

ESTUPRO VIRTUAL À LUZ DO ATUAL SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Matheus Santos do Nascimento¹

Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

O presente artigo visa esclarecer e demonstrar a debilidade na adequação do chamado estupro virtual ao tipo penal explicitado no Art. 213, do Código Penal, analisando o diálogo entre a jurisprudência brasileira e a doutrina penalista e constitucionalista quanto ao tema, levando em consideração, sobretudo, a marca de um contexto social sedento pela punição desmedida do indivíduo, evidenciada pela adoção social da teoria do direito penal do inimigo, negligenciando, cada vez mais os institutos garantistas tão caros ao homem durante a história marcada durante os séculos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Estupro virtual. Sextorsão. Art. 213, do Código Penal.

ABSTRACT

The presente paper aims to clarify and demonstrate the weakness in the adequacy of the so-called virtual rape to the criminal type explained in Article 213 of the Criminal Code, analyzing the dialogue between the brazilian jurisprudence and the criminalist and constitutionalist doctrine to the subject, leading in particular, a mark of a social context thirsty for the excessive punishment of the individual, evidenced by the social adoption of the enemy criminal law, neglecting more and more the institutes guaranteed so expensive to the man during a history marked by the centuries.

Keywords: Criminal Law. Virtual Rape. Sextortion. Art. 213, Brazilian Criminal Code.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). matheus_sam92@hotmail.com

² Professor orientador especialista em criminologia, Direito e Processo Penal. sandresson1@hotmail.com

O mundo vem sofrendo por transformações culturais cada vez mais latentes, corroboradas pela intensa massificação e transporte de informações em tempo real. A sociedade, agente transformador e objeto de transformação, mal pode adaptar-se ao modelo cultural vigente sendo rapidamente substituída.

É o que o Sociólogo Polonês Zygmunt Bauman, um dos maiores sociólogos do século corrente, chama de modernidade líquida, ocasião em que nos leva a compreender a velocidade dos acontecimentos sociais, sobretudo, dos comportamentos que mal acabam de se assentarem, já ganham nova dinâmica, assim, preleciona o mestre:

Em primeiro lugar, a passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um “projeto de vida” individual. (BAUMAN, 2007, p. 7)

Assim, tendo em vista ser o direito uma realidade social, criado pela e para a sociedade, levando em consideração o louvável ensinamento do aludido secular sociólogo, a velocidade pela qual os fatos se desencadeiam, o nosso sistema jurídico não consegue, em partes, acompanhá-lo, afinal, nosso sistema prematuro e sólido, é recipiente que não consegue conter, em segurança, a fluidez dos fatos sociais, que acabam esvaindo-se, escapando algumas condutas humanas, de nosso imperfeito, diga-se sem reprimendas, legislador.

Diante de tal situação, vivemos o verdadeiro Direito Penal do Inimigo, conceito (Feindstrafrecht) criado pelo jurista alemão Günter Jakobs. Não pode o operador do direito se furtar à aplicação estrita da norma prevista, tão somente pelo fato de que os fatos sociais evoluíram e nosso Código Penal foi criado há 57 anos atrás.

Diante disto, por mais vil e vergastável seja o cometimento do estupro dito “virtual”, não pode o julgador, em hipótese alguma, sem previsão legal, considerar como crime conduta não prevista em lei. Estado Democrático de Direito em que se permite tal raciocínio, não pode figurar-se como tal, diante da insustentável legitimidade jurídica em que o Estado se furta de assegurar a mínima segurança jurídica aos seus administrados.

Assim, diante de raciocínios tais, cabe ao legislador, a *novatio legis* incriminadora, de modo a individualizar e prever as condutas criminosas retribuindo punitivamente o agente, educando-o para que não mais venha a ser controlado pela força cogente limitadora estatal diante das condutas tidas como criminosas.

2. A sexualidade e o homem

Analisando o histórico da evolução da vida dos seres vivos, vários são os pontos considerados como chave para o sucesso na cadeia evolutiva: inovação genética, alimentação, estabilização celular, dentre outras formas mais complexas de organização do ser, de forma a criar os instintos naturais existentes nos seres vivos mais complexos. A sexualidade é um desses instintos naturais, podendo ser considerado um dos principais responsáveis pela evolução das espécies, isso por um simples fato: os animais que tendem a se relacionar sexualmente com outros, tendem a misturar seus códigos genéticos entre si, gerando um indivíduo completamente diferente daqueles anteriores, fazendo parte daquilo que é chamado de mutação.

Com os seres humanos não poderia ser diferente, aliado ao fato de o ser humano estar dentre aqueles que sentem prazer no momento da relação sexual, os seres humanos primitivos, também finalizavam a reprodução, instintivamente, no intuito de haver a reprodução da espécie.

Ao correr dos séculos a sexualidade foi deixando ser meramente instinto de reprodução para ser vinculado a ideia de prazer, sendo, talvez, a última preocupação dos indivíduos cada vez mais inovadores no campo da sexualidade, a finalidade meramente reprodutiva, principalmente, levando-se em consideração a sociedade grega, considerada a sociedade que escancarou as portas da sexualidade, assim, prevalecendo-se o prazer em detrimento à reprodução.

Podemos assentar que no século XX, o sexo começa a ficar cada vez menos problematizado, sobretudo, pela inserção da mulher no mercado de trabalho e pela

possibilidade de esta imprimir suas vontades sexuais, anteriormente, reprimida em todas as formas e maneiras possíveis.

Assim, a postura vitoriana quanto ao sexo começou a ser desconstruída a partir desse marco histórico, podendo ser considerado, o "*boom*" da sexualidade moderna, tomando, a sexualidade, rumos demasiadamente diversos àqueles até então vivenciados pela cultura social em vigência. Ademais, somado a nova postura sexual dos indivíduos com o advento da revolução industrial, a América, especialmente, importou posturas e novas concepções acerca da sexualidade

Iniciou-se ao redor do globo, sobremaneira, da cúpula do governo norte americano, a preocupação com as repercussões negativas (ainda que sob justificativas desarrazoadas) da sexualidade desenfreada.

Nos Estados Unidos da América, no ano de 1873, visando uma limitação a mutação cultural pela qual a sexualidade sofre na época, cria-se a Lei de Comstock, verdadeira limitadora da liberdade, sobretudo, tipificando como ilegal o envio e/ou recebimento de qualquer material considerado como lascivo ou obsceno via correios, ato esse, o início da propagação da *agenda* moralista adotada pelo governo americano quanto ao assunto.

No fim, a moralidade sexual vitoriana foi cada vez mais sendo deixada de lado, efetivando o sexo como função natural, mitigando a suposta moralidade pela qual o sexo estava atrelado.

Contudo, as proibições à violação sexual volitiva, desde as remotas ordenações jurídicas da antiguidade, encontraram alguma previsão visando a afastabilidade, ainda que demasiadamente prematura, como é o caso do Código de Hamurábi, de tal ato atentatório contra a dignidade e liberdade sexual do indivíduo (primeiramente a das mulheres), sendo devidamente analisada em momento oportuno.

3. DA RUPTURA DA VOLITIVIDADE SEXUAL NO DIREITO

O estupro como conduta criminosa é praticamente tipificado por todos os ordenamentos jurídicos modernos, aliás, pode ser encontrado não apenas nas ordenações jurídicas mais atuais, mas desde o momento que os grupos humanos começaram a, minimamente, se organizar com certo grau de civilidade.

Especialmente na legislação criminal tupiniquim, a evolução se deu de forma lenta e atrasada, assim, considerando os ordenamentos jurídicos europeus, houve

considerável evolução na legislação brasileira no que concerne aos crimes sexuais, então denominados, contra dignidade sexual.

Seguindo por uma análise cronológica, levando em consideração como marco inicial o Código Criminal de 1828, o referido códex, em seu art. 222 (BRASIL, 1830), previa : "*Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças com qualquer mulher honesta*". Assim, analisando o dispositivo legal em comento, percebesse que o bem jurídico tutelado não é a liberdade sexual humana, menos ainda a dignidade sexual do indivíduo, e sim os próprios valores morais da época, posto que a mulher era ampla e irrestritamente "coisificada", havendo distinção entre mulheres consideradas honestas, estas com suas liberdade sexual tutelada pelo direito (Na verdade o objeto tutelado era a incolumidade geral do homem, seja na figura do patriarca, seja na do marido), e entre mulheres indignas, como se a condição social da vítima fosse o paradigma mais importante para subsunção do fato a norma.

Salienta-se, sobretudo, a previsibilidade no referido códex criminal alhures especificado, de norma prevendo, em tese, conduta menos gravosa ao indivíduo que praticasse cópula carnal com finalidade libidinosa divergente da cópula carnal, é o conteúdo previsto no art. 223 do Código Criminal de 1830.

Vejamos o conteúdo da norma na íntegra:

Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830):

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a cópula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo; além das em que incorrer o réo pela offensa.

Assim, em primeiro momento, percebemos que antes de qualquer coisa, o tipo penal não foi criado para resguardar a dignidade sexual da vítima, e sim as regras morais em vigor na época.

Ademais, quanto ao sujeito ativo e passivo do crime de estupro previsto pelo Código Criminal de 1830, extrai-se da referida norma que, ainda nesse contexto histórico-jurídico, apenas a mulher poderia ser sujeito passivo da norma penal em comento e, em decorrência lógica para época, apenas o homem poderia ser sujeito ativo da conduta criminosa.

Assim, tínhamos um conceito demasiado delimitado de estupro, sendo esse considerado apenas quando o homem praticasse cópula vagínica, ou seja, houvesse a efetiva introdução do órgão genital masculino na vagina da mulher, qualquer que fosse o intuito da conduta.

Já não bastasse a diferenciação injusta e, diga-se de passagem, cruel e misógina da diferenciação entre mulher "honesta" e mulher "injusta", o código era responsável por prever verdadeira pena à vítima do crime de estupro: além de ser violada sexualmente pelo indivíduo, situação de extrema humilhação e desprezo pela qual a mulher era submetida, ainda poder-se-ia pensar na extinção da punibilidade do agente caso houvesse casamento com a vítima. Ora, não bastasse a situação humilhante, teria a vítima se sujeitar àquele indivíduo por toda sua vida, pois, no período de vigência do Código Criminal de 1830 a cultura do divórcio ainda não tinha sido amplamente adotada pela sociedade, constituindo assim, um verdadeiro preceito secundário à ser cumprido pelo sujeito passivo da conduta criminosa.

Ultrapassado o Código Criminal de 1830, sob a égide do Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, o espírito da norma foi mantido, apesar de haver roupagem diversa daquela prevista pelo *Códex Criminal do Império*. Assim, apesar de o Decreto Penal não mais levar em consideração a virgindade como parâmetro para tipificação da conduta, o código ainda fazia distinção acaso o agente passivo, leia-se mulher, fosse considerada honesta ou não, havendo agora disposições acerca do que seria o estupro, conforme os arts. 268 e 269 do Decreto de nº 847, de 11 de outubro de 1890, senão veja-se:

Código Penal (BRASIL, 1890)

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
Pena - de prisão celular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:
Pena - de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

O nosso atual Código Penal, no que concerne estrutura do tipo penal incriminador previsto em seu art. 213, aduz que “*Constranger alguém, mediante*

violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, prevendo, desta feita, em seu preceito secundário a pena que varia de 06 a 10 anos de reclusão.

Contudo, o estupro como conhecemos hoje já foi tratado por este mesmo código de maneira distinta. Explico. Anteriormente a lei 12.015, de 2009 a redação a qual estamos habituados era posta de maneira diversa, ainda prevendo a mulher como exclusivo e único sujeito passivo da conduta delitiva, dizendo "Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".

Interessante questão gira em torno do posicionamento da doutrina da época, não tão distante, quanto a antijuridicidade da conduta quando praticada pelo marido. Conforme os ensinamentos do saudoso Paulo José da Costa Jr. entendia-se que o estupro praticado pelo homem na constância no casamento era nada mais nada menos que o regular exercício de direito, veja-se:

Discute-se sobre se o marido possa ser sujeito ativo de estupro. Quer nos parecer que não, pois o estupro pressupõe a cópula ilícita e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Estará, pois, o marido exercitando um seu direito, desde que o faça regularmente. Isto significa que poderá responder pela violência física excessiva que venha a empregar para compelir a esposa à cópula carnal. (COSTA JR., 2005, p. 732)

Obviamente, tal posicionamento já foi afastado, entretanto, passagem digna de nota, com vistas a demonstrar a evolução gradual pelo qual o crime de estupro passou ao longo das décadas no ordenamento jurídico brasileiro.

À essa época, devido ao crime de estupro ainda não ter sido alterado pela lei de 12.015 de 2009, a conduta do crime de estupro era essencialmente a união dos órgãos sexuais humanos de sexos diferentes, relevante lição nos traz o diretamente retromencionado autor:

A conjunção carnal pode ser definida como a união dos órgãos genitais de pessoas de sexo diverso, vale dizer, é a introductio penis intra vas, a cópula vaginal. Acham-se, pois, excluídos o coito per anus ou o per os, que configuram o atentado violento ao pudor, hipótese típica prevista pelo art. 214. (Costa Jr., 2005, p. 733)

Assim, o art. 214, já revogado pela lei 12.015 de 2009, estabelecia ser atentado violento ao pudor, qualquer outra conduta de cunho sexual praticado contra mulheres em atos diferentes à cópula vagínica, e aos demais atos em que fossem de cunho sexual, abrangendo nesse caso como sujeitos passivos os homens.

Assim, com o advento do suprarreferido dispositivo legal, os crimes previstos no art. 213 e 214 do Código Penal, passam a integrar um tipo penal único, tornando-se então:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Assim, a aclamada mudança do tipo penal, deu nova cara ao conceito de estupro, havendo uma verdadeira mudança quanto ao seu significado na doutrina.

O saudoso doutrinador Guilherme de Sousa Nucci esclarece que “*Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir*”, justamente visando obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso (NUCCI, 2017, p. 73).

Já na visão moderna de Chrysolito de Gusmão, citado por Nucci (2017, p. 73), estupro “*é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, por meio de violência, conseguir ter conjunção carnal com a sua vítima, qualquer que seja o seu sexo*”.

Assim, tem-se que o estupro é o ato sexual e demais condutas correlatas ao sexo, praticadas contra a vontade da vítima, no intuito de satisfação pessoal ou de outrem, razão pela qual é tutelada pelo direito.

Contudo, a liquidez da sociedade moderna, diante da evolução tecnológica mais veloz que a própria velocidade cultural, incapacita nosso legislador, naturalmente despreparado, de prever certos eventos após o advento das normas, tal como ocorreu com a conduta atualmente conhecida por “Sextortion” ou “estupro virtual”.

A doutrina já traz posicionamentos bastante controversos sob o ponto de vista jurídico quanto ao conceito da conduta do estupro virtual. Introduzindo-se ao tema, analisemos o posicionamento do eminente professor Rogério Sanches Cunha em seu manual de direito penal nos leciona acerca da conduta:

Prática cada vez mais comum é a denominada sextorsão, em que o agente constrange outra pessoa se valendo de imagens ou vídeos de teor erótico que de alguma forma a envolvam. No caso, emprega-se grave ameaça consistente na promessa de divulgação do material caso a vítima se recuse a atender à exigência. A depender das circunstâncias, vislumbramos três figuras criminosas às quais a conduta pode se subsumir: a) se o agente simplesmente constrange a vítima a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, há o crime em estudo; b) se constrange a vítima, com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, há extorsão; c) se constrange a vítima à prática de atividade sexual, há estupro. (CUNHA, 2017, p. 206)

No que pese ao expressado pelo nobre autor a alínea “c” alhures, nos debruçaremos acerca desta conduta, vislumbrando, as hipóteses em que, em tese, haveria subsunção do fato a norma.

Levemos em consideração os transtornos danosos de natureza incalculável em que um indivíduo, sobretudo às mulheres - diariamente, sofre por ser submetido a satisfazer ao desejo sexual alheio sem expressão de vontade própria.

Primeiramente os danos psicológicos. A depender da situação em que a vítima estiver, seus credos religiosos, seu conceito subjetivo sobre si mesma, as regras morais as quais se submete, um conjunto de fatores que, *per si*, torna a reparação do dando um tanto quanto distante.

Ademais, os riscos inerentes ao próprio ato sexual em si: Doenças sexualmente transmissíveis, dentre outras genericamente infectocontagiosas são uma possibilidade real de contágio. A outro giro, o próprio estado de sossego mental, acaba se esvaindo, haja vista que algumas dessas doenças podem demorar, em alguns casos, anos para serem detectadas, gerando um intermitente estado de inquietude da alma das vítimas de tais crimes.

A outro giro, em se tratando dos atos sexuais envolvendo a cópula vagina, persiste a possibilidade de gravidez da vítima. Primeiro vejamos ser o aborto humanitário uma possibilidade pacificada em nossa doutrina e jurisprudência, de igual modo, com previsão legal no art. 128, II, do Código Penal, nessa linha o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) (Apelação Cível nº 2008.001.63081):

APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DE MENOR

VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ RECENTE DECORRENTE DE ESTUPRO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. INCONFORMISMO DO PARQUET. ABORTO SENTIMENTAL OU HUMANITÁRIO. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. FIGURA TÍPICA PERMISSIVA. FATO IMPUNÍVEL E LICÍTO. AUTORIZAÇÃO QUE ENCONTRA ESTEIO NA LEI E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O princípio de proteção à vida, embora quase absoluto, comporta exceções quando em confronto interno, com si próprio, ou seja, quando uma vida humana é posta seriamente em risco por outra vida humana. 2. Por isso, na hipótese de aborto, diante da excepcionalidade de algumas situações, o legislador conferiu maior proteção à vida da mãe, em detrimento da vida do embrião ou feto. 3. De um lado o inciso I do art. 128 do Código Penal cuidou do chamado “aborto necessário”, também conhecido como terapêutico, quando constitui o único meio de salvar a vida da gestante, e do outro, o inciso II do mesmo dispositivo legal cuidou do “aborto humanitário”, quando a gravidez é resultante de estupro e mediante consentimento da gestante ou seu representante legal, sendo esta a hipótese dos autos. 4. Não poderia o legislador ignorar os fatos da vida e impor monstruosa carga vitalícia de sentimentos negativos à vítima da brutalidade sexual. 5. Na própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal o legislador ressaltou em favor da referida exceção razões de ordem social e também individual. 6. Não há qualquer conflito entre o comando legal que autoriza excepcionalmente o aborto e a Constituição Federal, já que a Carta Magna não protege a teratologia representada pelas conseqüências do estupro de uma criança, ao mesmo tempo em que consagra a preservação da dignidade da pessoa humana. 7. A hipótese de incidência do fato típico permissivo contemplado na lei penal encontra integral aplicação à hipótese dos autos, em que uma menina que 12 anos foi vítima de violência sexual que gerou gravidez, não tem condições de reconhecer o agressor, não encontra forças, pela ausência de maturidade, para lidar com o drama da situação e conta com a autorização do representante legal para o aborto humanitário. 8. A exemplo do legislador, não pode o julgador se apegar à estética jurídica e ignorar os fatos da vida e com isso, olvidando o permissivo

legal, condenar ao sofrimento perpétuo uma criança e seu núcleo familiar. 9. Provimento do recurso.

Contudo, embora possibilidade real, deve-se levar em consideração que o aborto por si só, não exime às mazelas em que a vítima passará em decorrência do procedimento. Imaginemos, pois, uma jovem, de preceitos morais e religiosos demasiado conservadores, ser violentamente estuprada por indivíduo e acabar por engravidar de seu malfeitor. Ora, possivelmente, se encontrará em uma situação entre a cruz e a espada, seja, primeiramente, pelo ato de violência, seja por não concordar com o procedimento abortivo, seja por carregar consigo filho do algoz de sua dignidade sexual: Não importa a conclusão, reparação não haverá, todas as saídas são demasiadamente penosas à vítima.

Tal construção de raciocínio foi necessária para demonstrar que o estupro, que por questões de organização chamarei de “estupro de fato”, impõe a vítima que suporte penalidade incomensurável, pelo que não poderíamos considerar próximos os danos experimentados pelas vítimas do estupro dito “virtual”, haja vista a vítima não ter de suportar onerosidade tamanha como é o caso dos crimes de estupro de fato.

Diante do exposto, a rigor técnico, tentemos conceituar, então, o estupro virtual como sendo ato pelo qual um indivíduo, mediante violência ou grave ameaça, constranja pessoa alheia a cometer qualquer ato considerado libidinoso no intuito de saciar lascívia própria ou de outrem, só assim, conseguiremos individualizar a conduta do agente que pratica o estupro virtual propriamente dito.

Propriamente dito, pois, não poderíamos considerar como estupro, ainda que virtual, a conduta do agente que, visando vantagem econômica, ameaça expor fotos íntimas da vítima de forma a agredir sua honra, por entender que este fato adequa-se ao tipo penal previsto no Código Penal, *in verbis*:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior. Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 11.923, de 2009)

Desse modo, delimita-se a conduta do estupro virtual na existência de atos libidinosos sem o toque, sem o ato, seja a curta distância, seja mediante o uso da rede mundial de computadores, a conduta que busca se isolar aqui é realmente o não contato físico.

Ou seja, o primeiro ponto que pode ser afastado é quanto às consequências vividas pela vítima. Apesar da conduta ser de inegável crueldade, não existe risco real para vítima, como por exemplo, de contrair doenças infectocontagiosas mediante a cópula vagínica ou através de ato de libidinagem qualquer, extrai-se, de igual modo, em se tratando de vítimas do sexo feminino, da possibilidade de gravidez, ou seja, é fato inegável que as consequências sofridas pela vítima são menores do que as que sofrem o estupro aqui denominado de real.

De logo, poderíamos sustentar a desproporcionalidade e desarrazoabilidade de aplicar penalidades iguais, ou seja, levando em consideração a mesma pena mínima em abstrato para duas condutas completamente díspares, de que serventia seria o nosso constituinte ter previsto em nosso Texto Constitucional o princípio da individualização das penas senão para proibir que penas desproporcionais fossem aplicadas a torto e a direito pelos Órgãos Julgadores espalhados pelo Brasil?

Nesse sentido, vejamos excerto de nosso Pretório Excelso em julgamento de Habeas Corpus de nº 69.419:

A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, Arts. 5º, XLVI e 93, IX) – não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica; essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar. (STF, HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 28/12/1992)

Aliás, podemos levantar as consequências rigorosas impostas ao agente que pratica o crime de estupro, tanto as jurídicas quanto as sociais, sobretudo neste último

campo, tamanha segregação adotada pela sociedade em desfavor do sujeito ativo da conduta prevista no art. 213 do Código Penal Brasileiro.

Consequências jurídicas penosas, pois o crime de estupro é considerado hediondo, nesse sentido Nucci:

Preceitua a Lei 8.072/90 (art. 1.º, V) ser o estupro um delito hediondo, trazendo, por consequência, todas as privações impostas pela referida lei, entre as quais: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado (há decisão do STF proclamando a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do início em regime fechado; consultar o HC 111.840/ES); a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, bem como para a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, entre outros.

Não fosse bastante as consequências jurídicas devastadoras, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional das Penitenciárias brasileiras, tendo em vista o estado degradante pelo qual as cadeias públicas estão sujeita, tamanha as violações latentes de direitos humanos – comente-se, crescente e diariamente violados – dos indivíduos que estão submetidos a regime degradante.

Veja-se excerto da ADPF 347 MC/DF:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Ora, submeter indivíduo a sistema degradante considerado pelo próprio Estado como “Inconstitucional” é um tanto quanto inadmissível, sobretudo, por não haver sequer previsão legal para a defesa da adequação típica da sextorsão. Temerário se torna a atividade judicante em permitir que indivíduo seja submetido a nefasta situação, estar-se-ia limitando uma exceção ao própria Estado Democrático de Direito, haja vista aviltante situação.

A outra banda, o próprio princípio constitucional da legalidade, estaria sendo afastado, afinal, nosso constituinte elegeu ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e ao agir nossos julgadores que o estupro virtual guardaria adequação típica com o art. 213 do *Códex* Penal em vigência, postura altamente ativista do ponto de vista judicial.

Contudo, o projeto de lei do Senado nº 236, de 2012 – Projeto do Novo Código Penal Brasileiro, em dispositivo legal do art. 180, prevê:

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de seis a dez anos.

Parágrafo único. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um terço a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Assim, sob a nova leitura do crime de estupro, os atos sexuais consistentes na *introductio penis intra vas*, *coito per anus* e o *coito per os* foram expressamente previstos na norma, visando a, especificamente, prever as condutas à configuração do delito de estupro.

Entendo assim, apesar da supressão da expressão “outros atos libidinosos”, acertada a previsão, haja vista, conforme já exposto, esse contato ser de maior gravidade e exposição da vítima, diferentemente do que se pretende ao punir um crime de estupro virtual.

Assim, em seguida, o Novo Código Penal prevê, em seu art. 181, a figura do crime de Manipulação e Introdução Sexual de Objetos, *in verbis*:

Manipulação e introdução sexual de objetos

Art. 181. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos:

Pena – prisão, seis a dez anos.

Desta feita, a conduta em análise estaria guardando relação intrínseca com o tipo penal do art. 181 do projeto do Novo Código Penal, no caso em que o agente, constranja pessoa diversa a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos, independe de satisfação pessoal ou alheia de lascívia. Assim, ao praticar o ato em tela, obrigando que a vítima, por exemplo, insira objetos diversos em suas partes íntimas, ainda que através de dispositivos telemáticos, haveria tipo penal prevendo tal conduta, respeitando-se, destarte, a legalidade, embora entendamos ainda haver desarrazoada penalidade.

Segue a suprarreferida norma, em seu art. 182, tipificando outra conduta criminosa suficiente a embasar a subsunção do fato a normal, senão vejamos:

Art. 182. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima, à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos.

Fato ainda mais ligado com a conduta da *sextortion* está prevista no dispositivo supra. Ora, suponhamos que agente criminoso, de posse de imagens ou vídeos íntimos da vítima, pressiona-a, requisitando a produção de mais material pornográfico, ameaçando-a em publicar em toda rede mundial de computadores, as imagens anteriormente por ele adquiridas, lícita ou ilícitamente (sendo tal aquisição à ser sopesada tão somente na fase da dosimetria da pena), pratica a conduta do tipo previsto no art. 182.

A despeito de entender que estaríamos diante de *bis in idem*, tendo em vista que a introdução de objetos deve ser criada não como um fato típico, mas sim, a depender do caso, como fato majorante da pena, por estar englobada, igualmente,

como ato libidinoso, o estupro virtual estaria se adequando perfeitamente ao referido tipo.

Ademais, o preceito secundário previsto no art. 182 alíneas mencionado, varia de dois a seis anos, estando preservado assim, a penalidade de acordo com a gravidade da conduta criminosa, haja vista as mazelas suportadas pelas vítimas serem manifestamente diversas, sendo louvável a preservação do tipo em nova conceituação legal penal, evidenciando-se a urgente e necessária reforma nos crimes ditos contra a dignidade sexual, excluídos aqui, os crimes de estupro de vulnerável cuja interpretação e presunção absoluta de violência advém de norma legal já prevista.

Em caso polêmico, o Juiz da Central de Inquéritos da cidade de Teresina – Piauí, conforme notícia publicada no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Piauí, determinou a prisão de um indivíduo que estaria sendo investigado pela prática de estupro virtual, pelo fato de que este, estaria constrangendo sua ex-namorada a praticar atos de cunho sexual em si mesma, ameaçando-a à expor suas fotos íntimas caso ela não continuasse fornecendo o material, tudo isso através da rede social “Facebook”.

Reconhece-se, por óbvio, o caráter ilícito da conduta do agente nesse caso em concreto, entretanto, é insustentável a tese de que a conduta perpetrada por este indivíduo estar em consonância com o fato típico descrito no art. 213 do Código Penal, por todos os motivos aqui expostos.

4. CONCLUSÃO

É certo que o objetivo do presente não é dizer ser legítimo e intangível a conduta classificada como estupro virtual, longe disso. Entretanto, por mais nefasta seja determinada conduta, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, obediente aos brocardos *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; *nullum crime, nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*; e do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, não poder-se-ia considerar o estupro virtual como conduta incriminadora.

Nesse contexto, estamos no presente artigo, conforme já assentado, não em advocacia da inimputabilidade dos que cometem tal crime, a tese aqui em defesa é

de se descobrir se há em nosso ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de adequação fática entre a conduta do agente que comete estupro virtual e a norma posta e, pelo que já foi discutido, percebe-se que em nosso atual cenário penal não existe tal previsão.

Assim, descabido se é a tentativa de adequação típica realizada pela doutrina em considerar o estupro virtual, conduta típica com previsão no art. 213 do atual Código Penal. A jurisprudência, ainda de forma indolente e gradual, inicia a análise dos casos em concreto visando analisar as condutas praticadas.

Conforme exaustiva busca doutrinária, bem como do contexto histórico e evolutivo legal, buscou-se delimitar a construção conceitual de estupro no espaço tempo, sobretudo, quanto ao conceito sociocultural do estupro.

Assim, a despeito de se tratar de conduta de indiscutível repulsa social não se pode o judiciário, atuar em função típica do Poder Legislativo, sob pena de verdadeiro vergaste ao princípio da separação de poderes, ainda que patrocinada pelo clamor social. Ressalta-se que a existência do judiciário não guarda relação com representação, pelo que os julgadores não são representantes do povo uma vez que seu ingresso na carreira da magistratura, na República Federativa do Brasil, não se dá por meio de eleições.

A mídia aqui desempenha papel negativo fortíssimo, posto que transforma o judiciário em palco de apresentação sensacionalista, situação essa que, apesar de veementemente negada pelos Órgãos Julgadores, é situação verídica e corriqueira no judiciário brasileiro: juízes buscando a aceitação público e os clamores sociais ainda que *contra legem*.

Não se analisa a técnica jurídica empregada, ou os conceitos básicos já consolidados pela doutrina e consagrados pela jurisprudência, tão simplesmente é sopesado a repercussão social positiva a qual sentença penal condenatória, que não busca a efetividade à retribuição efetiva, corretiva e educadora da pena, mas sim a aceitação pública.

Das situações analisadas verifica-se que, das várias condutas possíveis, necessário se faz à obediência a preceito legal específico, não se admitindo em pleno estado democrático de direito vivermos a insegurança jurídica de interpretações que inovam, por completo, a conduta prevista nas normas incriminadoras penais.

Assim indivíduo que exige da vítima para que ela pratique em si mesma ato libidinoso, ou que envie fotos íntimas de cunho sexual, não pratica conduta prevista no art. 213 do atual Código Penal Brasileiro.

A intenção da norma foi de, justamente, proteger bem jurídico deveras relevante à intimidade e dignidade da pessoa humana. É certo que os danos sofridos pelas vítimas da sextorsão jamais podem ser considerados semelhantes às mazelas vividas pelas vítimas de crime de um crime de estupro.

Não existe sequer equivalência de condutas, não há agressor, agindo em nome próprio ou através de agente outro, violentando a vítima sexualmente, e sim, um indivíduo que constrange outro mediante violência ou grave ameaça, com intuito de obter para si ou para outrem, imagens de cunho sexual, fazendo com que a vítima pratique em si mesma qualquer atos sexuais estranhos a qualquer conduta corpórea por contato entre duas pessoas, conduta esta, ainda não prevista em nosso ordenamento jurídico.

Assim, o que se pretende comprovar, tendo em vista a ausência legal de norma incriminadora que preveja conduta típica suficiente a condenar penalmente indivíduo que porventura praticasse tal fato, é que apesar de demasiadamente reprovável não se pode subsidiar sentença condenatória em simples adequações fictas ainda que subsidiada pelos clamores sociais.

Oficialmente, como primeiro caso concreto de repercussão jurídico-penal, temos o caso de homem preso pela prática de crime de estupro virtual, em evidente retrocesso, criando a insegurança jurídica da possibilidade de prisão, ou ainda pior de futura condenação, de indivíduo pela prática de crime sequer previsto pela lei penal brasileira, com pena mínima em abstrato que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos de prisão.

Assim, objetiva-se a criação de norma penal no intuito de prever tal conduta, até o presente momento atípica, tendo em vista que diante da gravidade do ato delinquente, merece guarida do sistema jurídico-penal, entretanto, se faz necessário a criação de norma penal que minimamente preveja a conduta, de modo a impelir mais e mais decisões temerárias nesse sentido, até mesmo em outros os casos, verdadeiras ampliadoras *in malam partem*, coibindo assim, a institucionalização do ativismo judicial, sobretudo, na esfera penal.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 6. ed.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Augusto de Souza. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 1 ed.

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

BRASIL. **Código Criminal (1830)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 24 de março de 2017.

BRASIL. **Código Penal (1890)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 24 de março de 2017.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 12 de março de 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. M.T.C. Albuquerque e J.A.G. Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

FREUD, Sigmund. **Histeria – Três ensaios sobre a sexualidade e outros trabalhos**. São Paulo: Imago, 2006. V. 7, ed. 1.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Impetus, 2014. ed. 9.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, ed 2.

LEI de Comstock. **The embryo Project encyclopedia**, 13 jan. 2009. Disponível em: <https://embryo.asu.edu/pages/comstock-law-1873>. Acesso em: 14 fev., 2017.

MEIRA, Renan Devitto; SANTANA, Luciana Teófilo. **Sexualidade na perspectiva histórico-cultural: Primeiras aproximações**. Disponível em <<http://www.fatece.edu.br/arquivos/arquivos%20revistas/trilhas/volume4/11.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. V. 1, ed. 30.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. V. 2, ed. 30.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Grupo Gen, 2016. V.2, ed. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Grupo Gen, 2016. V.1, ed. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Daniel. **Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí**. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias/primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>. Acesso em 15 de ago. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.