

## 12 CRIMES ELETRÔNICOS E VIRTUAIS

### 12.1 O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

As sociedades humanas, em todas as épocas, foram marcadas por uma característica em comum: a ocorrência de crimes, fatos reprováveis, ofensivos de bens jurídicos relevante para o grupo social, que demandavam a imposição de um castigo ao infrator. A clássica concepção de crime o considera como uma conduta típica, antijurídica e culpável.

A par dessa noção, o Direito Penal pátrio é orientado por um princípio primordial denominado “princípio da reserva legal”. A ordem constitucional vigente o exibe no art. 5º, XXXIX, com o seguinte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O Código Penal, recepcionado pela Carta Magna de 1988, praticamente repete o comando: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. O princípio em comento também é conhecido como princípio da legalidade dos delitos e das penas.

De acordo com FRAGOSO (1971, p. 6-7):

O art. 1º do nosso Código Penal fixa a exigência de anterioridade da lei para a definição de crimes e a cominação de pena. A anterioridade de que aqui se cogita é relativa ao fato e não ao julgamento, como é óbvio.

Vale dizer que somente serão puníveis aquelas condutas reprováveis que estiverem expressa e precisamente previstas em lei, não se admitindo o alargamento do tipo penal para abarcar situações originalmente não previstas. Ou seja, a lei penal se interpreta restritivamente. Nesse liame, JESUS (1999, p. 4), aduz que o princípio da reserva legal “impõe certeza na descrição das normas penais incriminadoras. A definição dos crimes e contravenções não pode ser vaga, incerta e duvidosa ou indeterminada”.

O princípio da reserva legal, assim, apresenta-se sobre várias dimensões, valendo transcrever os perspicazes ensinamentos de FRAGOSO (1971, p. 7-8) sobre o tema:

a) por força dessa regra basilar, é inadmissível a retroatividade da lei penal. Historicamente, o princípio da reserva legal surgiu para proibir a

retroatividade, como vimos.

(...)

b) em segundo lugar, estabelece esse princípio que não há crime nem pena sem lei escrita (*nullum crimen poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.

c) proíbe ainda o princípio da legalidade o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras.

Com efeito, o princípio da reserva legal deve ser aplicado com firmeza, dado que o jurisdicionado não pode ficar suscetível de incriminação ao livre alvedrio do intérprete da lei. É mesmo um reflexo do brocardo “*in dubio pro reo*”, pois na dúvida da interpretação de uma norma incriminadora, prevalecerá, sempre, a solução que não incrimine o acusado, pois o resultado será a atipicidade penal da conduta. Nesse sentido, a seguinte jurisprudência:

TÓXICO - INCENTIVO AO USO - CAMISETA COM ESTAMPA SIMILAR À DE UMA FOLHA DE CANNABIS SATIVA LINEU - ATIPICIDADE - ART. 12, § 2º, III, DA LEI Nº 6.368/76 - INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL - INADMISSIBILIDADE - O uso de uma camiseta, com estampa de um cantor de reggae e uma folha semelhante à uma folha de *Cannabis sativa lineu*, não caracteriza o crime do artigo 12, § 2º, III, da Lei nº 6.368/76, **impondo-se a absolvição do acusado pela atipicidade de sua conduta**, devendo tal dispositivo, que, embora demande interpretação analógica, ser usado com cautela, como toda interpretação extensiva, incriminatória, para não ferir o **princípio da reserva legal**, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da CF e no art. 1º do CP. (TJMG - ACrim. 179.707-5/00 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Roney Oliveira - DJMG 22.12.2000) [grifou-se].

Assim deve ser, aliás, porque o direito de punir conferido ao Estado encontra limites nos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente (art. 5º, Constituição Federal de 1988).

### 12.2 A VEDAÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

Reflexo direto do princípio da reserva legal

é a vedação de analogia *in malam partem*, ou seja, interpretação que de qualquer forma prejudique o agente ao qual se imputa o cometimento de um delito.

Ensina FRAGOSO (1971, p. 8) que “a aplicação analógica compromete a segurança jurídica do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal”.

Significa dizer que a partir de determinada hipótese criminosa, ou seja, de um tipo penal encerrado na lei, não se pode em situações semelhantes invocar a aplicação da referida lei e imputar como crime. Não é possível utilizar-se da analogia para criar novos tipos penais ou conceber penas que não estejam expressa e taxativamente previstas em lei.

Adverte FRAGOSO (1971, p. 9), entretanto, que “a analogia é admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu (analogia *in bonam partem*)”.

Caminho análogo é trilhado pela jurisprudência, conforme:

FURTO - Agente que faz ligação clandestina para receber sinal de TV a cabo - Caracterização - Não ocorrência: - A conduta do agente que faz ligação clandestina para receber sinal de TV a cabo **não se enquadra na tipicidade do § 3º do art. 155 do CP**. Cuida-se de mero ilícito civil que não pode ser combatido no âmbito criminal, por aplicação de **analogia in malam partem**. (TACRIMSP - Ap. 1.341.233/4 - São Paulo - 5ª Câ. - Rel. Juiz Octavio Helene - J. 08.09.2003) [grifou-se].

RECURSO DE AGRAVO - Concessão de remição de pena por estudo - aplicação do art. 126 da lei de execuções penais - **analogia "in bonam partem" - admissibilidade** - atividade que guarda nítida semelhança com o trabalho - ambas visam atingir os objetivos da "lep" - ressocialização e transformação do condenado - recurso desprovido. (TJPR - PROC. 314527100 - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Waldomiro Namur - J. 15.12.2005) [grifou-se].

Em remate, no sistema jurídico penal pátrio, à luz do princípio da reserva legal e dos direitos e garantias individuais assegurados pela constituição, é decididamente vedada a analogia *in malam partem*, que de qualquer forma incrimine, aumente ou crie pena, ou cause gravames ao acusado. De outra ponta, a analogia *in bonam partem* é receptível, conquanto amoldada aos fins sociais e ao objetivo fundante do moderno direito penal, qual seja a ressocialização do apenado.

## 12.3 SOBE OS CRIMES ELETRÔNICOS E VIRTUAIS

De plano, ALMEIDA FILHO e CASTRO (2005, p. 179) suscitam uma dúvida:

Tendo em vista a conceituação clássica de crime como sendo a conduta típica, antijurídica e culpável, aliado ao princípio da reserva legal – *nullum crimen, nulla poena sine lege* –, como enquadrar delitos tão novos como os praticados pela Internet?

O questionamento dos autores tem fundamento, vez que, como apreendido, **é vedada a analogia que incrimine uma situação não prevista na lei**. Nessa raia, entretanto, é preciso ver que os crimes eletrônicos e virtuais podem ser divididos em duas grandes parcelas: os crimes que apenas utilizam os instrumentos informática para sua consecução, e, os crimes que somente se praticam no ambiente virtual.

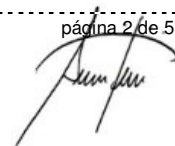
De acordo com o pensamento de PINHEIRO (2006),

O crime virtual é, em princípio, um crime de meio, ou seja, utiliza-se de um meio virtual. Não é um crime de fim, por natureza, ou seja, aquele cuja modalidade só ocorra em ambiente virtual, à exceção dos crimes cometidos por *hackers*, mas que de algum modo podem ser enquadrados na categoria de estelionato, extorsão, falsidade ideológica, fraude, entre outros. Isso que dizer que o meio de materialização da conduta criminosa é que é virtual, não o crime.

Com a razão a supracitada autora, porém até certo ponto. É evidente que muitos crimes cometidos através da Internet, com o uso de software e equipamentos de informática e eletrônica, nada mais são do que os mesmos crimes já previstos na legislação penal, que unicamente se perpetraram por meios informáticos. Nestes casos, não se está procedendo analogia *in malam partem*, pois não há criação de um novo delito; o delito é o mesmo (fraude, furto, estelionato), o que muda é o meio de sua realização e consumação.

PINHEIRO (2006), assegura que “a maioria dos crimes cometidos na rede ocorre também no mundo real. A Internet surge apenas como um facilitador, principalmente pelo anonimato que proporciona”. Todavia, a melhor compreensão do princípio da reserva legal mostra que essa linha de pensamento esboçada é demasiadamente perigosa e facilita, desmedidamente, a incriminação de condutas que a lei penal não pretendeu considerar com crime.

Mostra-se razoável, no entanto, propor uma



classificação dos crimes eletrônicos a partir do papel do computador e demais tecnologias de informática no ilícito, com o que se passa a admitir o seguinte<sup>1</sup>:

a) *computador, softwares e arquivos eletrônicos como alvo*: quando a própria máquina ou as informações que ela concentra e processa são o “bem jurídico” visado e ofendido. Ex.: contaminação por vírus, sabotagem do sistema, destruição ou invasão de bancos de dados, cópia indevida de informações, espionagem industrial, etc.

b) *computador, softwares e arquivos eletrônicos como instrumentos do crime*: grosso modo o crime (tipo penal) pode ser praticado de outras maneiras, mas as tecnologias de informática apresentam-se como meio facilitado e eficaz de consumação do delito. Ex.: fraude em contas correntes, desvio e transferências não-autorizadas de valores, divulgação e exploração de pornografia infantil;

c) *crime associado ao computador, software ou arquivos eletrônicos*: os aparatos de informática, bem como os softwares e os dados armazenados eletronicamente passam a ser o objeto e o resultado do crime. Ex.: pirataria de software, falsificação de softwares, comércio ilegal de equipamentos e softwares.

Como bem percebem ALMEIDA FILHO e CASTRO (2005, p. 181), “quando estamos analisando crimes perpetrados pela rede internacional de computadores, encontramos um grande impasse, que é o relativo à tipificação legal”. Com efeito, a tipificação penal é um mecanismo inarredável no estudo e aplicação do Direito Penal, e, como tal, não seria negada sua observância também aos pretendidos crimes eletrônicos e virtuais. De acordo com REALE JÚNIOR apud TERCEIRO (2002):

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.

O não enquadramento de determinada conduta, ainda que reprovável e cause ofensa material a determinado bem jurídico, resulta na atipicidade do fato, do que incorre sua não incriminação e, assim, a isenção de punição. Nesse contexto, exemplifica TERCEIRO (2002), que

“pela exegese do princípio penal da legalidade, os crimes praticados atualmente pelos *hackers*, são isentos de punição” [grifo no original].

A doutrina expõe as apreensões quanto à dificuldade de se tentar amoldar as condutas praticadas por meios das tecnologias de informática aos tipos penais previstos nas leis penais, conforme:

Um exemplo de crime atual que gera polêmica é o furto de dados. Dado que o art. 155 do Código Penal define furto como ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’, a questão que se coloca e tem que ver com interpretação da doutrina é se seria possível tipificar a conduta de levar dados da empresa, mas deixá-los eles também, ou seja, sem eliminá-los ou apaga-los. Desse modo, não haveria indisponibilidade do bem, o que se entende como requisito de subtração<sup>2</sup>.

Em tempo, é preciso recordar que os crimes eletrônicos e virtuais podem ocorrer com nuances distintas: apenas se utilizando dos meios informáticos para sua prática ou, de outra maneira, quando o ambiente virtual é o próprio meio de perpetração e bem jurídico ofendido.

Para ilustrar, adote-se o tipo penal do estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, com o seguinte conteúdo:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º Nas mesmas penas incorre quem:

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

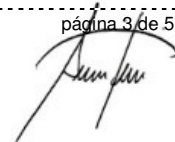
III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com

<sup>1</sup> Com base na proposta de Robson Ferreira, apud PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 250-251.

<sup>2</sup> PINHEIRO, 2007, p. 266.



o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

A toda evidência, um dos crimes mais freqüentes praticados na Internet é o estelionato. ALMEIDA FILHO e CASTRO (2005, p. 183) sustentam que “o estelionato virtual é uma forma crescente de enganar pessoas de boa-fé”. Mas, ainda que praticado via Internet, o estelionato não ganha nova natureza e não se constitui em um novo tipo penal. Mesmo que se o denomine de “estelionato virtual”, no fundo nunca deixou de ser ato tendente a obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro artifício ou meio fraudulento.

A essas espécies de delitos, bem se aplica o entendimento de PINHEIRO (2006):

A maioria dos crimes cometidos na rede ocorre também no mundo real. A Internet surge apenas como um facilitador, principalmente pelo anonimato que proporciona. Portanto, as questões quanto ao conceito de crime, delito, ato e efeito são as mesmas, quer sejam aplicadas para o Direito Penal, quer para o Direito Penal Digital.

Fale-se, ainda, da pornografia infantil e a “pedofilia”, que não são fenômenos nascidos com a Internet ou meios informáticos, mas estes tiveram o condão de tornar a prática exponencialmente acelerada, facilitou a comunicação entre seus praticantes, possibilitando a formação de quadrilhas inclusive, além de a explosão do consumo de máquinas e câmeras digitais, aliadas aos softwares de gravação e manipulação, terem tornado simples a instrumentalização e a feitura dos atos preparatórios para a consumação dessas figuras delituosas. ALMEIDA FILHO e CASTRO (2005, p. 183) informam que “os maiores crimes, contudo, por mais lamentável que seja, dizem respeito a menores - pedofilia, sexo explícito, atentado violento ao pudor. E tudo isto distribuído pela rede”.

Uma ressalva, no particular, deve ser feita. Técnica e juridicamente, **pedofilia não é crime!** Explica-se:

*Pedofilia* é a qualidade ou sentimento de pedófilo (derivado do grego *paidóphilos* e que

significa aquele que gosta de crianças). Tais designações são impróprias, posto não existir, no nosso ordenamento jurídico penal, os *nomen juris*, pornografia infantil e pedofilia<sup>3</sup>.

Em verdade, estas condutas estão incluídas no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), com a seguinte redação:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, **inclusive rede mundial de computadores ou internet**, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;

II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo;

III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.

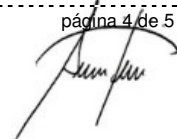
Noutro norte, porém, e é preciso aceitá-lo, crimes há que somente se praticam pelos meios informáticos, em ambiente virtual e atingem, ao mesmo tempo, bens jurídicos virtuais. AZEREDO (2006, p. 3) explana:

A evolução das tecnologias relacionadas à produção, ao processamento, ao armazenamento e à difusão da informação tem ocorrido com muita velocidade, gerando lacunas no ordenamento jurídico vigente.

A existência dessas lacunas tem motivado a proliferação de casos de fraudes e de danos ao patrimônio e danos morais de agentes públicos e privados. Estima-se que bilhões de reais já foram desviados de contas bancárias de pessoas físicas ou jurídicas em decorrência da atuação indevida de especialistas da área. Além disso, a violação de bases de dados mantidas em meio eletrônico tem provocado danos de grande monta pelo roubo de informações pessoais.

Não é dado esquivar-se que, hodiernamente, existem crimes que nasceram com os meios informáticos e a Internet. Tome-se como exemplo emblemático para explicitar crimes genuinamente

<sup>3</sup> INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Crimes na internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 45.



virtuais, diferentes do tipo penal tradicional, o delito de furto. O Código penal, em seu art. 155, prevê que constitui furto “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. É inegável, também, aceitar que ocorrem furtos no ambiente virtual, sobretudo quando em voga a espionagem industrial e comercial. Pense-se no furto de um arquivo de texto, um código de um software em desenvolvimento, um banco de dados, etc.

As dificuldades começam na tentativa de transplantar o furto tradicional (material) para o ambiente virtual. O furto cuida da subtração de coisa móvel. O vocabulário subtrair expressa a idéia de “tirar às escondidas, ou com fraude”. O tipo penal em comento exige, ainda, que o objeto do furto seja coisa alheia móvel. Com recurso ao Código Civil, extrai-se que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (art. 82).

O furto pressupõe, primeiramente, que a vítima seja despossada do bem, que é sorrateiramente transferido à posse do agente criminoso. Todavia, o furto virtual revela-se mais numa duplicação, numa cópia, do arquivo original, de modo que a “vítima” não é destituída do mesmo e, assim, tanto o sujeito ativo quando o sujeito passivo do delito em tela permanecem na posse do mesmo e idêntico bem (o arquivo eletrônico), situação inimaginável no furto como tradicionalmente conhecido.

Fale-se, ainda, dos vírus de computador, códigos maliciosos que deterioram, prejudicam e por vezes tornam imprestáveis sistemas e arquivos, causando enormes prejuízos financeiros. Nesse contexto, convém conhecer o teor do Projeto de Lei n. 76/2000, que intenta tipificar crimes cometidos com o uso de computadores e meios informáticos, cominando-lhes penas e que em determinado ponto prevê o crime de disseminação de vírus de computadores, *in verbis*:

#### **Dano por Difusão de Vírus Eletrônico**

Art. 163-A. Criar, inserir ou difundir vírus em dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, com a finalidade de destruí-lo, inutilizá-lo ou dificultar-lhe o funcionamento.

Penal: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa [grifo no original].

O aludido projeto de lei, como se vê, equipara ao crime de dano (art. 163, CP<sup>4</sup>) as várias condutas afeitas aos códigos maliciosos denominados vírus de computador.

No atual panorama, PINHEIRO (2006)

aponta como delitos virtuais e eletrônicos:

- Acesso indevido;
- Furto de informações;
- Fraude eletrônica e falsificação de identidade;
- Dano aos dados e informações arquivadas;
- Espionagem para obtenção de segredos industriais [e] comerciais;
- Pornografia / pedofilia;
- Violação do direito autoral ;
- Interceptação indevida de informação;
- Pirataria de marca, texto, áudio, vídeo, musica.

A necessidade de legislação específica que dê o adequado tratamento aos crimes eletrônicos e virtuais é enfatizada por AZEREDO (2006), sob a justificativa de que

A sociedade clama por medidas eficazes no combate ao crime cibernético. Não é mais possível que divergências hermenêuticas acerca da possível aplicabilidade das nossas normas jurídicas a esse tipo de conduta continuem a impedir a punição de condutas extremamente nocivas ao País.

É certo que, de qualquer forma, face ao princípio da reserva legal e da vedação à analogia *in malam partem*, faz-se imperioso estarem todas as condutas praticadas por meios informáticos e em ambientes virtuais que se pretende criminalizar, descritas de forma esmiuçada em lei, pois, do contrário, há se deparar com uma série de condutas atípicas.

#### 12.4 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Ainda que aflore acirrada cizânia acerca da tipificação e punição dos crimes eletrônicos e virtuais, o Judiciário já tem sido surpreendido com questões dessa natureza, e a elas, dado que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (art. 126, CPC), têm emprestado seu posicionamento, que se pode notar no julgado a seguir relacionado:

PRISÃO PREVENTIVA. RÉU. CRIME ORGANIZADO. FURTO QUALIFICADO. DESVIO. DINHEIRO. INTERNET. LEGALIDADE. Não é ilegal a decretação da prisão preventiva contra réu nos crimes de furto qualificado e de quadrilha organizada, cujo *modus operandi* - desvios, via Internet, de dinheiro subtraído de contas corrente - bem como o número de pessoas envolvidas na prática do delito, demonstram a sua potencialidade lesiva. (TJDF – HC20050020078663 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Sérgio Bittencourt - J. 13.10.2005).

<sup>4</sup> “Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”.

