

O Bem Jurídico nos Crimes Informáticos

Amanda Silvestre Patrus Ananias¹
Anna Beatriz de Oliveira Moura²
Joana Nascimento Rennó de Figueiredo³
Vinicius Bretas Ragonesi⁴

RESUMO:

O aumento do número de condutas penalmente relevantes concernentes à informática deu maior importância aos crimes informáticos. Entretanto, o estudo para a criminalização de tais condutas não foi feito devidamente. Apesar de o bem jurídico a ser tutelado nestes crimes ser considerado, pela doutrina majoritária, a inviolabilidade dos dados informáticos, isso é insuficiente para criação de uma política criminal eficaz. Assim, defendemos que esse conceito seja ampliado a fim de proteger não só os dados, mas também a sua disponibilidade.

PALAVRAS CHAVE: *bem jurídico, crimes informáticos, Direito Penal, Constituição*

ABSTRACT:

Computer Crimes have gotten more importance over the last years due to the increasing number of criminally relevant conducts related to the informatics. However the study to criminalize some conducts was not done properly. Although the legal property protected by Criminal Law on the computer crimes is considered the inviolability of computer data, this is not enough for the creation of a good criminal politic. We defend that this concept has to be amplified to also protect the data availability.

KEY WORDS: *legal property, computer crimes, Criminal Law, Constitution*

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: amanda_patrus@hotmail.com.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: mouraannabeatriz@gmail.com.

³ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: joana.renno@bol.com.br.

⁴ Graduando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: viniciusbrra@hotmail.com.

1– Introdução

Com o advento da evolução tecnológica ao longo da história e a criação da Internet no século XX, a sociedade encontra-se cada vez mais conectada virtualmente. Tal ferramenta de integração global está presente em atos da vida cotidiana, como em transações monetárias e redes sociais. Por um lado esta evolução trouxe vários benefícios para o homem, tais como a facilitação da comunicação; por outro, porém, abriu-se a possibilidade de praticar inúmeras condutas socialmente reprováveis, além de ter facilitado a prática de outros crimes já existentes e aumentado potencialmente as consequências de outros, por ser um instrumento de massa.

A partir disso, o legislador sofre grande pressão popular e política para criar leis e tutelar, penalmente, condutas socialmente reprováveis e acaba fazendo isso de forma inapropriada e apressada a fim de atender à essa demanda social. Um grande exemplo que demonstrou essa realidade foi a sanção da Lei 12.737 de 2012, que ocorreu em curto período de tempo após o vazamento de fotografias íntimas da atriz global Carolina Dieckmann. Tal Lei apresenta algumas falhas, principalmente em sua redação, apresentando certas elementares que excluem a tipificação de determinadas ações que deveriam ser punidas; ainda, não há tipificação da conduta de distribuir conteúdo íntimo, como fotos. Assim, ao infrator que invade certo dispositivo informático para obter as fotos íntimas para si mesmo, seria imputado o mesmo crime daquele que invade o dispositivo alheio e divulga publicamente as imagens.

Nesse sentido, vê-se essencial a análise dogmática do bem jurídico relacionado aos crimes informáticos, para que este seja determinado e tutelado de forma plenamente constitucional. Ademais, deve ter abrangência suficiente pra atender não apenas à demanda social, mas também a outras condutas que não possuem tanto apelo popular. O fato de a disciplina ser incoerente com a atual situação jurídica e social internacional implica na necessidade de ter uma atualização legislativa, afinal o Código Penal é datado de 1940, época em que se desconhecia a Internet.

Partindo de uma análise geral, dos bens jurídicos e condutas em questão, verifica-se a existência de dois tipos de crimes informáticos: os crimes informáticos próprios e os crimes de informática impróprios. O primeiro consiste em crimes em que há lesão dos dados informáticos, e o segundo consiste em crimes que são praticados por meios informáticos, ou seja, os meios informáticos constituem o *modus operandi* da conduta, mas não lesam tais dados. Dessa forma, é importante que se estude o bem jurídico a ser tutelado, para que, assim, sejam classificadas as condutas penalmente relevantes quanto ao tipo (próprio ou impróprio).

Logo, o presente artigo visa mostrar a importância do estudo e determinação prévia de um bem jurídico a ser tutelado nos casos de crimes informáticos. Isto será feito por meio do estudo de pressupostos conceituais relacionados a esse tema com o fim de evitar a impunidade de certas condutas e evitar lacunas na legislação, para otimizar a aplicação do Direito Penal. Ainda, toda a pesquisa será feita à luz dos preceitos constitucionais, com atenção especial ao artigo quinto, inciso dez da Constituição Federal, que faz referência à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas.

2 – Dos bens jurídicos

O conceito de bem jurídico não se confunde com o de “bem”, entretanto, este último não deve ser deixado de lado na construção do primeiro. Bem, no sentido estrito, corresponde a um objeto que possui determinado valor para o ser humano, em toda e qualquer sociedade. Nesse sentido, tem-se que o conceito de bem jurídico é um objeto cuja importância para o ser humano se demonstra tão válida que é necessário tutelá-lo juridicamente a fim de protegê-lo (PRADO, 2011, p. 19). A ideia trazida pelo bem jurídico, objeto a ser tutelado pelo Direito Penal, é de que ele é tão importante no âmbito social que o Direito deve ser responsável por cuidar para que ele não seja transgredido; ainda, o ramo responsável pela proteção é o penal, de modo que é necessário um certo cuidado com o que é resguardado: nem todo objeto importante para o ser humano deve ser coberto pelo Direito Penal. Assim, tem-se que a noção de bem *stricto sensu* está presente no conceito de bem jurídico mas eles não se confundem, de modo que nem todo bem será tido como bem jurídico.

Além disso, a noção de bem jurídico está ligada à conjuntura em que se encontra determinada sociedade, visto que cada uma delas apresenta demandas distintas, resultando em uma tutela diferenciada. Assim, os valores sociais se modificam a medida em que passam as gerações, que trazem consigo novos pensamentos e ideais, de modo a alterar substancialmente

aquilo que é tido como essencial e passível de tutela pelo Direito Penal (PRADO, 2011, p. 48).

As sociedades primitivas, por exemplo, se construía em torno de ideais sagrados, e por isso é fácil entender porque os crimes eram condutas tidas como atos contrários ao divino. Com o advento do Iluminismo e das teorias racionalistas, o delito passou a ser identificado como a violação do contrato social ou de um direito subjetivo. As penas eram modos de se garantir a liberalidade, de modo que a conduta, para ser tipificada, deveria ser “contrária à justiça absoluta e que sua repressão tenha relevância para a conservação ou bem-estar social” (PRADO, 2011, p. 30). Nesse sentido, o bem jurídico era a liberdade individual. Na atual conjuntura, o legislador ganhou um papel importante na identificação do objeto a ser tutelado pelo Direito Penal. Isto porque questiona-se muito se a tarefa do direito penal é determinada pela proteção de bens jurídicos (ROXIN, 2014, p. 71). Nesse diapasão, o legislador deve atentar-se para os limites impostos pelo bem jurídico ao poder punitivo do Estado, de modo a impedir a criação de normas que não traduzam bens dignos de proteção pelo Direito Penal. Segundo uma concepção dogmática do bem jurídico, o legislador não o cria por meio da norma, apenas constata a sua existência no mundo jurídico e sua importância na sociedade. Assim, é possível constatar que o bem jurídico limita o poder do legislador, uma vez que ele não pode ser fruto da subjetividade de um único homem ou grupo (PRADO, 2011, p. 27-38).

Na Constituição Federal, já estão presentes os princípios fundamentais do Direito Penal, alguns de forma explícita e outros implicitamente. Sendo assim, ela é o primeiro fundamento em que se deve basear a proteção neste âmbito jurídico. A construção de um determinado tipo penal deve ser feita com muito cuidado, considerando a gravidade do dano, o caráter subsidiário da esfera penal, o princípio da intervenção mínima e o da fragmentariedade. Como bem elucida Roxin:

É aceito de forma dominante que a ameaça de uma pena criminal, como a mais grave das sanções, apenas entra em cena quando regulações menos gravosas não se mostrem suficientes. O assim caracterizado princípio da subsidiariedade, como máxima de limitação do direito penal, está no mesmo plano de que o princípio da proteção de bens jurídicos e possui significado político-criminal no mínimo de mesma importância. (ROXIN, 2014, p. 84).

A intenção desta vinculação do bem jurídico ao Direito Constitucional é evitar ao máximo a discricionariedade do legislador, uma vez que ele não vai poder elevar à categoria de bem penalmente tutelado qualquer juízo de valor (GIMENES, 2007, p.143). Nas palavras de Hefendehl:

Con otras palabras: detrás de cualquier tipo penal (también de los ilegítimos) existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un *sentimiento social ilegítimo*, sea *valorado positivamente* por el ordenamiento jurídico (HEFENDEHL, 2007, p.15).⁵

E ainda, Luiz Regis Prado:

E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevante e inerente a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional (PRADO, 2003, p. 52-53).

Nesse sentido, a Constituição serviria como limite a fim de evitar a tutela exagerada de interesses que não são suficientemente relevantes no âmbito social. A criminalização do homossexualismo, como exemplificado por Claus Roxin no contexto alemão, não deixa de ser um interesse de um grupo da sociedade, entretanto, não deve ser levado em consideração, visto que extrapola aquilo que é proposto pela Norma Fundamental: liberdade de escolha e igualdades entre os seres humanos. Segundo o autor:

é evidente que essa modalidade de comportamento, quando praticada de forma consensual e na esfera privada, não lesiona a liberdade de desenvolvimento de ninguém e não prejudica de nenhuma forma a convivência das pessoas. Um conceito de bem jurídico crítico ao legislador conduz assim ao postulado da impunibilidade de comportamentos homossexuais praticados de forma consensual e entre adultos. “Uma vez que o nosso Estado é Democrático e de Direito ele deve cuidar para que as necessidades do ser humano, tais como direitos e deveres, dignidade e diálogo entre os cidadãos, sejam atendidas. (ROXIN, 2014, p.75-76).

Ainda, na opinião de Regis Prado:

Dai ser importante a congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais. Em termos constitucionais, a desproporcionalidade – entre bem jurídico e espécie/medida da pena – encontra seu veto nos preceitos que amparam a justiça e a igualdade em sentido substancial (PRADO, 2011, p.107).

Em suma, para determinar quais valores merecem e quais não merecem a proteção dada pelo Direito Penal o legislador deve consultar a Constituição em busca dos princípios basilares defendidos na sociedade. O mais relevante para o estudo em questão é o Princípio

⁵ “Com outras palavras: por trás de qualquer tipo penal (também dos ilegítimos) existe um interesse que se pretende proteger. Mas o interesse não se equivale ao bem jurídico. Todo bem jurídico é um interesse, mas nem todo interesse alcança a categoria de bem jurídico: este último requer, ainda, que, por consistir em um direito subjetivo da pessoa ou por qualquer outra razão, se tratar de um sentimento social legítimo, seja valorado positivamente pelo ordenamento jurídico” (HEFENDEHL, 2007, p. 15, tradução nossa).

da Intervenção Mínima, que se encontra implícito na Constituição Federal. A ideia por trás dele é que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, só deve ser utilizado caso a tutela do bem por outros ramos do direito se mostrou ineficaz. Para que seja tutelado pelo Direito Penal, a conduta deve ser digna penalmente, ou seja, ser relevante e não ser tutelada por outro ramo do Direito. Além disso, somente as condutas de caráter mais grave dirigidas contra bens fundamentais, que lesionem ou coloquem em perigo de lesão verdadeiros bens jurídicos, podem ser criminalizadas:

Nestes termos, foi elaborado pela Constituição um catálogo de condutas socialmente importantes, dignas de receberem a tutela penal. Tal listagem tem espeque nos valores constitucionais positivados e leva em conta os critérios da a) danosidade social relacionada com o ataque ao bem jurídico; b) subsidiariedade, pertinente à intervenção penal na tutela de determinado bem jurídico; e c) tolerância, conceituada como a ponderação da média de sacrifício do bem jurídico que a sociedade deve suportar (SIRVINSKAS, 2003, p. 68).

É necessário, porém, salientar que nem todo princípio constitucional deve ser objeto de tutela do Direito Penal: o Direito Civil, por exemplo, também protege valores humanos inerentes à vida. A diferença, no entanto, é a maneira pela qual o indivíduo que rompeu com tais valores é punido, sendo que a sanção do Direito Penal é bem mais rígida. Ademais, a sociedade tem papel importante na determinação do que deve ser positivado na esfera penal; as demandas sociais são de extrema relevância na construção de aquilo que é importante para a sociedade. Deve-se levar em consideração o que a comunidade pede; como o Estado é democrático, sua finalidade máxima é proteger aquilo que a sociedade quer que seja tutelado, de modo que o bem jurídico penalmente validado não deve ultrapassar os limites propostos na Constituição e ao mesmo tempo não pode ser algo além do que aquele grupo de pessoas formadoras da comunidade deseja. Por exemplo, o crime de racismo, previsto na Lei 7.716 de cinco de janeiro de 1989, é relativamente novo no ordenamento, visto que a proteção às diferentes etnias se tornou um dos assuntos mais relevantes na sociedade que repudia a impunibilidade de atos de preconceito em razão da raça.

Deste modo tem-se que o Estado deve respeitar os valores da sociedade, que nada mais são do que o espelho das necessidades dos homens que a compõem. Tais valores devem constituir a base de todo sistema jurídico que é subordinado à ela, inclusive o Direito Penal, uma vez que somente assim a ordem jurídica será justa. Se o fim do Estado é o Homem e o meio para alcançá-lo é proteger seus direitos e valores disseminados na sociedade nada mais justo do que a tutela do Direito Penal ser feita acerca de tais valores (PRADO, 2011, p. 72).

Assim, o bem jurídico é o objeto da tutela penal que se relaciona diretamente com os

princípios constitucionais e se baseia nas demandas da sociedade. Visa proteger algo tão importante como a vida e o patrimônio que sua transgressão não pode ser aceita de forma alguma, o que resulta em uma obrigatoriedade de tutela pelo ramo do Direito. Como coloca Zaffaroni:

é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que releva seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas. (ZAFFARONI, 1982, p. 238).

Uma vez que o objetivo principal deste artigo é analisar o bem jurídico como uma construção constitucional e social e sua incidência nos crimes de informática com o intuito de demonstrar a importância de um estudo apropriado deste, passaremos agora a identificação crítica do bem jurídico em tais crimes.

A Constituição Federal, em seu artigo quinto, inciso dez, protege a inviolabilidade da privacidade e daí decorre o fundamento para a tipificação das condutas criminosas na esfera da informática. Por meio de uma interpretação do Código Penal é possível identificar como bem jurídico destes crimes a inviolabilidade dos dados ou informações, entretanto isso será reformulado ao longo deste artigo. É mister salientar que tal proteção também encontra base nas demandas sociais, visto que a internet é um dos meios de comunicação mais utilizados ao redor do mundo e se tornou uma das matérias mais relevantes.

Considerando a relevância do tópico, que possui base constitucional e social, seria necessário uma maior cautela e consideração dos legisladores. Muitas vezes a tipificação da conduta ocorre sem o devido estudo do tema e dos bens que devem ser definitivamente protegidos, de modo a resultar ora na não criminalização de condutas que deveriam ser criminalizadas, ora em um tratamento que não leva à proteção efetiva e eficaz de tais crimes.

Portanto, defende-se que antes da criminalização das condutas que mantêm relação com a informática deve-se fazer um estudo acerca tanto do bem jurídico, com respaldo na Constituição e naquilo que está sendo reclamado pela sociedade, quanto da parte técnica da informática, a fim de que a lei ou o tipo penal sejam feitos de maneira mais precisa e clara, facilitando a sua aplicação e o alcance de seu fim.

3 – Dos pressupostos dos crimes de informática

Antes de adentrarmos propriamente no tema do bem jurídico nos crimes de informática, faz-se necessário o estudo de alguns conceitos importantes no meio informático,

fundamentais para a análise em questão.

Em primeiro lugar, é preciso definir o que são consideradas informações automatizadas ou dados. Nas palavras de Túlio Viana e Felipe Machado: “Dados nada mais são do que informações representadas de uma forma processável pelo computador” (VIANNA; MACHADO, 2013, p.19).

Nesse sentido, os dados foram uma maneira encontrada pelos computadores para armazenar informações, partindo-se do pressuposto de que os computadores só são capazes de reconhecer a presença ou ausência de corrente elétrica. Diferente do ser humano, que consegue armazenar uma informação pela simples representação de um objeto feita pelo seu cérebro, o computador necessita de uma outra forma de representação. Com isso, adotou-se os já citados dados, que se baseiam na representação de dois estados computacionais por dois algarismos: o número zero representa a ausência de corrente elétrica, enquanto o número um representa a presença de eletricidade. Ainda, adotou-se o sistema binário como melhor meio para a representação dos dados (VIANNA; MACHADO, 2013, p.16).

Outro conceito importante para se compreender adequadamente o bem jurídico que pretendemos construir é o de *software*. Os *softwares* são os programas responsáveis pelo processamento dos dados. Este processamento é feito por meio de uma série de procedimentos, que terão como fim a realização de uma atividade pelo computador. Assim, quando apertamos a tecla “desligar o computador” são emitidos uma série de procedimentos pelo computador, com o objetivo final de cumprir a atividade solicitada pelo usuário. O responsável por isto é o *software* e obviamente ele utiliza também de uma série de números “zero” e “um”, de modo a possibilitar a sua interpretação pelo computador.

Após os esclarecimentos acerca de conceitos fundamentais, cumpre salientar que existem condutas em que a internet é apenas o meio utilizado para a realização do fim, enquanto em outras ocorre uma efetiva lesão aos dados informáticos. Apenas estas últimas podem ser consideradas condutas classificadas como crimes informáticos próprios. Há, ainda, outras em que não só a inviolabilidade dos dados informáticos é lesada. Nesse sentido, utilizaremos uma classificação usada por Túlio Vianna e Felipe Machado na obra denominada “Crimes Informáticos”, em que os autores diferenciam quatro espécies de crimes relacionados a Internet, sendo elas:

- Crimes de informática próprios: são aqueles no qual há uma violação aos dados informáticos. Representado atualmente em nossa legislação pela Lei 12.737/2012, que acrescentou os artigos 154-A e 154-B no Código Penal, além da Lei 9296/1996, em seu artigo

décimo.

- Crimes de informática impróprios: aqueles em que o computador, normalmente por meio da Internet, é utilizado como mero meio para a realização do crime fim. Vários são os exemplos presentes em nossa realidade, destacando-se, pela sua gravidade, os crimes de estelionato e pedofilia praticados na Internet.

- Crimes mistos: aqueles em que a norma protege dois bens jurídicos diferentes, estando presente entre eles, obrigatoriamente, a lesão a inviolabilidade dos dados informáticos. Um exemplo presente em nossa legislação é a Lei 9504/1997, em seu artigo 72, inciso I, que trata de crime eleitoral.

- Crimes informáticos mediatos: aqueles no qual o delito informático é utilizado como crime meio para a realização do crime fim. Devido a aplicação do princípio da consunção presente no nosso ordenamento, apenas o crime fim é punido. O grande exemplo presente em nossa realidade é o do sujeito que, com o propósito de furtar grande quantia em dinheiro de um banco, invade seu sistema de segurança, obtém as senhas necessárias e realiza o furto do montante de dinheiro. (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 29-36).

No presente artigo, iremos nos ater apenas a análise dos crimes propriamente informáticos e dos impróprios, analisando-os sobre o ponto de vista do bem jurídico tutelado.

3.1 – Dos crimes informáticos impróprios

A principal ressalva a ser feita acerca dos crimes informáticos impróprios é sua diferença em relação aos crimes de informática próprios. Naquele, há a violação de um outro bem jurídico, que não a inviolabilidade de dados, por meio do uso da internet. Logo, aos analisarmos esses crimes, devemos nos ater ao bem jurídico efetivamente violado, como forma de evitarmos um erro conceitual cometido por alguns autores. Nesse diapasão:

A simples utilização pelo agente de um computador para a execução de um delito, por si só não configuraria um crime informático, caso o direito afetado não seja a informação automatizada. Ocorre, no entanto, que muitos autores acabaram, por analogia, denominando como crimes informáticos as infrações penais em que o computador serviu como mero instrumento utilizado na prática do delito (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 29).

Com o aumento da importância da Informática na vida das pessoas, principalmente por meio do uso da Internet, crimes dessa natureza passaram a ser cada vez mais comuns. Nesse sentido, a consequência lógica e esperada de tal fato seria que o nosso legislador

promovesse uma atualização do Código Penal no que concerne aos crimes cometidos por meio da Internet. Ademais, esperava-se uma maior atenção por parte da doutrina a este tema. Apesar de a internet no Brasil ser regulada, sua legislação, nos termos de Vladimir Aras, é “esparsa, pouco abrangente e ‘desconhecida’”, não havendo uma cultura de informática jurídica no país.

Ainda, corrobora Vianna:

que, com o aumento dos crimes informáticos decorrente da expansão do número de usuários de computadores no Brasil, a doutrina penal se dedicaria com maior cuidado ao tema e teríamos um desenvolvimento progressivo destes estudos. Não foi o que ocorreu. (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 9).

A importância de um estudo mais apurado no que tange a tal assunto justifica-se pelo fato de que as consequências negativas provocadas ao sujeito passivo quando o crime é cometido pela Internet são, na maioria das hipóteses, muito maiores, dado a grande magnitude de divulgação dos dados neste meio. Ademais, o computador, ou a internet, se tornou um grande facilitador para o cometimento destes crimes. A propósito, esclarece Vladimir Aras:

Do mesmo modo que aproxima as pessoas e auxilia a disseminação da informação, a Internet permite a prática de delitos à distância no anonimato, com um poder de lesividade muito mais expressivo que a criminalidade dita "convencional" (ARAS, 2001)

Entretanto, a supracitada atualização se fez presente apenas em alguns casos, como é na hipótese de crime de Pornografia Infantil, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na qual o artigo 241-A prevê a transmissão de imagem, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente por meio de sistema informático. Senão vejamos:

Art. 241- A. Oferecer, trocar, disponibilizar, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, Lei 11.829, de 25 de Novembro de 2008).

Tendo como base esta legislação, nossa proposta é no sentido de criar dispositivos aproximados ao exposto acima, de modo a tratar aprimoradamente dos delitos cometidos por meio informático.

Exemplificadamente falando, pode-se mencionar os crimes contra a honra praticados por meio do computador. Levando em consideração a legislação atual vigente, uma pessoa

que comete esse crime tem sua pena aumentada em um terço, visto que a utilização de tal meio resultaria na aplicação do artigo 141, III do Código Penal, que prevê o aumento da pena caso o crime seja ocorrido por um meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. Sendo assim, considerando a magnitude na divulgação dos dados trazida pela Internet, defendemos a criação de um inciso que trate especificadamente do crime cometido por computador, tal como foi feito com o crime de Pornografia Infantil. Isso decorre do fato de que as informações divulgadas pela Internet são, na maioria das vezes, muito difíceis de serem completamente excluídas. A velocidade do compartilhamento de informações pode promover um dano enorme a vítima, muito superior ao da realização de tais crimes por qualquer outro meio como o Jornal ou Revista físicas.

Ademais, existem alguns crimes que não preveem, sequer, uma hipótese de aumento de pena (quando o meio utilizado facilita a divulgação da informação). É o caso do artigo 154 do Código Penal, que prevê o crime de violação de segredo profissional. Seria razoável a presença de uma hipótese de aumento de pena caso este crime fosse praticado por meio do computador. Logo, comprova-se que ainda falta uma maior atenção do nosso legislador aos crimes cometidos pela Internet.

Por todo o exposto, demonstra-se a importância da identificação do bem jurídico para a diferenciação entres estes crimes e os crimes de informática próprios, além da necessidade de se dar uma maior atenção ao impacto da Informática nos dias de hoje, relativamente ao que concerne ao Direito Penal.

3.2 – Dos crimes informáticos próprios

Na legislação brasileira, atualmente, os crimes informáticos próprios são representados pela Lei 12.737/2012, que acrescentou os artigos 154-A e 154-B no Código Penal, e modificou a Lei 9.296/1996, em seu artigo décimo. É importante tratar especialmente da Lei 12.737/2012, devido ao complicado contexto em que foi editada e aprovada, e pelo fato de ser a lei de maior impacto e avanço em relação ao assunto.

A sanção da lei 12.737 de 2012 ocorreu em curto período de tempo após o vazamento de fotografias íntimas da atriz global Carolina Dieckmann. Este é um problema recorrente na sociedade brasileira, conforme as palavras de Bitencourt:

O legislador brasileiro, como sempre faz, mais uma vez, legisla sempre em cima de casos concretos: basta acontecer um fato de repercussão social e,

imediatamente, já se tem um projeto de lei no forno pronto para ser transformado em lei que, independentemente da qualidade, conveniência e oportunidade, prolifera no parlamento brasileiro. É mais fácil e mais barato para o Poder Público editar novas leis penais e aumentar as respectivas sanções, do que adotar políticas públicas ou tentar criar novos empregos (BITENCOURT, 2010, p. 431).

Auriney Brito, em sua obra “Direito Penal Informático”, menciona que “apesar de terem sido criadas sob a cinematografia da mídia, as novas leis de crimes informáticos não estão em desequilíbrio holístico” (BRITO, 2013, p.68), o que demonstraremos que não se verifica.

Tal lei apresenta certas falhas, principalmente em sua redação, apresentando elementares que excluem a tipificação de certas condutas que deveriam ser punidas, como a violação de códigos fonte de um software em um dispositivo próprio, que, apesar de não ser alheio, configura violação do bem jurídico da segurança da informação. A Lei criou o tipo penal “Invasão de Dispositivo Informático” através da inclusão do artigo 154-A no Código Penal:

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 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.

A primeira elementar do tipo a ser analisada é “dispositivo móvel alheio”, excluindo a punibilidade de quem invade um dispositivo informático próprio, como em casos de violações de código fonte de *softwares*. A segunda elementar que causa problemas é “mediante violação de mecanismo de segurança”, o que permite a punição apenas em casos que se viole mecanismos de segurança, não sendo penalmente ilícita a invasão de um dispositivo que esteja totalmente desprotegido, por exemplo. Dessa forma, nos casos em que a vítima não coloca mecanismos de segurança ela estaria desprotegida perante o Direito Penal; seguindo esta ideia, uma pessoa que deixa a janela de seu carro aberta poderia ser furtada sem que isso resultasse em delito. A outra elementar a ser analisada é “com fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita” caracterizando o elemento subjetivo do tipo, não proibindo assim, invasões despreziosas, em que o *hacker* quer apenas “evoluir tecnicamente” com a invasão. Toda a análise feita neste parágrafo é realizada pelo próprio Auriney Brito, no mesmo capítulo da obra em que considera que a Lei 12.737/12 não está em desequilíbrio holístico (BRITO, 2013, p. 67).

Tendo em vista o conceito da palavra holístico, segundo o Dicionário Online Aurélio da Língua Portuguesa, “1. Que defende uma análise global e um entendimento geral dos fenômenos”, Auriney entra em contradição, pois de uma forma geral, ou global, a Lei Penal brasileira, no que trata de crimes informáticos, possui certas “lacunas”. Além disso, não é tutelada a distribuição de conteúdo íntimo, como fotos, exceto nos casos de crianças e adolescentes, segundo previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 241. Assim, ao infrator que invade certo dispositivo informático para obter as fotos íntimas para si mesmo, seria imputado o mesmo crime daquele que invade o dispositivo alheio e divulga publicamente as imagens.

Nesse sentido, entende-se que é essencial haver um estudo anterior à determinação do bem jurídico nos casos de crimes de informática próprios com o objetivo de tipificar adequadamente as condutas, protegendo de forma efetiva os bens jurídicos dignos de tutela penal, de modo a prevenir falhas na legislação e facilitar a aplicação e o funcionamento do Direito Penal no ordenamento brasileiro.

3.3 – Dos bens jurídicos nos crimes de informática

A definição de um bem jurídico a ser tutelado nos crimes informáticos é de extrema relevância para o sistema penal brasileiro, sendo isso o que legitima a classificação de uma conduta como crime informático próprio, permitindo que este seja tipificado, sem que

condutas dignas de tutela penal não sejam criminalizadas. Conforme entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, uma das funções do bem jurídico é servir como padrão crítico para constituição de normas. Nesse sentido:

Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização (DIAS, 1999, p.65).

Um exemplo disso, no nosso entendimento, é interferência em sistemas computacionais, aduzida por Vianna e Machado (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 32- 33).

Essa conduta é caracterizada pela ação do agente no sentido de impossibilitar o acesso dos dados armazenados no sistema, prática conhecida como Ataque de Negação de Serviço (*DoS Attack* – acrônimo em inglês para *Denial of Service*). Cotidianamente falando, essa conduta se define como a “retirada de um site do ar”. Essa ação causa sérios danos de ordem econômica aos sites de comércio eletrônico, que ficam impedidos de realizarem vendas e obterem lucro durante o período em que o site encontra-se indisponível. Assim como já foi demonstrado, tais autores consideram que o bem jurídico dos crimes informáticos próprios é a inviolabilidade dos dados informáticos. Nesse sentido, eles defendem que essa ação deve ser tipificada, pois houve uma lesão indireta ao bem jurídico. Tais juristas explicam:

A inviolabilidade dos dados, neste caso, é protegida indiretamente, uma vez que perder a capacidade de processar os dados pode equivaler a perder os próprios dados. Não há, nessa hipótese um acesso aos dados armazenados no sistema. (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 32-33)

Contudo, exatamente por entendermos que o bem jurídico tutelado nos crimes de informáticos é, não só a inviolabilidade dos dados informáticos, mas também a sua proteção e posterior processamento, sustentamos que nessa conduta há uma lesão direta ao bem jurídico. Justamente por isso, coadunamos no sentido de defender uma análise prévia dos bem jurídicos nos crimes de informática anterior à sua tipificação, de modo a evitar que condutas como essa deixem de ser criminalizadas. Ressalta-se que não defendemos um aumento do âmbito de incidência do Direito Penal; pelo contrário, se for um caso realmente digno de tutela penal, à luz do bem jurídico protegido, que essa seja feita de forma mais criteriosa e adequada.

Para a construção do bem jurídico proposto pelo artigo, utilizaremos como base o conceito construído por Túlio Vianna e Felipe Machado, além da concepção construída pela Convenção de Budapeste. O primeiro conceito, mencionado ao longo do texto, diz respeito ao

fato de que o bem jurídico é a informação armazenada nos dispositivos informáticos e não da inviolabilidade dos programas (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 21). Ele foi construído a partir do artigo quinto, inciso dez, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Já o segundo refere-se ao bem jurídico coletivo e tem sua base ancorada nos preceitos construídos pela Convenção de Budapeste. No âmbito internacional, tal Convenção é o único instrumento plurilateral que trata de legislação penal relativa aos crimes informáticos. Esta foi elaborada em 23 de novembro de 2001 pelo Conselho Europeu sobre Criminalidade Informática, que foi instituído em 1996 por meio de deliberação do Comitê Europeu para os problemas Criminais, após os atentados terroristas de 11 de setembro.

O instrumento foi criado com o objetivo de uniformizar a legislação penal internacional que trata de crimes informáticos, devido ao fato de que a internet é um meio global, salientando que sua eficiência dependerá de uma cooperação internacional. Em seu preâmbulo, sugere a criação de “uma política criminal comum direcionada à proteção da sociedade contra o *cibercrime*”, e em seu texto, propõe a criação de um bem jurídico denominado “segurança informática”, que possui três elementos: confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados informáticos. Trata-se de um bem jurídico coletivo que, segundo Rueda Martin, é “una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad con el funcionamiento del sistema social” (RAMIREZ, 1932, p. 159 apud MARTÍN, 2010, p. 267).⁶

A importância da coletividade do bem jurídico dá-se pelo fato de que há uma proteção dos outros bens jurídicos em geral (os individuais) provenientes desta categoria de bem, além do fato de que atinge a sociedade como um todo por meio do cumprimento de uma função social. Nesse sentido, o bem jurídico exposto na Convenção de Budapeste se consolidaria como coletivo, visto que ao proteger a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade ele protege, ao mesmo tempo, a intimidade pessoal e a família, que se configuram como bens individuais juridicamente protegidos (MARTÍN, 2010, p.270).

Considerando que entendemos que a norma fundamental deve servir de base para a construção dos bens jurídicos como um todo, ressaltados os casos em que sua alteração se faz necessária pelas demandas sociais, como já foi explicado anteriormente, concluímos que o conceito proposto por Vianna e Machado é adequado, contudo não se mostra suficiente. Tão importante quanto preservar a inviolabilidade dos dados informáticos é possibilitar seu

⁶ “Uma relação social baseada na satisfação de necessidades de cada um dos membros de uma sociedade ou de um coletivo e em conformidade com o funcionamento do sistema social” (RAMÍREZ, 1932, p. 159 apud MARTÍN, 2010, p. 267, tradução nossa)

processamento, e por isso estender o alcance do bem jurídico atual é de extrema importância.

O que se protege aqui não é a integridade dos dados, mas seu processamento. A inviolabilidade dos dados, neste caso, é protegida indiretamente, uma vez que perder a capacidade de processar os dados pode equivaler a perder os próprios dados (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 32).

Assim, comprova-se também a necessidade de um estudo acerca de pressupostos conceituais indispensáveis ao ramo da informática, de modo a viabilizar a construção de um bem jurídico que realmente tutele algo considerado essencial para tal ramo do conhecimento. Não há sentido em se ter dados disponíveis se eles não podem ser processados e a disponibilidade para processamento é o que torna o bem jurídico coletivo, visto que isso vai atingir toda a sociedade, tanto os titulares do bem quanto aqueles que podem fazer uso dele, como as informações em um *site*. Os dados informáticos devem estar em segurança, de modo a possibilitar a proteção de sua inviolabilidade e promover o seu posterior processamento. Com isso, propomos uma espécie de junção dos dois bens, em que, sob um viés coletivo, constrói-se um bem jurídico que proteja a inviolabilidade e a segurança dos dados informáticos, de modo a sempre viabilizar o seu processamento.

Para que este bem jurídico seja constitucionalmente aceito é necessário que ele, ao mesmo tempo, respeite o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, assim como todos os outros bens em geral e consagre dentro de si os preceitos discutidos no artigo quinto, inciso dez, da Constituição; a proteção do processamento faz-se necessária, pois quando a indisponibilidade dos dados é provocada o próximo passo será a violação da esfera individual do sujeito. Ademais, a própria indisponibilidade dos dados já constitui por si só uma grave violação no âmbito informático, de modo que protege-la não constituirá em antecipação da tutela no Direito Penal.

Demonstrado o respaldo constitucional do conceito de bem jurídico construído neste artigo, este pode ser considerado vinculante, conforme raciocínio de Ana Elisa Liberatore S. Bechara. Em suas palavras:

(...) um bem jurídico vinculante existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais. E será exatamente por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal, ou jurídico-penais (BECHARA, 2009, P.20).

Diante de todo o exposto, comprova-se a necessidade de uma reformulação da matéria penal no que tange as condutas ilícitas no campo da informática. De forma geral, verifica-se que o simples fato de a conduta ser tipificada, não garante que o bem jurídico seja devidamente protegido, tendo em vista os problemas citados sobre a legislação brasileira, o que reforça a importância do estudo do bem jurídico para criação de uma política criminal eficiente.

Nesse sentido, propõe-se uma mudança na direção tomada pela legislação brasileira que, por enquanto, tutelou esta matéria por meio de uma implementação no texto do atual Código Penal, e não através de uma legislação específica, como em outros países. A exemplo, Portugal possui uma legislação específica para os crimes informáticos denominada Lei de Criminalidade Informática, datada de 1991. Essa lei possui uma disciplina parecida com a Convenção de Budapeste, apesar de ser datada de dez anos antes, tipificando condutas como a sabotagem informática, acesso ilegítimo e interceptação legítima, com penas que variam de prisão à multa, de acordo com a gravidade do delito.

A criação de uma legislação específica, apesar de encontrar certa resistência na doutrina brasileira, demonstra-se, neste caso, uma medida razoável devido ao alto grau de complexidade técnica que o campo informático apresenta perante leigos. Tratar um assunto tão contemporâneo em meio a um texto legislativo cuja essência foi concebida em uma época em que se desconhecia a internet, não é adequado para efetiva proteção de um bem jurídico constitucional.

Ainda, Antônio Celso Galdino Fraga defende que em países regidos pelo sistema “Civil law”, no que tange a crimes informáticos, as condutas seriam atípicas caso não fossem editadas leis específicas (FRAGA, 2001 p. 373). Conforme demonstrado, na atual situação da legislação brasileira há condutas que violam o bem jurídico construído e são atípicas, como a violação de dispositivo próprio em caso de violação de códigos fontes de *softwares*.

Assim, recomenda-se criar uma legislação própria a respeito dos crimes de informática, uma vez que isso permitiria tratar do assunto de maneira mais cautelosa; uma legislação externa ao Código Penal é de extrema importância, visto que isso viabilizará a introdução de outros tipos de sanção além das penais. Além disso, uma legislação separada fará com que o legislador seja obrigado a estudar o assunto mais a fundo, fazendo com que as escolhas de termos sejam mais corretas, a tipificação das condutas ocorra de maneira adequada, os tipos penais não sejam vagos, etc.

Um exemplo eficaz que segue esse modelo em nossa legislação é o Estatuto da

Criança e do Adolescente, que reuniu tanto conceitos importantes para o entendimento da matéria, quanto sanções de naturezas distintas, como penal e administrativa.

Ademais, outra medida sugerida, tendo em vista os crimes de informática impróprios, é a adição de causas de aumento de pena específicas para esses crimes no próprio Código Penal ou em qualquer outra legislação na qual estejam tipificados.

Portanto, comprova-se a necessidade de criação desta legislação própria, no que tange as condutas ilícitas relacionadas à informática, visto que a utilização da internet vem crescendo cada vez mais na atual conjuntura, de modo a aumentar, também, as condutas ilegais provenientes desta. Desse modo, tem-se que a quantidade de matéria sobre este assunto se tornará, em alguns anos, extremamente extensa, sendo necessário discipliná-la com a devida diligência.

4 – CONCLUSÃO

Observa-se a constante ascensão de questões informáticas em frente ao direito de forma geral como consequência de seu desenvolvimento tecnológico e inclusão nos meios e atividades sociais. Em especial, percebe-se tal fenômeno no ramo criminal, seja pela potencialização de condutas anteriormente tipificadas (como crimes informáticos impróprios), bem como a demanda por tutela de condutas até então inexistentes, por serem substancialmente vinculadas às inovações informáticas (crimes informáticos próprios).

Tal ascensão, devido ao alto grau de informatização social é acompanhada por demandas populares que pressionam legisladores à criarem políticas criminais de forma rápida, mas ineficientes sob um prisma dogmático, em exercer sua função essencial de proteger determinado bem jurídico.

Partindo do pressuposto de bem jurídico como um objeto, cuja importância extraída da conjuntura social em que está inserido e de princípios constitucionais consagra-o como digno de tutela jurisdicional, este deve funcionar como baliza para elaboração de políticas criminais. Com base na atual legislação brasileira de crimes informáticos, elaborada sem estudo prévio quanto ao bem jurídico, resta demonstrada dogmaticamente suas falhas, brechas e ineficiência em assegurar princípios constitucionais em compasso com demandas sociais. Assim, previamente ao estabelecimento de qualquer tutela penal, é de suma importância o estudo e determinação do bem jurídico que se deseja proteger.

Examinando as normas constitucionais brasileiras em conjuntura com o contexto

social em que estamos inseridos e normas de direito internacionais referencias quanto à matéria, constrói-se como bem jurídico a ser protegido nos crimes informáticos a inviolabilidade e a segurança dos dados informáticos, de modo a sempre viabilizar o seu processamento.

Considerando seu caráter constitucional, demonstra-se a necessidade de reformulação da legislação visando garantir a efetiva proteção do bem jurídico. Baseados no direito comparado e na especificidade técnica quanto aos crimes informáticos, deduz-se como medida relevante para devida proteção a criação de uma legislação especifica apesar de resistência na doutrina brasileira.

Referências Bibliográficas

ARAS, Vladimir. *Crimes de Informática. Uma Nova Criminalidade*. 2001. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica/>>. Acesso em: 28 de abr. de 2017

BECHARA, A. E. L. S.. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, v. 01, p. 2, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990.

BRASIL, Lei 11.829, de 25 de Novembro de 2008.

BRASIL, Lei 12.737, de 30 de Novembro de 2012.

BRITO, Auriney. *Direito Penal Informático*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANNA, Tulio; MACHADO, Felipe. *Crimes Informáticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FRAGA, A. C. G. Crimes e informática: a ameaça na era da informática digital. In: SCHOUERI, L. E. (org). *Internet: o direito na era virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 365-378

GIMENES, Renata Okano. Lei Ordinária em Matéria Penal: incongruência latente. *Revista de Direito Público*, Londrina, volume 2, número 2, página 143-156, maio de 2007.

HEFENDEHL, Roland. *La Teoría del Bien Jurídico: Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático*: trad. Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2007.

HUNGRIA. *Convenção Sobre Cibercrime*. 2001. Budapeste.

MARTÍN, María Ángeles Rueda. Los Ataques Contra Los Sistemas Informáticos: Conductas de Hacking. Cuestiones Político-Criminales. In: ARMAZA, Emilio José. *La Adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. 1 ed. Bilbao: Editora Comares, S.L., 2010. p. 241-282.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Coleção Direito Penal & Criminologia.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, E. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 1

