos à Constituição Federal), desde há muito entendíamos como absolutamente necessária a promulgação de normas penais especiais a respeito dos chamados crimes

⁹ Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43.

¹⁰ Marat, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78 (tradução espanhola do original Plan de Legislation Criminelle, Paris, 1790).

¹¹ “Pena de morte para os traficantes de drogas?”, publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, n.º. 01 (maio de 2005), p. 04.

¹² Para Luiz Regis Prado, “o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.” (Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81). Sobre o assunto, conferir o ótimo QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter Subsidiário do Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

¹³ Direito Penal – Parte Geral, 4ª. ed., 2008, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 103.

informáticos. Repetimos que, nada obstante ser indiscutível que a prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes - e que a idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente “*uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional*”, como pensa Cezar Roberto Bitencourt.¹⁴ – o certo é que desta vez agiu corretamente o legislador.

Se também concordamos com Hulsman que “*em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social*”¹⁵, reconhecemos, mais uma vez, que era urgentemente preciso uma legislação específica para criminalizar condutas como tais.

Ora, vivemos há muito (para o bem e para o mal, sem maniqueísmos, por favor!) uma nova ordem mundial, a partir da “*descoberta de que a terra se tornou mundo, de que o globo não é mais apenas uma figura astronômica, e sim o território no qual todos encontram-se relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos – essa descoberta surpreende, encanta e atemoriza*”.¹⁶ As fronteiras nacionais, de certa forma e em certa medida, diluíram-se, tudo a indicar que “*o sistema social mundial*” está “*em movimento e se moderniza*”, fazendo com que “*o mundo pareça uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançando todo o mundo*”.¹⁷

É evidente que o Direito, visto também como um *fenômeno histórico-cultural*¹⁸, não poderia passar ao largo deste fenômeno mundial. Com efeito, as transformações provocadas pela globalização também atingiram o Direito, em todos os seus ramos. Com a informática, deparamo-nos com a realidade dos contratos virtuais, do comércio eletrônico, com a assinatura digital¹⁹, com a possibilidade de proteção jurídica da propriedade intelectual nos sites²⁰, com o uso do e-mail como meio de prova e a possibilidade de sua

¹⁴ Bitencourt, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

¹⁵ Hulsman, Louk e Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1997, p. 69

¹⁶ Ianni, Otávio, *Teorias da Globalização*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 8ª. edição, 2000, p. 13.

¹⁷ Ianni, Octavio, *ob. cit.*, p. 119.

¹⁸ O Direito visto sob um aspecto fático, ou seja, “*em sua efetividade social e histórica*”, como ensina Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1991, 19ª. ed., p. 65).

¹⁹ “*No Brasil, os Projetos de Lei 1.483 e 1.589 pretendem regulamentar a fatura eletrônica, o comércio eletrônico, a validade do documento eletrônico e a assinatura digital. Tratam-se, pois, dos primeiros movimentos legislativos significativos de construção de uma base sólida para desenvolvimento da indústria nacional de e-commerce*”. (Barretto, Petrus, “A Regulamentação do Comércio Eletrônico”, *Revista Pró Consumidor*, Dezembro 2000, p. 51). A respeito do tema, conferir também o artigo de Renato M. S. Opice Blum, “*Compras Internacionais Realizadas pela Internet*”, *Revista Pró Consumidor*, Janeiro 2001, p. 51 e o de Ângela Bittencourt Brasil, “*Assinatura Digital não é Assinatura Formal*”, *Revista Panorama da Justiça*, p. 18).

²⁰ “*As questões que vêm preocupando os operadores do Direito são as seguintes: pode o computador criar, por si, obra intelectual, e, em caso afirmativo, de quem será o direito sobre a forma dela resultante? E mais: como ficam*

interceptação, com o direito de resposta na internet²¹, com a utilização dos **cookies** como forma de violação do direito à informação e da privacidade do internauta²², etc., etc.

Aliás, hoje já se refere ao Direito Informático ou o Direito da Informática, definido como “*el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos aspectos em que se relaciona la tecnología informática com una institución jurídica determinada en los diversos ámbitos del Derecho*”.²³ Este novo ramo do Direito “*se ocupa del tratamiento de las normas jurídicas vinculadas con las consecuencias jurídicas que puede traer aparejado el uso de las computadoras*”.²⁴ Há tempos foi instituída no Brasil a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, visando a garantir exatamente a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras, estabelecendo-se, por exemplo, que a todos é assegurado o direito de se comunicar com os órgãos públicos por meio eletrônico.

Neste contexto, a informática representa hoje o meio de comunicação típico e mais representativo da era globalizada. É difícil, por exemplo, imaginar que os homens tivessem alcançado o grau de interação que hoje possuem sem que houvesse, **pari passu**, a evolução dos meios de comunicação, principalmente no que diz respeito à rede mundial de computadores²⁵. A internet permite numa velocidade impressionante a transmissão de uma informação de um lugar para outro, diminuindo consideravelmente as distâncias.

É evidente que com o crescimento dos internautas e com as facilidades indiscutíveis trazidas pela rede, uma nova forma de criminalidade surgiria. Esta era uma realidade da qual não se poderia fugir. A internet, ao lado de representar um avanço no desenvolvimento da humanidade, indiscutivelmente, permitiu o aparecimento de uma nova criminalidade, aliás, muito mais difícil de ser combatida. Segundo o site www.paranaonline.com.br, na edição do dia 14 de setembro de 2004, “*pesquisas apontam que o Brasil está na rota dos crimes envolvendo a internet. De acordo com a Polícia Federal, de cada 10 hackers ativos no mundo, oito vivem no Brasil. Além disso, cerca de 2/3 dos responsáveis pela criação de páginas de pedofilia na internet - já detectadas por investigações policiais brasileiras e do exterior - têm origem brasileira. As pesquisas também apontam que, no Brasil,*

as questões relativas à marca registrada e ao domínio, em site de reprodução de textos jurídicos na internet?”. (Maurício Lopes de Oliveira, “Marca Registrada e Nome de Domínio”, Revista Consulex, Ano IV, nº. 41, Maio 2000, p. 61. Sobre o assunto, ver também o artigo de Douglas Yamashita, “**Sites na Internet e a Proteção Jurídica de sua Propriedade Intelectual**”, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª. Quinzena de 2000, nº. 18/2000, Caderno 03, p. 391).

²¹ “*A internet oferece apenas uma evolução do modo de transmissão de notícias, logo, a adequação de leis e princípios como a do direito de resposta é fundamental para o bom andamento das relações jurídicas, principalmente aquelas relativas à rede mundial de computadores no caso de veiculação de informações jornalísticas*”. (Coimbra, Márcio Chalegre, “O Direito de Resposta na Internet”, Revista Consulex, Ano IV, nº. 47, Novembro 2000, p. 65).

²² “*Os cookies – arquivos de texto enviados pelos sites que gravam informações do usuário – estão entre os assuntos mais discutidos atualmente no mundo todo. Isso se explica porque a maior parte dos sites os utilizam sem que o internauta saiba disso, centrando a questão na violação do direito à informação e da privacidade do usuário*”. (Nunes, Eunice, “**Cookies**, O Fim da Privacidade”, Revista Pró Consumidor, Dezembro 2000, p. 19).

²³ Beltramone, Guillermo e Zabale, Ezequiel, *in* El Derecho en la Era Digital, Rosario/Argentina: Editorial Juris, 2000, p. 6.

²⁴ Delpech, Horacio Fernández, “Protección Jurídica del Software, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 13.

²⁵ Segundo Sandra Gouvêa, “*a origem deste grande canal de comunicação se deu na década de 60, durante a Guerra Fria. O governo americano desenvolveu o projeto ARPANET (Advanced Research Projects Agency) para interligar computadores militares e industriais*”. Conferir sua obra “O Direito na Era Digital”, Rio de Janeiro: MAUAD, 1997, p. 36.

as fraudes financeiras que utilizam internet e correios eletrônicos já superam, em valores financeiros, os prejuízos de assalto a banco.”

Em 15 de maio de 2000, o grupo dos sete países mais industrializados do mundo, e mais a Rússia (G-8) reuniram-se na capital francesa e depois em Okinawa, no Japão, exatamente para discutirem a respeito dos crimes cibernéticos. A iniciativa surgiu depois de dois ataques que causaram um prejuízo de bilhões de dólares nos cinco primeiros meses daquele ano. Na abertura da reunião, em Paris, “o ministro das Relações Exteriores, Yohei Kono, não descartou a possibilidade dos ‘terroristas’ eletrônicos matarem, num futuro próximo, através da tela de um computador. Ele fala com conhecimento de causa. Da mesma forma que o desenho animado Pokémon provocou crise de epilepsia coletiva em milhares de crianças orientais que o assistiam, pela TV, os vírus virtuais – e seus agentes – podem atentar não apenas contra a economia mundial, mas contra a vida. Da reunião dos sete países mais industrializados e a Rússia, saiu a convicção, formulada por especialistas internacionais, de que a criminalidade via internet é a terceira grande ameaça à potências, após as armas químicas, bacteriológicas e nucleares. Finalmente, o mundo parece ter acordado para a importância (vital) de melhor compreender e controlar o ciberespaço”.²⁶

Assim, e sem nunca esquecermos o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, era efetivamente necessário que houvesse uma legislação específica e apropriada para esta “nova criminalidade”, pois “no puede dejar de ponerse enfático acento en que el legislador debe sensibilizarse a la vulneración de los más diversos bienes jurídicos que diariamente aparece este tipo de conductas ‘tecnificadas’ siendo necesario otorgar mayores márgenes de seguridad y protección a aquellos”.²⁷ Como escreveu o mestre gaúcho Luiz Luisi se de um lado é necessária “uma ampla e responsável política de descriminalização, ou, pelo menos, de despenalização”, por outro lado, “em virtude de aporia presente no direito penal contemporâneo, a exigência de neocriminalização, imposta pelo surgimento de fatos inéditos e altamente lesivos a interesses relevantes, e cuja tutela está a exigir o rigor da sanção penal. Mas tenho acentuado que esta neocriminalização há de fazer-se de forma criteriosa, quando realmente necessária, e sem atropelar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e do seu Direito Penal.”²⁸ (grifo nosso).

Vários países há alguns anos já procuraram viabilizar meios eficazes de repressão e prevenção dos chamados delitos de informática, que cada vez mais se diversificam, razão pela qual era necessário que se estabelecesse uma legislação pertinente e adequada, a fim de que não se maculasse a todo o tempo o princípio da legalidade ou, por outro lado, tornassem impunes condutas relevantes do ponto de vista penal²⁹. Por exemplo, na

²⁶ Jornal A Tarde: Editorial, 22/05/2000, Bahia.

²⁷ Riquert, Marcelo Alfredo, Informática y Derecho Penal Argentino, Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 142.

²⁸ “Criminalização do Verde”, in Revista Consulex, n.º 19, julho/1998.

²⁹ O princípio da legalidade vem insculpido na Constituição Federal, no seu art. 5.º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”: é a parêmia **nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta**, que representa “uno de los principios básicos del Derecho penal moderno que surge de la Revolución francesa y de los movimientos codificadores”, segundo Manuel Jaén Vallejo, in Los Principios Superiores del Derecho Penal, Madrid: Dykinson, 1999, p. 09. Este princípio, que também vem expresso na Parte Geral do nosso Código Penal, em seu art. 1.º, visa a garantir que a conduta humana apenas seja considerada uma infração penal se lei anterior assim a definir; por outro lado, ainda que haja o tipo penal, necessário se faz que o comportamento do agente se amolde perfeitamente à lei material, sob pena de se considerar atípica a conduta (ao menos do ponto de vista penal); este princípio ainda garante a irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica e a clareza na formulação dos tipos penais (taxatividade). Luiz Luisi, após tecer longo comentário a respeito do princípio da legalidade ou da reserva legal, revela que “ao reiterar na Constituição de 1988 o postulado da Reserva

Argentina “no hay legislación sobre el tema. Los juristas deben conformarse – por ahora – con las figuras existentes que, como lo hemos venido demostrando a lo largo de este capítulo, no siempre se ajustan a las características de esos delitos.”³⁰ Na Espanha, ao contrário, há várias normas legais que tipificam condutas relacionadas com a informática, a ponto de se poder afirmar “que la legislación española es muy completa y precisa, ya que tipifica la gran mayoría de las conductas antijurídicas que hemos considerado como delitos informáticos o como delitos que se pueden cometer por medios informáticos”.³¹ No Peru, em que pese não haver legislação específica, o certo é que “la doctrina y jurisprudencia de ese país ha considerado asimiladas a ciertas figuras comunes del Código Penal del Perú a este tipo de delitos”.³² No Chile, a Lei nº. 19.223/93 tipifica uma série de delitos relacionados com a informática, como a sabotagem, a espionagem, etc. Nas Filipinas, de onde teria se originado o vírus ILOVEYOU, que causou quase US\$ 7 bilhões em danos, os deputados tentam aprovar às pressas uma lei, com penas de seis meses a três anos de prisão para os **hackers**³³, além do pagamento de multa proporcional aos prejuízos causados.

A propósito, o Conselho da Europa, que reúne 41 países do continente europeu, em fevereiro de 2000, resolveu elaborar a primeira convenção internacional sobre o crime cibernético, entendendo que “como esses são crimes internacionais por natureza, medidas de âmbito nacional precisam ser complementadas pela cooperação internacional”.

Legal, o constituinte brasileiro não somente manteve um princípio já secularmente incorporado ao direito pátrio, mas se aliou às Constituições e aos Códigos Penais da quase totalidade das Nações, já que o mencionado princípio é uma essencial garantia de liberdade e de objetiva Justiça.” (cfr. “Os Princípios Constitucionais Penais”, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18). Razão assiste ao mestre gaúcho. Tal postulado, por exemplo, está presente na Constituição espanhola em dois dispositivos: art. 9º.-3 (“La Constitución garantiza el principio de legalidad”) e 25º.-1: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” O Código Penal italiano o proclama em seu art. 1º.: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. O alemão não difere em seu § 1º. (na tradução espanhola): “Un hecho podrá ser castigado sólo cuando se encuentre tipificado previamente a su comisión”. Tampouco o suíço (“Nul ne peut être puni s’il n’a commis un acte expressément réprimé par la loi.” – art. 1º.), o lusitano (“Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática”) e, até..., o cubano: “Solo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la Ley, com anterioridad a su comisión.” – art. 2º. Vê-se, pois, a importância e a essencialidade deste princípio do Direito Penal. Adotando-o, como o faz a quase maioria dos países modernos, garante-se que ninguém seja punido sem lei anterior que defina claramente o respectivo fato como uma infração penal. Mas, como se disse acima, o princípio da legalidade também traduz algo mais: a necessidade da perfeita adequação entre a conduta humana e o tipo legal. É que, como diz Luisi, ele também se desdobra no postulado da “determinação taxativa”, segundo o qual “as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas.” (ob. cit. p. 18). Assim, em Direito Penal, é indispensável que o comportamento se adeque perfeitamente ao tipo legal, ou seja, que ele seja típico, que haja tipicidade. Como explica Zaffaroni, “el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio”. (cfr. Tratado de Derecho Penal, Vol. III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 172). Tipicidade, assim, “é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”, sendo, outrossim, “uma decorrência natural do princípio da reserva legal”, como afirma Cezar Roberto Bitencourt (Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 234). Desta forma, se o fato não guarda estreita correspondência com a norma jurídico-penal, evidentemente falta tipicidade e, por conseguinte, crime a punir.

³⁰ Beltramone, Guillermo e Zabale, Ezequiel, El Derecho en la Era Digital, Rosario: Editorial Juris, 1997, p. 54.

³¹ Delpech, Horacio Fernández, Protección Jurídica del Software, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 78.

³² *Idem*, p. 96.

³³ “O hacker é uma pessoa que desfruta da exploração dos detalhes mais íntimos de determinado programa de sistema, sabendo utilizá-lo ao máximo, ao contrário do usuário comum que opta por aprender o mínimo comum.” Daoun, Alexandre Jean e Blum, Renato M. S. Opice, “Cybercrimes”, in Direito & Internet, São Paulo: Edipro, 2000, p. 122.

O grande perigo do antigo vácuo legislativo pátrio é que muitas vezes procurava-se subsumir determinadas condutas praticadas via internet a tipos penais já existentes em nosso sistema positivo, porém em flagrante desrespeito à reserva legal.³⁴ Exatamente por isso, entendemos absolutamente necessária a aprovação de uma legislação específica, que tipifique perfeitamente os fatos delituosos praticados por meio da informática, sem que estejamos a concordar com a inflação legislativo/penal que hoje crassa em nosso país, por conta do nefasto movimento da lei e da ordem³⁵. Como pensa Esther Morón Lerma, Professora de Direito Penal da Universidade de Barcelona, “no puede aceptarse la aplicación analógica a Internet de normativa reguladora de otros medios y, por tanto, de realidades muy distintas a la encarnada por las redes telemáticas de información, propuestas que desvelan una especie de ‘frenesí’ panregulatorio y que adolecen de garantías, con grave cercenación de principios fundamentales como el de legalidad y el de proporcionalidad”.³⁶

Em nosso país, por exemplo, já havia sido promulgada a Lei nº. 9.983/00, que alterou o Código Penal, acrescentando, dentre outros, os seguintes delitos: art. 153, 313-A, 313-B e 325. À época, como anotou Antonio Lopes Monteiro, estávamos “diante de um tipo penal diretamente ligado aos chamados delitos de computador ou de informática (...), no qual o computador não é simplesmente o meio utilizado para o crime, mas “será ele o próprio objeto material”.³⁷ “(...) “O computador por certo será um dos meios de acesso a essas informações sigilosas que poderão depois ser divulgadas”.³⁸ Tal como os anteriores, “trata-se de forma clara de um tipo penal ligado aos chamados delitos de computador ou de informática”.³⁹ Antes desta lei, em 1998, editou-se uma outra, a de nº. 9.609/98, que dispôs sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País. Neste diploma legal, conceitua-se programa de computador como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.” No seu art. 12 tipifica-se a conduta de “Violar direitos de autor de programa de computador”, prevendo-se uma pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa. Nesta mesma sanção incorre “quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.”

Em meados do ano passado, o Juiz francês Jean-Jacques Gómez determinou que a empresa **YAHOO!** pagasse indenizações de US\$ 1.390 à União dos Estudantes Judeus e à Liga Contra o Racismo e o Anti-Semitismo, por ter promovido um leilão

³⁴ No Uruguai, por exemplo, onde não há uma legislação penal específica a respeito do tema, “la jurisprudencia ha sido muy reacia en asimilar a las figuras clásicas del hurto, daño, etc., a los delitos de este tipo cometidos por medios informáticos”. (*idem*, p. 120).

³⁵ Conforme nos ensina Luiz Luisi, “a vulgarização do direito penal, resultante do abuso da criminalização, já foi detectada entre nós por Maurício de Nassau. E foi denunciada de forma veemente pelos mais eminentes penalistas do século XIX, e do nosso tempo. Basta lembrar que Carrara definiu esse processo como ‘monorréia penal’. E mais recentemente F. Carnelutti sustentou que a inflação penal tem sido mais daninha que a própria inflação monetária, por ter desmoralizado a função de prevenção geral da pena.” (“Criminalização do Verde”, in Revista Consulex, nº. 19, julho/1998).

³⁶ Internet y Derecho Penal: Hacking y Otras Conductas Ilícitas en la Red, Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 21.

³⁷ Crimes contra a Previdência Social, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

³⁸ Ob. cit., p. 63.

³⁹ *Idem*, p. 75.

de objetos com símbolos nazistas na internet.⁴⁰ Na Argentina e no Uruguai também já houve condenações civis contra sites de discriminação racial.⁴¹ Aliás, a esse respeito, segundo informa Shimon Samuels, diretor de assuntos internacionais do Centro Simon Wiesenthal, o número de sites que pregam o racismo, a violência e o terrorismo subiu de mil para 2,2 mil nos últimos cinco anos (o que mostra a necessidade de um maior controle sobre eles), ressaltando a falta de legislação específica em vários países para responsabilizar judicialmente os responsáveis pela discriminação. Ainda segundo suas informações, “*alguns destes sites ensinam a fabricar bombas, a abrir fechaduras e armar uma fraude bancária.*”⁴²

Nesta mesma época, agora no Brasil, em Fortaleza, foi descoberto um esquema de fraude pela internet que teria causado um prejuízo de cerca de R\$ 30 milhões a empresas de todo o país. O agente, que agia há oito anos, utilizava um programa de computador (por meio do qual tinha acesso a todos os dados das empresas, inclusive, o estoque) para criar uma identidade fictícia, falsificar cartões de crédito e fazer comprar de produtos pela internet.⁴³ Em outra oportunidade, a Polícia Federal prendeu na cidade de Sorocaba, interior paulista, um rapaz que utilizava a internet para aliciar mão-de-obra, inclusive para o exterior.⁴⁴

Estes exemplos mostram a proliferação acentuada dos denominados crimes informáticos que, segundo a denominação da Prof^a. Ivette Senise Ferreira é “*toda ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão.*”⁴⁵

⁴⁰ www.estadao.com.br, 22/05/2000.

⁴¹ Jornal A Tarde, 11/04/2000.

⁴² Jornal A Tarde, 11/04/2000.

⁴³ Jornal A Tarde, 25/05/2000.

⁴⁴ www.estadao.com.br, 28/06/2000.

⁴⁵ “Os Crimes da Informática”, in Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel, São Paulo: RT, 1992, p. 139.