

3 — XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE — APLICAÇÃO DA PARTE GERAL

PROJETO DE RESOLUÇÃO

SEÇÃO I

PREÂMBULO

O XV Congresso Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, Brasil, de 4 a 10.9.94:

- Considerando os riscos crescentes para as gerações presentes e futuras, sua saúde e o meio ambiente do qual elas são parte, representados pelas atividades industriais e similares;

- Considerando a preocupação mundial com a degradação do meio ambiente causada, *inter alia*, pelos delitos cometidos contra o meio ambiente, em infração das leis nacionais e internacionais;

- Considerando os recentes avanços no sentido do reconhecimento de delitos contra o meio ambiente nos códigos penais nacionais e nas leis de proteção ambiental, bem como nas convenções, recomendações e resoluções internacionais;

- Considerando a Resolução 77 (28) do Conselho Europeu sobre a Contribuição do Direito Penal à Proteção do Meio Ambiente, a Recomendação 88 (18) sobre a Responsabilidade das Empresas pelos Delitos, a Resolução n. 1 dos Ministros da Justiça Europeus adotada em sua Conferência em 1990 e o trabalho em curso do Conselho Europeu no sentido do desenvolvimento de uma Convenção

Europeia sobre a proteção do meio ambiente através do direito penal;

- Considerando a Resolução n. 45/121, de 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas que referendou a Resolução sobre a proteção do meio ambiente através do direito penal submetida pelo Oitavo Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente; as Resoluções 1993/32 e 1994/15 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e os documentos preparatórios do próximo Nono Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente relativamente ao item da agenda "Ação contra o delito nacional e transnacional econômico e organizado e o papel do direito penal na proteção do meio ambiente";

- Considerando a recomendação constante do relatório da Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral das Nações Unidas, 1991;

- Considerando a desejabilidade do estabelecimento de sanções adequadas para delitos graves contra o meio ambiente e para a reparação do dano a ele causado;

- Havendo analisado as recomendações do Colóquio Preparatório da AIDP sobre aplicação do direito penal a delitos contra o meio ambiente, realizado em Ottawa, Canadá, de 2 a 6.11.92, e deliberado a respeito das mesmas, formula as seguintes

RECOMENDAÇÕES

I — PRINCÍPIO CAUTELAR

1. “Meio ambiente” significa todos os componentes da Terra, tanto abióticos e bióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, água, terra, inclusive solo e recursos minerais, flora e fauna, e todas as inter-relações ecológicas entre esses componentes.

2. O “Princípio do Desenvolvimento Sustentável”, tal como definido pela Comissão Brundtland e adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1992, requer que o desenvolvimento econômico não se faça às expensas da fruição do meio ambiente pelas gerações futuras.

3. O “Princípio Cautelar” definido pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, requer que onde houver ameaças de dano grave ou irreversível, a falta de plena certeza científica não seja invocada como justificativa para o adiamento de medidas orientadas para a efetividade do custo com vistas a impedir a degradação ambiental.

4. Aos Estados e à sociedade cabe a responsabilidade de assegurar que o Princípio do Desenvolvimento Sustentável e o Princípio Cautelar sejam respeitados por todas as pessoas físicas e jurídicas e pelas entidades públicas que participam de atividades que têm o potencial de causar dano ao meio ambiente.

5. Para assegurar a observância do princípio cautelar, os Estados devem dispor de uma série ampla de medidas exeqüíveis, inclusive incentivos ao seu cumprimento, acordos vigentes, poderes de licenciamento e regulação, e sanções para o não cumprimento das normas estabelecidas. Em casos apropriados, o direito penal poderia ser visto como

propiciador de medidas orientadas para a efetividade de seu custo *vis a vis* a garantia da proteção do meio ambiente.

II — QUESTÕES ESPECÍFICAS RELACIONADAS COM OS DELITOS AMBIENTAIS

1. De acordo com o princípio da legalidade, cumpre haver certeza na definição de delitos contra o meio ambiente.

2. Cumpre fazer uma distinção entre sanções, não incluindo a privação de liberdade e o fechamento punitivo de uma empresa, imposta em virtude da não observância de normas administrativas e regulatórias, e sanções penais, que são impostas no sentido de evitar e punir atos culposos ou omissões que causam sério dano ao meio ambiente.

3. O elemento mental mínimo, com respeito tanto a um ato ou omissão quanto a suas consequências, requerido na definição de um delito contra o meio ambiente sujeito a sanção penal, deve ser conhecimento, intenção, imprudência (*dolus eventualis* ou *culpa gravis* ou seu equivalente nas leis nacionais) ou, em casos que implicam consequências sérias, negligência culposa.

4. O elemento material mínimo nos delitos contra o meio ambiente sujeitos a sanções penais deve ser: a) um ato ou omissão que cause sério dano ao meio ambiente; b) um ato ou omissão que transgrida padrões ambientais estabelecidos e crie um risco real e iminente (concreto) para o meio ambiente.

5. Onde se estabelecer que o acusado de um ato ou de omissão teria conhecimento de que sério dano ao meio ambiente provavelmente resultaria, e tal dano de fato resulta, o cumprimento dos termos de uma licença ou permissão ou de normas e prescrições definidas em regulamentos como justificativa para tal ato ou omissão deve ser razoavelmente limitado.

6. De acordo com o princípio da repressão, as sanções penais devem ser utilizadas tão-somente quando as sanções civis e administrativas e o remédio jurídico for inadequado ou ineficaz para o tratamento de determinados delitos contra o meio ambiente.

III — RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS EMPRESAS PELOS DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE

1. A conduta que suscita a imposição de sanções penais pode proceder de entidades jurídicas e públicas, bem como de pessoas físicas.

2. Os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas adaptadas às entidades jurídicas e públicas.

3. Onde uma entidade jurídica privada ou uma entidade pública participar de uma atividade que implique sério risco de dano ao meio ambiente, cumpre solicitar às autoridades responsáveis pela gerência e direção de tais entidades que exerçam a responsabilidade de supervisão de modo a evitar a ocorrência de dano, devendo ser as mesmas criminalmente responsabilizadas na hipótese de que sério dano venha a resultar em consequência de sua falta de cumprimento adequado de tal responsabilidade.

ENTIDADES JURÍDICAS PRIVADAS

4. Não obstante a exigência usual de responsabilidade pessoal por infrações delituosas, a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.

5. Onde uma entidade jurídica privada for responsável por sério dano ao meio ambiente, deveria ser possível a persecução dessa entidade por crimes contra o meio ambiente, mesmo que o dano causado resulte de um ato individual ou de omissão, ou ainda de atos cumulativos e/ou de omissões cometidos ao longo do tempo.

6. A imposição de sanções penais contra entidades jurídicas privadas não deve exonerar de culpa os elementos humanos dessas entidades envolvidos na perpetração de delitos contra o meio ambiente.

7. Para minimizar o risco de injustiça decorrente da aplicação desigual de leis sobre delitos contra o meio ambiente, as leis dos países devem especificar com a maior clareza possível os critérios para a identificação dos elementos humanos dentro das entidades jurídicas ou públicas que possam ser responsáveis por crimes contra o meio ambiente cometidos por essas entidades.

ENTIDADES JURÍDICAS PÚBLICAS

8. Onde uma entidade pública, no curso do desempenho de suas funções públicas ou em outras circunstâncias causar sério dano ao meio ambiente ou, em transgressão das normas ambientais estabelecidas, criar para o meio ambiente um risco real e iminente (concreto), deveria ser possível a persecução dos elementos humanos responsáveis pela entidade por um delito contra o meio ambiente.

9. Onde for possível, nos termos da lei básica de um país, responsabilizar as entidades públicas por delitos penais cometidos no curso do desempenho de funções públicas ou em outras circunstâncias, deveria ser possível a persecução dessas autoridades públicas por crimes contra o meio ambiente, ainda que a responsabilidade pelo delito não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.

IV — DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE

1. Os delitos pontuais contra o meio ambiente, isto é, os delitos que são *sui generis* e não dependem de outras leis para sua qualificação, devem ser especificados nos códigos penais nacionais.

2. Onde os delitos contra o meio ambiente são passíveis de sanções penais, os elementos-chave desses delitos devem ser especificados na legislação, não se devendo deixar que sejam os mesmos determinados por autoridades subordinadas para tanto delegadas.

3. Delitos pontuais contra o meio ambiente que afetam mais de uma jurisdição nacional ou que afetam o ambiente global fora de qualquer jurisdição nacional devem ser reconhecidos como delitos internacionais nos termos de convenções multilaterais.

4. No contexto da constituição e dos princípios básicos dos sistemas legais nacionais, a legislação deveria facilitar a participação de cidadãos na instauração de investigação e na persecução dos delitos contra o meio ambiente.

V — JURISDIÇÃO

EXTRADIÇÃO

1. Delitos especialmente graves contra o meio ambiente deveriam tornar-se ofensas passíveis de extradição.

DELITOS TRANSNACIONAIS

2. Onde o dano ou o risco sério de dano (perigo concreto) subjacente num delito pontual contra o meio ambiente se fizer sentir fora da jurisdição de um Estado em que o delito é cometido, no todo ou em parte, deveria ser possível, com as devidas salvaguardas para o acusado e nos termos das leis interna-

cionais aplicáveis, a persecução do delinqüente no Estado onde o crime tiver sido cometido ou em qualquer Estado onde o dano ou o risco sério de dano for sentido.

DELITOS EXTRA-TERRITORIAIS

3. Onde o dano ou o risco sério de dano (perigo concreto) subjacente num delito pontual contra o meio ambiente se fizer sentir fora da jurisdição de um Estado ou no âmbito do bem público mundial, os Estados deveriam acordar uma convenção internacional que os habilitasse à persecução do delito mediante a aplicação, na seguinte ordem, do princípio da nacionalidade, do princípio da "extradição ou persecução", ou, em casos de delitos internacionais de conhecimento geral, do princípio da universalidade.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4. A fim de facilitar a persecução de delitos internacionais, de modo especial os delitos contra o ambiente global, a jurisdição do tribunal internacional proposto pela Comissão de Direito Internacional e que no momento está sendo objeto de consideração pela Assembléia Geral das Nações Unidas deveria incluir delitos contra o meio ambiente global.

IMPLEMENTAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

5. Onde as convenções internacionais sobre delitos contra o meio ambiente são auto-aplicáveis nos termos da lei nacional no tocante à execução das sanções penais, os Estados signatários devem implementar tais convenções mediante a promulgação da necessária lei nacional.

PROJETO
RECOMENDAÇÕES
DO XV CONGRESSO
INTERNACIONAL DE DIREITO
PENAL

SEÇÃO II
SOBRE DELITOS EM MATÉRIA
DE INFORMÁTICA E OUTROS
DELITOS CONTRA A
TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
RIO DE JANEIRO, 4-10 DE
SETEMBRO DE 1994

Reconhecendo a proliferação da tecnologia da informática e a emergência de uma sociedade informatizada que provoca mudanças fundamentais em todos os aspectos da vida cotidiana;

Levando em conta que uma série de atividades anti-sociais está subvertendo a tecnologia da informação em detrimento das pessoas e de todos os setores da sociedade;

Consciente de que a rápida expansão da interconexão da tecnologia da informação no âmbito mundial transcende as fronteiras nacionais tradicionais e envolve tanto os países desenvolvidos como os em desenvolvimento;

Preocupada com o abuso da tecnologia da informação que se está verificando nos níveis nacional e internacional;

Concluindo, por conseguinte, que tal atividade é relevante para todos os Estados;

Observando as contribuições anteriores provenientes de outras entidades detentoras do conhecimento, de organizações não governamentais e intergovernamentais;¹

O XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro de 4 a 10.9.94, formula as seguintes recomendações:

1. Tais como a OCDE, o Conselho Europeu, a Comunidade Européia, a Comunidade Britânica, a Interpol e a Câmara de Comércio Internacional.

I — MEDIDAS DE PREVENÇÃO
NÃO PENAIS

1. Existe um reconhecimento crescente de que aumentaram as opções não penais para prevenir o delito em matéria de informática. Essas medidas, juntamente com enfoques criativos, devem ser estimuladas nos níveis nacional, supranacional e internacional, para que se mantenham permanentemente atualizadas em relação às inovações tecnológicas.

2. Entre outras, tais medidas incluem:

— A implementação de medidas voluntárias de segurança por parte dos usuários da informática.

— A imposição de medidas de segurança obrigatórias em certos setores sensíveis.

— A elaboração e implementação, pelos governos nacionais, de leis, políticas e diretrizes sobre a segurança na informática.

— O compromisso por parte da gerência e dos altos executivos em prol da segurança e da prevenção do delito no âmbito de uma organização.

— A incorporação, explicação e promoção de medidas de segurança pela indústria da tecnologia da informática.

— O desenvolvimento, a promoção e o uso de éticas de informática por todos os setores da sociedade, especialmente os institutos de educação, as associações profissionais e o público em geral.

— A observância de padrões profissionais na indústria de processamento de dados, inclusive a possibilidade da adoção de medidas disciplinares.

— A promoção da cooperação de parte das vítimas, na notificação do delito em matéria de informática.

— A capacitação e educação do pessoal nos sistemas de investigação e na promoção do processo judiciário.

II — DIREITO PENAL SUBSTANTIVO

3. O uso abusivo da tecnologia da informação afeta tanto os interesses de natureza econômica relacionados com a informática como os orientados para a privacidade e abrange situações em que o processamento de dados e seus componentes são utilizados exclusivamente como instrumentos para a violação de valores tradicionais, bem como são o alvo direto de má conduta.

4. Na medida em que os valores tradicionais são violados ou postos em risco pelo mau uso do processamento de dados, os novos *modi operandi* podem revelar brechas no direito penal tradicional. Por sua vez, o desenvolvimento da tecnologia da informação revela a emergência de novos tipos de interesses que requerem proteção legal, principalmente a integridade dos sistemas de informática e dos dados conexos, assim como a disponibilidade e a exclusividade de determinados dados (segurança dos dados e sua proteção).

5. Na medida em que o direito penal tradicional não propicia suficiente amparo, a modificação da legislação existente ou a definição de novos delitos deve ser apoiada, caso outras medidas não sejam suficientes (princípio da subsidiaridade). O mesmo critério se aplica a áreas nas quais o direito penal constitui um complemento de outras áreas do direito e a extensão do direito penal decorre de mudanças no direito substantivo civil ou administrativo, como, por exemplo, no âmbito do direito autoral.

6. Na promulgação de emendas e novos dispositivos legais, cumpre dar ênfase à precisão, clareza e definição de delitos em termos de elementos objetivos. Nas áreas em que o direito penal é tão-somente um complemento de outras áreas do direito, essa exigência também deve ser aplicada à matéria substantiva do outro direito.

7. A fim de evitar a criminalização, cumpre dispensar atenção à medida em que o direito penal se estende a áreas afins. A extrapolação desses limites requer cuidadoso exame e justificação. Nesse caso, um critério importante na definição ou restrição da responsabilidade penal é o de que os delitos nessa área fiquem basicamente limitados a atos intencionais.

8. A esse respeito, o trabalho anterior da OCDE e do Conselho Europeu propiciou contribuições importantes na especificação dos tipos de conduta que devem ser punidos pela lei nacional. A AIDP acolhe com satisfação as diretrizes formuladas aos legisladores nacionais constantes da Recomendação n. R (89) 9, aprovada pelo Conselho Europeu em 13.9.89, que enumera uma lista de atos que devem ou podem ser objeto de sanções penais.

A lista mínima de atos que o Conselho Europeu recomendou que sejam considerados como delituosos, se intencionalmente cometidos, inclui o seguinte: a) A fraude em matéria de informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou qualquer outra interferência no processamento de dados que influa no resultado desse processamento, causando em consequência perda econômica ou de propriedade a outra pessoa, com o propósito de obtenção de ganho financeiro ilícito para si ou para terceiros (redação alternativa: com o propósito de usurpação ilícita da propriedade daquela pessoa); b) A falsificação em matéria de informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou qualquer outra interferência no processamento de dados feita de maneira tal ou em condições tais que constitua um delito de falsificação, caso essa interferência se processe em conexão com um objeto tradicional de tal delito; c) Os

danos a dados computadorizados ou a programas de informática. A eliminação, o dano, a deterioração ou a supressão de dados computadorizados ou de programas de informática sem a competente autorização; d) A sabotagem na informática. A inclusão, alteração, eliminação ou supressão de dados computadorizados ou de programas de informática, ou a interferência em sistemas de informática, com o propósito de obstar o funcionamento de um computador ou de um sistema de telecomunicação; e) O acesso não autorizado. O acesso não autorizado a um sistema ou a uma rede de informática mediante a violação de medidas de segurança, f) A interceptação sem autorização. A interceptação, feita sem autorização e por meios técnicos, de comunicações recebidas, emitidas ou veiculadas no âmbito de um sistema ou de uma rede de informática; g) A reprodução não autorizada de um programa de informática protegido. A reprodução, distribuição ou comunicação pública não autorizada de um programa de informática protegido por lei; h) A reprodução não autorizada de uma topografia. A reprodução não autorizada de uma topografia, protegida por lei, de um produto semicondutor, ou a exploração comercial ou a importação para tal finalidade, não autorizada, de uma topografia ou de um produto semicondutor fabricado mediante o uso dessa topografia.

As diretrizes do Conselho Europeu identificam ainda, numa "lista opcional", as seguintes atividades adicionais que também poderiam ser criminalmente puníveis, se cometidas de forma intencional: a) A alteração de dados computadorizados ou de programas informáticos. A alteração de dados computadorizados ou de programas informáticos não autorizada; b) A espionagem na informática. A aquisição, por meios inidôneos, ou a revelação, transferência ou uso de uma marca ou de um segredo comercial sem

autorização ou sem qualquer outra justificação legal, com o propósito seja de causar prejuízo financeiro ao detentor do segredo ou de obter vantagem econômica ilícita para si ou para terceiros; c) O uso não autorizado de um computador. O uso não autorizado de um sistema ou rede de informática, que (i) seja feito com a admissão de um risco importante de perda para a pessoa habilitada ao uso do sistema ou de dano ao sistema ou ao seu funcionamento; ou (ii) seja feito com a intenção de causar prejuízo à pessoa habilitada ao uso do sistema ou de dano ao sistema ou ao seu funcionamento; ou (iii) cause perda à pessoa habilitada ao uso do sistema ou cause dano ao sistema ou ao seu funcionamento; d) O uso não autorizado de um programa de informática protegido. O uso não autorizado de um programa de informática que esteja protegido por lei e tenha sido reproduzido sem o devido direito, com a intenção seja de obter ganho econômico ilícito para a própria pessoa ou para outra pessoa, ou de causar dano ao detentor do respectivo direito.

9. Levando em conta o progresso alcançado na tecnologia da informação, o aumento da criminalidade conexa desde a adoção da recomendação de 1989 do Conselho Europeu, o valor importante de bens intangíveis na era da informática, a desejabilidade da promoção de maior pesquisa e desenvolvimento tecnológico, bem como o alto potencial de delitos nessa matéria, recomenda-se que os Estados também considerem, de acordo com suas tradições legais e culturais e no tocante à aplicabilidade de suas leis, a punição como crime (no todo ou em parte) da conduta descrita na "lista opcional".

10. Além disso, sugere-se que algumas das definições constantes das listas do Conselho Europeu — como, por exemplo, o delito do acesso não autorizado — podem requerer maior clarificação e refinamento à luz do progresso alcançado

na tecnologia da informação e das mudanças nas percepções da criminalidade. Pelas mesmas razões, outros tipos de abuso que não figuram expressamente nas listas, tais como o tráfico de senhas de informática obtidas por meios inidôneos e outras informações acerca dos meios de acesso não autorizado aos sistemas de informática, bem como a disseminação de vírus ou de programas semelhantes, também devem ser considerados como passíveis de criminalização, de acordo com as tradições legais e a cultura dos países e no âmbito da aplicabilidade das leis existentes.

À vista do alto dano potencial dos vírus, vermes e programas que se destinam e podem propagar e causar danos — ou por outros modos interferir — em dados, programas ou no funcionamento de sistemas de informática, recomenda-se maior discussão e pesquisa científica nessa área. Atenção especial deve ser dispensada à aplicação de normas penais que punam a imprudência ou a criação de riscos perigosos, bem como os problemas práticos de execução da lei. Consideração também poderia ser dada a que o delito resultante fosse visto como uma forma de sabotagem.

11. Com relação às recomendações acima, reconhece-se que as diferentes culturas e tradições legais podem solucionar algumas dessas questões de distintas formas, sem deixar, entretanto, de punir a essência desse abuso particular. Os Estados devem ter consciência das abordagens alternativas em outros sistemas legais.

III — QUESTÕES ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

12. Cumprir reconhecer-se que, na era da informática em constante processo de mudança, é importante proteger os interesses da privacidade contra os novos riscos que emanam da tecnologia da informação. Todavia, também devem ser

respeitados os interesses legítimos da livre circulação e distribuição de informações dentro da sociedade. Os interesses da privacidade incluem o direito dos cidadãos a ter acesso, pelos meios legais acordados com os direitos humanos internacionalmente aceitos, as informações sobre si mesmos em poder de terceiros.

13. No curso da discussão, ficou demonstrado que existem significativas diferenças de opinião a respeito tanto dos meios pelos quais quanto da medida em que o direito administrativo, civil, regulatório e penal deve suprir essa proteção. Também existem graves desacordos em relação à extensão em que o direito penal deve ser invocado na proteção da privacidade. Em consequência, cabe dar prioridade às medidas não penais, especialmente quando as relações entre as partes são regidas por um contrato.

14. As disposições penais somente devem ser usadas quando o direito civil ou a lei de proteção de dados não dispuser de recursos legais adequados. Na medida em que as sanções penais são aplicadas, AIDP destaca os princípios básicos que os Estados devem levar em consideração ao promulgarem a legislação penal nesse campo, tal como exorta a Recomendação (89) 9 do Conselho Europeu. A AIDP também propõe que, na esfera da privacidade, as disposições penais sejam usadas de modo especial:

- nos casos graves, principalmente naqueles que envolvam dados altamente sensíveis ou informação confidencial tradicionalmente protegida por lei;
- quando estiverem definidas clara e precisamente, e não através do uso de cláusulas vagas ou genéricas (*Generalklauseln*), sobretudo em relação ao direito substantivo em matéria de privacidade;
- quando fizerem a distinção entre os vários níveis de gravidade dos delitos e respeitarem os requisitos de culpabilidade;

- quando se restringirem primordialmente a atos deliberados; e

- quando permitirem que as autoridades promotoras de ação penal levem em conta, no que respeita a alguns tipos de delito, o desejo das vítimas quanto à persecução.

15. Estudos posteriores devem ser realizados no sentido de definir a lista de atos intencionais que devem ser adequadamente qualificados como delitos, com especial atenção às bases de dados públicos. Tal lista poderia incluir atos deliberados que envolvem gravemente a violação do sigilo, bem como formas graves de obtenção, uso, transferência e alteração ilícita de dados pessoais que põem em risco os direitos individuais. Um ponto de partida para esse estudo poderia ser constituído pelas propostas preliminares consideradas pelo seletto comitê do Conselho Europeu formado por peritos em delitos relacionados com a informática.

IV — DIREITO PROCESSUAL

16. A investigação do delito na área da informática, assim como de outros delitos mais tradicionais no âmbito da tecnologia da informação exige, no interesse de uma defesa social eficaz, a atribuição adequada de poderes coercitivos às autoridades de investigação e ação penal, que também devem propiciar a devida e equilibrada proteção aos direitos humanos e aos interesses da privacidade.

17. Com o propósito de evitar o uso abusivo dos poderes oficiais, toda restrição dos direitos humanos cometida por entidades governamentais deve estar fundamentada em dispositivos legais bem definidos, consistentes com os princípios de direitos humanos. A violação não autorizada dos direitos humanos pelas entidades governamentais pode invalidar a prova obtida e suscitar a responsabilidade criminal do agente que infringiu a lei.

18. À luz desses princípios gerais, cumpre definir claramente o seguinte: a) os poderes para proceder à busca e apreensão em um ambiente de tecnologia de informação, especialmente no tocante à apreensão de bens intangíveis e à busca de redes computadorizadas; b) o dever de estabelecer uma cooperação ativa entre as vítimas, testemunhas e outros usuários da tecnologia da informação, à exceção do suspeito (sobretudo para colocar em disponibilidade a informação de forma tal que possa ser utilizada para fins judiciais); e c) os poderes para permitir a interceptação das comunicações nos ou entre sistemas computadorizados e utilizar as provas obtidas durante o processo judicial.

19. Devido à amplitude e variedade das informações que podem estar contidas nos sistemas de processamento de dados, devem ser exercidos poderes coercitivos de forma proporcional à gravidade do delito cometido e que interrompam ou afetem o menos possível as atividades lícitas da pessoa. Além dos tradicionais valores monetários, o ponto de partida das investigações deve levar em conta os diferentes valores patrimoniais existentes no ambiente da tecnologia da informação, tais como a perda de oportunidade econômica, a espionagem, a violação dos interesses da privacidade, a perda ou risco de privação econômica e o custo inerente à recuperação da integridade dos dados.

20. As normas existentes sobre a admissibilidade e viabilidade da prova podem criar problemas, quando aplicadas à consideração e avaliação de registros computadorizados durante os processos judiciais. Cumpre, onde for necessário, proceder às mudanças apropriadas.

V — COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

21. A mobilidade dos dados através das redes internacionais de telecomunica-

ções e a natureza altamente inter-relacionada da sociedade moderna informatizada fazem do estabelecimento da cooperação internacional um elemento essencial para a prevenção e persecução penal do delito em matéria de informática.

22. Dado que alguns tipos de cooperação internacional (tais como a extradição e até a ajuda recíproca) podem requerer dupla criminalização e que, nos termos da lei existente, os Estados podem ver-se limitados na sua capacidade de dar assistência a outros Estados, a cooperação internacional efetiva seria facilitada tanto pela supracitada harmonização do direito penal substantivo como pela promulgação de poderes coercitivos adequados em todos os Estados membros.

23. Além disso, cumpre estender a cooperação a outras áreas, que deveriam incluir o desenvolvimento do seguinte: a) normas internacionais de segurança para os sistemas computadorizados; b) medidas adequadas para solucionar questões de jurisdição sobre transbordo e outros delitos em matéria de informática internacional; c) acordos internacionais entre as nações que aproveitam esta nova tecnologia da informação para realizar investigações mais efetivas, inclusive acordos para propiciar os processos de busca e apreensão transnacionais eficientes, rápidos e lícitos em sistemas computadorizados interconectados, bem como outras modalidades de cooperação internacional, protegendo ao mesmo tempo os direitos e liberdades individuais.

VI — TAREFAS FUTURAS

24. A fim de alcançar esses objetivos, as associações científicas, entidades governamentais, profissionais do ramo da informática e organizações internacionais deveriam promover a implementação destas recomendações e a adoção corrente de meios apropriados para prevenir o

delito e fazer frente aos novos desafios representados pela tecnologia da informação.

25. A comunidade acadêmica e científica, juntamente com os governos, deve empreender maior pesquisa acerca dos delitos no âmbito da tecnologia da informação. Tais pesquisas deveriam, de modo especial, examinar a incidência dos delitos conexos à informática, a extensão das perdas, os métodos de perpetração e as características dos infratores. Deve também examinar o desenvolvimento de novas medidas alternativas que permitam o uso de sanções penais como último recurso, assim como novas e específicas sanções penais, civis e administrativas; a teoria e norma jurídica de dispensar especial atenção ao estudo e desenvolvimento da lei da informática, levando em consideração as características específicas da informação *vis a vis* objetos tangíveis, bem como pesquisar possíveis mudanças de princípios gerais e paradigmas.

26. As autoridades policiais, administrativas e o Ministério Público devem, tanto no nível nacional como no internacional, incrementar seus esforços no combate aos delitos em matéria de informática e coordenar suas atividades no sentido da consecução de uma efetiva proteção global.

27. As associações de indústrias e de consumidores de *hardware* e *software* devem participar do tratamento do tema dos delitos em matéria de informática, e as organizações não governamentais e intergovernamentais devem enviar o máximo esforço possível para conseguir a participação das associações industriais na consecução de um consenso internacional.

28. Acolhemos com satisfação o manual sobre os delitos relacionados com a informática elaborado por iniciativa e sob os auspícios das Nações Unidas, por se tratar de um meio que podemos utilizar

para consolidar a informação sobre as atividades desenvolvidas nesse campo no âmbito mundial. Sugerimos que esse manual seja mantido atualizado, de modo que as comunidades acadêmicas, governamentais e intergovernamentais permaneçam ao corrente dos desenvolvimentos contemporâneos, e que sua futura revisão, bem como o trabalho futuro das Nações Unidas nessa matéria levem em consideração os princípios consignados nesta Resolução.

SEÇÃO IV PROJETO DE RESOLUÇÃO VERSÃO PORTUGUESA

O direito penal internacional, como o direito penal em geral, tende a um equilíbrio entre a proteção da sociedade, através da eficácia do sistema repressivo, a proteção dos direitos do indivíduo (acusado e vítima), e o respeito ao império do direito. A primeira parte da presente resolução trata da regionalização do direito penal internacional, a segunda, da posição do indivíduo no limite deste processo.

I — A REGIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

1. Ainda que o controle do crime continue sendo essencialmente responsabilidade interna do Estado, a regionalização da cooperação, formal ou informal, em matéria penal deve ser fomentada por várias razões. Entre elas está o aumento da eficácia da prevenção e do controle do delito, em particular o delito que se manifesta em nível regional, o aumento da segurança interna a internacional, e o interesse em evitar as dificuldades práticas nas relações cotidianas entre Estados.

2. Os acordos internacionais para a cooperação em matéria penal e outras

formas de cooperação legal deveriam estar integradas nas atividades de organizações regionais que têm sido estabelecidas para o desenvolvimento de uma cooperação estreita, na citada região, em matéria econômica, o progresso da liberdade de circulação das pessoas, mercadorias e capitais ou de outras formas de desenvolvimento da região. Esta cooperação jurídica não deve estar dirigida somente para objetivos econômicos da organização regional, sendo também dirigida aos interesses gerais de cada Estado participante.

3. A harmonização dos direitos penais e do processo penal dos estados participantes, ainda que potencialmente útil na cooperação em matéria penal, amiúde é difícil de alcançar e não deveria constituir um requisito prévio para o desenvolvimento de instrumentos regionais multilaterais para a cooperação em matéria penal.

4. Quando do desenvolvimento de instrumentos regionais sobre cooperação em matéria penal, os Estados participantes devem assegurar que esteja garantido o exercício de formas de controle democrático em sua elaboração. Igualmente, o controle judicial deve ser exercido sobre a cooperação formal ou informal e em nível de aplicação da lei, o qual inclui a cooperação da polícia.

5. A cooperação regional em matéria penal deveria reconhecer a importância do desenvolvimento de programas orientados à investigação criminológica, programas de formação e informação e sistemas de documentação em nível regional para o pessoal encarregado de aplicar lei e para outros práticos do direito penal, e a colocação à disposição de informação e experiência entre regiões.

6. O modelo das Nações Unidas de acordos bilaterais para as várias modalidades de cooperação internacional judicial em matéria penal poderia ser em-

pregado apropriadamente para o desenvolvimento de tratados regionais. Modelos semelhantes desenvolvidos por certas organizações intergovernamentais regionais poderiam ser considerados para o mesmo fim.

7. Os instrumentos regionais de colaboração em matéria penal podem prever convenientemente mecanismos para a solução de disputas. Estes mecanismos poderiam incluir a investigação de um acordo através do intercâmbio de notas diplomáticas, a submissão das disputas à arbitragem, a um litígio judicial internacional ou à submissão a opiniões consultivas.

8. Os instrumentos regionais de cooperação em matéria penal deveriam ser redigidos de forma a reduzir ao mínimo a necessidade de recorrer às reservas. Isto pode ser alcançado através da enumeração das reservas permitidas e não permitidas. Outro número, que poderia ser combinado com o primeiro, seria a possibilidade de obrigar os Estados que tenham formulado reservas, a revisar periodicamente a conveniência de sua manutenção e a dar razões especiais para isso.

9. Na redação dos instrumentos regionais de cooperação em matéria penal, os Estados participantes deveriam contemplar a possibilidade de suspender — e, eventualmente, de denunciar — o instrumento por uma ou mais partes na relação com outra parte, se esta outra tiver cometido uma violação material de suas obrigações convencionais ou se tiver ocorrido uma mudança fundamental das circunstâncias na estrutura política dessa outra parte.

10. A fim de impedir a impunidade, a cooperação internacional no sentido da prevenção, investigação e persecução do delito internacional também deveria ser estimulada através da criação de tribunais internacionais de jurisdição penal imparciais, seja em nível regional ou universal, tal como vem a AIDP recomendando e buscando realizar há décadas.

II — A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

1. Deveria ser fomentado o crescente reconhecimento, nos instrumentos internacionais e na legislação nacional recentes, da importância da proteção dos direitos humanos no limite da cooperação internacional em matéria penal. Igualmente, o reconhecimento cada vez maior do indivíduo como um sujeito do direito internacional público deveria ser estimulado. A preocupação com a proteção dos direitos humanos deveria não só justificar certas restrições que limitam o âmbito das formas existentes de cooperação, como incitar, ademais, o desenvolvimento de novas formas de cooperação. A proteção dos direitos humanos não deveria ser considerada como um obstáculo à cooperação internacional e sim como uma maneira de reforçar a preeminência do direito.

2. Quando se deparam com obrigações de direito internacional público contraditórias, segundo as convenções sobre a proteção dos direitos humanos, de um lado, e a cooperação internacional em matéria penal, do outro, os Estados deveriam dar prioridade às obrigações relativas aos direitos humanos, rechaçando a assistência ou impondo condições relativas ao outro Estado envolvido, ou buscando acordos mutuamente aceitáveis no interesse das pessoas envolvidas.

3. Os Estados deveriam revisar os tratados sobre cooperação internacional em matéria penal aos quais estão obrigados no tocante à compatibilidade dos mesmos com as obrigações internacionais vinculantes relativas à proteção dos direitos humanos.

4. Quando da celebração de novos tratados sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam assegurar que tais tratados não criassem obrigações de cooperar nos casos que

resultariam numa violação dos direitos fundamentais, em particular o direito a não ser submetido à tortura, à discriminação, à execução arbitrária, a expropriações • bitrárias e a processos criminais que não cumprem com os princípios geralmente aceitos de um juízo equitativo.

5. Quando forem requeridos para proporcionar assistência internacional em matéria penal, os Estados não devem adotar como norma a não investigação da equidade e legitimidade dos procedimentos realizados em outros Estados. Deveriam considerar a amplitude em que os direitos e liberdades, efetivamente, são protegidos nesses Estados.

6. Na elaboração de novos instrumentos sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam dispensar atenção específica à definição e proteção dos direitos e interesses dos indivíduos em procedimentos realizados no decurso da aplicação de tais instrumentos. Estes direitos e interesses podem incluir: o direito a invocar a aplicação do instrumento a seu favor, o direito a ser informado da aplicação do instrumento e o direito ao acesso a um tribunal para controlar a legitimidade de tal aplicação.

7. Os direitos mencionados no parágrafo 6, acima, também devem ser postos em prática no tocante a todos os instrumentos existentes, em especial nos casos de transferência de prisioneiros. Dados os aspectos humanitários específicos envolvidos, os instrumentos existentes para a transferência de prisioneiros deveriam ser aplicados mais extensivamente.

8. Os Estados em que a regulação sobre a prova no processo penal restringe o uso da prova ilicitamente obtida deveriam aplicar estas mesmas restrições à prova obtida através da assistência internacional em matéria penal. Em todos os Estados, a prova obtida sem levar em conta os direitos humanos fundamentais deveria ser excluída.

9. O seqüestro de uma pessoa de um país estrangeiro ou a sedução, mediante

falsos pretextos, para levá-la, voluntariamente, a outro país para submetê-la à detenção e à persecução penal é contrário ao Direito Internacional Público e não deveria ser tolerado, devendo ser reconhecido como um empecilho à persecução. A vítima de tal violação deveria ter o direito de ser restabelecida à sua situação anterior à violação. A violação traz consigo a responsabilidade civil relativa à pessoa referida e ao Estado cuja soberania tiver sido violada, sem prejuízo de qualquer responsabilidade criminal de parte das pessoas que executaram o seqüestro. Igualmente, procedimentos tais como a deportação ou a expulsão, deliberadamente aplicados de modo a contornar as salvaguardas dos procedimentos de extradição, deveriam ser evitados.

10. Deveriam ser explorados de maneira urgente e efetivamente implementados sem delongas métodos para proporcionar ao indivíduo o direito de acesso ao controle judicial internacional sobre a aplicação dos instrumentos internacionais de cooperação em matéria penal, em especial no nível regional.

RECOMENDAÇÕES

Partindo da idéia de que toda Reforma do Direito Processual Penal deve estar necessariamente em harmonia com as garantias estabelecidas na Declaração Universal de Direitos do Homem das Nações Unidas de 10 de Dezembro de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 19 de Dezembro de 1966, assim como as distintas Convenções Regionais sobre Direitos do Homem.

Tendo presentes as resoluções do XII Congresso Internacional da AIDP (Hamburgo, 1979) que correspondeu, em grande parte, às Declarações anteriormente referidas.

Considerando que inclusive na luta contra o terrorismo e o crime organizado, não se poderão restringir os direitos

fundamentais além do estritamente necessário. Convencidos de que o núcleo essencial dos direitos e liberdades fundamentais nestes documentos não poderá ser restringido, nem sequer nos casos de guerra ou crise. Estimando necessário desenvolver um modelo de reforma que sobrepuje o nível das garantias mencionadas, através de sua concretização e definição de acordo com os respectivos sistemas e situações processuais.

Adotam-se as seguintes recomendações que serão conhecidas como "recomendações de Toledo por um procedimento penal justo".

1. A Proteção dos Direitos do Homem deve estar em todas as fases do processo penal, inclusive quando este começa necessariamente mediante uma decisão judicial ou de qualquer outro funcionário público. Para considerar aberto o processo, considera-se suficiente que um órgão do Estado realize qualquer ato de perseguição criminal.

2. O acusado deve beneficiar-se da presunção de inocência ao largo de todo o procedimento, que cessa somente quando a sentença adquire o valor da coisa julgada. A presunção de inocência é também válida para as causas de justificação e as demais causas de exclusão da responsabilidade penal.

3. Na fase preparatória que precede ao juízo a presunção de inocência, sequer a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se adotam medidas coercitivas. De acordo com esse princípio deve existir uma relação razoável entre a gravidade da medida estatal que afeta aos direitos fundamentais, de um lado, e a finalidade das medidas, de outro. Esta consideração deve levar o Legislador a estabelecer sobretudo medidas alternativas à prisão provisória, que deve sempre ser considerada uma medida excepcional.

4. A presunção de inocência exige no momento do juízo a imparcialidade do juiz com respeito às partes do processo. A imparcialidade pressupõe a separação

entre função de instruir e julgar. Por conseguinte, o juiz do juízo não deve ter participado dos atos da fase preparatória. É altamente recomendável que o juiz do juízo seja diferente daquele que decide da admissão da acusação contra o suspeito.

5. Em virtude do princípio de presunção de inocência, a prisão cautelar deve ser ordenada por um juiz e devidamente motivada de acordo com as circunstâncias do caso. Deve ser proibido ordenar e/ou manter a prisão provisória se não existem indícios sérios de culpabilidade e uma vontade real por parte das autoridades competentes de levar a cabo o processo ou confirmá-lo. A prisão provisória é também ilícita quando sua duração seja maior do que a pena. O mínimo da pena prevista pela lei ou, quando esta não estabelecer mínimos, pela que presumivelmente o Tribunal imporá diante das circunstâncias do caso.

6. O defensor e, a pedido do detido, os familiares próximos ou qualquer outra pessoa de sua confiança serão informados no menor tempo possível e, no máximo, em 24 horas, da detenção, assim como dos motivos e lugar da mesma.

7. Não se deve tomar em consideração pelo Tribunal no momento da determinação da pena, condenações anteriores, se estas não foram ditas no âmbito de um devido processo legal.

8. Toda medida da autoridade constituída, incluindo as realizadas pela polícia judicial, que afete aos direitos fundamentais do detido, deve ser autorizada pelo juiz ou deve poder ser submetida ao controle judicial.

9. Independentemente da recomendação n. 8, cada medida coercitiva, adotada pela autoridade que realiza a instrução ou pela polícia, deverá ser confirmada pelo juiz no prazo máximo de 24 horas.

10. Todas as provas obtidas mediante violação de um direito fundamental, assim como as que se derivam delas, serão inadmissíveis e não poderão ser levadas

em conta em nenhum momento do processo.

11. Os meios de prova que afetem de um modo especialmente grave ao direito à intimidade, tais como as escutas telefônicas, somente serão admitidas quando previamente autorizadas por um juiz e nos casos expressamente previstos pela lei.

12. É recomendável que o legislador determine também as condições nas quais podem ser conhecidos os códigos genéticos e o recurso à escutas eletrônicas à distância.

13. A concessão por alguns Estados de privilégios penais às testemunhas ou agentes secretos, somente será admitida excepcionalmente nos casos de delitos muito graves e de criminalidade organizada. Mas se a identidade destas pessoas não é revelada em juízo, suas declarações não terão valor probatório algum e não poderão ser utilizadas como embasamento de medidas cautelares. Por sua vez, assegurar-se-á a proteção de toda testemunha ameaçada por organizações criminais.

14. A busca de provas respeitará sempre o segredo profissional.

15. As informações oferecidas pelos meios de comunicação, durante a fase de investigação ou no curso do processo, evitarão produzir o efeito de uma pré-condenação do acusado e oferecer a imagem de um "processo espetáculo". Sendo possível tal efeito, a informação sobre o juízo pelo rádio ou pela televisão poderá ser restringida ou proibida.

16. O direito de defesa deve ser garantido em todas as fases do processo. Ninguém pode ser forçado a contribuir direta ou indiretamente para a sua própria condenação.

17. O acusado tem direito a guardar silêncio, sem que possa ser usado contra ele, e a conhecer o conteúdo da acusação desde o primeiro interrogatório, policial ou judicial.

18. O Estado está obrigado a assegurar a todo indiciado ou, acusado, desde o

começo da investigação, o direito de ser assistido por um advogado. Esta assistência será gratuita e a cargo do Estado, quando o acusado não disponha de meios suficientes.

19. O preso provisório terá direito a comunicar-se em privado com seu defensor, que deve ter o direito de estar presente a todos os atos da investigação.

20. O defensor deverá ter acesso à totalidade dos documentos de persecução, desde o primeiro momento.

21. No caso de o acusado não conhecer ou não compreender o idioma utilizado no processo, terá direito a intérprete, se necessário gratuitamente. Se contar com um defensor do ofício, este deveria conhecer basicamente os costumes e organização social de seu assistido.

22. O princípio da legalidade na persecução penal pode constituir uma garantia essencial. No entanto, sua rigidez deverá ser atenuada com o fim de alcançar uma maior rapidez nos procedimentos penais, assim como pela falta de pessoal qualificado. Neste sentido, poderia adotar-se um princípio de oportunidade regulada pelo menos nos casos de dano leve, delitos culposos ou quando convenha à proteção da vítima do delito. Nestes casos, devem ser estabelecidos critérios precisos com o fim de limitar a discricionariedade dos órgãos de persecução.

23. Os delitos graves não podem ser julgados mediante procedimentos abreviados nem por processos abertos à discricionariedade do acusado. Para as demais infrações, o legislador deverá determinar as condições em que esses tipos de processos são admissíveis e prever os meios oportunos, como por exemplo a assistência de um advogado, que garantam o caráter voluntário da cooperação do acusado com a justiça penal. A adoção destes procedimentos se recomenda para as infrações leves, com o fim de conseguir uma maior rapidez do processo e uma melhor proteção do acusado.

24. A mera confissão do acusado não será suficiente para fundamentar uma condenação. O órgão julgador não poderá fundamentar a condenação em provas produzidas exclusivamente na fase investigatória.

25. A pessoa que se considera ofendida por uma infração penal, deverá ter a possibilidade de constituir-se gratuitamente como a parte acusadora ou de fazer controlar por um Tribunal ou outro órgão independente a negativa dos órgãos estatais de perseguir ou de instruir um processo contra o autor do delito. A parte ofendida deverá ter direito de influir no desenvolvimento do processo penal, e terá especialmente direito a propor meios de prova e a recorrer.

26. Um papel de colaboração similar deverá ser conferido às associações legalmente reconhecidas como promotoras do

interesse geral e dos interesses coletivos e difusos.

27. Quem se considere lesado em seus direitos fundamentais por atos do procedimento penal, deverá ter a possibilidade (além dos meios recomendados supra ns. 8 e 9) de que estes sejam controlados por um Tribunal Constitucional, por um Tribunal Supremo ou por um Tribunal Internacional de Direitos do Homem.

28. As reformas futuras do processo penal que essas recomendações pretendem estimular, assim como qualquer outra modificação das regras fundamentais do processo, deverão ser adotadas pelos Parlamentos mediante uma lei formal. Para a preparação dos debates se convida aos Parlamentos a servir-se das manifestações e opiniões da justiça penal, da advocacia e das organizações civis.