

ESTUPRO VIRTUAL: EFEITOS JURÍDICOS DO ARTÍGO 213 DO CÓDIGO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Carlos Henrique Alves Nunes*

Filipe Rodrigues Garcia**

RESUMO

O presente trabalho tem como intento investigar se o crime de estupro, ainda que praticada no ambiente virtual se amolda à conduta, atualmente, descrito no art. 213, crime de estupro. Ao longo desta pesquisa, se torna evidente que apesar de não haver penetração “cópula pênis-vagina” ou que o indivíduo tenha utilizado o espaço virtual para prática desse delito, há crime de estupro, denominado de estupro virtual. Deste modo, tem-se como objetivo geral de pesquisa, verificar se o crime de estupro virtual se amolda ao tipo penal do artigo 213, crime de estupro e se essa adequação não afrontaria o princípio da legalidade bem como não feriria algum preceito constitucional. Tem-se como objetivos específicos analisar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do crime estupro virtual e se a adequação da conduta do infrator ao artigo 213 do código penal feriria aos princípios da legalidade, analogia *in malam partem* ou se estaria criando um novo tipo penal no intento de simplesmente punir o infrator. Outrossim, tem-se como intento correlacionar a teoria da anomia criada por Émile Durkheim, desenvolvida por Robert Merton no âmbito da criminologia e sua aplicação ao crime de Estupro virtual, especificamente quanto ao anonimato e a dissociação da identidade física com a identificação virtual. Além disso, essa teoria da anomia social pode ter como pressupostos a evolução tecnológica na prática de determinados crimes cibernéticos, a perda da identidade física e sua dissociação com o meio social. A presente pesquisa tem como embasamento posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e trabalhos científicos no intento de solidificar que a tese defendida do crime de estupro ainda que acometido em meio virtual não fere nenhum aspecto do princípio da legalidade. Nesse diapasão, foi utilizado um método qualitativo, dedutivo e bibliográfico que partiu de um estudo amplo sobre os elementos que compõem a tipificação do crime de estupro, artigo 213, caput, do Código Penal e por meio de uma ótica doutrinária e jurisprudencial no intento de analisar se seria possível sua aplicabilidade no ambiente virtual e se essa

* Graduando no curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas.

** Mestre em Direito Civil e Professor de Direito Civil da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas.

adequação afrontaria ou não, preceitos constitucionais ou institutos vedados pelo direito penal.

Palavras-chave: Estupro virtual; violência sexual; código penal; crime virtual; princípio da legalidade.

Sumário: Introdução; 1. O estupro virtual; 1.1. Conceito e elementos do estupro virtual; 1.2. O estupro virtual à luz da doutrina; 1.3. O estupro virtual à luz da jurisprudência; 2 Apresentação do conflito: O crime de Estupro virtual previsto no artigo 213 do Código Penal afronta ao princípio da legalidade; 2.1 Princípio da legalidade no direito penal; 2.2 Uso de analogia como meio de fundamentar penas ou agravar crimes; 2.3 Vedação a incriminação vagas e indeterminadas; 3 Dissociação: Identidade real versus identidade virtual e o princípio da legalidade; 3.1 A teoria da anomia; 3.2 A conduta ofensiva versus o princípio da legalidade; Considerações finais. Referências bibliográficas

Introdução

A presente pesquisa visa discutir a adequação do crime de estupro em sua modalidade virtual. É notório que a evolução tecnológica foi fundamental para essa nova modalidade do crime de estupro, na qual o agente se utilizando de meios telemáticos pratica crimes contra a dignidade sexual de outrem. No entanto, é necessário apreciar se de fato o crime denominado de “estupro virtual” se subsume no tipo penal de estupro. Diante disso, levanta-se o seguinte problema de pesquisa: O código penal em seu artigo 213 é suficiente ao amoldamento da conduta acometida no crime de estupro ao delito de estupro virtual? Se sim, percebe-se afronta ao princípio da legalidade bem como seus desdobramentos ao aplicar o artigo retro a conduta do crime de estupro ainda que praticada em ambiente cibernético?

Ao considerar o crime de estupro virtual uma afronta, deve-se pensar que o crime de estupro do atual código penal não se limita à forma física e irresistível do mundo fático, o novo tipo penal em seu artigo 213, constrangimento e violência são elementares do tipo, especialmente para caracterização do crime de estupro. Isso não significa que essas condutas tenham que acontecer no mundo físico, podendo ser claramente praticadas no ambiente virtual. Então, tem-se como hipótese: após a alteração normativa promovida no Código Penal pela Lei n. 12.015/2009 seria possível acometer a conduta do crime de estupro virtual ao artigo retro e se essa adequação a respectiva norma feriria o princípio da legalidade.

Sobre essa temática, é necessário esclarecer que os delitos de atentado violento ao pudor (CP; art. 214) e estupro (CP; art. 213), com a alteração promovida no Código Penal pela Lei n. 12.015/2009, foram unificados no artigo 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”), o que tem gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

De modo a aprofundar o tema, fez-se necessário pensar na teoria da anomia de Émile Durkheim e sua aplicação no âmbito da criminologia por Robert Merton ao crime de Estupro virtual, especificamente quanto ao anonimato e a necessidade da dissociação da identidade física com a identificação virtual. Teoria esta que foi utilizada como marco teórico da presente pesquisa.

Assim, tem-se como objetivo principal de pesquisa, verificar se o crime de estupro virtual se amolda ao tipo penal do artigo 213, crime de estupro e se essa adequação não afrontaria o princípio da legalidade bem como não feriria algum preceito constitucional.

De modo específico pretende-se analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do crime estupro virtual e se a adequação da conduta do infrator ao artigo 213 do código penal feriria aos princípios da legalidade, analogia *in malam partem* ou se estaria criando um novo tipo penal no intento de punir o infrator.

Além disso, no intento de obter melhores resultados, foi utilizado o método de abordagem dedutivo. O trabalho parte de um estudo amplo sobre os elementos que compõem a tipificação do crime de estupro, artigo 213, caput, do Código Penal. Analisa a conduta criminosa e verifica se seria possível sua aplicabilidade no ambiente virtual. Também foi utilizado o método qualitativo realizado por meio da análise jurisprudencial contemporânea, especialmente, diante da evolução tecnológica na qual vive-se atualmente se, o crime de estupro que se perfaz em meio virtual ofenderia ou não o princípio da legalidade penal quando imputado ao artigo 213 do Código Penal, crime de Estupro. Por mais, foi utilizado o método bibliográfico por meio de estudos de jurisprudências, doutrinas e os atuais entendimentos jurisprudenciais no intento de compreender melhor sobre o tema desta pesquisa de modo a solidificar o argumento apresentado.

Inicialmente, a primeira seção busca demonstrar o que é o estupro virtual, quais os elementos caracterizam sua aplicação e sua subsunção a norma penal diante do meio utilizado para aplicação desse crime. Outrossim, sua adequação normativa diante dessa evolução tecnológica e os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários atuais sobre essa temática.

Na segunda seção será demonstrado que apesar de existirem posicionamentos divergentes tanto doutrinários quanto jurisdicionais na subsunção do crime de estupro virtual a norma do crime de estupro presente no código penal, é apenas aparente. Destarte, o conflito hermenêutico bem como sua aplicação ao caso concreto não extrapola o dispositivo, especialmente, diante dos elementares do tipo que irão subsumir a conduta do infrator a norma penal. Além disso, a mencionada seção busca demonstrar que a aplicação do artigo 213 do código penal, ao crime de estupro virtual não fere o princípio da legalidade bem como não afronta outros dispositivos normativos constitucionais. Por mais, será demonstrado por meio da teoria da anomia de Durkheim bem como sua aplicação criminológica realizada por Merton e a necessidade da dissociação da identidade física com a identificação virtual do infrator neste crime.

A terceira seção abordará aplicação do estupro presente no artigo 213 do Código Penal quando praticada em ambiente virtual, demonstrando que a subsunção da norma ao caso concreto não agrava o status do infrator, não afrontam princípios como analogia *in malam partem*, nem criam um novo tipo penal ou estendem o preceito primário da norma penal incriminadora no intento de punir o autor do crime de forma desarrazoada.

Deste modo, apesar de não existir consenso diante do tema, percebe-se uma posição majoritária tanto entre doutrinadores quanto juristas diante dessa nova modalidade de crime.

Destarte, essa explanação tem como objetivo demonstrar que apesar de existir uma posição majoritária quanto aplicação do artigo 213 do código penal como meio de punir o crime de estupro em ambiente telemático, ainda existe posições divergentes quanto a sua aplicação ao caso concreto e se esse dispositivo não seria uma afronta ao princípio da legalidade bem como seus desdobramentos no intento simples de punir um infrator dessa conduta a qualquer custo.

1 O estupro virtual

Nesta primeira seção pretende-se abordar a ideia de estupro virtual e demonstrar sua aplicabilidade no caso concreto no intento de criar um liame entre a conduta no tipo penal do artigo 213, crime de estupro, e se essa conduta se enquadraria ao estupro praticado no meio virtual.

1.1 Conceito e elementos do estupro virtual

A mulher está envolvida, o clima é propício, carícias já foram trocadas com seu parceiro(a), mas algo incomodou e um quis parar, ou recusou a fazer determinada posição. Mesmo após expressar sua vontade, a outra pessoa não gosta, força a barra, ameaça, muitas vezes até agride, é violenta. Pode ser o primeiro encontro ou um relacionamento longo, não importa, isso é estupro e sua conduta está prevista no artigo 213 do Código Penal. Deste modo, quando uma vítima tem violada sua liberdade sexual, impedindo-lhe ou impondo-lhe poder sobre esse consentimento, tem-se violado o direito sobre o seu corpo e neste momento tem-se um crime. Sendo praticado desde um tempo anterior ao nosso, no código penal do império de 1830, o crime de estupro tinha sua previsão legal.

Além de não aceito moralmente pela sociedade, o ordenamento jurídico sempre reprovou sua prática. Em território pátrio, o estupro está presente desde as primeiras legislações existentes. Todavia, o fenômeno da globalização e o surgimento de tecnologias inovadoras faz surgir novos desafios na responsabilização de crimes cometidos no ambiente virtual. Por esse e outros motivos que o ordenamento jurídico está em constante evolução, que surgem através de uma necessidade social. Então, o que seria o Estupro Virtual?

Em 2009 o art. 213 do código penal, ampliou seu conceito sobre o crime de estupro, assim sobre a nova modalidade de crime, pode-se inferir como “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” do Código Penal. Apesar da mudança ter ocorrido em 2009, algumas pessoas, pensam que para haver o crime de estupro, deve haver a conjunção carnal (cópula pênis-vagina), o que está equivocado pelo novo conceito firmado pela lei 12.015/09. Todavia, ainda que tenha evoluído o tema na tentativa de se adequar a evolução e suas novas modalidades de se praticar o respectivo crime. O termo “Estupro Virtual” permanece ainda sem consenso diante dos juristas, o

que pode impactar de maneira imprecisa na adequação da conduta do sujeito ativo do crime diante do núcleo do tipo penal, bem como consenso entre os operadores do direito e assim decisões divergentes sobre os mesmos fatos.

Assim, de acordo com a autora Mireya Suárez (1999, p. 67), essa divisão de crimes contra a pessoa e crimes contra a propriedade acaba por definir o crime cometido e o dano causado sem considerar o contexto relacional que ocorre. Desta maneira, algumas violências praticadas acabam não encontrando uma definição que se amolde no caso concreto, necessitando que haja uma tipificação adequada, nomeação legislativa apropriada ou até mesmo um consenso jurídico sobre a temática. Essa falta de precisão diante desse termo acaba por, ao ser incluída a violência nos inquéritos policiais, resultar em uma nomenclatura fortuita e sem padrão pré-estabelecido ou até mesmo uma aparente afronta ao princípio da legalidade, o que não é o caso diante dessa temática.

1.2. O estupro virtual à luz da doutrina

No mundo contemporâneo a liberdade sexual é representada por sua característica maior, que é o consentimento. Assim, de acordo com Mireya Suárez (1995, p. 05), entende-se o crime sexual como sendo um “tipo específico de violência que se configura quando alguém força o outro a praticar qualquer tipo de ato sexual”. Ou seja, configura-se crime sexual quando o ato sexual é realizado sem o consentimento da vítima e contra sua vontade, decorrendo assim, danos físicos e/ou emocionais.

Dentre os doutrinadores destaca-se Jorio (2019), tratando conceito de crimes sexuais virtuais como a violação da liberdade sexual e o desrespeito e indocilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado a todos pela Constituição Federal brasileira. Neste sentido são as palavras do referido autor:

A liberdade sexual pressupõe as escolhas livres e conscientes concernentes às práticas sexuais e à vida sexual em geral. Dispor de liberdade sexual implica em manter o poder de decisão sobre como, quando e com quem serão praticados atos de cunho sexual. Proteger a liberdade sexual, diante disso, significa assegurar o direito de que o titular desse bem jurídico possa determinar livremente sua sexualidade e seu comportamento sexual desde que, com suas opções, não ofenda bens jurídicos alheios. (JORIO et al., 2019, p.43).

A ideia apresentada pelo autor tem relação com o presente tema, visto que o núcleo entre tipo penal se resume ao consentimento da vítima para prática da lasciva pelo

infrator. Ou seja, sem anuência da outra pessoa diante de dispor da sua liberdade sexual, pois é única titular deste bem jurídico, tem-se a conduta de estupro.

Conceitualmente, o estupro virtual “se caracteriza pela ameaça ou coação através da internet para o cometimento de todo e qualquer ato libidinoso. Ou até mesmo, o uso de imagens usadas para chantagear a outra parte” (CAMARGO, 2019, p. 01).

No intento de exemplificar esse tipo de crime, tem-se a seguinte situação:

Você acorda um belo dia e se sente preparado para entrar no mundo virtual, nas redes sociais, cria um perfil, escolhe as melhores fotos, somente as felizes é claro, em momentos memoráveis, muitas vezes, expõe sua intimidade e assim constrói laços digitais. Diante disso, tem-se como pergunta: Pessoas de todas as partes do mundo querem te conhecer ou apenas “*stalkear*”?

Hoje, a popularidade nas redes sociais é regida pelo número seguidores que uma conta possui, duzentos mil, um milhão de amigos - ou seguidores - como é chamado no Instagram. Mas, será que realmente conhecemos todos? Ou será apenas um número? A internet criou conexões com indivíduos de diversas partes do mundo, pessoas que muitas vezes, nem conhecemos e ainda assim chamamos de amigos. Antes, em um tempo não muito distante, para se entrar em grupos de amigos ou em comunidades de bairro não te aceitariam sem dar razão ou uma justificativa. Todavia, no mundo virtual para ser membro de um grupo no Facebook é fácil. Você pode ter mais de 500 contatos sem sair de casa, você aperta um botão e pronto, você já fez um novo amigo. Assim, com essa exposição atraímos pessoas boas, mas também atraímos pessoas más. Então, como distinguir? Como saber quem aceitar? E se não aceitar, resolve o problema?

Predadores sexuais, pedófilos e outros parasitas, se aproveitam dessas vulnerabilidades, se passam por outras pessoas, por meio de abertura, sejam elas pessoais, emocionais no intento de conseguir algo que possa persuadir a vítima a fazer algo. Nesse momento, começa a chantagem. Em determinado momento, se inicia o recebimento de ameaças em que imagens serão expostas, caso não faça o que ele(a) desejam para saciar a sua lasciva. Infelizmente, para isso não ocorrer, a pessoa é coagida a se despir e até se masturbar durante uma chamada de vídeo, praticar condutas que vão contra os seus valores e que, naquele momento, as vítimas não têm escolha, são obrigadas a fazer. Isso

é um estupro virtual. Assim, entende-se que o “estupro é um ato criminoso que atenta contra a liberdade de escolha sexual da vítima” (OLIVEIRA, 2010, p. 15)

Adentrando nos aspectos técnicos do tema, o estupro virtual “se caracteriza pela ameaça ou coação através da internet para o cometimento de todo e qualquer ato libidinoso”. Ou até mesmo, o uso de imagens usadas para chantagear a outra parte” (CAMARGO, 2019, p. 01).

Nesse diapasão, Camargo (2019) explica que, no caso do estupro físico, existe o uso da força bruta como forma de dominação da vítima e posteriormente realizar o ato sexual. No caso do estupro virtual, esse se configura na base do domínio psicológico, em que o esturador(a) age por meio de ameaças, chantagem, constrangimento, etc. Assim, o fato de não haver o consentimento da vítima é suficiente para enquadrar no crime de estupro, ainda que por meios telemáticos?

No que concerne sobre os crimes sexuais virtuais Sousa; Herrera; Teotônio (2019, p. 14) discorre:

O estupro virtual ocorre integralmente na internet, sendo impossível a fecundação e a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis. Contudo, e não menos grave, no estupro virtual há a possibilidade de disseminação do conteúdo recebido pelo criminoso para outros indivíduos o que acaba muitas vezes proporcionando uma vasta repercussão, devido à facilidade de comunicação e compartilhamento trazidos pela internet, visto que a maior parte da sociedade usufrui dessa tecnologia.

Dessa maneira, é inegável que o crime de estupro virtual deixa marcas profundas na vítima, e também na sociedade, uma vez que os seus integrantes se sentem desprotegidos e, muitas vezes, intimidados frente a uma possibilidade de terem a sua liberdade sexual desrespeitada ou violentada e ainda por cima exposta. No quesito, da imputabilidade penal, percebe-se que existem instrumentos normativos protetivos, a dificuldade está em descobrir um real infrator do crime, tendo em vista, infinidades de maneiras possíveis de se cometer essa conduta no meio virtual, causando uma insegurança social e jurídica.

1.3. O estupro virtual à luz da jurisprudência

A presente pesquisa está assentada na problemática diante da divergência formada envolvendo o crime de estupro virtual. Assim, foi apresentado um conceito envolvendo

o respectivo crime e sua aplicação no mundo virtual. Além de discutir sobre esse crime e suas consequências jurídicas é também importante apresentar os posicionamentos jurisprudenciais. O objetivo é demonstrar a divergência de posicionamentos diante do tema, tanto juristas quanto doutrinadores, o que pode impactar diretamente na punição de maneira adequada. Desta maneira, insta destacar os julgados da jurisprudência brasileira.

Em 2017, houve o primeiro caso tipificado como estupro virtual no Brasil: em Teresina, no Piauí. No caso presente, um homem obrigava a sua então namorada a gravar-se masturbando e enviar para ele. Caso contrário, o mesmo iria expor os vídeos nas redes sociais. O estuprador foi preso após a denúncia da ex-namorada (COELHO, 2018).

Os fatos que subsidiaram a instauração desta ação penal, narravam o caso de um homem obrigava a sua ex-namorada a praticar atos libidinosos em si mesma, introduzir objetos em sua vagina e na automasturbação e enviar para ele. Caso contrário, ele iria expor os vídeos dela nas redes sociais. Nesta ação o juiz determinou ao Facebook fornecesse informações acerca do usuário que, ao ser identificado, foi emitido o mandado de prisão. O estuprador foi preso após a denúncia da ex-namorada.

A partir desse julgado houve mudanças diante desse crime, pois teve o seu primeiro precedente judicial. Essa decisão pode ser considerada um marco na história da Justiça e do Direito Digital, diante da divergência quanto a punição ou não desse crime, essa decisão consolidou mais ainda a questão do estupro virtual no Brasil, todavia, o tema ainda é controverso.

Doutrinadores ao presenciarem tal decisão, discordaram veementemente, pois entendem que só deve haver estupro, se houver conjunção carnal (cópula pênis-vagina), e no caso presente, isso não ocorreu. Portanto, não há que se falar em estupro virtual.

Nessa linha de entendimento, encontra-se José Renato Martins que no ano de 2017 em artigo publicado intitulado “Não é correto se falar em estupro virtual, o crime de estupro só pode ser real”, o doutrinador faz críticas ao juiz quando utilizou o termo “sextorsão” – aglutinação da palavra sexo e extorsão. O doutrinador se posiciona no sentido que o juiz deu a entender que existe um tipo penal para tal neologismo, o que em regra não é verdade. Ademais, afirma que: “o estupro só pode ser real, nunca virtual; este pode ser, no máximo, um instrumento para se alcançá-lo”.

Em sua interpretação, com base na decisão judicial há época exposta entendeu-se que:

Partindo-se desse raciocínio, a conduta em questão (introdução de objetos na vagina e automasturbação), como foram praticados pela própria vítima em si mesma, não podem conduzir à tipificação do estupro, em respeito ao princípio da legalidade, configurando-se, ao máximo, o delito de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal. Outro perigoso entendimento que deriva do mencionado *decisum* é o que compreende irrelevante, para a configuração do delito de estupro, que haja um contato físico entre ofensor e ofendido, tese que ganhou expressão nacional em julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2/8/2016, embora em um caso que tratou de estupro de vulnerável (CP, art., p. 217-A). (MARTINS, 2017, p. 01).

Outros doutrinadores como Rogerio Greco (2011) fundamentam seu entendimento como base no princípio da legalidade, afirmando que o crime de estupro virtual não tem sua conduta descrita em tipo penal em sentido formal. Nesse ponto, asseveram que ao se adequar ou equiparar tal conduta haveria uma afronta ao princípio da legalidade e seria impossível a configuração do crime de estupro diante em meio virtual, visto que a presença do agressor é indispensável no núcleo penal do tipo.

O princípio da legalidade tem seu fundamento no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal redação é a mesma descrita no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

Nas palavras do doutrinador Rogério Greco, é possível abduzir do princípio que não existe a possibilidade de haver uma conduta criminosa se a lei não a define como crime. A Lei seria a única fonte de Direito Penal capaz de proibir ou ditar condutas sob tal penalidade. Por tal razão, entende-se que qualquer conduta seria lícita e permitida desde que não esteja descrita como crime ou conduta proibida no ordenamento jurídico (GRECO, 2011, p. 01).

Com base nesse princípio, Jeferson Botelho Pereira aduz que:

[...] embora em um caso que tratou de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), e de parte da doutrina se contentando com meras assistências contemplativas de autores em face de comportamentos de vítimas que mediante grave ameaça de terem suas imagens divulgadas na rede social, teriam que se submeter a auto-prática de atos de libidinosos para a configuração do crime de estupro virtual, acreditamos que a técnica jurídica e o princípio da taxatividade penal estariam seriamente violados com esse entendimento minoritário (BOTELHO, 2017, p. 02).

Destarte, ainda que existam alguns posicionamentos contrários ao julgado acima citado, bem como a possibilidade de imputação ao crime de estupro virtual, a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência, tem reconhecido a prática delituosa. Ainda não existe consenso quanto o que seria estupro virtual, todavia o que se tem visto é uma adequação diante das condutas, ainda que praticadas no ambiente virtual, tem como intuito de satisfazer sua lasciva. Assim tendo em vista as alterações em 2009 do artigo 213 da Lei 12.015/09 que ampliou o conceito de estupro

O processo acima citado foi fundamental para que outros casos praticados diante da mesma conduta no ambiente cibernético fossem punidos. Assim, após essa decisão, outros casos surgiram e foram decididos diante do tribunal brasileiro, permitindo a condenação de vários réus que, com base nas provas obtidas, tiveram de cumprir a pena aplicada. Ademais, qualquer pessoa pode ser vítima desse tipo de crime, conforme será demonstrado no caso a seguir.

Um estudante de medicina, 24 anos, de Porto Alegre/RS, se comunicava com um menino de 10 anos, de São Paulo/SP, via internet. Por meio de uma rede social, e por meio de um software de áudio e vídeo, o acusado mantinha conversas de cunho sexual com a vítima, inclusive, sem roupa. O assédio foi descoberto pelo pai da vítima, que fez a denúncia. A investigação levou à prisão do estudante e à descoberta de que ele também armazenava cerca de 12 mil imagens contendo pornografia infantil (D'URSO, 2020, p. 02).

A juíza de Direito, da 6ª vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre Tatiana Gischkow Golbert, condenou o infrator há época dos fatos pelos crimes de aquisição, posse ou armazenamento de material pornográfico, aliciamento/assédio para levar criança a se exhibir de forma pornográfica, ambos como previsão legal no ECA (Estatuto da Criança e Adolescente) e de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, praticado por meio virtual.

No TJ/RS, a desembargadora Fabianne Breton Baisch, relatora, citou que as provas deixaram evidente a prática do assédio. O acusado, não apenas demonstrou nítida intenção de praticar atos libidinosos com o lesado, como também concretizou tal objetivo, ao menos duas vezes, afirmou a relatora em (Proc. 70080331317).

A magistrada também refutou a tese da defesa, de que o acusado acreditava se tratar de jovem com mais idade, já que a vítima tinha 10 anos à época dos fatos. Após análise por meio das fotos na página da rede social, a juíza reafirmou que as imagens demonstravam e revelavam claramente a tenra idade do menino.

A relatora manteve a condenação e fixou a pena em 12 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. Ela foi acompanhada pelos desembargadores Dálvio Leite Dias Teixeira e Naele Ochoa Piazzeta. Piazzeta acrescentou:

Debruçando-me sobre os autos, deparei-me com um agente de extrema periculosidade, estudante de importante Universidade deste Estado, utilizando-se das redes sociais e de sua ardileza para atrair o impúbere e com ele praticar os atos descritos na exordial, ferindo gravemente sua dignidade sexual e existindo indícios da execução de outros delitos em circunstâncias semelhantes. (...) Diante de tais informações, existindo indícios de que se trata de verdadeiro predador sexual, em muito diferenciado dos demais casos que esta Corte costumeiramente examina, inviável cogitar da aplicação da atenuante da tentativa como forma de observar a proporcionalidade entre fato típico e sanção (TJ/RS 70.080.331.317).

Em meio a essa decisão, ficou evidente observar, é possível praticar o estupro de vulnerável com o uso de meio virtual. A jurisprudência recente, inclusive, já tem tomado decisões em que se entende a necessidade de penalizar essas práticas. Mesmo que não se configure num contato físico, ainda há estupro de vulnerável, como na situação de contemplação lasciva de uma criança nua. Nesse sentido, cabe destacar que a proteção integral da criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é inquietante para o Estado, constitucionalmente garantido no artigo 227, caput, c/ o §4º da Constituição Federal e de mecanismos internacionais. (SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Por mais, tem-se o presente entendimento jurisprudencial:

Inspirada nesse mandamento constitucional, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente de Relatoria do em. Min. Joel Ilan Paciornik, lembrou que “a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido”. Destacou-se, ali, que o “estupro de vulnerável pode ser caracterizado ainda que sem contato físico”. Na assentada, esta relatoria ainda salientou que “o conceito de estupro apresentado na denúncia (sem contato físico) é compatível com a intenção do legislador ao alterar as regras a respeito de estupro, com o objetivo de proteger o menor vulnerável. Segundo o ministro, é impensável supor que a criança não sofreu abalos emocionais em decorrência do abuso”. (Notícia extraída do sítio eletrônico do STJ, cuja veiculação ocorrera no dia 3/8/2016)” (AgRg no REsp 1.819.419/MT, j. 19/09/2019).

Nesse diapasão, percebe-se um avanço por parte da doutrina e da jurisprudência diante desses delitos. Ainda que exista um avanço tecnológico desenfreado e com isso, provavelmente, sujam novas formas de se praticar esse crime, o que pode facilitar a prática de abuso sexual de menores, nota-se que o crime de estupro virtual bem como sua adequação ao preceito penal do artigo 213 tem sido amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátria. Por conseguinte, percebe-se uma evolução jurídica diante dessa temática, tanto legislativa quanto jurisdicional em relação ao conceito do que seria o estupro virtual e como a conduta do infrator se adequaria ao núcleo penal do tipo

No intento de dar maior segurança nesse caso específico (estupro de vulnerável) tramita na câmara dos deputados um Projeto de Lei nº 3.628/2020 que aumenta as penas do crime de estupro de vulnerável e tipifica a conduta de estupro virtual de vulnerável. A proposta foi apresentada pelo deputado Lucas Redecker (PSDB/RS) em março de 2020. Caso o projeto venha a ser aprovado, a redação do art. 217-B, hoje não existente, passará a ser a seguinte:

Estupro virtual de vulnerável

Art. 217-B. Assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, menor de 14 (catorze) anos a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Deste modo, após análise de fatos e do entendimento jurisdicional brasileiro, percebe-se, uma evolução jurídica, especialmente, quanto a conduta de estupro praticada no ambiente virtual. Assim, o ato de obrigar alguém a praticar atos libidinosos, ainda que em ambiente virtual, se amolda perfeitamente a conduta descrito no art. 213 do código penal. Destarte, não há que se falar em *analogia in malam partem* ou em violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que a conduta do sujeito ativo do tipo penal se amolda perfeita a norma incriminadora.

Nesse sentido, cita-se:

O princípio da legalidade, com seus respectivos desdobramentos, princípio da reserva legal, da anterioridade e da taxatividade, não é violado quando reconhecida a tipicidade do estupro virtual. Isto porque ao reconhecer tal conduta como típica, não há a criação de uma nova modalidade de estupro, não prevista em lei, mas sim, a adequação de uma conduta humana (que afeta um bem jurídico) à uma lei já criada, observados todos os limites legais (BRAGA; BIAGGI; NEVES; 2017, p. 08).

Nesse sentido, a conduta é real assim como o dano causado a vítima. Em sua maioria causam um trauma que precedem por uma vida. O meio utilizado para prática do crime que é virtual. Assim, percebe-se um erro semântico quanto ao núcleo penal do tipo, ao cogitar que esse crime, ainda que praticado no ambiente cibernético, não causa o mesmo mal. O estupro pode até ser virtual, como alguns doutrinadores e juristas inferem, enfatizam que nesses casos, o ambiente virtual é meramente um meio para se praticar tal conduta, mas o dano causado a vítima deste crime é real, bem como o trauma, ainda que o meio utilizado para sua consumação seja o meio virtual. De acordo com esse entendimento, o promotor de justiça do estado de Goiás Dr. Luciano Miranda Meireles afirma:

[...] é de fácil percepção que a nomenclatura “estupro virtual” traz em seu bojo um grave equívoco semântico e jurídico, pois o estupro é real. O seu aspecto virtual limita-se somente ao modo de execução (grave ameaça), já que os atos libidinosos praticados são realizados fisicamente, assim como a dor e o sofrimento causados à vítima. Assim, em outras palavras, trata-se de estupro real (físico) que ganhou uma nomenclatura específica e dissociada de sua gravidade em razão do seu *modus operandi* utilizar o ambiente virtual, o qual muitas vezes serve como manto protetor da impunidade (MEIRELES, 2017, p. 50).

Assim, com base em fundamentos demonstrados ao longo deste trabalho, especialmente, diante da era digital na qual vive-se atualmente, o crime de estupro virtual se amolda a conduta descrita no artigo 213 do código penal e que, apesar de não existir consenso tanto doutrinário quanto jurisprudencial diante dessa temática, percebe-se uma busca por uma compreensão mais clara do judiciário diante da evolução dessa modalidade de crime praticada por meio cibernético.

2 Apresentação do conflito: O crime de Estupro virtual previsto no artigo 213 do Código Penal afronta ao princípio da legalidade.

Diante dos argumentos apresentados até o momento tem-se como conflito a subsunção da conduta de estupro virtual ao delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal e o princípio da legalidade penal. Afinal, o reconhecimento do estupro virtual violaria o referido princípio? Nesta seção, objetiva-se analisar de forma precisa o conflito instaurado.

2.1 Princípio da legalidade no direito penal

O princípio da legalidade com fundamento no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sendo a mesma descrita no art. 1º do Código Penal. Deste modo, nas palavras do doutrinador Rogério Greco, é possível abduzir do princípio que não existe a possibilidade de haver uma conduta criminosa se a lei não a define como crime. A Lei seria a única fonte de Direito Penal capaz de proibir ou ditar condutas sob penalidade. Por essa razão, entende-se que qualquer conduta seria lícita e permitida desde que não esteja descrita como crime ou conduta proibida no ordenamento jurídico. (GRECO, 2011, pág.1)

Além disso, no que se refere a origem do princípio Nilo Batista afirma:

[...] que este surgiu historicamente com a revolução burguesa. Segundo o doutrinador, ele exterioriza “o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal[...]; constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”. (BATISTA, 2001, pág.65)

Alguns doutrinadores como Batista, entendem que tal princípio se manifestou pela primeira vez na codificação D. José II, pois, embora se possa apontar diversos exemplos na Antiguidade, o movimento codificador só aparece, de forma significativa, a partir de 1756 com o Codex Bavaricus, na Baviera (ainda admitindo sua complementação pelo Direito Comum, de origem medieval), sendo seguido em 1786 pelo Código Josefino (elaborado durante o reinado de José II, filho de Maria Teresa da Áustria) até culminar, em 1794, naquele que é reconhecido, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes como “o fruto maduro dessa fase”, o Código Civil da Prússia (sob o reinado de Frederico, o Grande). Por outro lado, Rogério Greco acredita que este instituto foi incorporado pela primeira vez na Magna carta em 1215 estampado ao tempo do Rei João sem Terra, mais precisamente no art. 39, assim descrito:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2011, pág.01)

Todavia, segundo Greco, esse princípio alcançou sua principal função com a Revolução Francesa, mais precisamente nos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (GRECO,2011, pág.01)

Por outro lado, é necessário enfatizar as considerações feitas por Pacelli e Callegari, especificamente, quanto a necessidade de instrumentos normativos prévios que determinem ou ditem o comportamento social e suas respectivas irregulares, tal referência se faz necessária tendo duplo viés no intento de evitar condutas arbitrárias por parte dos indivíduos e por parte do Estado ocorram, prevenindo-se assim uma violação prática a um bem jurídico de terceiro. Deste modo limita-se tanto a esfera individual quanto aos padrões de comportamentos aceitáveis socialmente quanto às arbitrariedades Estatais. De maneira sucinta os autores resumem o princípio da seguinte forma: “a legalidade é a limitação do poder punitivo do Estado e a garantia da liberdade individual, segundo determinações prévias e de todos conhecidas”. (PACELLI, CALLEGARI, 2015, pág.98/99)

Por mais, ao citar o princípio da legalidade tem-se uma amplitude maior quanto ao seu conceito, pois esse princípio possui seus desdobramentos sendo estes: reserva legal e anterioridade da lei penal. Aquele, exige que determinadas matérias sejam disciplinadas por lei em sentido formal, diplomas legislativos, já esse, exige que as condutas sejam previamente estabelecidas em dispositivos normativos. Assim, há uma divergência na doutrina sobre a distinção entre o princípio da legalidade que detém um conceito mais amplo e o da reserva legal, mais restrito. Conforme assevera Rogério Greco:

[...] a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas descritos no art. 59 da Constituição Federal; ao contrário quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal. (GRECO,2011, pág.02)

Feitas as considerações sobre o princípio da legalidade, é necessário destacar as suas funções. Deste modo, Rogério Greco e Nilo Batista apontam que este princípio possui quatro principais funções, são elas: a) proibir a retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de crimes e penas pelo costume; c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas (GRECO,2011, pág.2). Destarte, faz-se necessário breve análise sobre

cada instituto no intento de analisar se a adequação da conduta de estupro virtual ao artigo 213 não feriria o princípio da legalidade, bem como seus desdobramentos.

2.2 Uso de analogia como meio de fundamentar penas ou agravar crimes

Outro instituto jurídico que merece atenção é o uso de analogia. O Direito Penal, considerado a “*Ultima Ratio*” do sistema jurídico, ou seja, só ganhará o papel principal quando as demais esferas jurídicas não conseguirem solucionar a respectiva demanda. Todavia, não é qualquer forma de analogia que é vedada pelo Direito retro, apenas a “*analogia in malam partem*”. Ademais, deve-se observar que o direito penal, regido pelo princípio da legalidade, assegura que só poderá ser criado crime ou até mesmo forma de agravamento de pena, por meio de lei nos termos do artigo 1º do respectivo código “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” idêntico ao previsto artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federa. Destarte, é vedado utilizar-se da *analogia in malam partem* no intento de prejudica réu.

Nesse diapasão, tem-se que *analogia in malam partem* lesiona o princípio da legalidade. Por mais, de acordo com Rogerio Greco (2017), é indiscutivelmente proibido utilizar-se de analogia, observado o princípio da legalidade, com o intuito de prejudicar o réu, independentemente se for por meio de alargamento do rol de hipóteses agravantes ou mesmo o próprio texto incriminador, abarcando assim em possibilidades não dispostas no ordenamento legal criadas pelo legislador.

Por outro lado, é permitido o uso de analogia no intuito de beneficiar o réu, conhecida como “*analogia in bonam partem*”. Conforme atesta Guilherme Souza Nucci (2020):

[...] tem-se duas espécies de analogia, sendo a primeira espécie a analogia in malam partem e segunda espécie a analogia in bonam partem. No que se refere a analogia in malam partem, haverá a aplicação de determinada norma com objetivo de punir o réu em casos que sejam análogos, sendo que até o determinado instante da aplicação, não haja lei específica para tal situação. Assim, essa espécie é um procedimento ilegítimo e que sua aplicação fere o princípio da legalidade. Em contrapartida, a segunda espécie refere-se a analogia in bonam partem, sendo que, ao contrário da anterior descrita, esta analogia se aplicará em benefício do réu, utilizando-a para absolve-lo em casos análogos, onde até o momento do fato, não exista lei específica. Logo, é permitida a aplicação de analogia in bonam partem perante o Código Penal, com a observância de aplicar-se apenas em casos excepcionais.

Deste modo, ao se vislumbrar a aplicação da analogia à norma penal Pacelli e Callegari, descrevem que: “pela analogia, aplica-se uma norma prevista no ordenamento para regular determinada hipótese a outra (hipótese), para a qual não haveria previsão expressa, sob o fundamento de semelhança entre elas”. Ainda no entendimento destes doutrinadores, não há a possibilidade de exigir que todos possuam o conhecimento de interpretação do alcance da norma penal incriminadora. Caso isso ocorresse, estaríamos diante de “um verdadeiro estado de polícia”. (PACELLI, CALLEGARI, 2015, pág.99).

Neste mesmo diapasão, Nilo Batista dá ênfase acerca da função supracitada e de forma casuística demonstra que no direito haveria analogia quando “o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a (s) regra (s) prevista (s) para um caso semelhante”. (BATISTA, 2001, pág.74). Assim, para o jurista a analogia “*in malam partem*” teria total inaplicabilidade para o princípio da legalidade, porém possui a ressalva de ser aplicável em caso de beneficiar o réu, ou seja, “*analogia in bonam partem*”.

Desta maneira, segundo doutrinadores Pacelli, Callegari, Greco e Nucci, estes ratificam que em casos de ausência da norma penal incriminadora, essa não deve ser interpretada analogicamente no intento de punir o infrator ou de adequar sua conduta a outro dispositivo normativo no intuito de estender o alcance da norma. Nestes termos, diante da função do direito penal em proteger bens jurídicos, tal tutela deve ser realizada nos limites da descrição do tipo penal, tomando como observação ao princípio da legalidade e seus desdobramentos, salvo em benefício ao réu.

2.3 Vedação a incriminação vagas e indeterminadas

O princípio da legalidade, dentre os seus desdobramentos, também veda a adequação da conduta do agente a dispositivos penais incriminadores que possuem natureza vaga ou indeterminada. Destarte, essas normas devem ser claras e denotativas quanto ao seu significado e expressar de maneira concisa seu comando legal, especificando a conduta e a punição caso ocorra.

Além disso, as condutas descritas nos dispositivos normativos, especialmente, no âmbito penal, devem ser compreendidas por todos, pois ainda que ninguém possa alegar o desconhecimento legal no intento de justificar determinada conduta

“Ignorantia legis non excusat”, isso não escusa o legislador de criar leis claras de conteúdo compreensível, fluido a todos os cidadãos. A taxatividade da conduta criminosa deve ser precisa visando maior segurança jurídica do tipo penal.

Nesse diapasão, uma lei penal indeterminada e imprecisa não apenas prejudica a proteção do cidadão ante a arbitrariedade do Estado, como também acarreta em uma confusão a divisão dos poderes. Por conseguinte, ante uma norma abrangente o juiz teria a liberalidade de interpretá-la da maneira que lhe convier o que feriria a esfera do legislativo, tendo em vista que não cabe ao judiciário legislar.

Desta maneira, a vedação a incriminação por meio de leis vagas e de conteúdo indeterminado visa coibir diversas interpretações normativas ante um dispositivo amplo ou genérico ao que tange à norma penal incriminadora. Além disso, uma precisão, especialmente, quanto ao núcleo ou ao comando da norma, visa proporcionar uma maior segurança jurídica no sentido de evitar que condutas abrangentes possam acarretar mais de uma interpretação.

Assim, após definido de maneira sucinta e objetiva quanto aos desdobramentos do princípio da legalidade e suas respectivas vedações quanto a criação e a interpretação da norma penal incriminadora, far-se-á necessário analisar se de fato a conduta do “Estupro Virtual” afrontaria ao respectivo princípio.

3 Dissociação: Identidade real versus identidade virtual e o princípio da legalidade

Nesta terceira seção pretende-se abordar a Teoria da Anomia criada por Émile Durkheim e aplicada no âmbito da criminologia por Robert Merton no intento de demonstrar a dissociação do criminoso e sua busca por um anonimato nos delitos cibernéticos diante da legislação vigente. Por mais, pretende-se concluir se o artigo 213 do Código Penal é suficiente e claro para coibir o estupro virtual e, se há ou não uma afronta clara ao princípio da legalidade anteriormente demonstrado.

3.1 A teoria da anomia

A palavra anomia é um termo de origem grega *anomos* (a + *nomos*), em cujo significado aduz a ideia de ausência, inexistência ou ainda algo estranho a lei, foi descrita por Barbosa (2013).

Nas palavras de CALHAU (2012)

A anomia é uma situação social em que falta coesão e ordem, especialmente no tocante a normas e valores. Se as normas são definidas de forma ambígua, por exemplo, ou são implementadas de maneira causal e arbitrária; se uma calamidade como a guerra subverte o padrão habitual da vida social e cria uma situação em que se torna obscuro quais normas têm aplicação; ou se um sistema é organizado de tal forma que promove o isolamento e a autonomia do indivíduo a ponto das pessoas se identificarem muito mais com seus próprios interesses do que com os do grupo ou da comunidade como um todo - o resultado poderá ser a anomia, ou falta de normas.

Em outras palavras, a teoria da anomia é uma anomalia articulada na sociedade, para que todos os seus membros interajam de maneira mútua e cooperativista em busca de um ambiente saudável, ou seja, buscando sempre dar a devida importância aos valores e regras comuns lembrando que, seu direito não deve ultrapassar a esfera jurídica de um terceiro, pois todos vivemos em sociedade. Todavia, ainda que existam normas que estabeleçam um contrato social entre Estado e indivíduo no intento de reforçar os valores éticos sociais impostos por determinada sociedade, quando esse sistema falha, é necessária intervenção por parte do Estado na busca de resgatar esses conceitos éticos. Se não fosse assim, haveria uma disfunção do organismo vivo social, havendo uma anomia, ausência de regras, pautada, especialmente na moral e nos princípios éticos.

A teoria da anomia inicialmente criada por Émile Durkheim, desenvolvida e aplicada no âmbito da criminologia por Robert King Merton foi influenciado pela obra clássica “O Suicídio” (DURKHEIM, 2000), sendo enunciada pela primeira vez em 1938 em um artigo publicado na American Sociological Review intitulada de Social Structure and Anomie.

Robert Merton utilizou o conceito de anomia para construir uma teoria criminológica, trazendo as ideias de Durkheim para a criminologia. Merton entendeu o crime como algo normal e presente na sociedade, todavia a anomia está presente apenas se os índices de criminalidade são muito grandes. Para a teoria da anomia, o crime origina-se da impossibilidade social do indivíduo de atingir suas metas pessoais, o que o faz negar a norma imposta e inovar seus conceitos sociais, criar suas próprias regras, seus próprios valores conforme o seu próprio interesse. MERTON (1938).

Deste modo, o presente trabalho teve como intento se valer do conceito de anomia criado por Durkheim e desenvolvida posteriormente por Merton para demonstrar a dissociação entre indivíduo e sociedade nos crimes que se perfaçam no meio virtual.

Nesse diapasão, analisa-se a narrativa da anomia e se essa teoria se aplica a todos os crimes cibernéticos ou se é aplicado de forma esparsa e incidental a depender da modalidade do crime cometido por meio telemático e se a legislação vigente é capaz de coibir ou acompanhar essa inovação jurídico social.

Deste modo, quando crimes que infringem gravemente os bens jurídicos ofendendo de sobremaneira os bens jurídicos tutelados pela legislação penal, são levados a julgamento por meio de leis penais tradicionais, não carecendo de nenhuma denominação dogmática específica ou de uma legislação especial (WALL, 2005).

A ocorrência de delitos no âmbito cibernético, crimes que vão de fraude, furto ou estelionato à estupro virtual aduzem a ideia se a legislação penal vigente ou se as leis criminais comuns por meio do Código Penal são suficientes para coibir todos esses crimes.

No Brasil, no intento de se adequar a esse novo cenário foi criada a lei Carolina Dieckmann que modificou o código penal em 2012 com objetivo de tipificar delitos de invasão em dispositivos informáticos. Essa lei proporcionou um marco jurídico no âmbito dos crimes cibernéticos. Todavia, diante dos diversos crimes e sua infinidades de modalidades de se praticar o mesmo delito por meio virtual, percebe-se que o caráter de impessoalidade é um dos atributos dos agentes que se utilizam da rede mundial de computadores. Em que pese sejam identificados pela rede por endereços IP no intento de encontrar o dispositivo ou de onde foi enviado o link ou praticado crime não significa que se encontrará a pessoa física automaticamente, carecendo de outros elementos de identificação para se obter uma identidade que se vincule à pessoa real.

Assim, esse atributo de perda (ou dissociação) entre a identidade virtual e a identidade real é o ponto crucial de fomento e de percepção do fenômeno dos crimes cibernéticos. Tanto o furto por meio eletrônico, o estupro virtual, o estelionato ou os ataques eletrônicos por agências governamentais com viés político se arvoram na relativa dissociação e no anonimato promovidos pela rede mundial de computadores. Além disso, diante das inovações tecnológicas, atualmente, existem ferramentas específicas que promovem maior grau de obscuridade aos endereços “IPs” seja por uma navegação em uma rede anônima ou por meio do navegador “Tor” que

proporciona uma comunicação anônima e segura seja para navegar no mundo virtual comum ou através da Dark Web.

Deste modo, o fenômeno do anonimato deve ser observado por um viés tanto sociológico como criminológico, sendo a característica que mais incentiva a ocorrência dos crimes cibernéticos. Assim, é por meio do anonimato proporcionado no ambiente virtual e a possível impunidade diante da dificuldade em se encontrar o real infrator que se dá a contribuição da teoria da anomia, com um enfoque criminológico.

3.2 A conduta ofensiva versus o princípio da legalidade

Feitas todas as considerações relacionadas a definição do crime de estupro, conduta atualmente prevista no caput do art. 213 do Código Penal, tem-se como objetivo demonstrar que a conduta ainda que praticada no ciberespaço o “estupro virtual” pode e deve ser enquadrado nos moldes do artigo retro e que essa adequação não afronta nenhum preceito de vedação penal nem constitucional.

Diante das ponderações descritas do que seria o crime de estupro com sua previsão no artigo 213 do respectivo código, a definição da expressão “estupro virtual” e demais ponderações ao princípio da legalidade, é necessário fazer uma breve análise dos posicionamentos prós e contra sobre essa temática e se a conduta do infrator, realmente, se amolda no dispositivo retro.

Tendo em vista que poucos doutrinadores se posicionaram sob a definição do crime de “estupro virtual”, Cleber Masson, posicionou-se favoravelmente sobre a tipificação da conduta, e ainda exemplificou uma hipótese em que seria possível o acometimento do delito de estupro via virtual. Na íntegra, abre-se espaço dessa forma ao estupro virtual, praticado à distância, mediante a utilização de algum meio eletrônico de comunicação (Skype, Whatsapp, Facetime, etc.). Pensemos na situação em que o sujeito, apontando uma arma de fogo para a cabeça do filho de uma mulher, exige que esta, em outra cidade, se auto masturbe à frente da câmera do celular. Estão presentes as elementares típicas do art. 213, caput, do Código Penal: houve constrangimento da mulher, mediante grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, razão pela qual ao agente deverá ser imputado o crime de estupro. (MASSON, 2018, pág.13).

Rogério Sanches também se posicionou favoravelmente sobre a tipificação do crime de estupro virtual previsto no artigo retro, defendendo a ideia de ser configurada a conduta do estupro em meio virtual. Para Sanches (2018), se o agressor (no exemplo dado pelo autor, seria o namorado da vítima) constrange a vítima a enviar a ele mais fotos, sob pena de divulgar seus materiais íntimos, ou que de outra forma fique praticando via webcam, os atos de libidinagem, para que aquele possa à distância satisfazer sua lascívia, estaria configurado o tipo de estupro previsto no art. 213 do Código Penal.

Além disso, ainda afirma que não haveria a necessidade de contato físico para a prática delituosa, sendo que o agente apenas utilizou-se do meio virtual para praticar a conduta criminosa.

Todavia, diverso da hipótese defendida, o professor José Renato Martins e do Delegado Geral de Polícia Civil em Minas Gerais, aposentado, Dr. Jeferson Botelho (2017) Pereira, consideram a conduta do “estupro virtual”, como outro crime, ou talvez como conduta atípica. Para estes, é imprescindível a presença do agressor no mundo fático ou no mesmo ambiente da vítima, e afirmam que a possibilidade do crime no ciberespaço acarretaria uma afronta ao princípio da legalidade. Nas palavras de José Renato Martins, o crime de estupro em uma hipótese virtual seria impossível de configurar-se. Na mesma linha, Jeferson Botelho, aponta que a configuração do crime de “Estupro Virtual” feriria o princípio da legalidade.

Não obstante isoladas decisões de Tribunais Superiores, a exemplo do decisum, que compreende irrelevante, para a configuração do delito de estupro, que haja um contato físico entre ofensor e ofendido, tese que ganhou expressão nacional em julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2/8/2016, embora em um caso que tratou de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), e de parte da doutrina se contentando com meras assistências contemplativas de autores em face de comportamentos de vítimas que mediante grave ameaça de terem suas imagens divulgadas na rede social, teriam que se submeter a auto-prática de atos de libidinosos para a configuração do crime de estupro virtual, acreditamos que a técnica jurídica e o princípio da taxatividade penal estariam seriamente violados com esse entendimento minoritário. (BOTELHO, 2017)

Deste modo, ainda que alguns doutrinadores vislumbrem ofensa ao princípio da legalidade, no caso concreto isso não se aplica. Pois ao se analisar o núcleo e seus elementos descritos no tipo penal do artigo 213, não se exige do agente a presença fática no mundo real, nem no mesmo ambiente que a vítima. De outro lado, o

momento da consumação do delito deixou de ser ato sexual em si “cópula pênis-vagina”. Após alteração realizada pela lei pela Lei n. 12.015/2009 o artigo retro exige o constrangimento da vítima mediante violência a praticar ato libidinoso no intento de obter a satisfação lasciva do infrator, não se exigindo nenhum meio específico. Destarte, percebe-se que o artigo ao citar “ser ato libidinoso qualquer ato capaz de satisfazer a lascívia” tem-se um tipo penal aberto ou uma conduta subjetiva que vai se amoldar de acordo com cada infrator. Assim, pode muito bem ser praticada em meio virtual.

Além disso, no intento de robustecer tal fundamento tem-se o entendimento do 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. ” (GRECO, 2017, pág.108).

Por mais, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça que também se posicionou sobre a temática compartilhando do mesmo entendimento de Greco anteriormente citado.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca do tema e também entendeu em um caso concreto o mesmo posicionamento de Rogério Greco acima exposto e apresentou o entendimento consagrado pela 5ª Turma, no qual decidiu que a "contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido" (RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

Assim, o contato físico do agressor se torna irrelevante para consumação do delito do artigo 213 do código penal. Por mais, tem-se como perfeitamente possível a adequação do crime de estupro virtual ao artigo retro.

Considerações finais

O presente artigo busca demonstrar que a conduta do crime de estupro virtual se amolda perfeitamente a conduta descrita do crime de estupro, hoje, previsto no artigo 213 do código penal. Destarte, não se vislumbra nenhum agravo constitucional nem

mesmo afronta ao princípio da legalidade ou seus desdobramentos, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa.

Deste modo, no intento de solidificar o respectivo posicionamento quanto ao tema, fez-se necessário desenvolver a pesquisa por meio de posicionamentos de diversos doutrinadores, bem como entendimentos jurisprudenciais no intento de corporificar ainda mais a pesquisa e demonstrar que, apesar de ainda não haver consenso quanto ao crime de estupro virtual, percebe-se hodiernamente uma evolução doutrinária e jurisprudencial em relação a temática na repressão da respectiva conduta.

Assim, ao se analisar os pontos abordados no presente artigo, o ato de obrigar outrem a praticar ato libidinoso, ainda que em seu próprio corpo, a mando do agressor, mediante ameaça, vingança, ou outro meio ardiloso no intento de satisfação lasciva do infrator, tem-se a respectiva conduta, se praticada por meios telemáticos como estupro virtual e se subsume perfeitamente ao dispositivo presente no artigo 213, caput, do Código Penal. Deste modo, percebe-se um equívoco quanto ao entendimento, visto que ainda que praticado por meios telemáticos, o estupro é real, porém a conduta se perfaz por meio virtual.

No intento de obter melhores resultados, foi utilizado o método de abordagem dedutivo. O trabalho parte de um estudo amplo sobre os elementos que compõem a tipificação do crime de estupro, artigo 213, caput, do Código Penal. Analisa a conduta criminosa e verifica se seria possível sua aplicabilidade no ambiente virtual.

Assim, ao se analisar crime de estupro praticado em meio virtual, percebe-se ainda uma resistência, ainda que minoritária, quanto a subsunção do crime ao artigo 213 do respectivo código, tendo em vista que uma parte da doutrina e do judiciário entende que para haver o crime de estupro é necessário haver conjunção carnal, o que não é verdade. Por outro lado, ainda que sem consenso, existe um entendimento majoritário, que crime de estupro virtual se molda perfeitamente a conduta do artigo em estudo, ainda que o meio utilizado seja telemático. Destarte, em maioria entende-se pela consumação do crime que atualmente, a evolução tecnológica tem forçado avanço normativo frente as novas modalidades que se tem em cometer o mesmo crime. Assim, hoje, o delito de estupro previsto no artigo 213, após sua alteração proposta lei 12.015/2009, o ambiente físico deixou de ser um elementar do tipo, assim como a conjunção carnal, ou seja, o novo comando normativo exige uma conduta ameaçadora ao ponto de coagir a vítima a satisfazer a lasciva do infrator. Portanto, ainda que o meio utilizado seja virtual, entende-se que o estupro é real.

Além disso, ficou demonstrado que a violência sexual, a violência psicológica, ainda que praticada no ambiente virtual, se amolda ao artigo 213, crime de estupro.

Em conclusão, a presente pesquisa se mostra de extrema relevância para a sociedade e para o mundo acadêmico por trabalhar a tutela dos crimes contra a dignidade sexual sob uma ótica do mundo atual. Além disso, ainda que sem consenso, percebe-se um entendimento evolucionário tanto da doutrina quanto da jurisprudência sobre as novas modalidades de praticar crimes que atentem contra a dignidade sexual, tendo em vista que esse crime, assim como diversos outros enquadrados nesse núcleo temático, os danos são irreversíveis, motivo de grande relevância para que em breve se tenha um entendimento consolidado que o crime discutido ao longo deste artigo pode e deve ser enquadrado ao crime de estupro, hoje, previsto no artigo 213 do Código Penal.

Referências

ALMEIDA, Barbara. Jovem ameaça divulgar 'nudes' e é preso por 'estupro virtual' em Carmo do Paranaíba, MG-Bárbara Almeida, G1 Triângulo Mineiro. Notícia publicada em 20/09/2017 20h20min. Disponível em <https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/jovem-ameaca-divulgar-nudes-e-presos-por-estupro-virtual-em-carmo-do-paranaiba-mg.ghtml> Acesso dia 20/08/2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Código penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em 19/08/2022.

COELHO, Luciano. Técnico é preso no Piauí por estupro virtual. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/08/10/tecnico-e-presos-no-piaui-por-estupro-virtual.htm>. Acesso em: 10/08/ 2022.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4. ed. revista ampliada e atualizada. Niteroi, RJ. Impetus, 2012.

DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Estupro virtual: Análise Doutrinária e Jurisprudencial

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/55912/estupro-virtual-anlise-doutrinaria-e-jurisprudencial>>. Acesso em: 25/08/2022

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2014. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-adignidadese sexual>. Acesso em 20.08.2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal volume III**. Editora: Impetus, Rio de Janeiro, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III* / Rogério Greco. – 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus:2017.

IGLESIAS, Carolina. “Expansão da internet eleva risco de crimes virtuais; saiba como se proteger”. Reportagem publicada no jornal Atribuna em 23/11/2017. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/expansao-da-internet-eleva-risco-de-cri...> >Acesso em 20/08/2022.

_____. Senado Federal. *Código Penal de 1940*. Brasília: Senado Federal, 2008.

JORIO, Israel. *Crimes sexuais*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019

Jovem ameaça divulgar 'nudes' e é preso por 'estupro virtual' em Carmo do Paranaíba, MG-Bárbara Almeida, G1 Triângulo Mineiro 20/09/2017 20h20.Disponível em <https://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo->

mineiro/noticia/jovem-ameaca-divulgar-nudesee-presos-por-estupro-virtual-em-carmo-do-paranaiba-mg.ghml Acesso dia 20/08/2022.

OLIVEIRA, Julio Cesar Vieira de. **Crime de Estupro e as alterações da Lei nº. 12.015/09**. Monografia apresentada à Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau em Bacharel em Direito. São José, 2010.

MARTINS, Alexandre. Não é correto se falar em estupro virtual, o crime de estupro só pode ser real. Publicado em 18 de agosto de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/opinioao-crime-estupro-real-nunca-virtual> Acesso em 20.08.2022.

MERTON, Robert K. Social Structure and Anomie. American Sociological Review, 1938. vol. 2, n. 5. p. 672-682.

MEIRELES, Luciano Miranda. **Revista Parquet em foco**/Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Goiânia: ESMP-GO. v.1.n.1,(set/dez:2017). Disponível em: https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/02/22/16_59_09_358_Parquet_em_Foco_final.pdf. Acesso em 20.08.2022.

MASSON, Cleber. Direito Penal - Parte Especial - Vol. 3, 8ª edição. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979102/> Acesso dia 22/08/2022.

NUCCI, Guilherme. Crimes de forma livre e de forma vinculada. Penal Dicas. Publicado em 15/03/2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/crimes-de-forma-livre-de-forma-vinculada> Acesso em 22/08/2022.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Jeferson Botelho, publicado em 08/2017. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/59910/estupro-virtual-sextorsao-ativismo-judicialcabotinismo-midiatico>. Acesso em 22/08/2022.

RHC 70.976-MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 02/08/2016, DJe 1008/2016. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490421886/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-82402-ms-2017-0065254-3/inteiro-teor-490421896>. Acesso em 16/08/2022.

SEXTORSÃO Sextortion Revista dos Tribunais | vol. 959/2015 | p. 167 - 182
|Set/2015|DTR\2015\12620. Disponível em:
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srgu id=i0ad6adc60...>; Acesso em 15/08/2022.

SOUZA, Gabriel Vinicius de; HERRERA, Larissa; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. A contemporaneidade e a tipificação dos crimes sexuais. 2019. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/76335/a-contemporaneidade-e-a-tipificacao-dos-crimessexuais>. Acesso em: 22/09/2022. SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo.

SUAREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes. A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra (Orgs.). Gênero, democracia e sociedade brasileira São Paulo: Editora 34; Carlos Chagas, 2002.

SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (org). Violência, gênero e crime no Distrito Federal. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999.

SUÁREZ, M. ; SILVA, A. P. M. S. . Reflexões sobre a Noção de Crime Sexual. Série Antropologia, Brasília-DF, v. 178, p. 1-29, 1995.

Teoria da Anomia: disponível

em:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44167/teoria-da-anomia>.

Acesso em 22/10/2022.