



## ANALOGIA AOS DELITOS VIRTUAIS COM ÊNFASE NOS DIREITOS HUMANOS

Leonardo André da Mata<sup>1</sup>  
Claudio Jesús Santagati<sup>2</sup>

**RESUMO:** Não há leis para punir todos os tipos de crimes praticados pela internet e, assim, não raras vezes tem sido aplicada a analogia. O objetivo do presente estudo é discutir a aplicação analógica em matéria penal nos crimes virtuais e a violação do princípio da legalidade, com ênfase aos direitos humanos. No que tange às práticas ilícitas que ainda não possuem previsão legal foi visto que para elas, não raras vezes, tem sido aplicada a analogia, o que gera a discussão no que tange à questão da legalidade e da dignidade da pessoa humana, haja vista a disposição penal de que “não há crime sem lei anterior que o defina”. E mais, a disposição principiológica de que a analogia em direito penal só será aplicada a favor do réu. Assim, concluiu-se ser inconstitucional a aplicação da analogia em crimes virtuais, embora não se entenda que esses crimes precisam ser punidos. O fato é que se se abrirem lacunas no ordenamento brasileiro, para violar princípios e leis já estabelecidos e solidificados, a eficácia da lei restará fragilizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes virtuais. Analogia. Legalidade.

## ANALOGY TO VIRTUAL OFFENSES WITH EMPHASIS ON HUMAN RIGHTS

**ABSTRACT:** There are no laws to punish all types of crimes perpetrated over the Internet and in this way, often has been applied to analogy. The aim of this study is to discuss analogy in criminal matters and in cybercrimes violation of the principle of legality with emphasis on human rights. Regarding the illicit practices that do not yet have legal provision was seen that for these, often the analogy has been applied, which leads to the discussion regarding the issue of legality and human dignity, given the available criminal that "there is no crime without a previous law which defines it." Moreover, the principled provision that the analogy in criminal law is applied only in favor of the defendant. Thus, it was found unconstitutional the application of analogy in cybercrime, although we do not understand that these crimes must be punished. The fact is that if we open up gaps in our planning to violate laws and principles already established and solidified the effectiveness of law remains weak.

**KEYWORDS:** Cybercrime. Analogy. Legality.

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Ciências Criminais. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Santa Maria de Buenos Aires, Argentina. Professor titular de Direito Penal e Processo Penal das Faculdades Cathedral – FACISA. E-mail: damata\_adv@hotmail.com.

<sup>2</sup> Advogado. Professor Doutor titular em Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica Argentina. Professor Associado e Chefe do quando dos Direitos Humanos na Universidade Nacional Lomas de Zamora. Professor Associado de Processo Penal da Universidade de Salvador - Paris. Professor de Direito de família e Psicologia Forense da Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica Argentina. Magistrado em exercício do cargo de Defensor Geral Adjunto do Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Província de Buenos Aires, Argentina.



## 1. INTRODUÇÃO

A comunicação estabelecida pela internet anula os limites de espaço e tempo, fazendo nascer uma sociedade de comunicação global, em que, abatidas, hipoteticamente, as fronteiras das nações, das culturas e ideologias, têm surgido novas relações. Essa tecnologia inovadora deixa o mundo menor.

É claro que essa evolução tecnológica não traz somente vantagens. A partir de a cultura instalada pelo casamento entre tecnologia e comunicação, novas maneiras de praticar atos ilícitos também surgiram.

A macrocriminalidade surge como uma teia de relacionamentos ilícitos, em âmbito planetário, rompendo limites territoriais dos países envolvidos, ignorando-se quaisquer soberanias ou tratados e convenções internacionais firmados. Surgem novas técnicas para a prática de crimes tradicionais, bem como novas modalidades de crimes.

O ciberespaço é, hoje em dia, um lugar de cometimento dos mais díspares delitos, seja o comércio ilegal de armas, exploração sexual, tráficos de medicamentos, produtos intelectuais contrafeitos, envio de vírus telemático, enfim, todo tipo de mercancia ilícita é ali praticada.

A celeridade da dinâmica dessa sempre mutante realidade virtual, com o surgimento de novas tecnologias, em interregnos curtos, é fator de causa de perplexidade aos operadores do direito, contudo, ainda que as respostas surjam lentamente, há que se providenciar o cabedal de conhecimentos teóricos para que os fundamentos dessas respostas legiferantes sejam sólidos, técnicos e precisos, evitando-se, a todo custo, a voracidade do direito penal e a normatização de tudo o que se passa no ciberespaço, com reflexos diretos na intimidade e na privacidade dos cidadãos.

E essa foi a razão principal da escolha do tema do presente estudo, considerando que não há tecnologia que tenha se expandido tanto nas últimas décadas como a dos computadores em rede, e que, comparada ao direito, tal evolução não se deu no mesmo compasso. Nesse sentido, não há na legislação brasileira definição específica para punir todos os tipos de crimes praticados pela internet e, assim, não raras vezes tem sido aplicada a analogia em prejuízos dos infratores.

O objetivo do presente estudo é discutir a aplicação analógica em matéria penal, nos crimes virtuais e a violação do principio da legalidade, com ênfase aos direitos humanos, justificando-se, em vista das inúmeras práticas delituosas perpetradas por meio de



computadores que estão crescendo de forma exponencial, enquanto as respostas estatais estão aquém do que se espera, e, quando se aplicam, fazem equivocada interpretação quanto ao princípio da reserva legal, ou seja, dando ênfase à analogia, em prejuízo do infrator, tudo para dar uma resposta à sociedade de sua aplicação, a qualquer custo, mesmo que seja em prejuízo do réu, violando completamente a essência do direito penal.

O direito brasileiro precisa, com mais rapidez possível, acompanhar essa nova realidade da era da sociedade digital, e estabelecer a regulação pertinente, sob pena de, ao responder aos anseios da sociedade, incorrer, conforme será demonstrado na pesquisa, em absoluta injustiça, antes que a internet se transforme em fera indomável.

Assim, antes que a liberdade do homem, sua privacidade e sua paz, bem como o próprio Direito, sejam destruídos, faz-se mister regular e monitorar juridicamente a internet, para que seja evitada qualquer modalidade de interpretação analógica, no intuito de justificar a omissão do estado brasileiro que, para corrigir vício de omissão legislativa, tem-se aplicado analogicamente os delitos virtuais aos comuns tipificados no Código Penal Brasileiro e Legislação Penal Extravagantes.

A precariedade da legislação, aliada à falta de conhecimentos específicos sobre a rede mundial e acerca dos métodos e forma utilizados pelos criminosos, de um lado, e a incessante expansão da Internet e também o permanente avanço da criatividade dos *hackers*, de outro, dificultam sobremaneira a questão da segurança digital. Isso porque, não só através de antivírus, *firewalls*, criptografia, etc., se combate a ação desses *experts*. A falta de regulamentação no que concerne a esse tema também constitui elemento de intranquilidade. Embora esteja sendo aplicada, por exemplo, a legislação comum (Código Penal) a alguns crimes praticados através da rede, o fato é que, em determinadas situações, o grau de ofensa ao bem da vida lesado é de tal monta, que a sociedade clama por penalidades mais severas, veiculadas por meio- de normas específicas, o que no Brasil está caminhando a passos lentos.

É certo que o Direito Penal brasileiro não está totalmente preparado para fazer frente à criminalidade informática. Isso cria uma incerteza na sociedade sobre o que é e o que não é permitido. Na verdade, as mudanças tecnológicas fizeram com que a sociedade da era tecnológica elegeisse novos bens socialmente relevantes, como a informação, a privacidade e o acesso às redes de computadores, mas não se preocuparam em regulamentar esses direitos.

Com o escopo de buscar soluções para toda a problemática dos crimes de informática, há em nossos dias perigosa adaptação dos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal, principalmente o denominado Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º,



inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A interpretação de tal dispositivo nos leva a concluir que a descrição dos delitos de informática há de ser específica e deverá individualizar o comportamento do criminoso, sob pena se não trazer nenhuma garantia real e efetiva.

Em matéria penal, não há como se conceber uma lei demasiadamente genérica. Deve ser tratada, de forma detalhada, a identificação de cada conduta que se tenha como delituosa, evitando-se, assim, a ameaça e a mitigação das liberdades individuais.

## 2. DELITOS ELETRÔNICOS

Os crimes de informática surgiram por meio das experiências que a internet proporciona aos internautas, que começaram a utilizá-la para fins ilícitos, aproveitando desse veículo de expansão mundial e avanços imensuráveis, para a prática de inúmeros crimes compatíveis com a utilização de rede mundial de computadores.

Com os inúmeros casos ilícitos praticados com a utilização da internet, os juristas perceberam que, embora a sociedade evoluísse a ponto de cometer crimes auxiliados pela rede mundial de computadores, não havia legislação específica que pudesse combater frontalmente os autores, em razão da ausência de mecanismos legais que pudessem fundamentar a punição.

Assim, os estudiosos começaram a utilizar interpretações analógicas às normas contidas nos Códigos Penais e nas Legislações Extravagantes já existentes para punir os infratores, com argumento de que a internet é apenas um meio para a prática do crime fim, a exemplo do furto, estelionato, extorsão, pedofilia, entre outros, deixando, da mesma maneira, de punir especificamente a violação de correspondência eletrônica, violação de e-mail pelo empregador, publicações indevidas de comunicações eletrônicas, violação de bancos de dados, envio de vírus e as fraudes realizadas exclusivamente pela internet etc.

No mesmo sentido destacou, em sua obra, “Derecho Penal e Informática”, o doutrinador argentino Eduardo E. Rosende, que “La exigência de Lex stricta, o de máxima taxatividade penal, impone como consecuencia lógica y racional, que los tipos penales no sean aplicados por analogía a conductas distintas.”<sup>3</sup> (ROSENDE, 2007. p. 192)

---

<sup>3</sup> “A exigência de Lei estrita, ou pena máxima taxatividade imposta como lógica e racional, que o criminoso não será aplicada por analogia a comportamentos diferentes.” (ROSENDE, 2007. p. 192)



Todavia, mesmo utilizando a interpretação analógica para acusarem os autores de crimes praticados por meio da internet, inúmeros casos chegam aos tribunais e são julgados improcedentes, justamente por entenderem os magistrados e tribunais que, no direito penal, não é instrumento de aplicação analógica, em prejuízo dos autores do crime, apregoando que não há crime quando não existe legislação anterior que o define, nem possibilidade de aplicação de pena, sem prévia cominação legal, preceito máximo no direito penal mundial, contido no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

Assim, como toda lei nasce para resolver conflitos futuros, para que as pessoas possam viver em harmonia, sempre com intuito de garantir a ordem e a paz social, começaram os estudos sobre as elaborações de leis voltadas aos delitos informáticos.

No nascedouro do estudo, surgiu o primeiro conflito, ou seja, qual seria a melhor definição para os crimes virtuais. No direito brasileiro o legislador pátrio não definiu o conceito de crime, deixou a definição para os estudiosos do direito penal, diferente do Código Penal da República Federativa de 1.890, em que, no art. 7º destacou: “Crime é a violação imputável e culposa da lei penal”. Já o Código Penal do Império (1830), em seu art. 2º § 1º definiu: “Julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrária às leis penais”.

Inúmeras definições foram elaboradas para conceituar a palavra “crime”. O ilustre doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 81), citando outros doutrinadores destaca que: “Crime é o fato humano contrário à lei (Carmignani). Crime é qualquer ação legalmente punível (Maggiore). Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça da pena. (Fragoso). Crime é uma conduta, ação ou omissão contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena. (Pimentel)”.

Aproveitando os conceitos citados anteriormente, ousamos definir o conceito de crime, respeitando as posições em contrário, como sendo ação humana contrária aos dispositivos legais penalizados. Após a definição de crime, passamos a outra etapa, ao conceito de crimes virtuais, denominados por alguns especialistas no assunto como delitos praticados por meio da internet, crimes informáticos, delitos virtuais, crime via internet, crimes tecnológicos, crimes digitais etc...

Diante das denominações citadas, acreditamos ser a mais apropriada a de delitos virtuais, tendo em vista que os mecanismos usados para a prática delituosa são realizados sempre com ajuda da internet. Gustavo Testa Correa (2008, p.44-45), em sua obra “Aspecto Jurídico da Internet”, destacou que: “Os crimes digitais são todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados



ilicitamente, usando para ameaçar ou fraudar, para tal prática é indispensável a utilização de um meio eletrônico.”

Nesse mesmo sentido, Ivette Senise Ferreira (1992, p.141-142), bem definiu o tema com as seguintes colocações: “[...] é toda ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou transmissão”.

Corroborando, Ângela Bittencourt Brasil (2003, p.10), comungando com apenas parte do entendimento dos autores citados, anteriormente, apregoa que “[...] não há nenhuma diferença entre as definições de crime e crime de internet, até porque a fronteira que os separa é apenas o uso do computador interligado a rede da internet com o mesmo fim de lesar direito de outrem”.

Marcelo A. Riquert (2009), em sua obra “Delinquência Informática”, citando a ilustre Professora Brasileira, Rita de Cassia Lopes da Silva, destacou de forma igualitária que:

[...] El derecho penal no puede permanecer ajeno a las nuevas realidades, sostiene que esto no significa reconocer el surgimiento de una rama autónoma, resaltando la imposibilidad de crear toda una nueva estructura teórica sólo porque el hombre conoció un nuevo instrumento para realizar delitos.<sup>4</sup> (RIQUERT, 2009. p. 33)

Embora respeitáveis os conceitos diferenciados, seria mais apropriado o conceito similar entre o crime tradicional e aqueles praticados pela internet, denominados de delitos informáticos, até porque, houve apenas um mecanismo instrumental novo utilizado pelos internautas para prática da infração e não um conceito novo de crime.

Logo, diante das definições e conceitos já citados, definem-se os delitos de internet como sendo aqueles praticados pela ação humana contrária aos dispositivos legais penalizados, usando os meios eletrônicos inerentes à internet. Observa-se que a nossa definição não foge daquela dada anteriormente ao próprio modelo de crime tradicional.

Alguns doutrinadores vão ainda mais longe, a exemplo do Gustavo Eduardo Aboso e María Florenza Zapata (2006), que mencionam:

Por lo general, existe consenso doctrinario y judicial bastante extendido en cuanto a aceptar la nueva categoria de “delitos informaticos”. Así, pues, esta

---

<sup>4</sup> “A lei penal não pode ficar alheia às novas realidades, argumenta que isso não significa reconhecer o surgimento de um ramo autônomo, destacando a impossibilidade para criar um novo quadro teórico todo só porque o homem conhecia uma nova ferramenta para o crime” (RIQUERT, 2009. p. 33)





nueva forma de criminalidad se relaciona directamente, con el uso o la intermediación de un elemento o dato informatizado.<sup>5</sup> (ABOSO; ZAPATA, 2006. p.15)

Partindo do raciocínio dos autores, não se pode negar que existe um setor doutrinário que reconhece o avanço tecnológico que representa a internet, diante dos problemas já apresentados, ou seja, falta de tipificação específica dos delitos, de maneira que o uso generalizado dos sistemas informáticos disparam necessidades próprias para o reconhecimento de um direito penal novo, principalmente diante do novo interesse social digno de proteção, ou seja, as informações e suas transmissões através dos sistemas telemáticos.

### 3. APLICAÇÃO ANALÓGICA EM MATÉRIA PENAL NOS CRIMES VIRTUAIS E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O que se vive, hoje, é a realidade de inúmeras ações serem praticadas com o uso do computador e a indagação no sentido de se saber se essas ações prejudiciais ao convívio social encontram ou não correspondência típica em nossa legislação penal.

A preocupação primeira está na obediência ao princípio constitucional da legalidade. Decorre daí a impossibilidade de se punirem ações que não estejam previstas como fato típico, o que equivale dizer que só podem ser punidos crimes que estejam previamente descritos em lei, em obediência ao referido princípio.

A grande discussão aqui é verificar a possibilidade de serem sanados quaisquer eventuais problemas, atinentes à criminalidade nessa área, por meio das leis que já existem no ordenamento jurídico brasileiro.

Os cidadãos têm interesse na segurança jurídica e direito de saberem quais condutas são objeto de sanção penal, e quais não o são. Há um crescente interesse social na tipificação dos crimes informáticos, o que, indiretamente, pode auxiliar o desenvolvimento da própria tecnologia da informação.

O cerne da questão se prende ao fato de que é princípio penal básico que *nullun crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que assim o defina. Tal

---

<sup>5</sup> “Geralmente, há um consenso e da doutrina judicial bastante difundida em aceitar a nova categoria de “crime”. Assim, esta nova forma de crime está diretamente relacionada com o uso ou a mediação de um item ou dados informatizados.” (ABOSO; ZAPATA, 2006. p.15)



princípio encontra-se esculpido no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>6</sup>, e também se encontra encartado infraconstitucionalmente no art. 1º do Código Penal<sup>7</sup>.

Acrescente-se, ainda, que a analogia não pode ser utilizada para prejudicar o réu. Por esse princípio, qualquer indivíduo só pratica uma conduta tida como crime se a ela assim estiver expressamente tipificada como tal em nosso ordenamento penal vigente. Tem como finalidade a imposição de limites para a discricionariedade punitiva estatal, sendo um verdadeiro corolário da reserva legal.

Como bem salienta o mestre penalista Cezar Roberto Bitencourt (2007):

[...] o princípio da legalidade ou da reserva legal constitui efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal por meio da fórmula latina *nullun crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça; somente os regimes totalitários o têm negado. (BITENCOUR, 2007. p.2.)

Nesse sentido, já corroborava Néelson Hungria (1978, p.22) para quem o referido princípio “[...] antes de ser um critério jurídico-penal, é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado.”

Diante disso, denota-se que para a sua caracterização, o crime necessita de: a) uma tipificação expressa como crime por lei; b) conduta (comissiva ou omissiva); c) que sendo expressa como tal, esteja válida ou apta a surtir efeitos perante todos (*erga omnes*). Diz-se, assim, que é o tipo penal, ou seja, a conduta considerada como atentatória à norma.

Por seu turno, o eminente jurista pátrio Miguel Reale Júnior (1998, p.42), sobre o tema em comento acrescenta que “[...] a tipicidade diferencia e especifica as condutas criminais em seu aspecto objetivo. O tipo constitui apenas e tão-somente a descrição objetiva, não encerrando elementos subjetivos, nem possuindo conteúdo valorativo.”

---

<sup>6</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

<sup>7</sup> “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”





Ainda sobre o princípio da legalidade, ensina Francisco de Assis Toledo (1991) que:

[...] nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei, o tipo delitivo e a pena respectiva constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais [...]. (TOLEDO, 1991. p.21)

A teoria da tipicidade visa classificar as condutas humanas em normas penais proibitivas, ou, como preferem alguns doutrinadores, em normas negativas, incriminando todos os fatos que possam estar desviados de uma conduta aceita socialmente, tendo como paradigma principal, os critérios de censurabilidade da sociedade, formalizando essas ações na legislação criminal. Para os transgressores dessas normas, impõe-se uma sanção penal.

Como já dito e é também sabido no meio jurídico, pelo princípio da legalidade, não se pode reconhecer como crime uma conduta que não encontre plena consonância com a descrição abstrata legal, vedando-se, em nosso sistema, a analogia para incriminar condutas.

O cerne da questão repousa justamente aqui. Em muitos casos, devido à ausência de norma que tipifique tais crimes, têm os Tribunais se socorrido da analogia para o ajustamento da conduta atípica à norma penal, o que, pelo princípio em estudo, onde se assenta o nosso Direito punitivo, é terminantemente proibido.

Em que pesem as considerações de que a lei material penal deve ser interpretada restritivamente, proibindo qualquer interpretação extensiva analógica, tal assertiva não é absoluta, uma vez que se tem reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, interpretação aos delitos virtuais. A título de exemplo: a criminalização do desvio de dinheiro alheio de uma conta corrente, via internet, em benefício próprio ou de terceiro, classificando tal conduta ao tipo penal do crime de furto, diferenciando-se apenas quanto à maneira do agente que pratica o delito, no caso o hacker.

Assim, tipos penais não podem, mediante uma interpretação analógica, abranger situações para as quais eles não foram previstos. Todavia, eles podem ser interpretados de uma maneira extensiva relativa.

A interpretação extensiva, por sua vez, não deve servir de ensejo para que um novo tipo penal seja concebido. Deve haver um limite para a interpretação extensiva, que deve ser aplicada apenas quando o desenvolvimento técnico criar equivalentes contemporâneos



idênticos, sob o ponto de vista funcional, o que nem sempre ocorre em sede de criminalidade informática.

É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se, então, a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis.

Por isso, é de extrema necessidade dar ao estudioso condição de conhecer peculiaridades da informática, que possam auxiliar na aplicação da legislação já existente, destacando sempre que a extensão deve ser de modo relativo, de maneira a não violar a legalidade ou reserva legal.

Há o entendimento de que o Código Penal Brasileiro de 1940 não se presta a solucionar a criminalidade surgida com o sistema informático. Ainda que se tentasse aplicar o crime de estelionato ao acesso de extrato bancário de terceiros, apropriação indébita, ou crime de furto, a dificuldade de punição aos infratores ainda existiria. Três são os pontos de destaque:

[...] a necessidade de cuidado no tentar adaptar as leis já existente aos delitos que tenham sido praticados por intermédio do computador; a existência de casos, cujo uso do computador poderia ser circunstância a provocar aumento de pena; e outros casos em que se vislumbrariam situações novas, nascendo a necessidade de se criar tipo novo. (SILVA, 2003. p. 51.)

Óbvio que a lei deve acompanhar as inovações criadas e experimentadas pela sociedade. Mas, no Brasil, como na maioria dos sistemas jurídicos que têm a lei como fonte principal, o processo legislativo é bem mais lento do que os avanços tecnológicos e as consequências deles. No entanto, nem por isso os operadores jurídicos devem cruzar os braços, ficando no aguardo de providências legislativas compatíveis com a modernidade das técnicas criminosas. Se é possível o encaixe da conduta antissocial a um dispositivo legal em vigor, não deve o aplicador do Direito quedar-se em omissão.

Afirmar que alguém cometeu um fato definido como crime, sem que tal seja verdade, configura delito de calúnia (Código Penal Brasileiro, art. 138), tanto quanto a difusão feita oralmente, ou pelos caminhos da internet. Atacar, a pedradas, o carro de um desafeto constitui crime de dano (Código Penal Brasileiro, art. 183), assim como pratica o mesmo delito o hacker que invade perniciosamente um equipamento de informática alheio, danificando-lhe a



base de dados. Diferente não é com o estelionatário que falsifica a assinatura e o valor de um cheque de terceiro para levantar fundos junto à agência bancária, assim como também é estelionatário quem captura, na internet, os dados de um cartão de crédito titularizado por outra pessoa e, a partir dele faz compras em lojas virtuais, causando grandes prejuízos à primeira (Código Penal Brasileiro, art. 171).

Ao ser utilizado como instrumento para a prática de uma conduta criminosa, podem ocorrer duas situações distintas. Primeiro, o sistema informático pode constituir apenas um novo *modus operandi* para a prática do crime. O direito penal vigente pode enquadrar tais condutas, que poderiam ser praticadas de maneira comparável sem o sistema. Ele já tem uma resposta para esta espécie de crime informático. Segundo, os recursos técnicos de um sistema podem ser utilizados de uma maneira tal que o crime não poderia ser praticado de uma maneira comparável. Para esse tipo de conduta, para a sua punição, requer-se a adoção de novos tipos penais.

O mesmo não pode ser dito quando o sistema informático, bem como os dados por ele armazenados, processados ou transmitidos, constituírem o objeto do crime. Em inúmeros casos, chega-se à conclusão de que a ação lesiva somente poderia ocorrer com a utilização da tecnologia informática, em outros, pode servir tão-somente como meio mais fácil e rápido para a obtenção do resultado.

Nesse sentido, foi a decisão proferida pelo relator, o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no julgamento do *Habeas Corpus* 76689/PB:

Publicação de cena de sexo infanto-juvenil (ECA, art.241), mediante a inserção em rede BBS/Internet de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte. (...) 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo. 3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (STF, HC 76689)



A certeza que se tem nesses casos é a de que a ação necessita de um meio de execução adequado, que é o sistema informático. A indagação que se faz é no sentido de qual o grau de importância dessa tecnologia para a prática da ação.

Em verdade, os crimes de computador são, na maior parte das vezes, os crimes comuns cometidos com o auxílio de um computador, conectado ou não à internet, podendo os crimes de furto, apropriação indébita, estelionato ou dano serem cometidos por esse meio, com consideráveis prejuízos patrimoniais. Entretanto, há algo além de uma nova ferramenta, de um novo *modus operandi* para o cometimento de crimes. Estamos também diante de novas condutas não tipificadas.

Vislumbra-se que uma série de bens jurídicos penalmente tutelados parece ser objeto de criminalidade informática, sem que haja a previsão de uma figura típica específica; são ações efetivadas contra a liberdade individual, o direito à intimidade ou ao sigilo das comunicações, etc. Por outro lado, os dados constantes em um documento eletrônico restam mais desprotegidos que os mesmos dados constantes em um pedaço de papel.

São também objeto de lacuna as fraudes cometidas com a manipulação de dados e programas computadorizados, mediante a adulteração em documentos eletrônicos, provocando danos financeiros.

Alguns bens jurídicos, os objetos tangíveis, já são protegidos pelo direito penal contra qualquer forma de violação. O direito penal vigente já tem uma resposta para a destruição física de um sistema informático (crime de dano, art. 163 CP), ou para a subtração de um *compact disc* (cd), sem nenhum dado nele armazenado (Crime de furto, art. 155 CP).

A situação é diferente para o acesso não autorizado ao sistema informático, ou para a paralisação do funcionamento de um sistema, mediante o apagamento dos seus dados, objetos intangíveis.

Evidencia-se que ações delituosas podem ser praticadas contra o funcionamento de um ou mais computadores, sem que exista uma figura típica para tal conduta, como, por exemplo, a disseminação de vírus de computador, que tem, quase sempre, como objeto único, a destruição de programas e dados de uma máquina ou rede, podendo trazer consequências absurdas, em razão do uso dos e-mails e do acesso à internet.

É adequado aceitar que o novo meio informático traz novos contornos a diversos crimes, que mereciam uma nova proteção penal. Todavia,



[...] difícil é vencer essa barreira, definindo de um lado o que seriam os crimes novos, merecedores de uma nova tipificação, colocando de um outro lado a reforma das figuras penais atualmente existentes, incluindo, nessas, eventuais qualificadoras e agravamentos decorrentes do uso da informática. (LIMA, 2008. p. 30)

Por meio dos mecanismos legais existentes e dos que estão por vir, deve brotar a resistência às condutas criminosas em questão. Todavia, uma legislação adequada também não é o bastante. O aperfeiçoamento dos meios de investigação, o progresso técnico dos profissionais ligados à área de persecução penal, a melhor formação e treinamento dos auxiliares da Justiça e a conscientização dos internautas e usuários constituem elementos essenciais para coibir práticas desonestas no mundo virtual.

Porém, por outro lado, há quem defenda que a criação de tipos penais abertos para as condutas praticadas, no âmbito da informática, seria a solução para esse tipo de problema. A doutrina indica a existência de tipos fechados e de tipos abertos na legislação penal. Os primeiros apresentam descrição completa do modelo de conduta proibida, bastando ao intérprete, na adequação do dispositivo legal ao comportamento humano, verificar a simples correspondência entre ambos. Já os abertos, em razão da ausência de descrição, ou de descrição incompleta, transferem ao intérprete a tarefa de tipificar cada conduta, valendo-se, para tanto, de elementos não integrantes do tipo. Nele, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto.

São hipóteses de crimes de tipo aberto: a) delitos culposos: neles, é preciso estabelecer qual o cuidado objetivo necessário descumprido pelo autor; b) crimes omissivos impróprios: dependem do descumprimento do dever jurídico de agir (Código Penal Brasileiro, art. 13, § 2.º); c) delitos cuja descrição apresenta elementos normativos (“sem justa causa”, “indevidamente”, “astuciosamente”, “decoro”, “dignidade”, “documento”, “funcionário público”, etc.).

Nesses casos, a tipicidade do fato depende da adequação legal ou social do comportamento, a ser investigada pelo julgador, diante das normas de conduta que se encontram fora da definição da figura penal.

Assim, atentando-se para o fato de que a criminalidade informática evolui na mesma (ou até em maior) velocidade que a própria tecnologia, a ausência de criação de tipos penais abertos, transferindo-se ao julgador a adequação legal ou social da conduta, poderá acarretar a



manutenção da impunidade atual, fundamentada na carência de previsão legal específica para essa modalidade de crime.

Uma resposta, ainda que parcial, à criminalidade informática, passa pela elaboração de tipos penais de perigo abstrato, ou mediante a utilização de normas penais em branco, inclusive, para que possam incluir as novas variantes ilícitas que surjam com as constantes evoluções tecnológicas, valendo-se do princípio da proporcionalidade, evitando-se desrespeitar o princípio da legalidade, afastando-se, desse modo, constantes e contínuas reformas legislativas.

#### **4. A ANALOGIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos fundamentais formais e materiais. Os primeiros são “[...] as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal por estarem nela inscritas” (MIRANDA, 2000. p.09). Já os segundos são “[...] pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES, 2009.p.271). Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergue, em seu Título II, Capítulos I e II, artigo 5º e seguintes, um conjunto de direitos fundamentais, constata-se que ela não teve intuito de exauri-los. Isto porque, conforme seu artigo 5º, §2º “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa abertura material do catálogo de direitos fundamentais significa dizer:

[...] que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente – de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, §2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subtendidos naqueles expressamente positivados. (SARLET, 2008. p. 103)

Questão essencial advinda da assertiva acima é a de quais direitos que não estão expressamente previstos no texto constitucional podem ser considerados como fundamentais,





sem que isso leve a uma banalização no seu tratamento. Para responder a essa indagação, apoiado na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2008), aposta-se na conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Para o autor:

[...] o que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados [...]. Assim, o fato é que – e isto temos por certo – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso. (SARLET, 2008, p. 105.)

Para arrematar a problemática sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais, lembra-se que tais direitos “[...] têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores” (MENDES, 2009, p. 271).

O tipo legal é um dos postulados básicos do princípio da reserva legal. Na medida em que a Constituição brasileira consagra expressamente o princípio de que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX), fica outorgada à lei a relevante tarefa de definir, isto é, de descrever os crimes. De fato, não cabe à lei proibir genericamente os delitos, senão descrevê-los, de forma detalhada, delimitando, em termos precisos, o que o ordenamento entende por fato criminoso. Em belíssimo comentário o ilustre doutrinador argentino Claudio Jesús Santagati (2011) teceu comentários ao princípio da legalidade, previsto no art. 14 e 19 da Constituição Federal Argentina, quando destacou que:

Es claro el sentido que muestra también esta norma, al reputar que sólo una ley, tendra legitimación para la reglamentación de un derecho, encontrando así el accionar humano como parâmetro de organización de su conducta, el texto expreso de la norma y no la propia voluntad de los gobernantes. Tal



circunstancia no merece menor reparo, toda vez ello constituye por su esencia un eslabón infranqueable de la Seguridad Jurídica.<sup>8</sup> (SANTAGATI, 2011, p. 207-208)

Continua Claudio Jesús Santagati (2011, p.217), afirmando que o princípio da legalidade deve prevalecer, mesmo durante o estado de exceção, senão vejamos: “El principio de legalidade prevalece durante los estados de excepción dado que esta institución está comprendida dentro del Estado de Derecho y por ello su declaratoria y su duración deben ajustarse a lo previsto em lãs normas nacionales”.<sup>9</sup>

Segundo Cernicchiaro (1991):

Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso. Em outras palavras, a garantia há de ser real, efetiva. Uma lei genérica, amplamente genérica, seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado, efetivamente, o direito de liberdade. Qualquer conduta que conduzisse àquele resultado estaria incluída no rol das infrações penais. Inviável, por exemplo, o tipo que descrevesse: “ofender a honra de alguém” – Pena de “tanto a tanto”. O tipo exerce função de garantia. A tipicidade (relação entre o tipo e a conduta) resulta do princípio da reserva legal. Logicamente, o tipo há de ser preciso para que a ação seja bem identificada. (CERNICCHIARO, 1991. p. 14.)

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma interpretação abstrata, ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir com método e ciência, o justo anseio social.

Com base nessas premissas, deve-se estabelecer uma limitação à eleição de bens jurídicos por parte do legislador, ou seja, não é todo e qualquer interesse que pode ser

---

<sup>8</sup> “É evidente que a sensação de que também é padrão, como considerando que só uma lei, deve ter o direito de regulamentação de um direito, assim que encontrar a ação humana como um parâmetro de comportamento organizacional, a linguagem expressa da regra e não a própria vontade dos governantes. Esta circunstância não merece dúvidas, uma vez que constitui a essência ligação intransponível da segurança jurídica.” (SANTAGATI, 2011, p. 207-208)

<sup>9</sup> “O princípio da legalidade prevalece durante estados de emergência como esta instituição se enquadra no Estado de Direito e, portanto, a sua declaração e sua duração deve obedecer às normas nacionais.” (SANTAGATI, 2011, p. 217.)



selecionado para ser defendido pelo Direito Penal, mas tão somente aquele reconhecido e valorado pelo Direito, de acordo com seus princípios fundamentais.

O tipo penal está sujeito a um permanente controle prévio, no sentido de que o legislador deve guiar-se pelos valores consagrados pela dialética social, cultural e histórica, conformada ao espírito da Constituição, e a um controle posterior, estando sujeito ao controle de constitucionalidade concentrado e difuso.

Segundo Capez (2006, p.12), “[...] a função da norma é a proteção de bens jurídicos a partir da solução dos conflitos sociais, razão pela qual a conduta somente será considerada típica se criar uma situação de real perigo para a coletividade”.

O professor Damásio de Jesus (2000), com propriedade, anota que são quatro as funções do exame do bem jurídico tutelado. Diz o festejado penalista que:

[...] a primeira função é a sistemática, pois serve de amparo para o enquadramento do delito na Parte Especial do Código Penal (crimes contra a vida, contra o patrimônio etc.). A segunda função é servir de guia de interpretação, visto que incumbe ao intérprete determinar a extensão da incriminação da norma. A terceira função é de critério de medida da pena, pois a conduta é perquirida segundo aspectos qualitativos e quantitativos em frente do bem jurídico tutelado. A quarta e última função é servir de critério de configuração de institutos, tais como as figuras de exclusão de antijuridicidade. (JESUS, 2000.p.20)

Neste particular, importa frisar que, de acordo com a evolução do Direito Penal, não se tolera mais a perquirição da caracterização do delito, levando-se em conta a Teoria Pura do Direito, que teve seu reconhecido valor. Atualmente, é indiscutível que o crime é um problema social e, em razão disso, só devem ser consideradas como tal as condutas mais relevantes e preocupantes ao Estado, sob o ponto de vista da Política Criminal.

## 5. CONCLUSÃO

Na era da informação em que vivemos, as tecnologias proporcionam, ao mesmo tempo, prosperidades e perigos. Conectam-nos como nunca antes e são vitais para a nossa atual concepção de sociedade e moldam o estilo de vida com o qual nos acostumamos. Todos e tudo estão interligados, mesmo que esse fato não seja do nosso conhecimento. Desde o simples ato de sair de casa para ir ao trabalho, até o tomar um copo de água, passando pelo



pagamento de contas, ou o andar pelas calçadas de uma grande cidade. Não podemos mais nos desvincular da rede que entremeia nosso dia a dia, ao ponto de não conseguirmos distinguir o virtual do real, partindo do pressuposto de que existe uma diferença entre essas duas facetas.

A sociedade da informação trouxe consigo a efetiva aplicação das dimensões de direitos fundamentais, entre elas a quarta dimensão, com a globalização, na ideia de interligação e expansão das fronteiras da sociedade, e a quinta dimensão, com o direito à informação, elevado a um patamar nunca antes vislumbrando. Vislumbra-se agora uma nova dificuldade, que seria como garantir o direito à informação correta e fidedigna, dentro do mar de informações que nos são disponibilizadas.

No âmbito brasileiro, a legislação atual já cobre algumas das condutas ilícitas perpetradas através de meios eletrônicos. Mas a velocidade com que a sociedade da informação se reformula é exponencialmente maior do que a impressa por nossos representantes do Poder Legislativo. Novas práticas surgem, a cada dia, e desafiam os profissionais que atuam nesse setor. Para isso, projetos de lei estão em andamento para suprir as lacunas ainda existentes, inclusive utilizando-se da característica colaborativa da grande rede para promover a discussão com a população e perpetrar o caráter democrático do processo legislativo.

No que tange às práticas ilícitas que ainda não possuem previsão legal, não raras vezes tem sido aplicada a analogia, o que gera a discussão no que se refere à questão da legalidade e da dignidade da pessoa humana, haja vista a disposição penal de que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina”. E mais, a disposição principiológica de que a analogia em direito penal só será aplicada a favor do réu.

Assim, é equivocada a aplicação da analogia em crimes virtuais. O fato é que, se abrimos lacunas em nosso ordenamento para violar princípios e leis já estabelecidos e solidificados, a eficácia da lei restará fragilizada.

Dessa forma, é preciso trabalhar em prol de instituir a previsão legal dos crimes virtuais. Políticas públicas de combates a crimes eletrônicos devem levar em consideração as características basais da grande rede e o respeito a direitos fundamentais, neutralidade, fragmentação, colaboração, libertação.

Privacidade, intimidade e sigilo não podem ser afastados, pelo contrário, devem funcionar como norte interpretativo na atuação do Poder Público em qualquer âmbito que envolva a internet, a sociedade moderna e as tecnologias da informação. Cooperação com



todos os setores deve ser o emblema de qualquer iniciativa sobre a temática. Tendo isso em foco, e a concepção de que é necessária uma atuação conjunta das entidades públicas, privadas e de todos os indivíduos, poder-se-á agir, de forma equânime, quanto à prevenção e combate a todas as modalidades que existam, ou, que porventura, venham a existir, de crimes eletrônicos.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florenza. **Cibercriminalidad y Derecho Penal**. 1ª ed. Mondivideo: B de F Ltda., 2006.

ALBURQUERQUE, Roberto Chancon de. **A criminalidade informática**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BITENCOUR, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª. ed. São Paul: Saraiva, 2007.

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

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Coleção de Leis do Brasil de 31.12.1890. v. 10. p. 2664.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei n.º 16, de 16 de dezembro de 1830. Promulga o Código Criminal do Império do Brasil. Coleção de Leis do Brasil. v.10.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76689/PB, Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, DF, 22 set. 1998. Lex: jurisprudência do STF e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 11, n. 104, p. 244-252, mar. 1999.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2ª, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CORREA, Gustavo Testa. **Aspecto Jurídico da Internet**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



ROSENDE, Eduardo E. **Derecho Penal e Informáticas**. 1ª ed. Buenos Aire: Fabían J. Di Plácido, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v.I.

FERREIRA, Ivette Senise. **Crime de Informática, in Estudos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

JESUS, Damásio E. de, **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. Campinas: Millenium, 2008.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e internet, aspectos jurídicos relevantes**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRABETE, Julio Fabiani; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RIQUERT, Marcelo A. **Delincuencia Informatica, En Argentina y el Mercosur**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.

SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de Derecho Humanos**. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Rev. Atual, Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVESTRE, Paulo. **Crimes digitais fazem mais dinheiro que drogas**. Revista INFO, nov. 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.