

## **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei nº. 13.718/2018**

Spencer Toth Sydow  
*Doutor e mestre em Direito (USP), advogado, professor.*  
*Spencer@usp.br*

### **Resumo**

Trata-se da análise do art. 2º da Lei Federal nº 13.718 de 24 de setembro de 2018, especialmente em sua segunda parte que se propôs a criar o delito de exposição pornográfica não consentida.

Por identificarmos diversos erros de natureza formal e material na legislação, buscamos apontar a problemática gerada por tais circunstâncias e questionar a eficácia dessa legislação e de suas modificações, na prática.

Ao final, buscamos verificar para quais práticas a legislação pode ser aplicada e quais alterações devem ser feitas urgentemente para maximizar os efeitos preventivos e repressivos na lei nessa conduta que prejudica cada vez mais os usuários de tecnologia.

### **Palavras Chave**

Crimes informáticos; exposição pornográfica não consentida; direito penal informático; direito digital; cibercrime.

### **Introdução**

O objetivo deste ensaio é fazer uma primeira análise da Lei nº 13.718/18 que alterou os artigos 215, 217, 218, 225, 226 e 234 do Código Penal, além do art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688/41).

A lei em comento criou, ainda que de modo precário, o tipo penal de “Exposição Pornográfica Não Consentida” inserindo uma letra “C” no artigo 218 do Código Penal, adequadamente abandonando a ideia de apenas criminalizar a conduta de pornografia de vingança – espécie desse gênero agora previsto. No mesmo artigo, o legislador inseriu a criminalização da divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável e que façam apologia ou induzam a sua prática.

A lei também criou o crime de “Importunação Sexual” inserindo o artigo 215-A no Código, revogando – em nossa opinião inadequadamente – a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Ademais, modificou a natureza da ação penal para delitos contra a dignidade sexual, tornando-a pública incondicionada e criou causas de aumento novas.

A análise, como o título aponta, será focada na questão da exposição pornográfica não consentida, mas não descuidaremos de alguns breves comentários sobre as demais mudanças, quando pertinentes à temática.

Por ser uma primeira análise, é de se esperar que nem todos os aspectos jurídicos sejam tratados e alguns não sejam inteiramente tratados, visto que é com o tempo e na aplicação prática da lei que se identifica diversos problemas conceituais, de exegese e questões pragmáticas.

Por certo, será na construção jurisprudencial que visualizaremos um possível segundo desenho analítico.

De todo o modo e como é habitual, o legislador produziu mais uma lei desleixada e de técnica duvidosa.

Desleixada porque, no que toca à exposição pornográfica não consentida, deixou de ouvir os especialistas da área, deixou de ler e se orientar pelas obras produzidas sobre o tema e deixou de respeitar princípios basilares do Direito Penal e o próprio Manual de Redação Legislativa.

De técnica duvidosa porque ao fazer as mudanças que o fez, a lei descriminalizou certas condutas, utilizou-se de expressões dúbias e mal escolhidas, redigiu o tipo de modo confuso e também deixou de seguir a tendência internacional perdendo a oportunidade de criar outras tipificações penais urgentes de visível crescimento pelo planeta<sup>1</sup>.

Observemos o desleixo primeiramente.

## **Problemas Formais**

### *Objeto da lei inadequadamente representado*

O artigo 1º da Lei, demonstra que o objetivo legislativo era um e o resultado final da lei foi outro, seja por uma emenda mal feita, seja por total descuido do legislador.

Deixou o legislador de atentar-se, no primeiro artigo, acerca do apensamento do PL 5.798/2016 determinado em 05.08.2016, de autoria do Deputado Antonio Bulhões. Este apensamento trouxe para dentro da legislação a conduta de exposição pornográfica não consentida que, apesar de ser tema diverso, terminou inserido no novel art. 218-C do Código Penal. Porém, o artigo 1º não apontou tal fato, omitindo-se e limitando-se à redação original do PL 5.452/2016. Observe-se:

*Art. 1º Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.*

---

<sup>1</sup> Em 11.08.2018, a polícia espanhola emitiu um alerta sobre uma campanha maciça de sextorsão pela

Assim, fica claro que o legislador ou não leu o projeto que votou, ou não entendeu o projeto que leu, ou não se preocupou em produzir uma legislação correta em seu conteúdo formal.

Isso é grave porque legislações penais têm uma natureza de interpretação restritiva e erros assim podem arruinar sua aplicabilidade ou gerar debates prejudiciais ao acusado ou à sociedade. Vícios de origem podem, em tese, até mesmo invalidar a norma.

Claramente houve um aproveitamento de uma lei em tramitação mais avançada para fazer passar outro tipo penal e que o encaixe no título VI não foi adequadamente refletido. Um importante argumento nesse sentido está no fato de que as agravantes do art. 234-A não têm absolutamente nenhuma possibilidade lógica de serem aplicadas nos tipos dos arts. 215-A e 218-C, visto que tratam de situações de relação sexual aperfeiçoada.

Ao se colocar tipos penais de mera conduta misturados com tipos materiais que admitem agravamento pela consequência diferenciada do resultado, a ideia de “disposições gerais” fica prejudicada.

Não é raro, porém e infelizmente, que o legislador aprove leis como colchas de retalho incoerentes.

#### *Nomen iuris do art. 218-C equívoco e inadequado*

No que tange ao título do delito, também um problema formal: o título, além de extremamente longo, possui uma atecnia que pode gerar erros na interpretação. Observemos: “*Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*”

A conjunção OU entre a primeira e a segunda expressões faz com que a leitura fique confusa e leve a ideia de que são apenas duas as condutas tipificadas. Assim, uma interpretação a primeira vista, equivocada, apontaria para que: (i) o primeiro delito seria o de divulgação de cena de estupro e (ii) o segundo, de divulgação de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.

A primeira impressão é a de que se quer reprimir o ato de (1) divulgar cena de estupro e o ato de (2) divulgar cena de estupro de vulnerável, cena de sexo com vulnerável e pornografia com vulnerável.

Mas isso está incorreto.

As expressões “cena de sexo”, e “pornografia” referem-se a qualquer espécie de material dessa natureza e não apenas o relativo à vulneráveis<sup>2</sup>. Para tentar afastar a dúvida, o

---

<sup>2</sup> Relembremos que, de acordo com o artigo 217-A, “vulnerável” é o menor de 14 anos e também aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

legislador – que já havia colocado seis conjunções “ou” – colocou no corpo do tipo a conjunção “ou” entre vírgulas. Em nossa opinião, ainda assim a redação ficou confusa.

Outro erro grosseiro: enquanto que o *nomen iuris* fala de “*cena de sexo ou de pornografia*”, o tipo penal explicitado fala de “*cena de sexo, nudez ou pornografia*”. Assim, o desleixo cresce, visto que há uma falta de sintonia entre a rubrica e o tipo.

Portanto, o tipo está formalmente muito confuso e com um *nomen iuris* equívoco.

A segunda impressão causada pela rubrica é a de que o delito é de DIVULGAÇÃO das cenas das duas naturezas acima apresentadas. Em verdade, é o que consta expressamente no *nomen iuris*.

Porém, a leitura do tipo mostra uma realidade bem diversa.

O tipo apresenta em verdade 9 (nove) núcleos, devendo ser classificado como um tipo misto alternativo em que o agente preenche o elemento objetivo nuclear praticando qualquer dos verbos isolada ou cumulativamente.

Assim, não se trata de um tipo de divulgação, mas sim um tipo que admite como típicas todas as 135 (cento e trinta e cinco) condutas da extensa lista a seguir:

No que se refere à questão do estupro:

- 1) Oferecer fotografia que contenha cena de estupro;
- 2) Oferecer fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 3) Oferecer fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 4) Oferecer fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 5) Oferecer vídeo que contenha cena de estupro;
- 6) Oferecer vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 7) Oferecer vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 8) Oferecer vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 9) Oferecer outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 10) Oferecer outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 11) Oferecer outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 12) Oferecer outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 13) Trocar fotografia que contenha cena de estupro;
- 14) Trocar fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 15) Trocar fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 16) Trocar fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 17) Trocar vídeo que contenha cena de estupro;
- 18) Trocar vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;

- 19) Trocar vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 20) Trocar vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 21) Trocar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 22) Trocar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 23) Trocar outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 24) Trocar outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 25) Disponibilizar fotografia que contenha cena de estupro;
- 26) Disponibilizar fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 27) Disponibilizar fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 28) Disponibilizar fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 29) Disponibilizar vídeo que contenha cena de estupro;
- 30) Disponibilizar vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 31) Disponibilizar vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 32) Disponibilizar vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 33) Disponibilizar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 34) Disponibilizar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 35) Disponibilizar outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 36) Disponibilizar outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 37) Transmitir fotografia que contenha cena de estupro;
- 38) Transmitir fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 39) Transmitir fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 40) Transmitir fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 41) Transmitir vídeo que contenha cena de estupro;
- 42) Transmitir vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 43) Transmitir vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 44) Transmitir vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 45) Transmitir outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 46) Transmitir outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 47) Transmitir outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 48) Transmitir outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 49) Vender fotografia que contenha cena de estupro;
- 50) Vender fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 51) Vender fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;

- 52) Vender fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 53) Vender vídeo que contenha cena de estupro;
- 54) Vender vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 55) Vender vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 56) Vender vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 57) Vender outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 58) Vender outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 59) Vender outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 60) Vender outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 61) Expor à venda fotografia que contenha cena de estupro;
- 62) Expor à venda fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 63) Expor à venda fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 64) Expor à venda fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 65) Expor à venda vídeo que contenha cena de estupro;
- 66) Expor à venda vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 67) Expor à venda vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 68) Expor à venda vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 69) Expor à venda outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 70) Expor à venda outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 71) Expor à venda outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 72) Expor à venda outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 73) Distribuir fotografia que contenha cena de estupro;
- 74) Distribuir fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 75) Distribuir fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 76) Distribuir fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 77) Distribuir vídeo que contenha cena de estupro;
- 78) Distribuir vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 79) Distribuir vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 80) Distribuir vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 81) Distribuir outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 82) Distribuir outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 83) Distribuir outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 84) Distribuir outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 85) Publicar fotografia que contenha cena de estupro;

- 86) Publicar fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 87) Publicar fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 88) Publicar fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 89) Publicar vídeo que contenha cena de estupro;
- 90) Publicar vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 91) Publicar vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 92) Publicar vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 93) Publicar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 94) Publicar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 95) Publicar outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 96) Publicar outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 97) Divulgar fotografia que contenha cena de estupro;
- 98) Divulgar fotografia que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 99) Divulgar fotografia que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 100) Divulgar fotografia que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 101) Divulgar vídeo que contenha cena de estupro;
- 102) Divulgar vídeo que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 103) Divulgar vídeo que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 104) Divulgar vídeo que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável;
- 105) Divulgar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro;
- 106) Divulgar outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável;
- 107) Divulgar outro registro audiovisual que faça apologia a prática do estupro ou do estupro de vulnerável; e
- 108) Divulgar outro registro audiovisual que induza a prática do estupro ou do estupro de vulnerável.

No que se refere à questão da exposição pornográfica não consentida:

- 1) Oferecer, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 2) Oferecer, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 3) Oferecer, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 4) Trocar, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 5) Trocar, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 6) Trocar, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 7) Disponibilizar, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 8) Disponibilizar, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 9) Disponibilizar, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;

- 10) Transmitir, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 11) Transmitir, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 12) Transmitir, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 13) Vender, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 14) Vender, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 15) Vender, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 16) Expor à venda, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 17) Expor à venda, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 18) Expor à venda, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 19) Distribuir, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 20) Distribuir, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 21) Distribuir, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 22) Publicar, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 23) Publicar, sem o consentimento da vítima, cena de nudez;
- 24) Publicar, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia;
- 25) Divulgar, sem o consentimento da vítima, cena de sexo;
- 26) Divulgar, sem o consentimento da vítima, cena de nudez; e
- 27) Divulgar, sem o consentimento da vítima, cena de pornografia.

Portanto, ao limitar-se o *nomen iuris* a um verbo, a impressão adequada não é passada. Observe-se que o verbo “disseminar” poderia quiçá substituir o “divulgar” de modo mais eficiente.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrichi já se manifestou, em consonância com nossa proposta, para que o delito fosse denominado “exposição pornográfica não consentida”. Assim:

*“A ‘exposição pornográfica não consentida’, da qual a ‘pornografia de vingança’ é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis”<sup>3</sup>*

Em seguida, trataremos da técnica jurídica duvidosa.

#### *Alocação indevida do tipo*

Ainda no que tange à questão formal, importante destacarmos que o tipo em debate foi inserido dentro do artigo 218.

Ocorre que o Capítulo II do Título VI trata especificamente “Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis”. Todos os tipos do capítulo referem-se a condutas praticadas com um sujeito “menor de 14 (catorze) anos”. Isso também representa um problema.

---

<sup>3</sup>

Disponível

em

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exposi%C3%A7%C3%A3o-pornogr%C3%A1fica-n%C3%A3o-consentida-%C3%A9-grave-forma-de-viol%C3%A2ncia-de-g%C3%A2nero,-diz-Nancy-Andrichi](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exposi%C3%A7%C3%A3o-pornogr%C3%A1fica-n%C3%A3o-consentida-%C3%A9-grave-forma-de-viol%C3%A2ncia-de-g%C3%A2nero,-diz-Nancy-Andrichi). Acesso em 26.09.2018 às 21:28hs.



A definição do bem jurídico e de seus contornos encontra-se, em nosso sistema positivado, no conteúdo do título do capítulo. Assim, ao inserir os novéis tipos nesse capítulo é de se questionar (novamente) se o objetivo do legislador, sistematicamente falando, não é o de tipificar tais condutas especificamente para vítimas de tal natureza.

Se essa for a conclusão, o erro, mais do que configurar desleixo, configura-se também um enorme absurdo por deixar desprotegidas todas as demais pessoas que sofrem a partir de tais condutas. Em verdade, o relatório da CCJ apontava a inadequada posição do artigo ao apresentar que

Imperioso, portanto, é o deslocamento do novo tipo penal para o Capítulo I do Título VI (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual) do Código Penal, pois, desse modo, a conduta descrita não ficará restrita às vítimas vulneráveis (que, inclusive, quando se tratar de criança ou adolescente, estão protegidas pelo referido dispositivo penal do ECA, com pena mais rigorosa, o qual, assim, continuará vigente)<sup>4</sup>

Contudo, observe-se que a Lei Carolina Dieckman (Lei nº 12.737/12) também foi inserida dentro do capítulo “Crimes contra a Inviolabilidade de Segredos” e tem como bem jurídico a segurança telemática.

Repita-se pela impertinência da localização em ambos os casos e os debates a surgirem quanto a isso.

### **Problemas Materiais**

No que se refere à corretude material, ou questões acerca do conteúdo do tipo penal, há muitos outros problemas.

#### *Representação do meio utilizado prejudicialmente redundante*

Há expressões redundantes que não encontramos sentido de existirem em um tipo penal. Diz o novo artigo que os 9 (nove) núcleos do tipo podem ser cometidos “por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática”.

Para nós, a expressão é, além de inútil – vez que ao utilizar-se do adjetivo “qualquer” quer o legislador apresentar que todos os meios estão inclusos, sem qualquer distinção e não importando qual –, um desserviço.

---

<sup>4</sup> [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3CAFE603A488E322A89B22FF20B40274.proposicoesWebExterno2?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CAFE603A488E322A89B22FF20B40274.proposicoesWebExterno2?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016). Acesso em 30.09.2010 às 21:04hs.

Isso porque o uso de mecanismo informático para a divulgação de um material violador de bem jurídico deveria ser considerado causa agravante da conduta ou, ao menos, causa de aumento de pena como o traz o artigo 141, III do Código Penal.

Por óbvio, o uso da informática potencializa sobremaneira a vitimização, as vezes de modo até irreversível. O legislador, ao invés de enraizar a ideia da potencialização vitimal, meramente colocou o meio informático reforçadamente na condição de comum, quando, em verdade, é mais gravoso.

Mais do que isso. O legislador apresentou entre travessões as expressões “meio de comunicação de massa” ou “sistema de informática” ou “sistema de telemática”. Não compreendemos úteis tais distinções. A um pelos motivos já apontados e a dois pelo fato de que a exposição pornográfica é questão social preocupante essencialmente pelo fato de a conduta se utilizar de *sites* de divulgação especializada de pornografia, de comunicadores instantâneos e email para ocorrer.

Na sociedade da informação o principal meio de comunicação em massa é exatamente o meio informático. Se quis o legislador prever qualquer outro meio – como a televisão, jornais e afins – andou na contramão das tendências e da preocupação criminológica.

#### *Mudança de bem jurídico*

Importante destacarmos que o bem jurídico sofreu uma relevante alteração.

No passado, ao tratarmos de exposição pornográfica não consentida na internet apontávamos que tal prática configurava delito de difamação e/ou de injúria, delitos que possuem como bem jurídico a honra (objetiva e subjetiva respectivamente) e estão inseridos no capítulo V do Código Penal. Tal fato se dava por ausência de legislação específica.

Com a mudança legislativa, o tipo do 218-C está inserido no capítulo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, e, pois, as condutas de exposição pornográfica trazidas pelo legislador também. Pelo princípio da especificidade, deixa-se de poder utilizar o artigo 139 e passa a ser obrigatório o uso do tipo especial<sup>5</sup>.

Entendemos como importante essa mudança. Já há muito defendemos que violações dessa natureza deveriam estar alocadas na questão da violação da dignidade, que é o adjetivo relacionado ao auto-respeito, ao amor próprio e ao respeito que a sociedade dá a alguém.

Ao se expor a intimidade de alguém, uma parte muito específica dos valores próprios da vítima é atingida: sua sexualidade (íntima e aparente/social). Nesse sentido, acertou o legislador, em nossa opinião.

---

<sup>5</sup> Conforme ver-se-á adiante, defendemos que o núcleo do tipo “oferecer” adequa-se melhor ao tipo de difamação.

Errou a lei, porém, ao unir condutas que parecem ter naturezas diversas.

As condutas relacionadas à disseminação de cenas de estupro, cenas de estupro de vulnerável ou cenas que façam apologia ou induzam a prática do estupro a nós parecem assemelhadas aos delitos de (a) incitação ao crime (art. 286,CP) e (b) apologia ao crime ou ao criminoso (art. 287, CP). As condutas já previstas possuem como bem jurídico a *paz pública* e, via de regra, são classificadas como delitos sem vítima, crime vago ou crime que possui apenas vítima mediata ou secundária (a sociedade). Do mesmo modo a nova conduta. O que se busca é reduzir a quantidade de material de tal natureza e, como reflexo, o estímulo e incentivo a tais práticas.

Por óbvio, não se pode confundir a vítima do estupro (seja comum, seja de vulnerável) com a sociedade que é quem se quer proteger na primeira parte do delito.

Remanesce o difícil debate acerca de ter ou não um ente despersonalizado (a sociedade) a capacidade, a legitimidade e a titularidade de uma dignidade sexual. Em princípio, entendemos que não.

Não olvidemos também o fato de o capítulo tratar de “Crimes Sexuais contra Vulneráveis”, o que anteriormente já foi apresentado, e a vítima ser a sociedade e não um vulnerável.

Já a exposição pornográfica não consentida tem como bem jurídico atingido a honra em sua esfera sexual, denominada *dignidade sexual*, que é semelhante ao delito de difamação, mas de modo agravado e de relevância pública. Delitos de tal natureza possuem vítima identificada e especificamente protegida. É, pois, crime com vítima primária certa, e com a sociedade como vítima secundária.

Neste sentido, a mistura em um mesmo tipo penal de condutas com vítimas e condutas sem vítimas específicas, a mistura de condutas originalmente de natureza jurídica diferentes<sup>6</sup> e a mistura de condutas que possuem objetivos diversos – evitação de uma cultura de estupro *versus* evitação de multiplicação de prejuízo à dignidade de alguém – parece ser inadequada.

Parece que o legislador entendeu que, uma vez que ambos os objetivos a serem reprimidos possuem o veículo informático para maximização de prejuízos, então ambos pertenceriam ao mesmo tipo. Em nossa opinião, errou o legislador. E nossa sugestão seria a de divisão em dois tipos distintos.

### *O problema do verbo “oferecer”*

Também entendemos pela inadequação do verbo “oferecer” para toda a conduta do artigo 218-C do Código Penal.

---

<sup>6</sup> Não se está defendendo que a exposição pornográfica tenha natureza de ação penal privada, mas sim demonstrando a origem das condutas perante as tipificações anteriores e os bens jurídicos anteriormente atingidos. Entendemos que se trata de delito que deva ser de ação penal pública condicionada em caso de maiores de idade e de ação penal pública incondicionada em caso de menores de idade envolvidos.

Isso porque há verbos que representam uma violação e há verbos que representam apenas uma promessa de (possível) violação de um bem jurídico. E promessas de violação de bens jurídicos não representam necessariamente um fato criminalmente relevante.

O verbo “oferecer”, ao produzir resultado, transforma-se necessariamente em outro verbo. Exemplificativamente falando, um sujeito oferece em um site vídeos de estupro; quando um interessado pede que ele lhe envie e ele o faz, o verbo passa a ser “trocar” ou “disponibilizar”, “vender” e assim por diante.

Por certo, ao legislador cabe o condão de, quando achar correto, criar delitos, que podem ser de mera conduta, ou seja, delitos em que a própria conduta do agente pode ser punida, independentemente do resultado atingido que sequer necessita estar previsto.

Também, pode o legislador, em tese, criar tipos penais de perigo abstrato que são aqueles que não exigem a lesão verdadeira a um bem jurídico nem a colocação desses bens em riscos reais.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência debatem fortemente a constitucionalidade de delitos de tal natureza<sup>7</sup>, visto que agridem Princípios como da Legalidade, da Intervenção Mínima – fazendo com que o Direito Penal torne-se a primeira opção de resposta do Estado – e da Lesividade – posto que a conclusão de existência de perigo independe da comprovação (*ex ante*) no caso concreto<sup>8</sup>.

Explicamos. O verbo “oferecer” parte da ideia de uma proposição de algo a alguém. Mas essa proposição não necessariamente gera uma vítima que tem prejuízos em sua dignidade sexual. A lei, por sua vez, textualmente exige uma vítima. Assim, quatro situações parecem-nos possíveis:

- (a) aquela em que alguém oferece um produto ou serviço que verdadeiramente possui e um terceiro o aceita;
- (b) aquela em que alguém oferece um produto ou serviço que verdadeiramente possui e ninguém o aceita;
- (c) aquela em que alguém oferece um produto ou serviço que na realidade não possui e um terceiro o aceita;

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes apresentou que “a definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (Código Penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante doutrina do bem jurídico), é sempre necessária a injúria (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade, e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional. GOMES. Luís Flávio. A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 8. RT. out – dez. 1994. p. 78.

<sup>8</sup> Ferrajoli aponta que “nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 383.

- (d) aquela em que alguém oferece um produto ou serviço que na realidade não possui e ninguém o aceita.

Na primeira situação, caso haja apenas a oferta e a aceitação mas a troca jamais se aperfeiçoe, parece-nos não haver lesividade propriamente dita, parece-nos que a situação é de ausência de vítima, e a própria materialidade delitiva é de difícil demonstração. Caso se consiga periciar a máquina do agente, será possível identificar o material da natureza tipificada. Como se trata de delito de mera conduta, a materialidade é dispensável, contudo<sup>9</sup>.

Subjaz ainda a questão da verificação do consentimento da vítima que, em nossa opinião, será de difícil identificação corroborado pelo fato de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* protege o eventual acusado de sequer fornecer o nome da pessoa representada na mídia. E na dúvida razoável, permanece a absolvição.

Ainda na primeira situação, reitere-se, caso haja a oferta e a aceitação e a troca ocorra, o tipo penal não é o de ofertar, mas sim evolui para um dos demais núcleos.

Na segunda situação, caso haja a oferta e ninguém a aceite, assemelha-se a conduta a uma promessa vazia. Parece-nos, novamente, que não há lesividade. Porém, uma vez feita uma busca e apreensão na máquina do agente, seria possível em tese a identificação de material de tal natureza. Remanescem as dificuldades do consentimento da vítima e sua verificação.

Caso o material trate de um dos casos do art. 241-B (fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente) do Estatuto da Criança e do Adolescente, haveria um tipo penal remanescente<sup>10</sup>.

Na terceira situação, caso haja oferta e alguém aceite, mas não exista o produto ou o serviço, parece-nos tratar-se de um estelionato<sup>11</sup> (caso o objetivo seja a venda e haja troca de pecúnia ou geração de outro prejuízo) mais do que um delito contra a dignidade sexual. No que tange à dignidade sexual em si, entendemos não haver lesividade, mesmo porque vítima em si não haveria.

Finalmente a quarta situação em que haja oferta, ninguém a aceite e também não exista o produto ou o serviço. Parece-nos que, assim como na segunda situação não há lesividade à dignidade sexual e não há qualquer tipo remanescente. Por lógico, não há que se falar em consentimento visto que não há mídia e, pois, não há vítima.

---

<sup>9</sup> Fundamental lembrarmos que o armazenamento de material da natureza do tipo não configura nenhum tipo penal, exceto em se tratando de material de cunho infantil ou juvenil do artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>10</sup> Observe-se, nesse caso, que o tipo do art. 241-B do ECA tem pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quarto) anos e o tipo do 218-B, de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão e o novo artigo apresentar que deve prevalecer o crime considerado mais grave.

<sup>11</sup> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Entendemos, também, que colocar a mesma reprimenda para alguém que efetivamente compartilhou cenas e alguém que ofereceu material – e quiçá sequer o possuía – configuram violação ao Princípio da Proporcionalidade também.

Assim e por conta dessas situações, entendemos que o núcleo “oferecer” é conduta que não deveria constar no artigo 218-C, mas sim permanecer subsidiariamente como um delito de difamação nas situações específicas em que o material oferecido venha objetivamente com os qualificadores de uma vítima que, então, teria sua honra objetiva atacada. Em caso de ofertar genéricas, defendemos a atipicidade.

#### *A pena mínima*

Compreendemos que a exposição pornográfica não consentida é tema de extrema importância e preocupação. Seu crescimento em todos os países é alarmante e apesar de todos os esforços, as penalidades por tais condutas têm sido aquém do necessário para reprimir tal ações.

Isso se dava essencialmente por dois motivos.

O primeiro era pelo fato de que tais crimes contra honra admitem retratação e, uma vez a parte o fazendo em juízo, ficaria isenta de pena.

O segundo era o fato de que, ainda que a parte não se retratasse, a pena era de detenção de três meses a um ano e multa. Como a exposição era feita por meio eletrônico, que facilitava sua divulgação, havia causa de aumento de 1/3. Sendo assim a pena para tal delito era de 4 meses até 1 ano e 4 meses.

Por ser pena de detenção, uma vez condenado, o agente tinha o regime inicial de cumprimento de pena semi-aberto ou aberto (Art. 33 do Código Penal).

Mas como é notório, penas inferiores a 4 anos admitem a alternatividade por força do art. 44, I do Código Penal, ou seja, como o delito em comento não era cometido com violência ou grave ameaça, a pena privativa de liberdade poderia (*rectius*, deveria) ser substituída por restritiva de direitos. O agente, portanto, dificilmente sofria uma pena que gerava efeitos inibidores.

Agora, ao criar um novo tipo, o legislador tinha a oportunidade de criar penas mais relevantes. Mas o fez parcialmente.

Para o tipo do art. 218-C, determinou-se pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. Até o momento não conseguimos visualizar nenhuma hipótese de constituição de crime mais grave, exceto nos casos em que a divulgação de imagens possa levar ao suicídio da vítima, com pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos na lógica do induzimento.

Isso significa que, uma vez recebendo a pena privativa de liberdade, o regime de cumprimento de pena inicial poderia ser o fechado, o que certamente representaria um avanço, não fosse a regra do artigo 33 parágrafo 2º, “b” que aponta para o condenado

não reincidente que inicie cumprimento em regime semi aberto quando a pena estiver entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos.

Contudo, ao estabelecer penas dentro do patamar da alternatividade, manteve-se o agente de tais tipos penais no espectro das penas alternativas, podendo, pois, haver substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Cabe, também, o “sursis” de acordo com o art. 77 do Código Penal.

Em suma, os patamares de pena mostram-se em desacordo com o objetivo de impedir a execução de ações de tal natureza, não nos parecendo servir de desestímulo penal às condutas.

#### *A limitação da expressão “cena”*

Outro importante erro cometido pelo legislador ao não procurar os estudiosos no tema foi deixar de compreender adequadamente o espectro da exposição pornográfica não consentida.

Assim, tivesse buscado se especializar minimamente no tema e verificar quais espécies de exposição ocorrem, saberia o legislador que usar a expressão “cena” faz com que uma boa gama de violações permaneçam impunes.

“Cena” é expressão que quer significa o espaço de representação de algo. É, pois, expressão que significa estritamente “imagem”, para fins penais. Pois bem, fotografias e filmes são compostos por imagens retratadas e/ou em movimento.

Quis, assim, o legislador tipificar a exposição não autorizada da intimidade visual, sem compreender que há dois outros modos de expressá-la: através de áudios e através de conversas escritas.

O revelar de conversas de caráter íntimo via áudio ou via escrito possui, muitas vezes, grande potencial lesivo. Em verdade, conversas em áudio são, das quatro formas de exposição pornográfica apontadas, as únicas que têm sua autenticidade difícil de burlar.

Existem formas de se elaborar montagens de fotografia, vídeo e até conversas. Mas não existe modo de se falsificar o timbre, a intensidade e a interpretação contidos na voz de alguém, visto serem únicos. A revelação de conversas íntimas de tal natureza, pois, produz os mesmos efeitos lancinantes na dignidade sexual dos envolvidos. Mas o legislador se esqueceu disso.

Assim, oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar áudios de intimidade e/ou conversas reveladoras, para fins penais, permanece sendo exclusivamente delito de difamação aos olhos do direito criminal.

Apesar de a CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da Câmara dos Deputados afirmar, através de seu relator, o Deputado Fabio Ramalho, que a “*A técnica legislativa empregada nas proposições se encontra plenamente de acordo com os ditames da Lei Complementar no 95, de 26 de fevereiro de 1998*”, o que se vê é um tipo confuso e que permite enormes questionamentos em sua exegese.

O delito de exposição pornográfica tem o seguinte texto (adaptado para facilitar a compreensão):

*Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia*

Deste modo, é possível ao pegar qualquer dos núcleos do tipo – digamos, por exemplo, o verbo “trocar” – perceber individualmente o quanto confusa foi a redação. Releiamos:

*Trocar, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia*

Observemos que o tipo afirma que há uma vítima antes do delito ocorrer. Por certo, apenas surge uma vítima do tipo de exposição pornográfica, após a troca do arquivo referente à cena de sexo, nudez ou pornografia.

Além disso, a expressão “consentimento da vítima” foi jogada no tipo penal sem a adequada referência. Não existe clareza em saber se a vítima referida, que pode exercer o consentimento, é a mesma pessoa representada na imagem ou vídeo disseminada, ou trata-se de uma vítima genérica. Do mesmo modo, não está claro se necessariamente a cena de sexo, nudez ou pornografia deve ter relação direta com a vítima ou poderia ser indireta.

Porém a má técnica legislativa utilizada foi tamanha, que permite muito outros questionamentos. Exemplificativamente:

- a) Cenas de sexo, nudez e pornografia pressupõem uma vítima?
- b) Vítima de outro delito qualquer que consente com uma troca de imagens ou vídeos pornográfico afasta a lesividade da conduta?
- c) Em que momento a pessoa retratada na disseminação não autorizada se torna vítima?
- d) O tipo penal estaria tratando de consentimento prévio ou *a posteriori*?
- e) O consentimento do ofendido, causa supralegal de exclusão da antijuridicidade estaria presente no tipo como elemento objetivo?
- f) Há diferença entre consentimento da vítima e consentimento do ofendido?



- g) Não seria mais adequada a expressão “autorização da pessoa representada ou seu representante legal<sup>12</sup>”?
- h) Seria tipo penal a disseminação da imagem para a própria pessoa representada na mídia visual?
- i) Qual a forma pela qual a pessoa representada na mídia pode dar o consentimento?
- j) É possível um consentimento limitado?

Temos a certeza de que o legislador quis, em verdade, criar um tipo no sentido de reprovar a conduta de disseminação de imagem ou filme sem autorização da pessoa nele representada.

Mas voltamos a dizer o que escrevemos na maior parte das publicações que temos: o Princípio da Interpretação Restritiva da Lei Penal, o Princípio da Taxatividade e a Proibição da Analogia *in malam partem* podem fazer com que esse seja mais um tipo penal de aplicação impossível até que corrigido, aos moldes da ineficaz lei Carolina Dieckmann.

Em tempo, aproveitamos para apresentar nossas posições sobre algumas das dúvidas acima levantadas: (a) entendemos que a autorização da pessoa representada deve ser anterior à disseminação; autorizações posteriores devem ser interpretadas como consentimento do ofendido (causa excludente de antijuridicidade supralegal); (b) o uso da expressão “vítima” no tipo penal está inadequado: é preciso objetivar que trata-se daquele representado na mídia; (c) a autorização deve necessariamente ser feita por escrito e não pode ser presumida; autorizações não escritas devem ser entendidas como não autorizações e presumidamente o envio de uma mídia pressupõe não autoriza disseminação; (d) é possível autorização limitada no que se refere a tempo, forma e veículo de divulgação; autorizações revogadas desrespeitadas fazem incidir o tipo penal.

#### *Dificuldades da ação penal pública incondicionada*

Em consonância com as primeiras impressões de Aury Lopes Jr.<sup>13</sup>, também entendemos que errou o legislador ao modificar a ação penal de pública condicionada à representação para pública incondicionada para todos os casos relativos à dignidade sexual.

---

<sup>12</sup> Importante notar que, no caso de representação legal, estamos tratando dos incapazes, EXCETO as crianças, já protegidas nessa seara pelo artigo 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. O texto legal referido aponta que Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Também neste tipo o legislador poderia ter incluído áudios e conversas escritas.

<sup>13</sup> <https://www.instagram.com/p/BoMrfUIBcnc/?taken-by=aurylopesjr>

Um esforço do legislador para aumento da reprovabilidade e da persecução criminal em delitos dessa natureza, em verdade termina por gerar uma situação de obrigatoriedade que pode ser prejudicial à pessoa vitimizada. Isso no que se refere à questão da exposição pornográfica não consentida, ressalte-se.

Mais do que isso: ao retirar da vítima o condão de decidir pelo prosseguimento (procedibilidade) da ação penal, retira o legislador a escolha da pessoa acerca da conveniência de um processo crime, o que pode gerar maior vitimização e exposição, talvez desnecessária no ponto de vista de quem foi exposto.

Portanto, ao se impor a condição de incondicionamento, entendemos que se retira da vítima uma parcela de sua liberdade. A nosso ver, muitas vezes a vítima não quer passar pela exposição de ter que ir à uma delegacia contar sobre a origem da fotografia, não quer faltar em um trabalho e ter que explicar porque compareceu em uma delegacia, não quer explicar para os familiares sobre sua intimidade revelada, etc.

Outro aspecto que tem a ação penal pública incondicionada é o fato de que ela pode ser provocada por pessoa diversa da vitimizada e, via de regra, não pode ter seu curso paralisado. Isso faz com que situações em que a vítima sequer gostaria que houvesse investigação possam ser reveladas e, ao serem remexidas, podem tornar a gerar danos psicológicos para a pessoa exposta, no que chamamos de vitimização secundária.

Há inclusive problemas de ordem vitimal. Pode haver *notitia criminis* em que não se sabe quem é a vítima, não se sabe a nacionalidade da vítima, não se sabe a idade da vítima, não se sabe se há montagem ou a mídia disseminada é real e, ainda, mesmo sabendo-se quem é a vítima, esta pode recusar a prestar esclarecimentos sobre o fato.

Importante lembrarmos que, quando um tipo penal fala de “consentimento da vítima” de modo genérico, ficam os atores da persecução obrigados a descobrir quem é a vítima – pressupondo que seja a pessoa representada da foto ou vídeo – para poder verificar e identificar a inexistência de seu consentimento no que se refere ao núcleo do tipo.

A impossibilidade de identificação da vítima na forma como o artigo foi escrito fará se fazer presumir elementos de modo favorável ao acusado. Assim, pelo princípio do *In dubio pro reo*, não se conseguindo afastar um eventual consentimento da pessoa representada a partir de suas declarações, não se poderá, a contrário senso, presumir um não consentimento. Idem quanto a vítima se recusa a prestar esclarecimentos.

Mesmo que as autoridades policiais ou judiciais identifiquem o usuário que disseminou a aludida mídia, será ainda imprescindível a identificação da vítima para a configuração da tipicidade penal. Para tanto, poderá ser necessário que o usuário indique a identidade da vítima. Contudo, pelo princípio da Não Obrigatoriedade da Autoincriminação ou Princípio da Não Necessidade de Produzir Prova Contra si (*nem tenetur se detegere*), poderá o acusado simplesmente recusar-se a prestar tais informações não podendo lhe ser imputada tal dever. A incapacidade das autoridades em obter tal elemento, tornará a tipicidade impossível de ser comprovada.

O adequado seria a criação de um dispositivo que apresentasse uma presumida proibição ou não consentimento para mídias que exponham a intimidade, sob pena de tornar a investigação impossível, em muitos casos. A presunção de proibição na divulgação deveria ser inerente à troca de arquivos de intimidade. Não obstante, ao Direito Penal não cabe criar regras que desfavoreçam aos acusados aquém do positivado.

#### *A discutível causa de aumento de pena*

Adequadamente, e como citamos alhures, a exposição pornográfica não consentida é gênero do qual pertence a pornografia de vingança (*revenge porn*). A expressão pornografia de vingança surge pelos reiterados casos em que um ex companheiro ou ex companheira, ex noivo ou ex noiva, ex marido ou ex esposa, inconformado(a) com o final do relacionamento, divulga mídias relativas à sua intimidade quando estavam juntos, com o objetivo de vingar-se do parceiro.

Nesse sentido, o legislador acrescentou no novel art. 281-C um parágrafo 1º em que que estabelece uma causa de aumento que vai de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) para situações em que o delito for praticado por agente em situação de relação íntima de afeto, presente ou passada. Assim, literalmente:

*A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.*

São, assim, duas causas de aumento em uma: (a) situação de relação íntima de afeto com a vítima; (b) finalidade de vingança ou humilhação.

Encontramos exatos dois problemas no conteúdo da causa de aumento, um para cada causa. O primeiro é a expressão “relação íntima de afeto”, a segunda é a específica finalidade do agente e, novamente, o uso inadequado da conjunção “ou”.

Toda a vez que o legislador apresenta uma expressão dentro de um tipo penal ou de uma causa de aumento, a responsabilidade de demonstração dessa condição é atribuída ao Estado. Quanto mais elementos a expressão possuir, maior será a dificuldade para a demonstração adequada.

Assim, ao apontar que é necessária “relação íntima de afeto”, obrigou o legislador que a autoridade policial e o Ministério Público demonstrem que (1) havia relação; (2) a relação era íntima; e (3) a relação era de afeto.

Isso simultaneamente alargou a ideia de pornografia de vingança para alguns casos alheios ao conceito e retirou a lógica da conduta para outras situações que certamente mereciam proteção.

De trás para frente: Há grandes dificuldades probatórias nas demonstrações de que havia relação entre as partes pela própria complexidade de se conceituar “relação”. Quis o legislador tratar da definição do dicionário? Em caso afirmativo, há duas

possibilidades: a primeira apresenta que relação é a situação de pessoas que se tem conhecimento ou trato; a segunda, o ato sexual.

Não há dúvidas de que amizades são situações de trato. Não há dúvidas que amizades geram intimidades. Amizades do mesmo sexo podem gerar situações convívio em ambientes de nudez como em vestiários ou outros.

A relação professor aluno também é uma relação de aproximação e, muitas vezes, de afeto. O mesmo se diga da relação advinda da religião, do esporte, e assim por diante.

Terá querido o legislador abarcar tais relações? Parece-nos, pelo histórico de delito de pornografia de vingança, que não. Tratar-se-ia de relações de intimidade conjugal ou relacional no sentido mais sexual.

Mas é importante lembrarmos que as novas gerações mantêm relações objetificadas, meramente sexuais, superficiais e sem afeto e não se incomodam com isso. Situações dessa natureza geram, entretanto, as maiores oportunidades para a obtenção de mídias de pornografia. Estariam tais situações distantes da ideia da causa de aumento? Parece-nos, pela lógica do delito, novamente que não.

Assim, o legislador deixou brechas inconvenientes nessa parte da causa de aumento. Por certo, relações formais regulares como um namoro, um casamento, um noivado e assim por diante ficam dentro da causa de aumento. Reitere-se, porém, o princípio da desnecessidade de produção de provas contra si por parte do(a) acusado(a).

A segunda parte da causa de aumento usa a expressão “com o fim de vingança ou humilhação”. Primeiramente destaque-se que, pela proibição do *bis in eadem* (vedação da dupla punição pelo mesmo fato), a agravante de motivo fútil ou torpe (art. 61, I. CP) passa a não poder ser aplicada nas causas que se enquadram neste tipo penal.

Um segundo argumento está no fato de que a mera exposição de cena de sexo, nudez ou pornografia parece conter, em si, a ideia de “humilhação”, visto que afeta a dignidade sexual da vítima. Nesse sentido, o fim específico de humilhar a vítima será de difícil comprovação pela própria natureza do delito.

Entendendo-se, porém, que a humilhação não é presumida, remanece a dificuldade de demonstração pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Finalmente, para casos em que o objetivo do agente é a vingança propriamente dita – e isso muitas vezes é identificável pelo conteúdo dos escritos que acompanham a mídia –, temos que a vingança pornográfica busca obrigatória e necessariamente a humilhação da vítima, não parecendo necessário a segunda expressão por ser redundante.

*Exclusão de Ilicitude.*

O legislador, provavelmente buscando evitar colisão com o princípio constitucional de livre expressão insculpido no art. 5º, inciso IX<sup>14</sup>, buscou inserir uma causa de exclusão de ilicitude no parágrafo 2º do novo artigo 218-C do Código Penal.

Ali, positivou que

*Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.*

Isso porque a ilicitude que se quis excluir foi especificamente a de publicações dessas naturezas e não qualquer tipo de manifestação, limitando-se ao objeto do art. 218-C.

Contudo, parece-nos que essa exclusão de ilicitude está relacionada com o projeto original e não o projeto emendado. Parece-nos que se trata do uso de materiais relativos à questão das cenas de estupro, estupro de vulnerável e incitação e analogia a tais delitos e não à exposição pornográfica.

Não nos parece nada lógico que uma vítima que já não deu consentimento para a disseminação de um material de nudez, sexo ou pornografia em que aparece irá, em momento seguinte, dar autorização prévia para uma publicação das naturezas apontadas, sob pena de mitigar a própria lógica do tipo e maximizar ainda mais o potencial lesivo da conduta.

Se, afinal, é o não consentimento o elemento objetivo do tipo, como justificar um posterior consentimento (*rectius*, agora “autorização”) por parte da vítima, para casos específicos? E se houver vazamento da mídia para fins diversos das naturezas após o consentimento, por pessoa envolvida nas esferas autorizadas?

Outra importante questão é a de que será necessário criar um padrão para definir-se o que é um “recurso que impossibilite a identificação da vítima”. Bastaria o borrar de imagens? Bastaria o recurso que modifique a voz da vítima? Seria preciso encriptar (criptografar) a mídia?

Importante lembrarmos que as tecnologias muito frequentemente admitem a engenharia reversa em situações de tentativas de manutenção de situação de anonimidade. Nesses casos, o uso de tecnologia que “dificulte” a identificação da vítima mas não “impossibilite” pode ser causa superveniente que faria com que a ilicitude voltasse a existir? Em caso positivo, estar-se-ia entregando a um terceiro com conhecimento especial o poder de afastar a excludente?

Também parece-nos difícil imaginar o uso de materiais relativos a violação da dignidade sexual por veículos jornalísticos, científicos, culturais ou acadêmicos uma vez que o art. 234-B do Código Penal determina que os processos de tal natureza correm em restrição publicitária (segredo de justiça). De que modo tais veículos obteriam essas mídias?

---

<sup>14</sup> Art. 5o. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Há dificuldade na conceituação das expressões “publicações de natureza *jornalística, científica, cultural ou acadêmica*”. Em especial, em época de *fake news*, é complexo identificar o que é “natureza jornalística”, parecendo-nos necessário muito cuidado em tais exclusões. As expressões “natureza científica” e “natureza acadêmica” parecem-nos mais simples de definir.

Mas, do mesmo modo, é complicada a expressão “natureza cultural<sup>15</sup>”, posto que é preciso questionar-se, por exemplo, se a pornografia é uma modalidade de cultura. Entendemos com o bastante difícil o uso de uma exposição pornográfica inicialmente não consentida em situações culturais e, quiçá, essa expressão pode configurar uma brecha para as tais categorias “amadoras” de arte ou pornografia.

Mantemos nosso entendimento de que, se é possível o consentimento, seja prévio, seja posterior por parte da vítima, a ação penal não poderia ter natureza pública incondicionada. No mesmo sentido, temos a escusa das *naturezas jornalística, científica, cultural ou acadêmica* para a disseminação não autorizada impune, pelo mero uso de recursos relativos de anonimização.

## **Conclusões**

A leitura do Parecer do Senado Federal SF no 81 de 2018, de relatoria do Senador Humberto Costa mostra que o legislador não foi capaz de perceber as nuances inadequadas do projeto de lei (agora lei), especificamente no trato com os temas “Exposição Pornográfica Não Consentida” e “Direito Penal Informático”.

Em verdade, o Senador apresenta de modo completamente errado que a lei

*“complementa a conhecida Lei Carolina Dieckman, uma vez que amplia a incidência do tipo penal que passa a tutelar não somente a vítima de estupro, que sofreu com a divulgação das imagens ou invasão de dispositivos eletrônicos, mas também combate os atos em que se faça apologia ou que se induza à prática de estupro, ou que divulgue, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia”.*

Ora, se a lei que trata de criação de violações acerca da dignidade sexual buscasse complementar a lei que trata de crime contra inviolabilidade dos segredos (ou liberdade individual), quiçá ela faria alguma referência à primeira e buscaria mudanças na impraticável Lei Carolina Dieckman.

---

<sup>15</sup> No que tange ao material cultural contendo cenas estupro, lembremos filmes com cenas violentas com tal temática como *Bonitinha mas ordinária* (Brasil, 1981), *Cama de Gato* (Brasil, 2002), *Um Copo de Cólera* (Brasil, 1999), *Irreversível* (França, 2002), *Hounddog* (EUA, 2007), *O Silêncio do Céu* (Brasil-Uruguai, 2016) e suas possíveis consequências.

Em verdade, o legislador mostra não conhecer o básico da teoria do Direito Penal Informático, que é a diferenciação entre crimes informáticos próprios e crimes informáticos impróprios. A Lei Carolina Dieckman trata daqueles e a novel lei, destes.

O que se pode dizer é que o legislador buscou adequar a legislação à realidade social influenciada pela informática diante de uma situação grave e crescente e buscou criar um tipo específico para a exposição pornográfica não consentida. Nesse sentido, ainda que imiscuído de falhas gravíssimas, o surgimento de um tipo penal que visa preencher uma lacuna legal é sempre importante.

O tipo, porém, nasce com defeitos de natureza preocupante. O aproveitamento de um projeto de lei para fundir um segundo projeto de lei cria teratologias graves no ordenamento jurídico brasileiro.

Os problemas de ordem formal e material colocam o analista jurídico especializado no tema numa encruzilhada: por um lado quer-se escrever um artigo orientando operadores do direito a fazer aplicar uma evolução legislativa e quer-se criar modos de evitar a proliferação dessas condutas na sociedade brasileira. Por outro, não se pode contornar os princípios básicos de interpretação e aplicação do Direito Penal, torcendo-se premissas para se conseguir fazer a nova lei encaixar em nossa realidade.

Assim, linhas gerais, o que se identificou foi a criação de um tipo misto alternativo, com 9 (nove) verbos, sendo um deles de difícil aplicação (oferecer), com *nomen iuris* equívoco, e que, por trazer a expressão “consentimento da vítima” no tipo principal e “relação íntima de afeto” no tipo com causa de aumento, faz com que o âmbito de aplicação fique restrito a situações em que autor e vítima são conhecidos, a vítima aceita colaborar com as investigações e processo e a vítima declara expressamente e *a posteriori* o não consentimento com a disseminação da mídia (e, assim, convalida o vício do tipo). Os demais casos, cairão em um limbo.

Portanto, uma lei que deveria servir para reprimir todas as situações de exposição pornográfica não consentida, em verdade agiu mal, limitando sua aplicabilidade a situações muito restritas por mau uso do vernáculo e por falta de compreensão das expressões utilizadas.

Ademais, corroboram os erros o movimento paternalista generalizado da modificação da ação penal para natureza pública incondicionada que, no delito em comento, apenas prejudica à vítima.

Por fim, o esquecimento de todos os tipos de exposição pornográfica e a redação da causa de exclusão de ilicitude retiram diversos agentes da situação de delinquentes nesse tipo, fazendo com que os raciocínios do uso do delito de difamação como subsidiário e útil nas situações lacunosas permaneçam.

Para nós, a lei nasce com grandes defeitos e merece reforma imediata.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUZZI, Vitoria de Macedo. Pornografia de vingança. Empório do Direito, Florianópolis, 2015.

GOMES. Luís Flávio. A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 8. RT. out – dez. 1994

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo

ARAUJO, Vanessa Lee e BARRETO, Alesandro Gonçalves. Vingança digital: compartilhamento não autorizado de conteúdo íntimo na Internet. Mallet, Rio de Janeiro, 2017.

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

SYDOW, Spencer Toth e CASTRO, Ana Lara Camargo de. Exposição pornográfica não consentida na Internet: da pornografia de vingança ao lucro. D'Placido, Belo Horizonte, 2017.