



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DO ESTUPRO EM SUA MODALIDADE VIRTUAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO
USO DE MEIOS DIGITAIS PARA PRÁTICA DO DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Holmes Guilherme Duarte Rodrigues

Rio de Janeiro
2018

HOLMES GUILHERME DUARTE RODRIGUES

DO ESTUPRO EM SUA MODALIDADE VIRTUAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO
USO DE MEIOS DIGITAIS PARA PRÁTICA DO DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

DO ESTUPRO EM SUA MODALIDADE VIRTUAL: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO USO DE MEIOS DIGITAIS PARA PRÁTICA DO DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Holmes Guilherme Duarte Rodrigues

Graduado pela Universidade do Grande Rio.
Advogado.

Resumo – Juntamente com a evolução da tecnologia, práticas criminosas têm sido expandidas. Dentre essas, destaca-se a o crime de estupro que atualmente tem sido verificado sua possibilidade na forma virtual. No entanto, a adequação do estupro em sua modalidade virtual deve ser mitigada, haja vista a necessidade da análise dos elementos do tipo, a fim de demonstrar a devida subsunção do fato à norma penal. Apesar da Lei 12.015/09 ter expandido a aplicação do crime de estupro, não foi capaz de prever de forma clara o alcance deste na modalidade virtual. Assim, o trabalho discute a possibilidade de adequação do crime de estupro virtual ao tipo penal de estupro, por meio de uma análise aguda dos elementos do crime, demonstrando a necessidade de atualização da legislação penal a fim de buscar melhor resposta penal ao ato praticado pelo agente criminoso.

Palavras-chave – Direito Penal. Estupro Virtual. Grave ameaça. Coação.

Sumário – Introdução. 1. O “Estupro Virtual” e a não adequação ao crime do art. 213 do Código Penal Brasileiro. 2. Análise da conduta no “Estupro Virtual” e a possível criação de um tipo intermediário. 3. A grave ameaça como critério para uma resposta penal justa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa discutir a adequação do crime de estupro em sua modalidade virtual. Procura-se demonstrar que a evolução tecnológica é base para a evolução da prática do crime de estupro, a qual o agente se utilizando de meios telemáticos visa praticar crimes contra a liberdade sexual de outrem. No entanto, é necessário apreciar se de fato o crime denominado de “estupro virtual” se subsume no tipo penal de estupro.

Para tanto, utiliza-se o estudo das características do crime de estupro, demonstrando as divergências doutrinárias quanto aos elementos para caracterização do referido crime contra a liberdade sexual e à análise da melhor jurisprudência a fim de justificar a necessidade de ampliação do ordenamento jurídico penal.

Por ser um tema novo e extremamente atual, a doutrina e a jurisprudência ainda não falam sobre a possibilidade de extensão do crime de “estupro virtual” ao crime contra a liberdade sexual tipificado como estupro.

Dessa forma, o estudo se dá a partir da análise do antigo tipo penal de atentado violento ao pudor e do atual tipo penal de estupro, passando pela análise do crime de constrangimento ilegal, a fim de verificar suas características incomum e suas diferenças.

Inicialmente o primeiro capítulo deste trabalho apresenta a alteração realizada no Título VI da Parte Especial do Código Penal por meio da Lei nº 12.015/09 que uniu os crimes de atentado violento ao pudor e estupro trazendo nova redação ao artigo 213 do Código Penal ampliando, assim, o crime de estupro. Ainda, no primeiro capítulo são estudadas as formas de constrangimento ilegal à prática do ato sexual a fim de verificar a necessidade de violência ou a grave ameaça para adequação típica ao gravíssimo crime de estupro.

Prosseguindo, o segundo capítulo abordará a possibilidade de criação de um tipo penal intermediário entre estupro e o constrangimento ilegal a partir da análise da conduta do agente no “estupro virtual”.

Finalizando o trabalho, o terceiro capítulo abordará de forma aguda a necessidade de uma ameaça grave como critério para uma justa resposta penal ao ato praticado pelo agente. Para tanto, o capítulo aponta possibilidades para melhor inferência da lei penal ao crime denominado “estupro virtual”.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, por meio de uma análise sobre o problema social do “estupro virtual”, demonstrando a complexidade na aplicação do tipo penal de estupro ao caso concreto e verificando a melhor tipificação quanto ao ato delitivo ora estudado. Desta forma, o pesquisador se baseia na análise da legislação penal brasileira, doutrina e jurisprudência, a fim de sustentar sua tese.

1. O “ESTUPRO VIRTUAL” E A NÃO ADEQUAÇÃO AO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Título VI da Parte Especial do Código Penal sofreu grandes alterações com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/09¹, que mexeu na estrutura dos crimes contra os costumes (a partir da vigência da lei, o Título VI passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”) e alterou alguns tipos penais.

¹BRASIL, *Lei nº 12.015*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

Dentre as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09², destaca-se a junção dos crimes de atentado violento ao pudor e do estupro, unificados no art. 213 do Código Penal³ sob a denominação estupro.

Neste diapasão, é importante frisar que a ampliação das condutas configuradoras do delito de estupro não implicou na “abolitocriminis” em relação ao vetusto crime de atentado violento ao pudor, cuja conduta se manteve proibida em razão da incidência do princípio da continuidade normativo-típica, como se vê a partir da nova redação do art. 213 do CP.⁴

Assim, o art. 213 do CP⁵ passou a se caracterizar, com a vigência da lei em comento, como tipo de conteúdo variado, uma vez que a tipificação da conduta proibida previu duas ações distintas para o ilícito penal: a prática forçada da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, compreendendo-se este último como toda conduta que, anteriormente, era abarcada sob o “nomeniuris” atentado violento ao pudor.

Outra mudança sensível advinda da reforma legal se atém ao sujeito passivo do crime de estupro. Até a Lei nº 12.015/09⁶, apenas a mulher poderia ser vítima do delito, pois a descrição típica resumia-se à conduta de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Após a sua vigência, a rede protetiva passou a alcançar também a figura masculina, o que se verifica no uso do pronome indefinido “alguém” na atual previsão legal.

Feitas estas breves considerações acerca das principais inovações decorrentes da Lei nº 12.015/09⁷ em relação ao delito de estupro, é preciso analisar os elementos do tipo penal para que, na sequência, seja possível aferir se a ação praticada à distância pode ser enquadrada como ato de cunho sexual e, desta forma, integrar a hipótese abstrata do art. 213 do CP.

Neste sentido, é importante esclarecer o significado do verbo nuclear do tipo: constranger. Segundo o Dicionário Michaelis online⁸, constranger tem a acepção de apertar(-se), subjugar, forçar, envergonhar(-se) ou incomodar(-se).

²BRASIL, op.cit., nota 1.

³BRASIL, *Código Penal*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁴Art. 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:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁵Ibid.

⁶BRASIL, op.cit., nota 1.

⁷Ibid.

⁸MICHAELIS. *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em:<<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=LAG1>>. Acesso em 04 set. 2018.

Para o afã protetivo da lei, considerando-se que, no crime de estupro, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a liberdade sexual da pessoa, o vocábulo *constranger* é claramente empregado com o sentido de coagir, forçar, subjugar, obrigar alguém à prática de algo, no caso, do ato sexual.

Importante ainda ressaltar que, para a existência do constrangimento à prática do ato sexual, o sujeito ativo há de se utilizar de violência (“*vis corporalis*”) ou de grave ameaça (“*vis compulsiva*”) para o sucesso da empreitada criminosa, sem o que o fato não possuirá adequação típica ao gravíssimo crime de estupro.

Outro ponto a ser debatido cinge-se ao fato de que a expressão “*conjunção carnal*” implica necessariamente no ato de penetração do pênis do homem na vagina da mulher, sendo também denominado de coito vaginal.

O magistério de Cezar Roberto Bitencourt⁹ não dá margem a dúvidas, e esclarece que “*conjunção carnal*, por sua vez, é a cópula vaginal, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal. Por essa razão, não abrange o coito anal e a *felatio in ore*, pois, como destacava Hungria, o ânus e a boca não são órgãos genitais”.

Em desdobramento diverso, é possível verificar a ocorrência do delito de estupro no caso em que o ofendido sofre constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, para a prática ou a permissão de que com ele se pratique ato libidinoso diverso da *conjunção carnal*.

Em relação à *conjunção carnal*, resta claro e evidente a necessidade do ofensor estar junto à vítima para que seja consumado o crime de estupro. Trata-se, neste caso, de ação forçosamente praticada em observância ao princípio “*solus cum sola in solitudine*”, isto é, não se concebe a cópula vaginal sem o contato real e efetivo do órgão sexual masculino com o órgão sexual feminino.

No entanto, o raciocínio seria o mesmo quanto à prática, pelo ofensor, de outro ato libidinoso (obviamente, diverso da *conjunção carnal*) mediante violência ou grave ameaça junto ao ofendido?

Imagine-se o seguinte caso: Maria, mulher casada com Brandão e mãe de Juquinha, porém apaixonada por João, resolve um dia marcar um encontro às escondidas com João a fim de praticar atos sexuais com este. No entanto, Zé ouve a conversa telefônica entre Mariazinha e João, e toma ciência da data, hora e local do encontro dos amantes.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed., V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-98.

Chegado o dia do encontro, Zé se posiciona com sua câmerasuper potente e, então, no momento do ato sexual entre Maria e João, obtém diversas fotografias e filmagens que documentam com alto grau de qualidade o adultério.

Visando obter mais vídeos e fotos de Maria, Zé cria uma conta falsa no Facebook a fim de entrar em contato com esta, após o que, munido de todo seu arsenal de fotos e vídeosobtidos no fatídico dia do encontro extraconjugal de Maria, a constrange, mediante grave ameaça, ao envio, por meio eletrônico, de novos vídeos e fotos picantes.

Assim, por algum tempo Zé obteve diversos vídeos e fotos de Maria praticando atos libidinosos, até que ela, cansada das ameaças, decide procurar uma delegacia para lançar mão da “delatiocriminis”. Após ouvir Maria, o delegado resolveu enquadrar Zé no crime de estupro na modalidade virtual.

Partindo do pressuposto de que ato libidinoso é o praticado por uma pessoa a fim de obter prazer sexual, seria possível falar, no caso concreto, que o agente criminoso buscou de fato prazer sexual? E mais, há algum ato que pudesse ser enquadrado como ato libidinoso?

É possível o entendimento que quando o ato libidinoso é realizado por meio de contato físico, fica evidente o desejo do agente em saciar sua lascívia, obtendo prazer sexual mediante utilização de violência ou grave ameaça contra o ofendido. No entanto, como comprovar a busca pelo prazer sexual quando ofensor e ofendido não estão frente a frente, de forma presencial? De fato, o elemento subjetivo específico do crime parece inviável de se comprovar, visto que não se pode deduzir que o agente atuou com o objetivo de saciar seu apetite sexual.

Por outro lado, a ameaça dirigida à obtenção de novas fotos ou filmagens, e não à prática em si de atos libidinosos por parte da vítima, também põe em xeque a adequação típica entre a conduta praticada e o delito de estupro, pois o objeto material de tal conduta, a toda evidência, recai sobre o material pornográfico extorquido da vítima, e não sobre a sua liberdade sexual.

Fato é que, ao incriminar o agente pelo crime de estupro, as consequências da responsabilização penal lhes seriam muito severas, até desproporcionais ao mal praticado, mormente diante da constatação de que o crime de estupro está inserido no rol dos crimes hediondos, nos termos do art. 1º, V, da Lei nº 8.072/90¹⁰.

¹⁰BRASIL. *Lei de Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

Assim, além de responder por um crime cuja pena é reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos, estaria o agente inapto a obter liberdade provisória mediante fiança, bem como veria aumentado o prazo para a progressão de regime e o livramento condicional.

Não obstante, nos termos do art. 5º, XLIII, da CRFB/88¹¹, o agente estaria, ainda, insuscetível de receber graça, anistia e, numa interpretação teleológica, indulto.

Em verdade, a conduta nomeada de “estupro virtual” não se trata do crime do art. 213 do Código Penal¹², mas a do delito tipificado no art. 146¹³ do mesmo diploma legal, qual seja, constrangimento ilegal. Assim, em uma breve análise do fato criminoso e do tipo penal de constrangimento ilegal, é possível verificar a melhor forma de subsunção do fato ao tipo.

Vale ressaltar que o intuito deste trabalho não é o de debater as condições de subsunção do fato ao tipo penal de constrangimento ilegal, mas sim demonstrar a não subsunção do fato supra narrado ao crime de estupro. Por isso, deve ficar consignado que existe aqui a pretensão de esgotar o estudo do crime de constrangimento ilegal, tampouco o estudo do crime de estupro, mas o de estabelecer um breve cotejo entre as mencionadas figuras típicas para, com isso, avaliar a melhor solução para o caso concreto.

Neste intento, verifica-se que, no delito de constrangimento ilegal, o agente utiliza-se de violência ou grave ameaça para fins de constranger a vítima, havendo aqui um ponto de contato muito nítido com o crime de estupro. No entanto, ao praticar o delito do art. 146 do CP¹⁴, o agente não possui o objetivo de obter prazer sexual, haja vista que, se assim o fizesse, o tipo do delito de constrangimento ilegal perderia a razão de existir, pois em flagrante conflito em relação à norma do art. 213 do CP¹⁵.

Por isso, ao verificar no caso concreto a conduta do agente criminoso de constranger a vítima, por meio de grave ameaça, a fim de obter, unicamente por meios eletrônicos, imagens e vídeos desta praticando atos libidinosos, torna-se demasiadamente difícil a comprovação de que o agente criminoso visava ao seu prazer sexual, haja vista, dentre outras, a possibilidade de utilização dos vídeos e fotos para venda no mercado negro de pornografia.

¹¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹²BRASIL, op.cit., nota 3.

¹³Art. 146. Constrangeralguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

¹⁵Ibid.

Ademais, fica difícil avaliar se o ato de constrangimento referiu-se ao próprio ato voluptuoso por arte da vítima ou se visava apenas a submissão desta em entregar o material ao achacador.

Nesta esteira, é preciso lembrar que cabe ao Ministério Público o ônus da prova do fato criminoso praticado pelo agente, devendo demonstrar indícios de autoria e materialidade, bem como trazer as provas do crime praticado. No entanto, no caso do “estupro virtual” se torna ineficaz o pedido de condenação do ofensor pela prática do crime do art. 213 do Código Penal¹⁶, visto que resta prejudicada a comprovação da busca do agente pelo prazer sexual.

Por isso, e à míngua de tipo penal intermediário que pudesse resolver o caso de maneira equitativa, restaria ao “Parquet” imputar ao agente a prática do crime de constrangimento ilegal, tipificado no art. 146 do Código Penal¹⁷.

Frise-se que o enquadramento do “estupro virtual” ao tipo penal de constrangimento ilegal não parece ser a solução definitiva, visto que o fato criminoso é gravíssimo e tem o potencial de causar severos abalos à dignidade da vítima.

Porém, a fim de não deixar impune a conduta do agente, atualmente é o tipo penal que mais se enquadra ao caso apelidado de “estupro virtual”, o que recomenda um ajuste por parte do legislador a fim de corrigir a desproporção da resposta penal em casos que tais.

2. ANÁLISE DA CONDUTA NO “ESTUPRO VIRTUAL” E A POSSÍVEL CRIAÇÃO DE UM TIPO INTERMEDIÁRIO

O “estupro virtual” surgiu como a possibilidade de responsabilização das condutas ilícitas em que o agente delitivo, a despeito de não manter contato físico direto com sua vítima, a constrange à prática de ato libidinoso.

Com efeito, essa hipótese decorreu do progresso tecnológico que impulsionou a humanidade nas últimas décadas e possibilitou uma nova modalidade de relacionamentos para além do contato pessoal.

É bem verdade que, já na segunda metade do Séc. XIX, o telefone deu início a essa revolução, mas o desenvolvimento e a popularização da Internet sem dúvidas abriram margem não apenas às formas de comunicação à distância, mas ao convívio virtual entre pessoas afastadas entre si no plano espacial.

¹⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

¹⁷Ibid.

A partir desse mundo novo, surgiram novos problemas em razão da complexidade ínsita ao ser humano, e que explica a atuação da Ciência Jurídica no intuito de manter a lei e a ordem ou, nos dizeres de Miguel Reale, “um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”¹⁸.

É nessa perspectiva garantidora, aliás, que o “estupro virtual” foi preconizado como uma resposta às novas formas de atuação ilícita penalmente relevantes em que o ambiente digital é pano de fundo para a prática do ato lesivo.

Não há, portanto, uma nova descrição típica buscando abarcar essa recente hipótese delitiva, mas uma leitura da lei penal, pelo operador do direito, que resolva as demandas atuais da sociedade, considerando a função pacificadora do Direito e, ainda, o dinamismo social que notabiliza os tempos modernos.

A partir de tais considerações, o “estupro virtual” decorreu da aplicação da letra do art. 213 do CP¹⁹ em hipóteses que, em ambiente telemático, se verifica a prática de atos de cunho sexual envolvendo o sujeito ativo, que se utiliza da grave ameaça para atingir o seu intento, e o sujeito passivo, que fica à mercê da chantagem perpetrada pelo agente.

O problema reside na dificuldade em identificar todas as elementares do delito de estupro, uma vez que nem sempre a concupiscência do infrator se revela de forma cristalina, assim como a liberdade sexual da vítima, objeto de tutela do art. 213 do CP²⁰, nem sempre estará sob risco.

A norma em comento dispõe cometer o delito de estupro aquele que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Como já abordado anteriormente, a conjunção carnal somente se procede “soluscum sola in solitudine”, ou seja, o contato físico entre vítima e criminoso é pressuposto para a adequação típica. Por tal motivo, a primeira parte do tipo penal de estupro refoge à análise jurídica acerca do cabimento ou não da tipificação da conduta chamada de “estupro virtual” a título de estupro.

O espaço amostral desta abordagem, por óbvio, se limita às hipóteses em que o delito se perfaz mediante o constrangimento da vítima à prática de ato libidinoso diverso da

¹⁸REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

¹⁹BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁰Ibid.

conjunção carnal, oportunidades que, ao menos em tese, poderão ensejar solução do caso concreto mediante o enquadramento da conduta imputada no tipo do art. 213 do CP²¹.

É importante destacar que tal possibilidade encontra guarida em boa parte da doutrina, a exemplo do posicionamento de Rogério Greco, que diz:

“... 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.”²²

A jurisprudência ainda não se firmou de maneira definitiva quanto ao tema, embora em decisão monocrática no ARE nº 1066864, o Min. Dias Toffoli tenha ratificado decisão já proferida pela 5ª Turma do STJ, ao dizer, a respeito dos delitos dos arts. 213 e 217-A do CP, ser “irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido”²³.

Entretanto, apesar de tais inclinações no âmbito da doutrina e quiçá da jurisprudência, entendemos que o delito denominado “estupro virtual” precisa ser melhor apreciado, de forma a não permitir a banalização do direito penal em questões que, embora graves, não justifiquem a aplicação de sanção penal tão gravosa quanto a do art. 213 do CP²⁴.

Neste mister, o art. 146 do CP²⁵ atende à necessidade de tutela penal nas hipóteses de delitos envolvendo o constrangimento das vítimas a transferir material pornográfico aos agentes delitivos, apesar de maneira muitas vezes tímida no caso concreto.

Em todo caso, a vacuidade legislativa não pode servir de permissão para que acusações desarrazoadas e sem a demonstração inequívoca da vontade de satisfação da lascívia por parte do agente ensejem o risco penal e processual penal que o delito de estupro traz ao infrator.

Outrossim, mormente em circunstâncias em que o elemento subjetivo do injusto não se mostre plenamente caracterizado, a imputação do infrator às penas do crime de constrangimento ilegal se mostra mais afeita a uma solução justa das hipóteses que encerram

²¹BRASIL, op.cit., nota 3.

²² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói:Impetus, 2011, p. 637.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1066864*. Decisão Monocrática: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492489613/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1066864-rs-rio-grande-do-sul-0370400-3920128217000>>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁵Ibid.

o delito de “estupro virtual”, ao menos até que o legislador resolva a questão inserindo norma que encerre causa especial de diminuição de pena em casos de prática do delito de estupro que não configurem violência real ou, ainda, cujos meios de execução possam evidenciar um desvalor da conduta que justifique a incidência da redução da pena abstratamente prevista no art. 213 do CP²⁶.

3. A GRAVE AMEAÇA COMO CRITÉRIO PARA UMA RESPOSTA PENAL JUSTA

Como verificado nos capítulos anteriores, o tema em questão gera grandes debates e diversos apontamentos acerca da possibilidade ou não da adequação do fato denominado “estupro virtual” ao tipo penal do art. 213 do Código Penal²⁷. No entanto, partindo do pressuposto quanto à possibilidade de ocorrência do estupro mesmo sem o contato físico entre agente criminoso e vítima, faz-se necessário refletir sobre a grave ameaça como balizamento para a caracterização ou o afastamento do delito contra liberdade sexual, os quais serão vistos adiante.

Em análise simplificada do tema em questão, é possível verificar que o agente utiliza-se de meios virtuais ou telemáticos para alcançar o objetivo de obter imagens ou vídeos de sua vítima, ou seja, o agente, para constranger a vítima nessa modalidade de crime, deverá se utilizar sempre da grave ameaça como meio de coerção, haja vista que se existir contato físico entre agente e vítima, não haverá dúvidas quanto à tipificação do delito, que será mesmo o do art. 213 do CP²⁸.

Portanto, para que se fale em “estupro virtual”, forçoso é reconhecer o meio virtual de realização dos atos executórios, sem o quê o delito será outro que não o analisado neste estudo.

Nesse contexto, deixando de lado a discussão quanto à busca pela saciação da lascívia ou não do agente criminoso como elemento especial do crime de estupro, é preciso observar a existência da grave ameaça para a correta tipificação do “estupro virtual” segundo o tipo do art. 213 do CP²⁹, pois esse o comando normativo da lei penal.

²⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁷Ibid.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid.

Em outras palavras, para constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, é necessário que esse ato de constrição seja caracterizado pelo emprego de violência ou de grave ameaça. Se houver violência, há contato físico e, via de consequência, o crime será o de estupro. Nos casos em que não há violência real, isto é, em havendo a chamada grave ameaça, abre-se a janela de possibilidade de enquadramento da conduta no que se convencionou chamar de “estupro virtual”.

Desta forma, a grave ameaça é o ponto central do debate sobre esta modalidade delitiva, e norteará o exercício da prestação jurisdicional ao fornecer ao juiz elementos de cognição suficientes para a localização da conduta no quadro normativo do Código Penal, assim como também fomentará a atuação legislativa a fim de estabelecer uma diferenciação nas respostas penais conforme a gradação da ameaça impingida à vítima e seu poder de sublimação da liberdade sexual desta.

A grave ameaça pode ser definida como a “vis compulsiva”, o constrangimento provocado na vítima objetivando determinado fim: no roubo (art. 157 do CP)³⁰, a subtração da coisa alheia móvel; na extorsão (art. 158 do CP)³¹, a submissão da vítima a um comportamento ativo ou passivo que permita ao agente (ou outrem) uma indevida vantagem econômica. Nestes exemplos, fica clara a intenção de atingir ao patrimônio da vítima, o que não ocorre no delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP)³², em que o bem jurídico violado é a sua liberdade pessoal.

A partir de tais considerações, é possível afirmar que, no delito de “estupro virtual”, ou seja, a chantagem dirigida à vítima para que ela forneça ao agente material de cunho autoerótico, a grave ameaça tem a finalidade de obtenção dos arquivos contra o desejo da pessoa constrangida.

Evidentemente, trata-se de uma ação criminosa cuja premissa se assenta no poder de intimidação da vítima e, por extensão, no grau de esbulho que tal conduta trará à liberdade do ofendido.

Portanto, no estupro virtual a grave ameaça descrita pelo tipo penal do art. 213 do CP³³ deverá ser suficiente para torná-la insuportável aos olhos da vítima, a ponto de ela não deixar de praticar o ato imposto pelo agente, ameaçada que se sente de vir a sofrer o mal injusto e irreparável prometido.

³⁰BRASIL, op.cit., nota 3.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.

É neste ponto que a grave ameaça deverá ser objeto de avaliação judicial, de forma que se estabeleça uma necessária diferenciação entre as hipóteses em que a ameaça desferida contra a vítima possa ser concebida como verdadeira prática de coação moral irresistível ou, por outro lado, seja vista como uma coação que, embora existente, não afastou o poder de reação da pessoa ameaçada.

No primeiro caso, estar-se-ia diante de esbulho à liberdade sexual da vítima, forma especial e mais gravosa de supressão da liberdade pessoal; na segunda hipótese, embora a afronta recaia também sobre a liberdade sexual do ofendido, sua incidência não é de tal monta que se justifique uma apenação idêntica àquela situação mais gravosa, o que recomenda um abrandamento do preceito secundário estabelecido no art. 213 do CP³⁴.

Essa tarefa de valoração da ameaça deve ocorrer no caso concreto, quando a autoridade judicial decidirá, segundo a prova dos autos, o grau de coercibilidade que a ameaça foi capaz de produzir na pessoa da vítima. Se irresistível, o agente delitivo estará sujeito às penas do art. 213, “caput”, do CP³⁵; se, no entanto, resistível, a uma pena intermediária (nem tão leve quanto à pena do constrangimento ilegal, nem tão severa quanto à do “caput” do art. 213).

Assim, tendo-se em mente que a hipótese de “estupro virtual” encerra a prática do ato de ameaça sem contato físico entre agente e vítima, é correto supor-se que em tal modalidade delituosa a vítima terá maiores possibilidades de resistir à coação perpetrada do que no caso em que há contato físico entre ambos, pois o lapso entre a ameaça e a prática do ato libidinoso permitirá, na maioria das vezes, oferecer à vítima uma reflexão acurada entre ceder ou resistir ao intento criminoso do agente.

Nessa disputa interna entre a sua liberdade sexual e o mal prometido, a vítima teria condições de se orientar quanto ao quê fazer diante de seu drama, o que, ao menos em tese, não a deixaria à mercê de seu malfeitor, mas de posse da liberdade para optar entre a submissão ou a resistência.

É o caso, por exemplo, do homem que descobre o adultério praticado por sua vizinha e a constrange à prática de atos libidinosos em troca de seu silêncio. Se a ameaça for praticada de maneira presencial, isto é, em circunstância que não dê à vítima o tempo suficiente para amadurecer a ideia de se opor à coação, tipifica-se o delito de estupro.

³⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁵Ibid.

Por outro lado, se a ameaça for praticada à distância (por exemplo, mediante envio de mensagem eletrônica ou de telefonema), é de se perquirir se ela foi de tamanha contundência a afastar o poder de resistência da vítima. Assim, se a coação visa à prática imediata do ato libidinoso, como é a hipótese de ameaça realizada por telefone, em que a vítima é confrontada ao envio do material instantaneamente, o fato se amoldaria completamente ao tipo do art. 213, “caput”, do CP³⁶.

Outrossim, se a ameaça não se revestiu desta imediatividade suso retratada, como, por exemplo, na hipótese de exigência feita por e-mail ou sms, permitindo à vítima que reflita acerca do atendimento ou não das solicitações ilegais, aí a resposta penal não poderia ter a mesma contundência da pena cominada para o delito de estupro.

Sendo esta última hipótese a que se denomina de “estupro virtual”, o legislador poderia resolver essa questão afeta à proporcionalidade mediante a inserção, no próprio tipo do art. 213 do CP³⁷, de causa especial de diminuição de pena que leve em consideração o menor desvalor da conduta praticada virtualmente, seja porque permitiu à vítima repensar a sua submissão aos intentos ilícitos do agente, seja porque sua dignidade sexual, embora atacada, não se revestiu da lesividade que as demais situações retratadas apresentaram.

CONCLUSÃO

Como verificado durante o trabalho, os meios virtuais têm sido constantemente utilizados para prática de diversos delitos. No entanto, em relação à prática do crime de estupro, sempre se coadunou ao tipo penal a ideia de que seria necessário o contato físico para concretude de tal crime contra a dignidade sexual, haja vista a prática da conjunção carnal e do ato libidinoso por meio de violência ou grave ameaça constituírem meios de saciação do libido do agressor ou de um terceiro, o que virtualmente é bem difícil de se comprovar, como se pôde analisar.

Nesse sentido, é necessário frisar que caso não seja verificado a prática da grave ameaça a fim de demonstrar a coação moral irresistível o agente criminoso, apesar de ter obtido vantagem sexual não estará cometendo o crime de estupro, mas sim o de constrangimento ilegal. Assim, ao ser condenado, o agente terá uma pena que não condiz com o tamanho da gravidade de seu ato. O que de fato, afasta uma justa punição penal.

³⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁷Ibid.

De outra forma, como se pôde verificar no terceiro capítulo, o fato do ato criminoso ser realizado à distância, não havendo contato físico, apesar de ser grave, também não se coaduna com a justa punição penal.

Por fim, diante do exposto em todo o trabalho, torna-se imprescindível uma atuação por parte do Poder Legislativo a fim de solucionar a problemática, sem prejuízo de uma orientação firme por parte da magistratura no sentido de compreender a necessidade de avaliar o estupro virtual como hipótese ensejadora, conforme assim o recomende a prova dos autos, de uma resposta penal diferente da que é imposta aos que praticam o crime de estupro mediante violência ou grave ameaça concernente a coação irresistível.

REFERÊNCIAS

_____.BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1066864*. Decisão Monocrática: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492489613/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1066864-rs-rio-grande-do-sul-0370400-3920128217000>>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.015*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. *Lei de Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed.,V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MICHAELIS. *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=LAG1>>. Acesso em: 04 set. 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.