

SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO DO *UPSKIRTING* E DE PRÁTICAS LIMÍTROFES AO TIPO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL)

**ON THE POSSIBILITY OF SUBSUMPTION OF *UPSKIRTING* AND SIMILAR PRACTICES, TO
THE CRIME OF SEXUAL HARASSMENT (ART. 215-A OF THE PENAL CODE)**

Carlos Domênico Viveiros¹  

Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília/DF
E-mail: cdviveiros@uma.es

Bruno Tadeu Palmieri Buonicore²  

Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília/DF
E-mail: bruno.buonicore@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10957500>

Resumo: A prática do *upskirting* e de condutas limítrofes a ela se caracterizam pela confecção não autorizada de imagens das partes íntimas de terceiros, estando tal área coberta ou não por roupas íntimas. Enquanto no *upskirting* propriamente dito a imagem elaborada contém um enfoque nas partes íntimas da vítima, no contexto das condutas limítrofes a imagem produzida não contém tal enfoque. O presente trabalho investiga a possibilidade de compreender essas duas modalidades de produção não autorizada de imagens como um “ato libidinoso” para o fim da aplicação do tipo penal de importunação sexual do art. 215-A do Código Penal.

Palavras-chave: *Upskirting*; Ato libidinoso; Importunação sexual.

Abstract: Both *upskirting* and similar practices are characterized by the production of unauthorized images of someone's private parts covered or not by underwear. While in *upskirting* as such, the images produced have the victim's private parts as their focal point, the same cannot be said about practices “similar” to *upskirting*. This article examines the possibility of conceiving these two types of production of unauthorized images as a “sexual act” to the purpose of the application of the crime of sexual harassment (art. 215-A of the Penal Code).

Keywords: *Upskirting*; Sexual act; Sexual harassment.

1. Introdução

O amplo acesso a dispositivos com câmeras de alta resolução, do qual se dispõe na época atual, tem favorecido a proliferação de condutas atentatórias a bens jurídicos como a intimidade, a imagem e a autodeterminação sexual. Dentre tais práticas, destaca-se o assim chamado *upskirting*, em cujo contexto o autor se aproxima da vítima, posiciona um dispositivo – usualmente, um *smartphone* – abaixo de sua saia ou vestido, e

produz uma imagem fotográfica ou de vídeo com enfoque em suas partes íntimas sem o seu consentimento.¹ Além de tais casos “clássicos” de *upskirting*, é possível que ocorram situações limítrofes em que o autor produz uma imagem não autorizada “à distância” ou “panorâmica”, na qual se podem ver as partes íntimas da vítima, que, porém, não constituem claramente o componente “central” da imagem.² Como se pode antever, o denominador comum entre a prática de

¹ Professor Convidado no PPGD do UniCeub (2024). Doutor em Direito pela Universidade de Málaga (2022). Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Málaga (2014). Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2918161669942132>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7122-7964>.

² Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito do UniCeub (2021). Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt (2019). Mestre em Direito pela PUCRS (2014). Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7711285073938421>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0536-268X>.

upskirting e das condutas limítrofes a ela consiste na confecção de imagens das partes íntimas de uma pessoa sem sua autorização, esteja tal área coberta ou não por roupas íntimas. À primeira vista, pareceria possível subsumir tais práticas ao art. 216-B do Código Penal, que castiga com detenção de 6 meses a 1 ano e multa o ato de “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes” (Brasil, 1940).

Ocorre que, em regra geral, as condutas aqui analisadas não envolvem a captação de imagens de atos sexuais nem libidinosos, mas, antes, de situações da vida cotidiana. Já no que tange à elementar típica da “cena de nudez”, é possível afirmar que, na maioria dos casos de *upskirting* e de condutas limítrofes, estar-se-á diante de imagens não autorizadas das partes íntimas cobertas pelas roupas íntimas. Na maioria dos casos haverá, pois, atipicidade da prática relativamente ao art. 216-B do Código Penal.

É sabido que o Projeto de Lei 3217/2023, de autoria do Deputado Federal Fernando Máximo, pretende introduzir — ainda que com técnica claramente defeituosa — um parágrafo único ao citado art. 216-B do Código Penal para criminalizar expressamente as condutas em análise.³ Não obstante, cabe investigar a possibilidade de subsumi-las, já no momento atual, ao “soldado de reserva” dos crimes sexuais, a saber, o tipo penal de importunação sexual do art. 215-A do Código Penal. Este último castiga com reclusão de 1 a 5 anos a conduta de “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

2. *Upskirting* e práticas limítrofes: atos libidinosos?

Investigar a possibilidade de subsunção do *upskirting* e de condutas limítrofes a ela, ao tipo de importunação sexual do art. 215-A do Código Penal, implica indagar se a confecção da

imagem não autorizada pode ser compreendida como um ato libidinoso ou sexual⁴ para os fins do art. 215-A do CP. Para tal fim, dispõe-se, basicamente, de dois tipos de enfoques ou teorias: as teorias objetivas e as subjetivas.

As teorias objetivas⁵ do ato libidinoso afirmam ou negam o sentido sexual de determinada conduta segundo ela ostente ou não uma “aparência externa” sexual sob a perspectiva de um terceiro observador. Se tivermos como base um terceiro observador que conhece todos os detalhes da conduta praticada — inclusive o conteúdo e as qualidades da imagem produzida —, então será possível afirmar, em regra geral, o caráter libidinoso das ações “clássicas” de *upskirting*, isto é, daqueles casos em que o sujeito típico posiciona seu aparelho na imediação das partes íntimas da vítima e confecciona uma imagem com enfoque em tal parte do corpo. Pois ao realçar, objetiva e grosseiramente, o aspecto sexual da “cena” — leia-se, as partes íntimas da vítima — em detrimento de quaisquer outros aspectos e de uma maneira que objetiva a vítima, a imagem produzida poderá ser qualificada de pornográfica.⁶ E a prática do *upskirting*

poderá ser vista, em consequência, como uma produção de pornografia não autorizada, a qual, apesar de não se subsumir à figura delitiva do art. 216-B do Código Penal (por faltar-lhe o aspecto da nudez), constitui um ato objetivamente sexual ou libidinoso. O reconhecimento do caráter pornográfico das imagens produzidas em decorrência da prática de *upskirting* permite afirmar, ainda, que atos de *difusão* de tal conteúdo, sem o consentimento da vítima, amoldam-se em regra geral ao tipo penal do art. 218-C do Código Penal.

Duvidoso, no entanto, é o caráter objetivamente libidinoso de condutas limítrofes à de *upskirting*, nas quais o sujeito ativo produz uma imagem “à distância” ou “panorâmica” que não possui as partes íntimas da vítima como seu componente central. A ausência, na imagem em questão, de um enfoque no aspecto sexual da “cena” — isto é, das partes íntimas da vítima — torna questionável atribuir-lhe a qualificação de “pornográfica”. No marco de uma concepção objetiva de ato sexual não parece ser possível, portanto, considerar esse segundo grupo de condutas como atos libidinosos.

A lacuna deixada pela compreensão objetiva do ato sexual quanto às condutas limítrofes à de *upskirting* parece ser evitável, em princípio, se acolhermos em seu lugar as teorias subjetivas, que veem na intenção subjetiva de satisfação dos impulsos sexuais o fator decisivo para a consideração de determinado ato como libidinoso. Essa compreensão prevalece — ao menos no contexto da interpretação de tipos penais que envolvem violência real ou presumida — na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual considera que atos tão “superficiais” como a mera contemplação lasciva já são capazes de configurar um ato libidinoso.⁷ A aplicação da teoria subjetiva nos conduziria a afirmar o caráter libidinoso ou sexual, tanto dos casos “clássicos” de *upskirting*, como também das condutas limítrofes a tal prática, sempre que a pessoa que confecciona as imagens não autorizadas

execute tal ato com a intenção de satisfazer seus impulsos sexuais ou os de um terceiro.

Ocorre que a aplicação isolada das teorias subjetivas — e também a das objetivas — a nosso tipo de importunação sexual é inviabilizada pela redação do art. 215-A do Código Penal. Nosso preceito não se limita a exigir uma ação de caráter sexual ou libidinoso. Senão que requer, ademais, a concorrência do ato libidinoso com o “objetivo de satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro”. A exigência de tal concorrência também deve impossibilitar — em respeito ao princípio de legalidade — a adoção de uma teoria mista subjetivo-objetiva, que pretende atribuir caráter sexual àqueles atos que, apesar de não possuírem clara qualidade libidinoso sob a perspectiva objetiva, sejam realizados pelo autor com a intenção de excitar-se sexualmente (pense-se no exemplo didático do ginecologista que obtém prazer sexual ao examinar sua paciente).⁸

Em suma, ainda que se possa questionar a correção da técnica legislativa adotada em nossa figura delitiva de importunação

O “duplo filtro” estabelecido pela redação do art. 215-A do CP traz consigo significativos obstáculos à subsunção, como importunação sexual, das condutas limítrofes à de *upskirting*.

sexual,⁹ o fato é que somente encaixarão no tipo penal do art. 215-A daquelas condutas que sejam objetivamente libidinosas e que sejam realizadas, ao mesmo tempo, com uma intenção subjetiva de satisfação da lascívia (própria ou alheia).

O “duplo filtro” estabelecido pela redação do art. 215-A do CP traz consigo significativos obstáculos à subsunção, como importunação sexual, das condutas limítrofes à de *upskirting*. Pois, como já mencionado, a ausência de um enfoque nas partes íntimas da vítima que caracteriza, em regra geral, as imagens produzidas neste último contexto, impossibilita a consideração de sua produção como um ato objetivamente libidinoso ou sexual. E a mera existência de uma intenção de satisfação sexual no autor da conduta não será capaz de compensar — por respeito ao princípio de legalidade penal — a ausência de uma qualidade objetivamente libidinoso em tais atos.

A associação entre as teorias objetivas e subjetivas em nosso tipo de importunação sexual também dificulta, por outro lado, a subsunção de determinados casos “clássicos” de *upskirting* ao preceito supracitado. Trata-se daquelas situações em que o autor produz imagens com enfoque nas partes íntimas da vítima, porém com um propósito distinto ao de satisfazer sua lascívia ou a de terceiros (como, por exemplo, quando executa tal ato com a intenção de humilhar a vítima). Nesses casos, se bem a ação pode ser considerada objetivamente libidinoso, falta-lhe o

elemento subjetivo adicional requerido pelo art. 215-A do CP, que tampouco poderá ser compensado — em atenção ao princípio de legalidade penal — pela mera existência de uma qualidade objetivamente libidinoso do ato.

3. Conclusão

À luz do exposto, conclui-se que é viável a subsunção, ao tipo penal do art. 215-A do Código Penal, dos casos “clássicos” de *upskirting*, em que o autor produz uma imagem com enfoque nas partes íntimas da vítima sem sua autorização, sempre que a intenção subjetiva daquele seja satisfazer a lascívia própria ou alheia. O mesmo não pode ser dito, no entanto, sobre as situações em que a imagem com enfoque nas partes íntimas seja produzida com intenções distintas da satisfação das pulsões sexuais (como o propósito de humilhar a pessoa retratada).

Por outro lado, as condutas limítrofes à de *upskirting*, em cujo contexto se produz uma imagem não autorizada das partes íntimas, mas sem enfoque nessa área do corpo, não poderão considerar-se abarcadas, em regra geral, pelo tipo do art. 215-A do CP, por faltar-lhes objetivamente o caráter libidinoso ou sexual.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

VIVEIROS, C. D.; BUONICORE, B. T. P. Sobre a possibilidade de subsunção do *upskirting* e de práticas limítrofes ao tipo penal de importunação sexual (Art.

215-A do Código Penal). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 378, p. 5-7, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10957500>

Notas

- ¹ A prática em questão já se encontra expressamente criminalizada em alguns ordenamentos jurídicos, como no Reino Unido (*Voyeurism Act* de 2019) e na Alemanha (§184k do Código Penal alemão) (Sachen, 2022, p. 248).
- ² Sem que se pretenda formular qualquer juízo quanto à responsabilidade penal dos indivíduos supostamente envolvidos, cabe mencionar que, no contexto de recente incidente ocorrido na Câmara Municipal de Fortaleza, narra-se a possível prática de conduta limítrofe à de *upskirting* (Magalhães, 2024).
- ³ A redação proposta é a seguinte: “Parágrafo Único - Na mesma pena incorre aquele que registra em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outra forma, com a finalidade de incluir qualquer pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo, sem o consentimento prévio, em locais públicos ou privados, ainda que as vítimas façam uso de roupas íntimas que não possibilite a exposição explícita de suas partes íntimas” (Brasil, 2023). Como se pode notar, o texto em questão alude, paradoxalmente, à possibilidade de uma “cena de nudez” em que as vítimas “façam uso de roupas íntimas” (!).
- ⁴ Os adjetivos “libidinoso” e “sexual” serão utilizados adiante como sinônimos.
- ⁵ Um amplo panorama das teorias objetivas e subjetivas, com fartas referências

doutrinárias, pode ser visto em Corrêa Camargo e Renzikowski (2021). Os autores propõem, ainda, uma interessante concepção comunicativa objetivo-subjetiva, que, por questões de espaço, não poderá ser abordada neste trabalho.

- ⁶ Sobre essa compreensão (majoritária na doutrina alemã) da pornografia como “reprodução grosseira” de um conteúdo sexual que, “por excluir, na mais ampla medida, aspectos emocionais individualizadores, torna o ser humano um mero objeto (fungível) do desejo ou da atividade sexual” (Fischer, 2018a, número marginal 7, com mais referências, tradução nossa).
- ⁷ Nesse sentido, v. STJ, *HC* no 478.310/PA, rel. Min. Rogério Schietti, j. 09.02.2021, DJe: 18.02.2021; STJ, REsp no 1.640.087/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016, DJe: 01.02.2017; STJ, *RHC* no 70.976/MS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 02.08.2016, DJe: 10.08.2016, além da tese firmada no Tema Repetitivo 1121/STJ. Da doutrina atual, por exemplo Capez (2023, 78-80). Contrariamente, já, Hungria (1959, p. 135).
- ⁸ Defendendo tal concepção na doutrina alemã, por exemplo, Fischer (2018b, número marginal 4a).
- ⁹ Críticos a respeito, Corrêa Camargo e Renzikowski (2021, p. 152, nota de rodapé 34).

Referências

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 3217, de 2023*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2292296&filename=PL%203217/2023. Acesso em: 14 abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. Vol. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CORRÊA CAMARGO, Beatriz.; RENZIKOWSKI, Joachim. El concepto de “acto de naturaleza sexual” en el derecho penal. *InDret*, Barcelona, v. 1, p. 145-165, 2021. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i1.05>

FISCHER, Thomas. § 184. In: FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 65. ed. Munique: C. H. Beck, 2018a.

FISCHER, Thomas. § 184h. In: FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 65. ed. Munique: C. H. Beck, 2018b.

HUNGRIA, Nelson. Art. 214. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MAGALHÃES, Vítor. Vereadora agride suplente, empurra colega e diz que teve ‘roupas íntimas filmadas’. *O Povo*, 1 fev. 2024. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2024/02/01/vereadora-agride-suplente-e-empurra-colega-e-diz-que-teve-roupas-intimas-filmadas.html>. Acesso em: 14 abr. 2024.

SACHEN, Katharina. Die Strafbarkeit des *Upskirting* und des *Downblousing* – Der neue § 184k StGB: Gelungene Reform oder politischer Aktivismus? *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 28 jul. 2022. Disponível em: <https://kripoz.de/2022/07/28/die-strafbarkeit-des-upskirting-und-des-downblousing-der-neue-%c2%a7-184k-stgb-gelungene-reform-oder-politischer-aktivismus/>. Acesso em: 14 abr. 2024.