



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

**2º Congresso iberoamericano de investigadores y
docentes de derecho e informática**

CIDDI 2013

O Direito do Cibercrime na U.E. - um breve esboço cartográfico

Florianópolis, 3 de maio de 2013

Manuel David Masseno



IPBeja



UBINET



**Instituto Jurídico Interdisciplinar
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**

I – Questões Iniciais

1. Um *Pré-entendimento*: até muito recentemente, o Direito da Comunidade / União Europeia tendeu a estar à margem das questões penais

- em virtude do *Princípio das Competências por Atribuição* (Art.ºs 4º n.º 1 e 5º do *TUE - Tratado da União Europeia*).
- porém, houve alguns **antecedentes implícitos**:
 - **Diretiva 91/308/CEE** do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais & Diretiva 2002/90/CE** do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa à **definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares**
- e um **expresso**:
 - **Diretiva 2008/99/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa à **protecção do ambiente através do direito penal**

- Como quase sempre, **crucial** foi a intervenção do **Tribunal de Justiça**:
 - **Acórdão** do Tribunal de Justiça da UE, **de 13 de Setembro de 2005**, Processo C-176/03, Comissão / Conselho, muito polémico até...
- O passo seguinte deu-se com o **Tratado de Lisboa**, de 13 de Dezembro de 2007 / **TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**
 - “**1.** O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer **regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça** que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.”

- **“2. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: **terrorismo**, tráfico de seres humanos e **exploração sexual de mulheres e crianças**, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, **criminalidade informática e criminalidade organizada.**” (Art.º 83º)**

E também

- **“A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efectiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União.” (Art.º 325º n.º 1)**

2. Por outro lado, em **consequência destas novas atribuições**, explícitas:

- A **Comunicação da Comissão** ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - ***Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE*** COM(2011) 573 final, de **20 de setembro de 2011**
 - “O Tratado de Lisboa dá-nos os instrumentos para enfrentar os desafios do direito penal de forma equilibrada, à luz dos direitos fundamentais da liberdade e da segurança. O novo Tratado estabelece também limites e controlos claros: nada poderá ser decidido sem o controlo democrático pleno do Parlamento Europeu e a supervisão dos parlamentos nacionais, que têm uma voz importante no processo de decisão” (Viviane Reading, Vice-Presidente da C. Europeia)

Reafirmados os **Princípios fundamentais**:

- “O direito penal deve manter-se sempre uma medida de **último recurso**;
- As sanções penais são reservadas **aos crimes especialmente graves**;
- As **medidas de direito penal podem afectar os direitos fundamentais**, pelo que a nova legislação deve **respeitar plenamente os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e na Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem**;
- Todas as decisões quanto ao tipo de medida ou sanção penal a adoptar devem ser acompanhadas de provas factuais claras e **respeitar os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.**”

e ainda mais **recentemente**:

- A **Comunicação da Comissão** ao Conselho e ao Parlamento Europeu - **Luta contra a criminalidade na era digital: criação de um Centro Europeu da Cibercriminalidade** COM(2012) 140 final, de **28 de março de 2012**
- Comissão propõe que seja criado um **Centro Europeu da Cibercriminalidade (EC3)**, que **fará parte da Europol e deverá tornar-se o futuro ponto de convergência da luta contra a cibercriminalidade na EU**
 - **Cibercrimes praticados por grupos criminosos organizados**, em especial os que geram grandes lucros, como a **fraude online**
 - **Cibercrimes que causem danos graves às vítimas**, como a **exploração sexual de crianças online**
 - **Cibercrimes** (incluindo ataques informáticos) **que afetem as infraestruturas críticas e os sistemas de informação da União**
- **Em atividade desde janeiro de 2013**

3. Sempre presente, uma **referência de fundo, exterior** à União Europeia:

- a **Convenção** do Conselho da Europa **sobre o Cibercrime**, adotada em Budapeste, a 23 de novembro de 2001

É o instrumento internacional de luta contra a Criminalidade Informática, cumprindo **recordar**

- **os Princípios da Legalidade e da Territorialidade em matéria penal**
- **a necessidade, absoluta, de pontos de referência normativos acima dos Estados Soberanos**
- **e de cooperação entre as polícias e entre as autoridades judiciais nacionais**

- Desde o início, a **Convenção de Budapeste é, verdadeiramente, internacional**
 - Estados Unidos, Canadá, Japão e África do Sul;
 - **aberta à adesão por Estados terceiros**; os últimos a aderir foram a Austrália e a República Dominicana
 - Entrou em vigor em **1 de julho de 2004**
- **Conteúdos:**
 - **Direito Penal** substantivo (Art.s 2º a 13º)
 - **Direito Processual Penal** (Art.s 14º a 22º)
 - **Cooperação Internacional** (Art.s 23º a 35º)
- Porém, **vários Estados Membros da União Europeia ainda não ratificaram a Convenção**
 - Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Polónia, República Checa e Suécia, e a Bélgica fê-lo só há meses...

II – Consequentemente, a União Europeia procurou uma *via alternativa*:

- o das **Decisões-Quadro**, previstas pelo Art.º 34º, n.º 2, alínea b), e baseadas nos Artigos 29º, 30º, n.º 1, alínea a) e 31º, n.º 1, alínea e) do *TUE* (no texto anterior ao *Tratado de Lisboa*)

a) A **Decisão-Quadro** 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 fevereiro de 2005, **relativa a ataques contra sistemas de informação**

- “[...] tem por objectivo reforçar a cooperação entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes [...], mediante uma **aproximação das suas disposições de direito penal em matéria dos ataques contra os sistemas de informação.**”

Os Conteúdos da Decisão-Quadro relativa a ataques contra sistemas de informação:

- **Tipos penais** previstos:
 - **Acesso ilegal aos sistemas de informação** (Art.º 2º / Art. 2º da *Convenção de Budapeste*)
 - **Interferência ilegal no sistema** (Art. 3º / Art. 5º da *Convenção de Budapeste*)
 - **Interferência ilegal nos dados** (Art.º 4º / Art. 4º della *Convenção de Budapeste*)
 - **Perspetiva moderada**, apenas para os casos graves
- **Responsabilidade das pessoas jurídicas** (Art.ºs 8º e 9º / Art.º 12º da *Convenção de Budapeste*)
- **Punibilidade da instigação, do auxílio e da cumplicidade** (Art.º 5º / Art.º 11º da *Convenção de Budapeste*)

- **Punibilidade da instigação, do auxílio e da cumplicidade** (Art.º 5º / Art.º 11º da *Convenção de Budapeste*)
- **Circunstâncias agravantes**, infrações cometidas âmbito de uma organização criminosa (Art.º 7º)
- **Competência jurisdicional**, ampliada (Art.º 10º / Art.º 22º da *Convenção de Budapeste*)
- **Intercâmbio de Informações** (Art.º 11º / Art.ºs 25º, 26º e 28º da *Convenção de Budapeste*)

Reforma, em curso, da **Decisão-Quadro**

- **Proposta de Diretiva** do Parlamento Europeu e do Conselho **relativa aos ataques contra os sistemas de informação**, e que revoga a Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho

- **Procedimento legislativo iniciado a 30 de setembro de 2010**
- **Base jurídica, Art.º 83.º n.ºs 1 e 2 do *TFUE***
- **Resposta insuficiente da Decisão-Quadro relativamente às novas ameaças informáticas, sobretudo de caráter terrorista, que montam ataques em massa**
- **Já em 2008, “Os recentes ataques ocorridos na Europa desde a adoção da DQ vieram chamar a atenção para várias ameaças emergentes, em especial a ocorrência de ataques massivos simultâneos contra sistemas de informação e o aumento da utilização das chamadas *botnets* para fins criminosos. Estes ataques não constituíam o centro das atenções quando a DQ foi adoptada. Em resposta a estes acontecimentos, a Comissão irá definir medidas destinadas a encontrar respostas melhores para a ameaça constituída pelas *botnets*.” (*Relatório da Comissão ao Conselho* apresentado nos termos do artigo 12.º da Decisão-Quadro do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação (COM (2008) 448, de 14 de julho de 2008)”**

Conteúdos da *Proposta de Diretiva*:

○ **Novos tipos:**

- **Intercepção ilegal** (Art.º 6º / Art.º 3 da *Convenção de Budapeste*)
- **Produção, venda, aquisição para utilização, importação, distribuição ou outra forma de disponibilizar os dispositivos/instrumentos utilizados para cometer as infracções** (Art. 7º / Art. 6º da *Convenção de Budapeste*)
 - **Recordar o precedente no Art.º 6.º n.º 2 (Obrigações em relação a medidas de carácter tecnológico) da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação**

- Prevê um **reforço das circunstâncias agravantes** (Art. 10º), quando as infrações
 - forem cometidas **recorrendo a um instrumento concebido para lançar ataques que afectem um número significativo de sistemas de informação ou ataques que causem danos consideráveis**, como perturbações de serviços do sistema, custos financeiros ou perda de dados pessoais
 - forem cometidas **mediante a dissimulação da identidade real do seu autor e causando prejuízos ao titular legítimo da identidade**
- Introduce **medidas para melhorar a cooperação em matéria de justiça penal** a nível europeu mediante o reforço da estrutura existente de pontos de contacto disponíveis 24 horas por dia e 7 dias por semana (Art. 14º / Art.º 35º da *Convenção de Budapeste*)

b) A Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil

- “[Tem] por objecto **reduzir as disparidades entre as abordagens jurídicas nos Estados-Membros** e contribuam para o desenvolvimento de uma cooperação eficaz nos domínios policial e judiciário **contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.**”

Os conteúdos da Decisão-Quadro relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil:

- **Tipo penal** previstos:
 - **Infracções relativas à pornografia infantil** (Art.º 3.º / Art.º 9º da *Convenção de Budapeste*)
- **Responsabilidade das pessoas jurídicas** (Art.ºs 6º e 7º/ Art.º 12º da *Convenção de Budapeste*)
- **Punibilidade da instigação, do auxílio e da cumplicidade** (Art.º 4º / Art.º 11º da *Convenção de Budapeste*)
- **Circunstâncias agravantes**, como a especial fragilidade ou imaturidade das vítimas (Art.º 5º)
- **Competência jurisdicional**, ampliada (Art.º 8º / Art.º 22º da *Convenção de Budapeste*)

Entretanto, foi adotada a **Diretiva 2011/92/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, **relativa à luta contra** o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a **pornografia infantil**, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho

- **Especial consideração das crianças pela *Carta dos Direitos Fundamentais da U.E.*** (Art.º 24º n.º 2, agora relevante por força do Art.º 6.º n.º 1 do *TUE*)
- **Novas formas de exploração de pornografia infantil** propiciadas pelo avanço das Tecnologias da Informação e da Informação – v.g. pelo *streaming*
- **Aliciamento de crianças através de sistemas interativos**, nomeadamente pelas Redes Sociais

Quanto aos **conteúdos** desta **Diretiva**, temos:

○ **Novos tipos:**

- **Aliciamento de crianças para fins sexuais (Art.º 6)**
- **Medidas contra sítios da Internet que contenham ou divulguem pornografia infantil (Art.º 25)**
 - a **Diretiva 2000/31/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, **relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação**, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ('**Directiva sobre o comércio eletrónico**'), **trata**, tangencialmente, **da questão**, admitindo **medidas derogatórias relativamente a serviços da sociedade da informação por parte de prestadores localizados em outros Estados-Membros, se estiver em causa a proteção de menores (Art.º 3.º n.º 4)**
- **Inibição decorrente de condenações anteriores (Art.º 10º)**

Ainda

A **Directiva** 2004/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao **respeito dos direitos de propriedade intelectual (Diretiva *Enforcement*)**

Nos *Considerandos*:

“(12) [...] sem meios eficazes para fazer respeitar os direitos da propriedade intelectual, a inovação e a criação são desencorajadas e os investimentos reduzidos. Assim, **é necessário assegurar que o direito material da propriedade intelectual**, hoje em grande parte decorrente do acervo comunitário, **seja efectivamente aplicado na comunidade**. Neste contexto, os meios para fazer respeitar os direitos de propriedade intelectual assumem uma importância capital para o êxito do mercado interno.”

- Com **natureza subsidiária** face às outras Diretivas em matéria de Propriedade Intelectual (Art.º 2.º n.º 2 e n.º 3 alínea a)

Porém, houve uma tentativa de ir mais longe:

- a **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às medidas penais destinadas a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual & Proposta de Decisão-Quadro do Conselho tendo em vista o reforço do quadro penal para a repressão das violações da propriedade intelectual (SEC(2005)848), ambas 12 de julho de 2005**
 - destinadas a complementar a Diretiva *Enforcement*
 - a *duplicação* resultou da diferença de bases jurídicas nos termos dos Tratados

Na Proposta de Diretiva:

- “A presente directiva estabelece as medidas penais necessárias para assegurar o respeito dos direitos de propriedade intelectual” (Art. 1º, n.º 1)

- “Os Estados-Membros tomarão providências para qualificar de infracção penal qualquer violação intencional de um direito de propriedade intelectual cometida a uma escala comercial, bem como a tentativa, a cumplicidade e a instigação relativamente a este tipo de violação” (Art. 3.º)

Na Proposta de Decisão-Quadro:

- “A presente decisão-quadro completa as disposições da Directiva/.../CE, mediante as modalidades das sanções e medidas de cooperação judiciária.” (Art.º 1.º)
- Mas, **na sequência de múltiplas críticas**, como anunciado no *Jornal Oficial* C 252 de 18 de Setembro de 2010, a **Comissão Europeia decidiu retirar as Propostas**
- **Consequentemente, sanções de natureza penal destinadas a efetivar de direitos de propriedade intelectual não integram o Ordenamento da União Europeia**