

GABRIELA MORAES LOPES DE ARAÚJO

ESTUPRO VIRTUAL: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2019

GABRIELA MORAES LOPES DE ARAÚJO

ESTUPRO VIRTUAL: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Rivaldo Jesus Rodrigues.

GABRIELA MORAES LOPES DE ARAÚJO

ESTUPRO VIRTUAL: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço

Anápolis, __ de _____ de 2019

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao Deus Criador dono de toda sabedoria e ciência, aos meus pais por me mostrarem que desistir do diploma não era uma hipótese a ser cogitada, à minha irmã por lembrar de me fazer sorrir e, nada menos importante, ao meu marido por sonhar os meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Certamente estes parágrafos não irão atender a todas as pessoas que fizeram parte dessa importante fase de minha vida. Portanto, desde já peço desculpas àquelas que não estão presentes entre essas palavras, mas elas podem estar certas que fazem parte do meu pensamento e de minha gratidão. Gostaria de deixar meus profundos agradecimentos aos meus professores pelos conselhos e conhecimentos transmitidos ao longo do curso. Aos meus colegas de sala, que tornaram momentos exaustivos de trabalho e estudo mais alegres. A todos os funcionários do Centro Universitário UniEvangélica por proporcionarem um ambiente propício para o desenvolvimento do meu trabalho de conclusão de curso. Gostaria de deixar registrado também, o meu reconhecimento a toda minha família por nunca duvidarem da minha capacidade, mesmo quando eu o fazia. Por fim, sou grata a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse projeto.

RESUMO

A expressão “estupro virtual” se mostra, atualmente, utilizada de forma contumaz nos veículos de comunicação midiáticos, contudo, não há em meio à doutrina, jurisprudência ou legislação referências ao termo. O presente estudo visa a expor e explanar a nova forma da prática delituosa do estupro que se dá no ciberespaço ao analisar o bem jurídico tutelado pelo tipo penal previsto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro juntamente com a análise dos conceitos de crimes cibernéticos e sexuais.

Palavras-chave: Estupro. Liberdade sexual. Crime cibernético. Crime sexual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DA LIBERDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO	03
1.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana	03
1.2 Dignidade sexual x liberdade sexual	05
1.3 Do conceito de liberdade sexual	08
1.4 Crime: a tutela do bem jurídico	10
CAPÍTULO II – DOS CRIMES CIBERNÉTICOS	15
2.1 Conceitos de crime cibernético	15
2.2 Legislações acerca dos crimes cibernéticos	20
CAPÍTULO III – DO ESTUPRO VIRTUAL	26
3.1 Casos veiculados pela mídia	26
3.2 Alterações pela Lei 12.015/2009	31
3.3 Inovações da Lei 13.718/2018	35
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisa o emprego da expressão “estupro virtual” em casos de delitos que ocorrem no meio virtual sob a perspectiva do conceito analítico de crime, vez que os avanços tecnológicos que permitem o progresso da humanidade abrem portas para novas formas de delitos e, sob a nítida influência da conectividade no cotidiano mundial, surgem no cenário mundo diversos casos de lesão a bens jurídicos tutelados.

A presente pesquisa monográfica foi realizada, primordialmente, através do método de compilação de bibliografia tanto de doutrinadores jurídicos representantes de grande autoridade sobre os temas expostos, quanto da legislação mundial que prescrevem normas acerca dos crimes no âmbito virtual. Ademais, realizou-se também análise de casos de estupro virtual de forma descritiva.

O primeiro capítulo da presente monografia apresenta pequeno acervo de conceitos que dizem respeito ao princípio da dignidade da pessoa e do bem jurídico da liberdade sexual. Nele, são apresentadas as distinções entre os dois conceitos e, adiante são expostos os conceitos de crimes que, ainda que divergentes, apresentam uma única similaridade: o crime é a tutela do Direito Penal aos bens jurídicos do ser humano.

No segundo capítulo, é realizada abordagem acerca dos crimes cibernéticos a partir da perspectiva do conceito analítico de crime, expondo os diversos conceitos não pacificados acerca dos delitos cometidos no âmbito virtual. Neste capítulo, também, é exposta a evolução da legislação brasileira no que tangem os fatos jurídicos que tomam conta do ciberespaço.

Por fim, o terceiro capítulo pondera alguns casos de estupro virtual veiculados pela mídia sob a perspectiva dos tipos penais aduzidos nos artigos 213 e 216-B do Código Penal Brasileiro e descreve uma análise sobre a possibilidade de colmatação dos fatos concretos apresentados aos referidos crimes.

Resta claro que a legislação deve acompanhar as transformações que ocorrem na sociedade, pois estas podem afrontar bens jurídicos advindos da dignidade humana, pelos quais o Estado tem o dever de tutelar e, conseqüentemente, punir as práticas que ofendam tais bens. Não obstante tais atualizações, a sociedade manteve-se em constante transformação e, as influências do mundo virtual no cotidiano social tornaram o ciberespaço em um campo propício à prática de delitos sexuais.

Ante a morosidade do processo legislativo, cabe analisar se a subsunção dos casos concretos ao tipo penal de estupro atende a devida colmatação legal de acordo com a tipicidade do crime. Para tanto, são expostos no seguinte estudo conceitos que levam a compreender de forma mais clara a tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal como fundamentos decorrentes da dignidade da pessoa humana, princípio salvaguardado na Constituição Federal. Bem como, cabe a análise de conceitos relativos aos crimes cibernéticos e sexuais, sob a perspectiva do conceito de crime em sentido amplo, a fim de entender a legislação atual acerca do tema.

CAPÍTULO I – A LIBERDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO

Uma série de novas práticas adotadas nos últimos anos relacionadas às tecnologias atuais possibilitou o surgimento de um campo fértil para a prática de crimes contra a liberdade sexual. Contudo, antes de iniciar estudo mais aprofundado sobre os crimes contra a liberdade sexual no ciberespaço, faz-se necessária a análise dos aspectos gerais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e, mais ainda, o direito à liberdade sexual como bem jurídico tutelado pela legislação brasileira.

1.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil confere proteção à dignidade da pessoa humana, conforme a disposição do artigo 1º, III, da Magna Carta. O princípio da dignidade da pessoa humana reconhece na dignidade pessoa que todo ser humano deve ser respeitado como pessoa, não ser prejudicado em sua existência e fruir de um âmbito existencial próprio (AWAD, 2006).

Contudo, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, seu conceito remete à filosofia de Kant (1747), de acordo com a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Ante o entendimento kantiano, tudo aquilo que possui preço pode ser substituído por algo de valor equivalente e aquilo que não possui valor relativo é superior a qualquer preço, sendo assim, tem uma dignidade (apud SILVA, 1998).

Desta forma, a dignidade é atributo intrínseco da pessoa humana, sendo este o único ser que compreende um valor interno superior a qualquer preço e que

não admite substituição equivalente, destarte, confunde-se com a própria natureza humana. No sentido da concepção kantiana, segue a proteção da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal brasileira, conforme preceitua Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (2002, p. 128).

A dignidade é a razão de ser e fundamento da ordem política e paz social, situando, assim, o ser humano no epicentro de todo ordenamento jurídico. Deste modo, a pessoa humana não poderá ser tratada como mero instrumento para a realização dos fins alheios, posto que, se assim ocorrer, seria o mesmo que negar a importância distintivas de suas próprias vidas. Neste sentido, a criação de tipos penais que punam práticas ofensivas à dignidade da pessoa humana é uma forma de tutelar tal bem jurídico (DWORKIN, 1998).

Assim, pode-se afirmar que da proteção constitucional dada à pessoa humana advém direitos que aderem à mesma, estes são oponíveis ao Estado, à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos do grupo social. Isto pois, segundo Fahd Awad (2006), a instituição do Estado Democrático tem por condição imprescindível a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos, assim como a liberdade como valor prioritário é instância fundadora do direito.

Neste sentido, Joaquín Arce y Flórez-Valdés aponta, no respeito à dignidade da pessoa humana, quatro consequências principais, quais sejam:

a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique a sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não-admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de

alguém como pessoa ou da imposição de condições subumanas de vida. (FLÓREZ-VALDÉS, 1990, p. 149, apud NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 187).

Nesta sistemática, nota-se que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares e, desta forma, é possível garantir que o Estado detenha o *jus puniendi* em benefício da restauração da paz social com o fim de proteger a dignidade, inserida como fundamento do próprio Estado Democrático. Portanto, ao punir condutas que obriguem o indivíduo a reduzir-se à algo menor que sua dignidade, o Estado, através da norma penal, está tutelando a dignidade da pessoa humana (NOBRE JÚNIOR, 2000).

1.2 Dignidade sexual x Liberdade Sexual

Entende-se por objeto do crime o bem jurídico que sofre as consequências da conduta criminosa, assim, subdivide-se, de acordo com classificação de Guilherme de Souza Nucci em:

- a) objeto material: é o bem, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre a qual recai a conduta criminosa. Como explica Frederico Marques, 'bem é o vocábulo que designa tudo quanto é apto a satisfazer uma necessidade humana. Ele pode consistir em um objeto do mundo exterior, ou em uma qualidade do sujeito. Pode ainda ter natureza incorpórea, pelo que, ao lado dos bens, materiais, existem os bens imateriais ou ideais, que têm particular importância para o Direito Penal'. [...]
- b) objeto jurídico: é o interesse protegido pela norma penal, como a vida, o patrimônio, a fé pública, entre outros (2015, p. 128, 129).

Desta forma, em adoção à regra classificatória de Nucci (2015), exemplificando, no crime de estupro, o objeto material é a pessoa, que sofre constrangimento, e o objeto jurídico é a liberdade sexual, sendo este o bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

A noção de liberdade sexual como bem jurídico digno de tutela penal é expressa no advento da Lei 12.015 de 2009, que modificou o Título VI do Código Penal, que antes tinha por objeto a proteção do interesse jurídico concernente à

conservação da moral pública sexual e, após passar por profundas mudanças, adota diferente denominação do Título (anteriormente “crimes contra os costumes”, agora “crimes contra a dignidade sexual”), no Capítulo II (que passa a regular os delitos contra vulneráveis), a fusão de diversos tipos penais (a exemplo da reunião das figuras típicas de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo artigo), a introdução de novas modalidades criminosas (JESUS, 2014).

Assim, ao adotar o termo “dignidade sexual”, o legislador, de forma mais compatível com o estado de direito atual, deixa para trás um conceito ultrapassado e genérico de valores morais particulares e remete ao fundamento da República, logo aduzido no primeiro artigo da Constituição Federal: a dignidade (MARCÃO, 2014).

Em evolução histórica, o termo sofreu mutações em seu sentido. Ainda antes da concepção kantiana exposta na Constituição Federal de 1988, a filosofia desde a Antiguidade relacionava a dignidade à posição social da pessoa, assim, era possível afirmar que haviam indivíduos menos dignos que outros de forma diversa ao pensamento moderno, que conceitua o termo como um valor que precede os demais e decorre da simples essência humana de todo ser. Assim, Tomás de Aquino preceituou que o homem sem dignidade decai a condição de besta (MARCÃO; GENTIL, 2014).

Sucessivamente, no âmbito do direito positivo, a dignidade ocupa lugar de destaque desde sua menção na Carta das Nações Unidas de 1945 e, após, na Declaração Universal dos Direitos Homem de 1948, associadas à razão e à consciência. Conforme já explanado anteriormente, a Constituição Federal, segundo interpretação de José Celso de Mello Filho, é valor-fonte de toda ordem social, um verdadeiro valor dos valores em consideração do constituinte, em torno do qual todos os demais deverão operar (MELLO, 2009).

Neste sentido, Damásio de Jesus esclarece que a opção legislativa no advento da Lei 12.015 de 2009, superior à rubrica original, promove a necessária sintonia entre o conjunto de valores fundamentais albergado na Constituição Federal de 1988 e os tipos penais contidos neste setor do Código Penal. Dessa forma, o Direito Penal elege como penalmente relevantes, em matéria de sexualidade,

somente atitudes que se refiram à relação sexual não consentida (seja por força de coerção ou fraude), à explorada por terceiros e à cometida contra vítimas que a lei considera vulneráveis. Fora daí, há de prevalecer o direito à liberdade, à intimidade e à tolerância (JESUS, 2014).

É clara a pretensão do legislador em trazer a dignidade sexual como bem jurídico a ser tutelado, em resposta às mudanças das experiências sociais em torno dos fatos sexuais e a percepção da sociedade sobre eles. As mudanças experimentadas pela sociedade pós-moderna a fizeram preocupar-se mais com outros graves desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças e adolescentes, em detrimento da sua preocupação com a virgindade de mulheres, como era o caso do crime de sedução (GRECO, 2016).

Contudo, a modificação do Título IV para *Crimes Contra a Dignidade Sexual* recebe críticas no sentido de que a dignidade não deveria ser adjetivada. Não há como se falar em dignidade familiar, eleitoral, sexual ou trabalhista, posto que é um conceito não passível de fracionamento. Dessa forma, conforme expõe Renato Marcão (2014), ao adotar a expressão *dignidade sexual*, o legislador opta pela incorporação de um termo constitucional (da dignidade prevista na Constituição Federal de 1988) à um adjetivo que serve apenas para indicar a natureza dos delitos objeto do título.

Assim, nos termos do magistério de Luiz Augusto Sanzo Brodt (apud CONEGUNDES, 2015):

Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica.

Ante o exposto, a expressão utilizada para definir o Título IV do Código Penal Brasileiro quando da Lei 12.015 de 2009 não expressa corretamente cada bem jurídico tutelado pela tipicidade dos crimes contidos no referido título, dentre estes o bem jurídico da liberdade sexual (MARCÃO; GENTIL, 2014).

1.3 Do Conceito de Liberdade Sexual

Conforme explícito nos parágrafos anteriores, não se pode confirmar que a dignidade sexual é o bem jurídico tutelado em todo o dispositivo do Título IV o que se torna evidente no Capítulo I do referido título, denominado “Dos Crimes Contra Liberdade Sexual”, cujos crimes descrevem condutas delituosas que exigem, necessariamente, violência, grave ameaça ou fraude. Tal exigência não se relaciona a um comportamento sexual a ser seguido, mas expressa a intenção legislativa de coibir condutas sexuais praticadas sem o consentimento da vítima mediante uma vontade viciada, ferindo a própria liberdade sexual como um valor ético-social protegido pelo direito (CONEGUNDES, 2015).

Nas lições de Luís Roberto Barroso (2012), o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana compõe-se de três elementos, quais sejam: I) valor intrínseco (conjunto de características comuns do próprio ser humano); II) autonomia (elemento ético, fundamento de livre arbítrio do ser humano); III) valor comunitário (elemento social da dignidade moldada na relação do indivíduos com os outros). Dentre tais elementos, nota-se, nos crimes tipificados no Título VI do Código Penal, apenas a autonomia nos crimes que prescindem de violência, grave ameaça ou fraude.

Logo, a categoria da *Liberdade Sexual* é mais concreta que a denominação do título em que se encontra, e expressa o direito que tem o indivíduo de atuar livremente sobre sua sexualidade, sem ingerências de terceiros, assim, diz respeito diretamente ao corpo da pessoa. A punição de condutas que levam alguém a fazer o que não deseja ou permitir que com ele se façam por meio de violência, grave ameaça ou fraude, é expressão da tutela da liberdade sexual do ser humano (MARCÃO; GENTIL, 2014).

No dizer de Carlos Roberto Bitencourt, a liberdade sexual é:

O reconhecimento do dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais, lascivas e eróticas, governadas somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como a escolha de parceiros.

Neste sentido, tomando por exemplo do crime de estupro, nota-se que a prática delitiva tipificada atinge claramente a liberdade sexual, pois o próprio núcleo do tipo induz que a vontade do agente da conduta sobrepõe a vontade da vítima quanto à prática do ato sexual. Assim, o ser humano, em sua dignidade constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é detentor de liberdade sexual no sentido de que tem o direito a negar-se à submissão à prática de atos de caráter sexual que não queiram realizar (BITENCOURT, 2018).

Guilherme de Souza Nucci (2015) legitima a tutela da liberdade sexual embasando sua posição no direito à vida privada, à intimidade e à honra sob o argumento de que a atividade sexual para muitos indivíduos não se limita a um prazer material, contudo representa verdadeira necessidade fisiológica, e, portanto, deve ser tutelado o respeito ao ser humano em matéria sexual, garantindo-se a sua liberdade de escolha.

Analisando-se a amplitude da intervenção penal constitucionalmente assegurada numa sociedade pluralista, desprovida de preconceitos, que visa proteger e estimular diversidades culturais e comportamentais, não há o que se falar em incriminação com base em delitos morais e de opinião. Desta forma, está o Direito Penal impedido de tomar partido de concepções morais, religiosas ou filosóficas, obedecendo-se também assim o princípio da intervenção mínima, assumindo o papel de última razão de ser (CONEGUNDES, 2015).

Destarte, o direito de dispor sobre o próprio corpo independe de qualquer qualidade especial e, assim, todo indivíduo detém tal direito, seja ele virgem ou não, prostituta(o) ou não, pessoa casada, solteira, deparada de fato, viúva, divorciada, velha ou jovem, liberada ou recatada. Por conseguinte, também é deixado para trás o preceito de que o marido poderia cometer crime contra a liberdade sexual da

esposa. Após o advento da Lei n. 12.015 de 2009, a questão tornou-se superada, posto que o matrimônio não retira da mulher o direito de dispor sobre o próprio corpo, podendo esta, validamente, negar-se ao ato sexual (JESUS, 2016).

Ante todo o exposto, nota-se que no Direito Penal brasileiro, que tem por princípio a intervenção estatal mínima, a interferência do *jus puniendi* se dará somente nos casos em que há real necessidade de sua atuação, ou seja, diante de uma lesão significativa a um bem jurídico de suma importância não satisfatoriamente tutelado pelos demais ramos do Direito. Consequentemente, percebe-se que é o direito à liberdade sexual de notável valor para o legislador moderno, sendo salvaguardado na Legislação Penal e sua ofensa implica que punição, cujo fito é o de proteger fundamental direito advindo da própria dignidade da pessoa humana (CONEGUNDES, 2015).

1.4 Crime: a tutela do bem jurídico

No que concerne ao Direito Penal, observa-se que sua principal função em um Estado Democrático de Direito é a proteção de bens jurídicos, todavia, apenas as ações mais graves e que violem bens fundamentais devem ser tipificadas como crime. O Código Criminal do Império, que data do ano de 1830, definia os crimes e delitos como toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais. Tal entendimento perpetuou-se no Código Penal Republicano de 1890, trazendo, em seu artigo 2º, que “a violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção” (redação original).

Atualmente, o Código Penal Brasileiro não fornece conceito de crime, mas deixa, a cargo da doutrina fazê-lo. Conforme preceituam diversos doutrinadores em matéria penal, nestes incluso Guilherme de Souza Nucci, existem, na dogmática jurídico penal, três conceitos de crime adotados dentre os doutrinadores: o conceito material, o conceito formal e o conceito analítico (2015).

De forma sumária, Cláudio Brandão traz-nos que, materialmente, o crime é definido como violação ou exposição a perigo do bem jurídico (2010). Neste

sentido, a lição de Nélon Saldanha aduz que tanto as sanções, quanto as regras que as prescrevem são justificadas pelos os valores, que são políticos e éticos (SALDANHA, 1992, p.169 apud BRANDÃO, 2010).

O conceito formal de crime vincula-se ao princípio da legalidade. Assim, o crime, formalmente, seria a conduta proibida por lei decorrente da política criminal adotada pelo legislador sobre quais bens jurídicos devem ser tutelados e se extrai do próprio direito positivado. Assim, cuida-se de uma concepção do direito acerca do delito, ou, conforme Guilherme de Souza Nucci, um fruto do conceito material, em sua devida formalização. Maurach leciona que a importância da diferenciação entre o conceito material e o formal reside no fato de que ambos cumprem funções diferentes. O conceito material representa a concepção da sociedade sobre aquilo que deve ser proibido, enquanto o conceito formal descreve a extensão concreta da faixa penal (MAURACH, 1995 apud MARCÃO).

Por fim, o conceito analítico ou dogmático trata-se de uma decomposição do delito em suas partes constitutivas. Sob a ótica da maioria dos doutrinadores do Direito Penal, entende-se que para que se possa falar em crime é preciso que o agente deste tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável (NUCCI, 2015).

Conforme esclarecem Cezar Roberto Bittencourt e Francisco Muñoz Conde, a elaboração do conceito analítico começou com Carmignani, embora encontre antecedentes em Deciano e Bohemero. Para Carmignani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral (CARMIGNANI, 1833; DECIANO, 1551; BOHEMERO, 1732 apud BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004).

Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral a culpabilidade e o dano moral da infração penal. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo, que perdurou até o surgimento do conhecido sistema clássico *Liszt-Beling* (1906 apud BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004).

Quanto a uma certa imprecisão sobre o período do surgimento analítico de delito, é certo que a sua elaboração somente veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável (1906 apud BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004).

A posição qualificada como corrente tripartida ou tricotômica é amplamente sustentada pela doutrina de, entre outros, Cezar Roberto Bittencourt, Guilherme de Souza Nucci, Heleno Cláudio Fragoso e Francisco de Assis Toledo. Entende-se por tal corrente que o crime é composto por três elementos constituintes essenciais: fato típico, antijurídico e culpável (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012).

Frise-se que alguns, como Basileu Garcia e Mezger, sustentam que existe um quarto fator: a punibilidade. Contudo, tal visão tem pouco prestígio na doutrina, uma vez que está assentada em uma premissa envolta em fragilidade. Hungria refuta este entendimento ao pressupor que um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado de pena, isto é, criminoso, e, no entanto, ainda, de forma anormal, deixar de acarretar a efetiva imposição de pena não se configurando, assim, a punibilidade (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978 apud BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004).

Destarte, é clara a possibilidade de que, no âmbito prático, o delito tenha sua punibilidade excluída pelas causas pessoais de isenção ou pela própria extinção de punibilidade e ainda assim o crime persista, não tendo sua essência alterada uma vez que ainda é fato típico, antijurídico culpável, mas não punível. Logo, a punibilidade não pode ser considerada elemento do crime já que lhe é algo exterior (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012).

Num terceiro enfoque dado ao conceito analítico de crime, assume-se como elementos constituintes do crime o fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade um pressuposto de aplicação da pena. Tem-se, assim, a corrente

bipartida ou dicotômica, adotada por René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, André Estefam, Cleber Masson, entre outros (NUCCI, 2015).

Cabe registrar que ainda há outra corrente acerca do tema: a teoria constitucionalista do delito. Sob essa perspectiva, Luiz Flávio Gines e Antonio García-Pablos de Molina tomam o crime como constituído pelos elementos fato típico, antijurídico e punível. Dessa forma, figura a culpabilidade como fundamento e pressuposto de imposição da pena.

Embora circundado por diversas correntes, o conceito analítico de crime, independentemente da teoria adotada, sempre abrange o elemento tipicidade, isto pois, conforme instruído por Francisco de Assis Toledo (2002), a tipicidade é elemento inicial para que uma conduta seja considerada crime, isto é, seja ajustada a um tipo legal de crime.

Cabe, portanto que se ressalte a diferença entre tipicidade e fato típico. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2015), a devida adequação do fato ao tipo é o que seria a tipicidade, ao passo que o fato típico é a soma da conduta, nexos causal e resultado amoldados ao modelo legal. Tal adequação decorre da doutrina penal essencialmente objetivista brasileira que se preocupa primeiramente com o atingimento do bem jurídico tutelado e só depois investigando o comportamento do agente. Dessa forma, neste estudo, a tipicidade será aquele, dentre os elementos do crime a ser analisado com o fito de compreender como o ordenamento jurídico brasileiro tem se preocupado com a lesão do bem jurídico da liberdade sexual no ciberespaço.

Antes, insta salientar que, para Cezar Roberto Bittencourt (2018), a tipicidade nada mais é do que uma decorrência natural do princípio da reserva legal (valendo a previsão do artigo 1º do Código Penal Brasileiro de que não há crime sem lei anterior que o defina), sendo assim, a tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal.

Sob o conceito de Mirabete e Fabbrini (2011) a tipicidade é tida por um dos quatro elementos do fato típico, dentre conduta (ação ou omissão), resultado e

relação de causalidade. Dessa forma, caso o fato concreto não apresente algum destes elementos não poderá ser considerado crime, com exceção da forma tentada de crime em que não ocorre o resultado.

Nessa mesma linha de raciocínio, Claudio Brandão (2010) preceitua que a conduta é uma realidade presente na vida humana. Dessa forma, como o Direito é voltado para o homem, a conduta tem que ser necessariamente relevante para ele. Todavia, em se tratando de forma específica do Direito Penal, nem todas as formas de comportamento humano possuem relevância. Nesta senda, para que a conduta penal tenha relevância, é necessário que o legislador a reduza a um tipo.

Tal percepção nasce do princípio da ofensividade (ou lesividade) como princípio do direito penal. Sob esta instituição, alega-se, fundamentados em direitos constitucionais como intimidade, liberdade, vida privada, entre outros, que somente podem ser criados tipos penais incriminadores capazes de ofender um bem jurídico alheio, devidamente tutelado. Em meio à matéria de estudo aqui tratada ressalte-se o tipo penal que incrimina a ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual. (QUEIROZ, 1998 apud NUCCI, 2015).

CAPÍTULO II – DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

É evidente a indispensabilidade da progressão que a lei deve manter para acompanhar as inovações tecnológicas experimentadas pela sociedade. Contudo, no sistema jurídico brasileiro, como também se vê em todos os sistemas jurídicos que têm a lei como fonte primordial, constata-se um processo legislativo mais lento que as evoluções da tecnologia. Neste capítulo, serão abordadas questões históricas e conceituais acerca condutas informáticas danosas aos bens jurídicos tutelados pela legislação vigente no país (CARVALHO, 1996 apud JESUS; MILAGRE, 2016).

2.2 Dos conceitos de crime cibernético

As denominações quanto aos crimes praticados em ambiente virtual são diversas, não há um consenso sobre a melhor denominação para os delitos que se relacionam com a tecnologia. No meio jurídico doutrinário brasileiro, a expressão “crime cibernético” não é adotada de forma uniforme, mas tem sinônimos que se tratam do mesmo objeto de estudo, adotando-se nomenclaturas tais como “crimes informáticos”, “crimes digitais”, “crimes high-tech”, “cibercrimes”, “crimes de computador”, “crimes eletrônicos”, entre outros variados (SYDOW, 2015).

A Organização para a Cooperação Econômica e de Desenvolvimento (OECD) da ONU propôs uma definição ampla, deixando o conceito de que o crime informático é “qualquer conduta ilegal, não ética, não autorizada que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados” (VIDAL, 2015).

Contudo, desde o surgimento dos primeiros delitos informáticos, tem-se discutido se a criminalidade virtual é a mesma dos crimes já anteriormente tutelados pelos diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo ou se haveria também surgido novos crimes. Peter Gabroski (2001) argumenta que, ainda que hajam novas manifestações, a criminalidade virtual é a mesma que aquela com a qual a sociedade já está familiarizada.

Gabroski (2001) defende, sob o brocado *plus ça change, plus c'est la meme chose* (quanto mais se muda, mais se fica igual), que as motivações por trás dos cibercrimes são as mesmas que permeiam os crimes há muitas eras: ganância, luxúria, poder, vingança, aventura e o desejo de experimentar o “fruto proibido”. Contudo, os crimes cibernéticos trazem uma única novidade: uma capacidade sem precedentes que a tecnologia tem de facilitar a ação de um indivíduo que age sob as referidas motivações.

Neste sentido, no caso de crianças aliciadas dentro da segurança das próprias casas por pedófilos em conversas virtuais ou mulheres que, após arranjam um encontro às cegas na internet, caem nas mãos de predadores; o ciberespaço serve de mesma função que um ponto de ônibus, um pátio de escola ou uma boate. Sob tal perspectiva, entende-se que, por mais que a tecnologia mude rapidamente, o mesmo não acontece com a natureza humana que se perpetua a mesma, sendo o crime uma manifestação da torpeza do homem que adota diversos meios de manifestar-se (GRABOSKI, 2001).

Sob outro diapasão, ainda no ano de 1996, Ivan Lira de Carvalho já afirmava que a internet é tanto um meio novo de execução dos velhos crimes, quanto uma geradora de novos delitos contemporâneos da formação da rede mundial de computadores. Dessa forma, ainda que a processo legislativo seja mais lento que os avanços tecnológicos e suas consequências, não devem os operadores

do Direito cruzar os braços quando aos novos delitos e aguardar para que hajam providências legislativas e assim quedar-se em omissão (CARVALHO, 1996 apud JESUS; MILAGRE, 2016).

Segundo Damásio de Jesus e José Antônio Milagre, em 1998, no histórico julgado do HC 76.689/PB, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF lidou com um caso que envolveu pornografia infantil na antiga *Bulleting Board System/Internet*. Em enunciado, o Ministro relator ditou que nem todos os delitos cibernéticos necessitavam de nova tipificação, no entanto, a tecnologia era apenas um meio utilizado para a prática de delitos já conhecidos, observando-se o seguinte teor:

‘Crime de computador’: publicação de cena de sexo infanto-juvenil (ECA, art. 241), mediante inserção em rede BBS/internet de computadores, atribuída a menores. Tipicidade. Prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte.

1. O tipo cogitado – na modalidade de ‘publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente’ – ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/internet de computador.

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 criminosa, 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, 1998, *online*).

No referido julgado, Sepúlveda Pertence (1998) concebeu que o tipo penal cogitado no caso concreto de “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” seria uma norma aberta, de forma contrária do que se entendia, à época do ocorrido, em que se aplicava a Lei de Imprensa quando o fim era o de punir publicação de qualquer que fosse o material pornográfico. Assim, bastaria que, para a realização do núcleo da ação punível, fosse utilizada um

veículo tecnicamente idôneo utilizado com o fim de difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas.

Dessa forma, o Ministro entendia que as circunstâncias do crime cibernético não requerem que haja colmatação de lacuna da lei por analogia, já que para o delito, havia uma conduta de antemão tipificada, ainda que o meio técnico empregado para sua consumação fosse invenção posterior à edição da lei penal (PERTENCE, 1998 apud JESUS e MILAGRE, 2016).

A discussão acerca do uso da tecnologia como meio ou fim da conduta é tangenciada nas lições da doutrina de Marcelo Xavier de Freitas Crespo (2011), que expressam a ideia de que o uso de um computador para a prática de um delito não configura necessariamente um crime informático, seja ele meio ou objeto da conduta, por não ser a conceituação mais técnica do termo, contudo é a mais amplamente utilizada não só por autores, mas pela mídia em geral.

Considerando a concepção classificatória Spencer Toth Sydow (2015), nota-se que o entendimento amplamente difundido pela mídia e parte considerável da doutrina sobre os delitos informáticos seriam o que o doutrinador denominada “crimes informáticos impróprios”, ou seja, delitos comuns - que, de acordo com o conceito analítico de crime, são as condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, perpetrados por meio de mecanismos informáticos como ferramenta, contudo, poderiam adotar qualquer outro meio para atingir seu fim, enquanto os delitos informáticos próprios são as condutas típicas, antijurídicas e culpáveis que têm por fim violar um sistema informáticos ou seus dados, de forma precisa em sua confidencialidade, integridade e disponibilidade.

No mesmo sentido de boa parte da doutrina, Augusto Eduardo de Souza Rossini define o delito informático como sendo:

[...] qualquer conduta constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com uso da informática em um ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda os elementos da segurança informática. (2011, apud SYDOW, 2015, p. 89)

Sob outra perspectiva, nota-se na doutrina importante distinção entre delitos informáticos e criminalidade na internet. Em apologia à tal distinção temos Rodríguez Mourullo, Alonso e Lascurain, a defender que os delitos informáticos seriam aqueles que tem por objeto de ataque um elemento informático, ao passo que a criminalidade na Internet teria o mesmo elemento como meio para a prática do delito (apud JESUS; MILAGRE, 2016). Em contraponto, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2016) não entendem o elemento informático como objeto de ataque dos crimes informáticos, mas o conceituam como fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. Por esse ângulo, preceituam os doutrinadores que o crime virtual pode ser um crime-meio, mas vem se desenvolvendo como crime-fim, o que requer a tipificação de alguns crimes informáticos próprios. Sob a referida perspectiva, a classificação adequada para os crimes informáticos se daria com a seguinte divisão:

- a) crimes informáticos próprios: em que o bem jurídico ofendido é a tecnologia da informação em si [...];
- b) crimes informáticos impróprios: em que a tecnologia da informação é o meio utilizado para agressão a bens jurídicos já protegidos pelo Código Penal brasileiro [...];
- c) crimes informáticos mistos: são crimes complexos em que, além da proteção do bem jurídico informático (inviolabilidade dos dados), a legislação protege outro bem jurídico. Ocorre a existência de dois tipos penais distintos, cada qual protegendo um bem jurídico;
- d) crime informático mediato ou indireto: trata-se do delito informático praticado para a ocorrência de um delito não informático consumado ao final [...]. (2016, p. 52,53)

Ao emitir parecer para a Comissão Europeia sobre crimes informáticos, Ulrich Sieber (2008) apresenta outra classificação dos crimes informáticos em: violação à privacidade; crimes eletrônicos (*hacking*, espionagem, pirataria, sabotagem, extorsão e fraude); conteúdos ilegais e nocivos; e outros ilícitos, sejam eles contra a vida, crime organizados ou guerra eletrônica (apud CRESPO, 2011).

Numa concepção mais clássica, Martine Briat (1985) traz notória distinção dos crimes onde a informática é o meio para a prática delituosa e os demais delitos, onde cita:

- a) manipulação de dados e/ou programas a fim de cometer uma infração já prevista pelas incriminações tradicionais;
- b) falsificação de dados de programas;
- c) deterioração de dados e de programas e entrave à sua utilização;

- d) divulgação, utilização ou reprodução ilícita de dados e de programas;
- e) uso não autorizado de sistemas de informática;
- f) acesso não autorizado a sistemas de informática (apud JESUS; MILAGRE, 2016, p. 51).

No contexto da diversidade de conceitos e classificações sobre os crimes informáticos, que divergem entre doutrinadores, cabe compreender como as legislações têm tratado o tema através dos anos e das diversas inovações tecnológicas sob uma perspectiva global, e então trazer o que a legislação brasileira tem adotado acerca do tema.

2.2 Legislações Acerca dos Crimes Cibernéticos

Nota-se que a tecnologia da informação possui a característica de ser irrestrita a quaisquer limites geográficos, tendo em vista que a internet fora projetada para funcionar da forma descentralizada e universal. O ciberespaço não se limita a fronteiras físicas, portanto, em se tratando de delitos praticados no ambiente virtual, tem-se as mais diversas localidades em que são praticados cibercrimes. Contudo, as legislações nacionais restringem-se a um território nacional e serão estas que punirão os agentes que praticam crimes reais no espaço virtual (BORTOT, 2017).

A primeira legislação acerca de delitos informáticos no mundo data do final da década de 1980 com a promulgação da *Computer Fraud and Abuse Act* nos Estados Unidos da América. Contudo, os debates, iniciados em 1970, ainda encontraram na Suécia o primeiro país a criar uma norma incriminadora para ofensas a “bens informáticos” (JESUS; MILAGRE, 2016).

Esta legislação precedente continua, até os tempos atuais, em vigor. Ressalte-se que, em razão da celeridade da evolução dos crimes no âmbito virtual, tornaram ultrapassadas as previsões desta norma, o que requereu que a mesma fosse emendada ao menos oito vezes, além de outras leis criadas para também tratar da questão informática no sistema legal norte-americano (BORTOT, 2017).

Historicamente, conforme citam Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2016), de igual modo à nação norte-americana, a Alemanha passou a discutir a necessidade de alterações legislativas sobre crimes informáticos na década de

1980. Em 1986, promulgou-se a Lei de Criminalidade Econômica, que contempla a criminalização de delitos como espionagem, fraude informática, falsificação de dados, alteração de dados e a sabotagem informática.

A posteriori, houve a propositura de um projeto de atualização da legislação. Atualmente, são previstos tipos penais concernentes à cibercrimes no *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão), e ainda, o país apresentou a Lei de Segurança Cibernética, visando a proteção de sua infraestrutura como Estado e dos cidadãos em geral.

Já na Itália, o tema encontra relevância para discussão no início da década de 1990. Quando em 29 de dezembro de 1992, ocorre a edição do Decreto Legislativo 518, momento em que os tipos penais têm suas redações ampliadas com o fim de abranger também os crimes informáticos. No mesmo diapasão, a Espanha também traz em seu Código Penal disposições atinentes ao cibercrime.

Relevante ressaltar o crime de violação de privacidade para descoberta de segredos, duramente punível com pena de prisão de um a quatro anos e multa. No tempo em que, nos Emirados Árabes, a legislação penal do país pune a transmissão, publicação e promoção de atos pornográficos ou indecentes, foi promulgada em 2012. (JESUS; MILAGRE, 2016).

O continente europeu deu origem a um instrumento legislativo internacional exemplar: A Convenção sobre o Cibercrime, ou, como também é conhecida, Conferência de Budapeste, por meio do Conselho da Europa. Aprovada em 2001, esta convenção é considerada uma referência legislativa a nível mundial no que diz respeito aos crimes na internet, assim como sua tipificação e persecução penal. Trata-se de um tratado internacional assinado por 43 países, dos quais 21 ratificaram, contudo, o Brasil não faz parte do rol dos signatários (SOUZA; PEREIRA, 2009).

Segundo seu preâmbulo, a Convenção tem por primazia uma política criminal comum, sendo o objetivo a proteção da sociedade contra a criminalidade no ciberespaço mediante a adoção de uma legislação adequada e da melhoria da

cooperação internacional. De mais a mais, em seu conteúdo, destaca ainda a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada. Ressalta-se, ainda em seu preâmbulo, principiologicamente o respeito:

- (i) à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa (1950);
- (ii) ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU (1966)
- (iii) à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989); e
- (iv) à Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil (1999) (SOUZA; PEREIRA, 2009, p. 5).

No que concerne ao Direito Penal Material, o principal destaque da Convenção é a definição das tipificações dos cibercrimes, assim agregadas:

- Título I - infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos;
- Título - II infrações relacionadas com computadores;
- Título III - infrações relacionadas com o conteúdo; e,
- Título IV - infrações relacionadas com a violação do direito de autor e direitos conexos (UNIÃO EUROPEIA, 2001).

Como não é um dos signatários do Tratado, o Brasil não pode aderir à Convenção, à exceção de que seja convidado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu, conforme preceitua o artigo 37 do texto oficial da Convenção sobre o Cibercrime. Não obstante, não ser signatário da Convenção nada obsta a possibilidade de uma legislação própria para tipificação dos cibercrime (SOUZA; PEREIRA, 2009).

Em termos legislativos, no Brasil, a discussão sobre a tipificação de cibercrimes, sob uma perspectiva do direito comparado, surge tardiamente. Durante certo tempo a única legislação disponível sobre o tema era a Lei n. 9.983/2000, que apenas acrescentou poucos artigos ao Código Penal, e estes ainda só podem ter como sujeito passivo, via de regra, os funcionários públicos (JESUS; MILAGRE, 2016).

Além de tardia, a legislação penal brasileira acerca de crimes cometidos no ambiente virtual é muito tímida e ainda tem por principal fonte um Código Penal

datado de 1940. Dessa forma, é evidente a carência da tipificação dos crimes virtuais, o que configura um obstáculo à punição de tais delitos em face do princípio da legalidade, consagrado na Constituição Federal da República e também aduzido no Código Penal Brasileiro, uma vez que, conforme disposto no artigo primeiro do Códex, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

Consoante pontuações de Rodrigo de Mello Vidal (2015), no meio jurídico brasileiro foi latente a demora para criação de normas que combatessem os crimes virtuais de forma direta. Até o ano de 2012 não havia cobertura legal específica, conforme percebe-se na Lei 11.829/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprimorando o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizando a aquisição e a posse deste tipo de material e também outras condutas relacionadas à pedofilia no ambiente virtual. Ademais, também são exemplos notórios a Lei dos Crimes de Software (ou Lei Antipirataria, Lei n. 9.609/98) e a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83).

Diante disto e de inúmeras práticas delituosas cometidas por ou contra cidadãos brasileiros no ambiente virtual, tramitaram e ainda tramitam diversos projetos de lei sobre o tema no Congresso Nacional Brasileiro. Dentre eles, mostrou-se relevante citar o Projeto de Lei n. 84/99, que tramitou por treze anos e recebeu apelidos como “AI-5 digital” e “Lei Azeredo”, em razão de o político Eduardo Azeredo ter sido o relator do projeto diversas vezes e por defender a sua aprovação (BORTOT, 2017).

O relator expunha fortemente como justificativa o fato que pessoas inescrupulosas não poderiam deixar de ser punidas por falta de uma legislação que regule os crimes de informática e continuem usando computadores e redes para propósitos escusos e criminosos. Em sua redação original, o projeto tinha 18 artigos e foi fortemente rejeitado pela sociedade, que acreditava que com a sua aprovação haveria um possível vigilantismo que poderia punir, segundo os ativistas, o simples fato de ser internauta. Além disso, à época também surgiram críticas quanto a dificuldade de definição técnica e conceituação dos termos utilizados no Projeto (SYDOW, 2015).

Admirável perceber que, o impulsivo Projeto Lei 84/99 converteu-se na Lei 12.735/2012, que conta apenas com quatro artigos. Após entender que tal projeto era inviável e não conseguiria ser aprovado, o Deputado Paulo Teixeira apresentou um novo Projeto de Lei n. 2.793/2011, mediante um acordo claramente mais político do que técnico sobre o tema, que dispunha sobre a tipificação criminal de delitos informáticos de forma menos polêmica (JESUS; MILAGRE, 2016).

Contudo, conforme matéria publicada pelo site de notícias G1 São Paulo (2013), um suposto vazamento de fotos íntimas envolvendo a atriz Carolina Dieckmann fez com que fossem apresentados diversos requerimentos quanto ao Projeto de Lei em questão. Este tramitou em tempo recorde e, em novembro de 2012, o Projeto de Lei 2.793/2011 transformou-se na Lei 12.737/2012, também conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” e denominada por boa parte dos doutrinadores com “Lei de Crimes Informáticos”.

Isto posto, a Lei 12.737/2012 trouxe as alterações previstas nos artigos 154-A e 154-B do Código Penal, tornando crime a invasão de dispositivos informático, sendo este um delito de ação penal pública condicionada à representação exceto nos casos em que o crime fosse praticado contra a administração direta ou indireta e empresas concessionárias de serviços públicos. Ainda, inclui os parágrafos 1º e 2º do artigo 266 do Código Penal, determinando que incorre na mesma pena do delito de interrupção de serviço telegráfico, radiográfico e telefônico a conduta que interrompa serviço telemático ou de informação de utilidade pública, a qual deverá ser dobrada na hipótese de calamidade pública.

De mais a mais, a referida Lei ainda inclui o parágrafo único do artigo 298 do mesmo Códex, equiparando cartões de crédito e débito a documento particular e punindo sua respectiva falsificação. (BRASIL, 2013)

Ressalte-se o artigo 154-A do Código Penal Brasileiro, cujo *caput* dispõe:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (Brasil, 2013, artigo 154-A).

Também incorre no tipo penal acima descrito aquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta descrita no artigo 154-A. Admite-se, ainda, a forma qualificada do tipo, impondo-se pena de seis meses a dois anos se da invasão resultar tanto a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas (abrangendo, portanto, casos análogos ao que ocorreu com a atriz Carolina Dieckmann), como segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido (VIDAL, 2015).

Por fim, em 22 de abril de 2014, foi aprovada em versão final pelo Senado e sancionada pela então Presidente da República Dilma Roussef a Lei n. 12.965/2014, ou o Marco Civil da Internet. Ainda que não relativo à matéria penal, o Marco Civil da Internet dispõe de atividades complementares à repressão da criminalidade no âmbito virtual. Tal lei ostenta alicerces em três pilares principais: neutralidade da rede, privacidade dos usuários e liberdade de expressão (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

Consoante Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Gaberllini Carnio (2014), a neutralidade da rede tem por foco que os pacotes de dados que circulam na internet sejam tratados de forma isonômica, sem qualquer distinção de conteúdo, proibindo os provedores de individualizar os usuários. Contudo, há possibilidade de que, por meio de decreto presidencial, sejam abertas exceções em casos de necessidade técnica indispensável para a prestação adequada de serviços e aplicações, priorizando-se os serviços de urgência. Causou-se, dessa forma, certa desconfortabilidade em diversos segmentos da internet e em determinados setores do mercado e da classe política, haja vista a exceção à neutralidade da rede depender diretamente de anuência do Chefe do Poder Executivo.

O segundo pilar do Marco Civil, privacidade de usuários na *web*, prevê aos usuários o direito de inviolabilidade e sigilo da intimidade e da vida privada, vivendo esta isoladamente, sem estar submetido a nenhuma publicidade que não provocou nem almejou. Com base nesse pilar, buscou-se prover aos internautas a segurança de que seus dados de navegação não são passíveis de vazamento ou invasão para repasse a terceiros não autorizados. Assim, caso ocorra algum dos casos alinhavados, poderá o internauta ingressar com ação de indenização contra a empresa que o expôs, ampliando a possibilidade de retirada de conteúdos ofensivos (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

O terceiro e último pilar refere-se à liberdade de expressão, assegurando aos usuários da *web* o direito à publicação de suas ideias e opiniões. Não obstante, deve se observar a civilidade e se abster de ofensas e demais formas vexatórias, sendo passível de queixa-crime a lesão à honra (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

Pressupondo que, no ordenamento jurídico, consoante ensinamento de Florêncio Filho (2014), não haja princípio mais fundamental que outro, mas que todos possuam igual valor, mas, ainda tendo como vetor para o arbitramento o princípio da dignidade da pessoa humana, mister se faz uma percepção mais crítica quanto aos pilares do Marco Civil da Internet, indagando se tais sustentáculos elevam alguns princípios em detrimento de outros, conforme expresso no seguinte apontamento:

O ponto principal da polêmica é se a lei ao tempo em que representa um avanço para garantir uma internet livre, criativa e segura no país, também não poderia trazer ou gerar brechas que permitirão “censura prévia” na rede. Um dos pontos que permite este questionamento é o fato de, por exemplo, a lei obrigar a retirada de conteúdos após ordem judicial, mas abre uma exceção que permite a exclusão de determinados materiais antes da análise da justiça. A questão é polêmica, pois para ambos os lados pode se discutir questões atinentes à proteção da privacidade e liberdade de expressão dos usuários, gerando praticamente uma colisão entre esses dois princípios constitucionais (GUERRA FILHO e CARNIO, 2014, p. 26).

Apesar das críticas levantadas após sua sanção, o Marco Civil da Internet representa, historicamente, a grande conquista do ordenamento jurídico brasileiro no

que tange a tutela de bens jurídicos no ambiente virtual. Tamanho o progresso trazido pela legislação, ficou a Lei n. 12.965/2014 conhecida mundo a fora como a “Constituição do Brasil”, haja vista a ampla participação popular na concepção da lei. Dessa forma, atualmente, ainda que de matéria civil, a Lei 12.965/2014 é verdadeiro marco no que diz respeito à tutela de bens jurídicos no ciberespaço (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

CAPÍTULO III – DO ESTUPRO VIRTUAL

Após os apontamentos expostos nos capítulos anteriores, resta claro que os avanços tecnológicos trazem novos desafios na responsabilização dos crimes cometidos em ambiente cibernético. Sextorsão, pornografia de vingança, estupro virtual são algumas das expressões que tornaram-se comuns nos principais meios de difusão de informação. Nesse cenário de novos canais utilizados para a agressão à bens jurídicos, cabe a análise dos casos concretos veiculados pela mídia e dos tipos penais dispostos na legislação pátria que tutelam a dignidade e liberdade sexual.

3.1 Casos Veiculados pela Mídia

Em agosto de 2017, em Teresina, no Piauí, um técnico de informática de 34 anos criou um perfil falso em uma rede social, este foi utilizado para que o indivíduo entrasse em contato com uma mulher com quem havia tido um relacionamento no passado, época em que havia feito imagens dela nua enquanto dormia. Sem revelar sua identidade, o agente ameaçava divulgar as imagens na internet de forma que estas chegariam à família da vítima caso esta não lhe enviasse fotos e vídeos em que era obrigada a se masturbar com vibradores e outros objetos (TV CLUBE, 2017).

Segundo o Delegado Daniel Pires, da Delegacia de Repressão a Crimes de Informática do Piauí, este seria o primeiro caso de estupro virtual no Brasil, tendo sido assim definido devido ao fato de que a vítima teria sido constrangida mediante grave ameaça a manter o ato libidinoso (G1, 2017).

Em setembro do mesmo ano, em Minas Gerais, um jovem de 19 anos ameaçou matar e divulgar imagens íntimas de cinco mulheres com idades entre 16 e 24 anos. Também incógnito sob um falso perfil em rede social, as ameaças do agente tinham por fim obter fotos e vídeos pornográficos. Segundo reportagem do jornal O Estado de S. Paulo, uma das vítimas, tamanho o transtorno, tentou o suicídio, enquanto o pai de uma outra das vítimas pagou R\$3.000,00 ao agente para livrá-la das ameaças (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017).

No decorrer do mesmo ano, em outubro, Bjorn Samstrom, de 41 anos foi o primeiro sueco a responder um processo penal no país por violência sexual praticada virtualmente. O acusado foi à julgamento pela acusação de que teria estuprado 27 vítimas, todas garotas menores de idade do Canadá, Estados Unidos e Reino Unido. A acusação baseou-se nos fatos de que o autor forçava as vítimas a praticarem diante da *webcam* atos sexuais não consentidos, inclusive com animais, sob ameaça de morte das mesmas e de seus familiares ou de terem suas imagens expostas nas redes sociais e sites de conteúdo pornográfico (NATIONAL POST, 2017).

A promotora sueca Annika Wennerstrom, ao jornal canadense The Globe and Mail (2017), disse que, de acordo com a legislação da Suécia, o tipo penal que

prevê o estupro como crime não necessariamente envolve penetração. Nesse sentido, de acordo com a representante do órgão do *Parquet* sueco, a definição do que é ou não considerado estupro precisa ser adaptada, posto que a tecnologia não tem limites definidos.

De acordo com o jornal canadense *National Post* (2017), em novembro de 2017 Bjorn Samstrom foi condenado a 10 anos de prisão pelo crime de estupro. A sentença foi fundada no argumento de que, para a lei sueca, o estupro envolve não só a conjunção carnal, mas leva em consideração que a violação da integridade sexual é tão severa quanto o estupro em que há a própria penetração. Sob tal perspectiva, Wennerstrom ainda relatou que mesmo depois de lidarem com as penetrações por um longo período de tempo, se sentirem deprimidas e machucadas, as vítimas não se perceberam ser vítimas de estupro.

No mesmo caso, duas das vítimas eram adolescentes que mantinham contato com o agente sueco do Canadá. Estas, sob ameaça, foram forçadas a utilizarem dedos e objetos para masturbação e em uma das ocasiões uma das vítimas ainda foi obrigada a ter relações sexuais com o cachorro animal de estimação da família. Apesar de condenado no país de sua nacionalidade, tal processo, que teve por fim uma condenação severa, não seria possível de ocorrer no Canadá, país em que pressupõe a ocorrência de contato físico (*THE GLOBE AND MAIL*, 2017).

Assim, de forma diversa, em Kingston, no Canadá, no ano de 2008, após constranger inúmeras jovens a realizarem atos sexuais na internet sob ameaças de morte e divulgação de imagens íntimas, Mark Bedford foi condenado por diversas condutas delituosas, dentre elas crime de pornografia infantil, extorsão e incitação infantil à bestialidade, mas não foi processado pelo crime de estupro. O processo penal, levou o agente à condenação de 3 anos de prisão (*NATIONAL POST*, 2017). Apesar das vítimas serem canadenses nos dois últimos casos apontados e, levando em consideração que se tratam de sistemas jurídicos distintos em países com legislações diferentes, resta claro que a conduta de obter satisfação da própria lascívia através do constrangimento por meio de ameaça é real no ciberespaço cidadãos dos mais variados países estão expostos ao delito.

No ano de 2018, a mídia tornou a expor casos de estupro virtual no Brasil. Em agosto, a Polícia Civil do Distrito Federal prendeu um jovem de 23 suspeito de cometer o delito contra adolescente de 15 anos, moradora de Brasília. O investigado foi detido em Alegre, interior do Espírito Santo e conduzido ao Distrito Federal. De acordo com as investigações da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente do DF, a vítima teria sido seduzida pelo agente e convencida à enviar imagens íntimas. Após deter já deter posse das imagens da vítima, esta era constrangida sob ameaças a encaminhar mais fotos sensuais, escrever em seu corpo o nome pelo qual o agente se identificava nas redes sociais e exibir-se pela *webcam*. Não foi descartada a possível existência de outras vítimas, posto que o jovem também era investigado em Santa Catarina e no Paraná por crimes semelhantes (TV GAZETA, 2018).

Ainda em agosto de 2018, o jovem Breno da Silva Vieira, de 22 anos, foi preso no Espírito Santo, também suspeito de estupro virtual, tendo feito pelo menos 13 vítimas. O jovem criava um perfil falso na internet e enviava um *link* para várias possíveis vítimas sob o aviso de que detinha imagens íntimas delas e, ao clicar no site, as vítimas tinham seus perfis em redes sociais *hackeados*. O suspeito obtinha fotos que a vítima já tinha compartilhado em conversas privadas e então passava a ameaça-la, normalmente exigindo 20 tarefas da vítima, ordenando que enviasse 20 vídeos ou fotos em posições sexuais que ele mesmo definia (G1 ESPÍRITO SANTO, 2018).

Três meses após os dois últimos casos, em novembro de 2018, a Delegacia de Atendimento à Mulher do Rio de Janeiro conduziu operação que pendeu três suspeitos de praticarem estupro virtual e outros crimes sexuais na internet. Em um dos casos, uma jovem foi forçada a filmar relações sexuais com o porteiro do prédio em que mora (G1 RIO DE JANEIRO, 2018).

Logo no início do ano de 2019, em janeiro, a mídia já veiculava reportagens envolvendo crimes sexuais na internet. Um rapaz de 25 anos indiciado por estupro virtual teve sua prisão preventiva convertida em temporária em

Araçariguama, São Paulo. Segundo policiais responsáveis pela investigação dos crimes praticados, Paulo Ricardo dos Santos mantinha contato com uma mulher via *WhatsApp* e após conseguir sua confiança, a convenceu a enviar fotos íntimas. Contudo, as ameaças, comuns nos casos de estupro virtual, se estenderam também à filha da vítima de apenas 1 ano de idade. A mãe do bebê era forçada a enviar imagens pornográficas da filha após ameaças feitas publicamente em seu *Facebook*. A polícia encontrou no celular do jovem, imagens encaminhadas pela mãe do pé da criança, dela tomando banho e, por fim, simulando sexo oral na menina. Assim, além de vítima de estupro virtual, a mãe também foi indiciada por estupro de vulnerável (TV TEM, 2019).

Segundo reportagem do programa jornalístico Fantástico (2018), um site de ajuda a vítimas de crimes na internet contabilizou 332 pessoas que procuraram ajuda devido ao compartilhamento não consensual de imagens íntimas, sendo elas 252 mulheres e 80 homens.

Nos casos apresentados, a colmatação do fato ao tipo penal de estupro apresentada pelas Autoridades Policiais e Representantes do Órgão do *Parquet* envolvidas se deu pela possibilidade de punição do delito praticado sem a conjunção carnal prevista a partir do advento da Lei n. 12.015/2009.

3.2 Alterações no artigo 213 pela Lei n. 12.015/2009

No que tange o núcleo do tipo aduzido no artigo 213, após o advento da Lei n. 12.015 de 2009, houve importante alteração na disposição do crime de estupro que, após reforma da lei, passa a abranger, além da conjunção carnal, a prática de qualquer ato libidinoso diverso dela (BRASIL, 2009).

Em análise aos verbos componentes do artigo, Guilherme de Souza Nucci traz que o verbo “constranger” significa tolher a liberdade a fim de obter a conjunção carnal ou ato libidinoso, citando João Mestieri “*stuprum*, no sentido próprio, significa desonra, vergonha”, envolvendo atos impudicos praticados com homens ou mulheres, com violência, cujo resultado é a desonra (MESTIERI apud NUCCI, 2015).

Em análise etimológica dos componentes do tipo, tem-se que o constrangimento é termo avindo do latim *constringere*, este que também é raiz etimológica do verbo “constringir”, sinônimo de “comprimir”. Destarte, quem sofre constrangimento é levado a estado de aperto, compressão (CUNHA, 1986 apud DAMÁSIO, 2016).

Desse modo, a oposição ao fim do agente não requer motivação, seja qual for. Basta que a vítima não queira a conjunção carnal ou o ato libidinoso, não os queira naquele momento ou até nas condições sugeridas. Por isso tem-se o estupro por crime contra a liberdade sexual, pois a vítima está em sua liberdade de querer ou não o ato, seja qual for sua razão para tal (TELES, 2004).

Como finalidade do constrangimento praticado pode-se ter a conjunção carnal, a prática de outro ato libidinoso e/ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Neste sentido, para a configuração do estupro na forma do artigo 213, ou ainda, do estupro de vulnerável, no modelo do artigo 217-A, parte da doutrina defende que não há necessidade de contato físico, tal situação é bem explanada pelo doutrinador Rogério Greco:

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar (2016, p.48).

Contudo, é necessário ressaltar que, conforme as lições de Damásio de Jesus, se a violência for o instrumento do constrangimento, pressupõe-se a natureza física da mesma, vez que se expressa em força bruta esta abrangerá as vias de fato e as lesões corporais leves. Em contraponto, a grave ameaça contida no tipo prescinde de contato físico, desde que seja séria e realizável, capaz de produzir na vítima certo temor que a leve a ceder às vontades do agente, por dano considerável, ainda que seja justo o mal ameaçado. Isto é, ainda que o agente tenha o dever de causar o mal à vítima, se este dever for utilizado para viciar a vontade da vítima, incorrerá no crime (DAMÁSIO, 2016).

Em outro conceito concebido sob a mesma perspectiva, Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017) entende que a expressão violência como abrangente das agressões físicas e do uso da força física para que ocorra o domínio da vítima e se viabilize a conjunção carnal ou o ato libidinoso, fim desejado pelo agente. De forma diversa, a grave ameaça abrange a promessa de mal injusto e grave, podendo este ser causado na própria vítima ou em terceiro, e, ainda, podendo-se utilizar de um temor reverencial da vítima em relação ao agente.

Assim, compulsando-se os ensinamentos de Damásio de Jesus (2016) e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017), resta nítido que somente nos casos do emprego de violência para consumação do delito é que se faz necessário o contato físico. Nesse sentido, em se tratando do uso da grave ameaça para atingir o fim da conduta, não é prescindível que haja o toque entre vítima e agente.

Adiante, cabe destacar a expressão “conjunção carnal” que nos traz o tipo penal em epígrafe. Os atos do coito anal ou oral, assim como o uso de instrumentos ou dos dedos para a penetração ou a cópula vestibular (onde não há penetração) não são abraçados pela locução. Assim sendo, a conjunção carnal, conforme afirma categoricamente Guilherme de Souza Nucci (2015), bem como tantos outros doutrinadores, é a cópula entre pênis e vagina. Sob esta definição, nota-se a impossibilidade de que sem o contato físico ocorra conjunção carnal.

Contudo, os demais atos citados no parágrafo anterior (coito anal ou oral, uso de instrumentos ou dos dedos para penetração e cópula vestibular) foram incluídos na redação do dispositivo após a Lei n. 12.015/2009 e podem ser praticados de duas formas: constranger alguém a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso. Na primeira forma, há a efetiva participação da vítima, ainda que forçada; no segundo caso, a vítima tem uma participação forçada de maneira passiva (BITENCOURT, 2018)

A Lei n. 12.015/2009 também incluiu, no Código Penal, o capítulo II, que dispõe sobre os crimes sexuais contra vulneráveis. O referido capítulo se inicia com o tipo penal de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos).

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2009).

Diante de crime intitulado de forma similar ao artigo 213, o estupro de vulnerável não traz em seus elementos objetivos a previsão de constrangimento, mas que apenas se tenha conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa vulnerável, tutelando-se assim, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não sua liberdade sexual, uma vez que esta somente se dá na medida em que a vítima escolhe consentir ou não com o ato, não importando o motivo que tenha para tal. Neste sentido, assume-se que o sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável não é considerado capaz de consentir de forma válida para o ato de caráter sexual (MARCÃO; GENTIL, 2014).

Aqui, conforme pontua Juliana Vianna Guimarães (2013), a violência é presumida, ficta ou indutiva, e é assim definida pois é impossível que o ofendido se oponha ao agente. Dessa forma, ainda que o consentimento exista, esse não será válido juridicamente e não extinguirá a punibilidade de agente.

Após a pacificação sobre a irrelevância do consentimento e da experiência sexual do vulnerável no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte editou a Súmula 593 que se posicionou pela presunção absoluta de violência. Seguindo mesmo entendimento, a Lei n. 13.718/18 acrescentou ao artigo 217-A um quinto parágrafo, prevendo que as penas previstas no tipo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2018).

Em que pese a discussão acerca da necessidade de contato físico no crime de estupro de vulnerável, apesar da não tipificação e lacuna legal, a doutrina majoritária, a exemplo de Rogério Sanches Cunha, defende que o estupro não prescinde necessariamente do contato físico, mas apenas do constrangimento que viole a dignidade sexual:

De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer sua lascívia, ordena que a vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se, somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime) (CUNHA, 2016, p. 460).

Ao prolatar voto em processo penal acerca de caso de estupro de vulnerável, o relator, ministro Joel Ilan Paciornik, expôs que a maioria da doutrina penalista pátria orienta que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo tanto do tipo do artigo 213, quanto do artigo 217-A, ambos do Código Penal. Na mesma ação penal, o Ministério Público Federal considerou que o ato lascivo compreendeu os requisitos previstos na legislação brasileira para ser classificado como estupro, posto que se tratava de menor sem possibilidade de defesa e compreensão exata do que se passava. Assim, como asseverou o ministro Ribeiro Dantas, que acompanhou o voto do relator, o conceito de estupro apresentado na denúncia era compatível com a intenção do legislador em proteger o menor vulnerável (CONJUR, 2016).

Não obstante o entendimento consolidado da possibilidade de punir-se através do tipo penal de estupro de vulnerável o ato cometido de acordo com os núcleos verbais do artigo 217 – A, sem contato físico, o crime em comento não é objeto do presente estudo, visto que, apesar da possibilidade da prática da conduta em meio virtual, o tipo não tutela a liberdade sexual, mas a dignidade sexual do vulnerável, posto que este não possui o discernimento necessário para garantir suas escolhas quantos a seu corpo e a sua sexualidade (CONEGUNDES, 2015).

À face de todo o exposto, observa-se que a conjunção carnal é apenas uma das modalidades do crime de estupro e, após a inovação legislativa pela Lei n.

12.015/2009, admite-se a prática do tipo penal previsto no artigo 213 do Código Penal. Assim constata-se, portanto, que a prática do estupro no âmbito virtual é dotada de tipicidade, posto que estão presentes pressupostos essenciais à colmatação do fato ao tipo, quais sejam: o constrangimento à prática do ato libidinoso.

Por conseguinte, é de se registrar que o estupro virtual ofende o bem jurídico da liberdade sexual do indivíduo assim como se daria em uma situação fática real. Em se tratando de um desdobramento da dignidade da pessoa humana, é indiscutível a importância da tutela sobre a liberdade sexual, ainda que no âmbito virtual, visto que são reais as consequências sofridas pela vítima em sua saúde fisiológica e emocional.

3.3 Inovações da Lei 13.718/2018

Nove anos posteriores às alterações trazidas pela Lei n. 12.015 de 2009, em correspondência às constantes mudanças sociais no cenário nacional e ante a exposição de imagens e suas múltiplas formas de fetichização em contextos de ampla divulgação e circulação no cenário da cibercultura, entrou em vigência a Lei nº 13.718 em 25 de setembro de 2018, introduzindo-se novas figuras típicas ao Código Penal brasileiro, aqui ressaltada a divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem a autorização dos envolvidos (BRASIL, 2018).

Foi introduzida pela lei 13.718/18 o delito de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia no Código Penal brasileiro em disposição no artigo 218-C. Este tipo pode ter qualquer pessoa por sujeito ativo e passivo (BRASIL, 2018). No último caso, contudo, em sendo a vítima pessoa com quem o agente manteve ou mantém relação íntima de afeto a pena é aumentada de um a dois terços. Na possibilidade de a vítima ser criança ou adolescente, tem-se infração penal específica disposta no artigo 241-A do ECA (BRASIL, 1990).

De acordo com Alexandre Salim, Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal, o crime previsto no artigo 218-C um tipo penal misto alternativo, pois, ainda que o sujeito ativo do delito pratique dois ou mais verbos nucleares tipificados haverá apenas um único crime. Existe, contudo ainda a hipótese de excludente de ilicitude das condutas previstas, quando o agente, ao praticar as condutas, adota recurso para impossibilitar a identificação da vítima ou a prévia autorização da mesma, se maior de 18 anos, para fim de publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica (SALIM, 2018).

Cumprido, por fim, ressaltar que o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, recentemente disposto no Código Penal brasileiro, não se confunde com o delito de estupro virtual, posto que no primeiro ocorre ofensa à dignidade sexual em sentido amplo através da divulgação de cenas íntimas sem a divulgação dos envolvidos, ausente a grave ameaça, característica particular do crime disposto no artigo 213 (SALIM, 2018).

CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos facilitaram a práticas de crimes no âmbito virtual, sob a nítida influência da conectividade no cotidiano mundial. O reconhecimento das práticas delituosas de estupro consumadas no ciberespaço trouxe à tona uma nova perspectiva a respeito da tutela da liberdade sexual na internet.

Contudo, as alterações que surgem na sociedade com a inovações tecnológicas não alteram os direitos advindos da dignidade inerente do ser humano. Assim, sob a concepção kantiana de dignidade, a Constituição Federal brasileira salvaguarda direitos fundamentais do indivíduo, como o da liberdade sexual. O titular deste direito, que surge do desdobramento da própria dignidade da pessoa humana, determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que ele é quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

Destarte, a tutela sobre a liberdade sexual é inerente à pessoa humana e deverá ser resguardada independentemente do meio em esteja exposta. Desta forma, práticas delituosas, mesmo que ocorram no ciberespaço, devem ser punidas uma vez que ofendam bens jurídicos penalmente tutelados, como no caso do estupro virtual, em que o direito de expor sobre o próprio corpo é ferido a partir do momento em que a vítima tem sua liberdade sexual tolhida sob constante ameaça.

Apesar da lacuna doutrinária e jurisprudencial acerca dos crimes cibernéticos, não há como prostrar-se ante a novas formas de se praticar delitos já tipificados pelo Código Penal brasileiro. Assim, nota-se a possibilidade jurídica de subsumir a prática do estupro virtual ao tipo penal do artigo 213 do Códex, ainda que este não seja estrita e literalmente especificado no texto da norma.

Apresentaram-se, em todos casos concretos expostos, condutas que se encaixam ao tipo penal do estupro com a única distinção do ambiente em que comumente ocorre a prática do delito. Desta forma, o crime de estupro, atendendo à tipicidade do delito previsto na lei penal, se praticado mediante a utilização de meios

eletrônicos na internet, não havendo contato físico entre agente e vítima, não obsta a configuração do fato típico, uma vez que a liberdade sexual foi frontalmente violada.

A vulnerabilidade é presente tanto no âmbito virtual quanto no mundo real e novas ameaças sempre existirão, mas é imprescindível, ainda que o processo legislativo seja mais moroso que as inovações tecnológicas, que o Direito cumpra seu dever de manter o bem jurídico da liberdade sexual devidamente tutelado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **O novo crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.** 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-novo-crime-de-divulgacao-de-cena-de-estupro-ou-de-cena-de-estupro-de-vulneravel-de-cena-de-sexo-ou-de-pornografia>. Acesso em: 26 abr. 2019.

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Justiça do Direito, Passo Fundo, v. 20, p.111-120, 2006.

BARTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional.** Virtua Jus, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.338-362, 2017. Semanal. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15745/0>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública.** 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral.** 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 de março de 2018.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil.** 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.** 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012.** Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm Acesso em: 06 de março de 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.718 de 24 de setembro de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. STJ. Súmula nº 593. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 25 de outubro de 2017. Revista Súmulas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76.689/PB. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76856> Acesso em: 17 de março de 2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora.** Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 13, jul/2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 18º edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. **A dignidade sexual à luz da teoria do bem jurídico.** 2015. Monografia - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018.** Salvador: Vorne, 2018, p. 5.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Cord. **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014.** São Paulo; Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.** Barcelona: Ariel, 1998, p.307-310.

FREITAS, Bruno Gilaberte. **Lei 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

G1 DISTRITO FEDERAL. **Estupro virtual: rapaz de 23 anos é preso por obrigar adolescente a fazer sexo pela web.** 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/08/09/estupro-virtual-rapaz-de-23-anos-e-preso-por-obrigar-adolescente-a-fazer-sexo-pela-web.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2019.

G1 RIO DE JANEIRO. **Polícia Civil prende três suspeitos de praticarem 'estupro virtual' e outros crimes sexuais pela internet.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/27/policia-civil-prende-tres-suspeitos-de-praticarem-estupro-virtual-e-outros-crimes-sexuais-pela-internet.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2019.

G1. **Lei 'Carolina Dieckmann', que pune invasão de PCs, entra em vigor.** 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html>. Acesso em: 21 mar. 2019.

G1. **O que é 'estupro virtual'? Especialistas explicam.** 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/o-que-e-estupro-virtual-especialistas-explicam.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: parte especial (arts. 184 a 359-H).** São Paulo: Saraiva, 2017.

GRABOSKY, Peter N. **Virtual Criminality: Old Wine in New Bottles?**. Social & Legal Studies, [s.l.], v. 10, n. 2, p.243-249, jun. 2001. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/a017405>.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte especial, volume III.** 13ª edição. Niterói: Impetus, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberlini. **Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital.** In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord). Marco Civil da Internet: Lei 12965 / 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. V 1, t. 2, p. 26.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, Rene Ariel. **Comentários ao Código Penal.** 6ª ed. São Paulo: GZ, 2014.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado.** 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de Crimes Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito – Parte Especial.** 32ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 27ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

NAÇÃO JURÍDICA. **Juiz do Piauí decreta primeira prisão por estupro virtual no Brasil**. 2017. Disponível em: <http://www.nacaojuridica.com.br/2017/08/juiz-do-piaui-decreta-primeira-prisao.html>. Acesso em: 25 abr. 2019.

NATIONAL POST. **Swedish man gets 10 years in prison for raping Canadian girls — over the internet**. 2017. Disponível em: <https://nationalpost.com/news/world/bjorn-samstrom-guilty-of-raping-canadian-girls-over-the-internet>. Acesso em: 24 abr. 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 37, n. 145, p. 185-196, jan./mar. 2000. Disponível em: . Acesso em: 20 de maio de 2019.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Dos crimes contra os costumes, capítulos I, II, III, IV, V e VI, do título VI, artigos 213 a 234, e 108 n. VIII**. São Paulo: Saraiva. 1954.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, IMMANUEL (1747) apud SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p.89-94, abr. 1998.

SALDANHA, Nélon. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos Tipos Plurissubjetivos**. 1. ed. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 143.

SAVEGNANO, Jéssica Uliana; WOLTMANN, Angelita. **A Regulamentação dos Cibercrimes no Brasil: Uma Análise Jurídica dos "Três Pilares" Norteadores do Marco Civil da Internet**. In: V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA, 2015, Santa Maria. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/regulamenta%C3%A7%C3%A3o-dos-cibercrimes-no-brasil-uma-an%C3%A1lise-jur%C3%ADdica-dos-%E2%80%9Cpilares%E2%80%9D>. Acesso em: 21 de março de 2019.

SOUZA, Gills Lopes Macêdo; PEREIRA, Dalliana Vilar. **A Convenção de Budapeste e as Leis Brasileiras**. 2009. 50 f. Monografia (Especialização) - Curso

de Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conven%C3%A7%C3%A3o-de-budapeste-e-leis-brasileiras>. Acesso em: 21 mar. 2019.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes Informáticos e Suas Vítimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004, v III, p. 52.

THE GLOBE AND MAIL. **Charges upgraded for Swedish man guilty of sex crimes for online interactions**. 2017. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/world/article-charges-upgraded-for-swedish-man-guilty-of-sex-crimes-for-online/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TV CLUBE. **Delegado explica 'estupro virtual' que rendeu primeira prisão do país no Piauí**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/delegado-explica-estupro-virtual-que-rendeu-primeira-prisao-do-pais-no-piaui.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2019.

TV GAZETA. **Estupro virtual é descoberto e jovem é preso por ameaçar vítimas no ES**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2018/08/15/estupro-virtual-e-descoberto-e-jovem-e-preso-por-ameacar-vitimas-no-es.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2019.

TV TEM. **Justiça mantém prisão de rapaz por estupro virtual contra bebê; mãe da criança também foi indiciada**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/02/09/justica-mantem-prisao-de-rapaz-por-estupro-virtual-contra-bebe-mae-da-crianca-tambem-foi-indiciada.ghtml>. Acesso em: 23 abr. 2019.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. 4ª edição. São Paulo Atlas: 2014.

VIDAL, Rodrigo de Mello. **Crimes Virtuais**. 2015. 13 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Público, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_virtuais.pdf. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019.