

Cultura do estupro e cultura do deturpo são a mesma coisa?



Ruchester Marreiros
delegado da Polícia Civil do RJ

No dia 8 de março, comemorou-se o Dia Internacional da Mulher, porém o

momento continua de luta diante de tantas mazelas. O que ocorreu outrora foi o início da emancipação das pessoas do gênero feminino, mas ainda há muito o que se avançar.

Vinculada à progressão da referida emancipação, nossa legislação, em especial as normas de Direito Penal e Processo Penal, ainda que no século XXI e com alterações deste mesmo século, parece que não quis exterminar de vez com resquícios de verdadeira “cultura do estupro”, que prefiro denominar de “banalização das diferenças”^[1], pelas leis 11.106/05 e 12.015/09, que se debruçaram sobre os crimes sexuais sob a perspectiva mais adequada, qual seja a proteção da *dignidade sexual* e da moral, como era a proteção pelo Título VI, da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes Contra os Costumes.”

Por essa mesma razão, relevante o questionamento da necessidade ou não do contato físico nesses crimes, para se atingir o bem jurídico tutelado e distinguirem-se os tipos penais, diante da imensa gama de pornografia infantil na rede mundial de computadores e o constante aliciamento de crianças e adolescentes por adultos em busca de contemplação lasciva, com participação, via *webcam*, por exemplo, de autoestimulações por elas, para que um adulto, certamente com problemas de desvio de personalidade ou anomalia sexual, possa satisfazer sua concupiscência sexual.

Algumas vezes, esse adulto tenta convencer a criança ou adolescente, que tem acesso às redes sociais, para que com ele marque um encontro com promessas espúrias e mentirosas, ou até mesmo despertando a curiosidade da criança ou adolescente para a prática de atos libidinosos. Em alguns dos casos, essa conduta de atos de convencimento, característicos de atos preparatórios para a prática de atos libidinosos, que já é prevista como crime no artigo 241-D da Lei 8069/90, lamentavelmente somente alcança a criança, e não o adolescente, haja vista que o tipo penal é categórico em se referir apenas à criança.

Antes de enveredarmos em algumas dessas polêmicas, obrigatoriamente temos que entender o alcançado elementar ato libidinoso. Segundo a doutrina (BITTENCOURT, 2012, vol 4, p. 94):

“Ato libidinoso, por fim, é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal. São exemplos de atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, a *fellatio in ore*, o lesbianismo, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus*, a sodomia etc.”.

Delmanto (2002, p. 114), além do ato libidinoso, explicita o entendimento, ainda majoritário, sobre a contemplação lasciva:

“Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, que visa ao prazer sexual. (...), costuma-se considerar necessário que haja contato corporal no ato libidinoso. Quanto à contemplação lasciva, as opiniões se dividem: a. não configura (H. FRAGOSO, Lições de Direito Penal — Parte Especial, 1962, v. II, p. 498); b. configura (MAGALHÃES NORONHA, Direito Penal, 1995, v. III, p. 125). Entendemos mais acertada a primeira posição”.

Por fim, para não restar dúvidas, ao menos, quanto ao entendimento majoritário (GONÇALVES, 2011, p. 515):

“Prevalece o entendimento de que a simples conduta de obrigar a vítima a tirar a roupa, sem obrigá-la à prática de qualquer ato sexual (contemplação lasciva), configura crime de constrangimento ilegal. Argumenta-se que o ato de ficar nu, por si só, não é ato libidinoso”.

Como se percebe pelas citações dos autores mencionados, há certa inclinação da doutrina em entender como necessário o contato físico para a caracterização do crime de estupro (artigo 213, CP).

No entanto, após o advento da Lei 12.015/09, em especial após a tipificação do crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP), percebemos nova inquinação da doutrina e da jurisprudência, adotando entendimento no sentido oposto, ou seja, de que se dispensa o contato físico para a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Em decisão de agosto de 2016 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 70.976/MS (2016/0121838-5), ratificou-se o conceito utilizado em decisão denegatória de HC de acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entendendo que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido, como ocorreu no caso concreto na qual uma criança foi forçada a se despir para a apreciação de terceiro.

Ademais, o crime não obstante poder ter a presença das elementares normativas da violência ou grave ameaça, quando a vítima é menor de 14 anos, o que denota maior desvalor da ação e do resultado, configura o crime do artigo 217-A, do CP. A doutrina é uniforme em entender que, apesar desse artigo do CP não narrar a violência ou grave ameaça como elementar do crime, o verbo “ter” autoriza ação livre do agente, de maneira que empregando ou não violência ou grave ameaça para “ter conjunção



carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” caracteriza o crime.

Portanto, determinar, com ou não consentimento do menor de 14 anos, com emprego ou não de violência ou grave ameaça, a se despir e ficar desnuda à frente de alguém para satisfação de sua lascívia é considerado um ato libidinoso e que dispensa contato físico, por se compreender como um ato de “participação de envolvimento corpórea da vítima”, na medida que é determinada sua contribuição, ou seja, sua colocação no ambiente promíscuo é provocado, sendo indiferente que seja voluntário, já que a vítima pode ser instada ou convencida a se colocar neste ambiente de “clima sexual aviltante”^[2]. Nesse sentido, também vem caminhando a doutrina (CUNHA, 2016, p 460; MASSON, 2014, p. 825; e PRADO, *apud*, GRECO, 2015, p. 601). Mas e o artigo 218 e artigo 218-A, ambos do CP? Esse crime não se caracteriza pela participação corpórea da vítima menor de 14 anos em ato libidinoso entre adultos? Como o STJ iria distinguir a ausência de contato físico, caracterizador do crime de estupro de vulnerável e os crimes com menor de 14 anos que possuem como característica principal a não participação corpórea delas?

É uniforme o entendimento doutrinário de que o crime de estupro possui elementares como violência ou grave ameaça que, se empregadas contra a vítima, e o sujeito ativo (criminoso) determine que a mesma (vítima) se masturbe (toque nela mesma) para a satisfação da lascívia do autor (criminoso), o crime ocorrerá, sendo desnecessário o contato físico da vítima com o sujeito ativo. O necessário é o “envolvimento corpóreo da vítima”, seja com o criminoso, seja nela mesma, com suas próprias mãos ou quaisquer outros recursos físicos, seja com objetos ou animais.

Nesta feita, poderemos ter situações grotescas como a de um adulto se automasturbar perante um menor de 14 anos, coagindo-o ou não. E se a automasturbação do adulto, diante de um menor de 14 anos, for realizada pela *webcam*, cada um em seu computador, ou por meio de vídeos enviados por aplicativos como WhatsApp ou Telegram?

Como a contemplação lasciva é um exemplo de não participação corpórea da vítima no ato de cunho sexual (interpretação sistêmica dos dispositivos sobre crimes sexuais), a automasturbação de uma pessoa perante o menor de 14 anos, seja por *webcam* ou aplicativos de comunicação instantânea, não caracterizará o crime de estupro de vulnerável. A existência e tipificação dessas condutas (contemplação lasciva) estão no artigo 241-D da Lei 8.069/90 (ECA). Esse é mais um indicativo de que o legislador não incluiu a contemplação lasciva como ato libidinoso de forma clara, o que é lamentável.

A automasturbação pode, atualmente, praticada por adulto na presença de menor de 14 anos, constituir o elemento normativo “ato libidinoso” (GILABERTE, p. 83), consoante os atuais posicionamentos doutrinários e recente decisão do STJ.

O problema está no que poderia ser considerado, portanto, “satisfação da lascívia própria”, previsto no artigo 218-A, que prevê “praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria”. Acaso a masturbação seja no menor de 14 anos, o crime será de estupro de vulnerável, porém, se a masturbação é praticada pelo adulto em si mesmo para satisfazer seu desejo sexual, iremos considerar ato libidinoso para o crime de estupro de vulnerável ou o crime de “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”?

Não esqueçamos que ainda há a previsão do lenocínio, que é a intermediação de uma pessoa para



satisfação de lascívia alheia, conforme o artigo 218: “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”. “Induzir” é a obtenção do assentimento da vítima em propor-se a satisfazer a lascívia de outrem. Em outras palavras, induzir é convencer. É também o verbo do concurso de pessoas. Sim, o induzimento é participação para o crime de estupro se a satisfação de lascívia própria por contemplação lasciva, teremos o crime de estupro por quem se satisfaz e a participação punida a título de crime autônomo, adotando o legislador exceção à teoria monista prevista no artigo 29 do CP.

Parece-nos faltar ao legislador coerência e proporcionalidade ao regulamentar as condutas tidas como de estupro e de lenocínio, bem como do artigo 241-D da Lei 8.069/90 (ECA), haja vista a desproporção entre as penas daquele e destes, além da hediondez característica do crime de estupro e estupro de vulnerável, na qual concordamos que o vulnerável devesse ter mais atenção de nossos legisladores, porém, a ausência de coerência legislativa leva ao anacronismo e a antinomia no sistema dos crimes contra a dignidade sexual, levando a soluções esdrúxulas de flagrante violação à proibição de proteção deficiente por parte do Estado-legislador.

Nesta feita, do jeito que está, nos parece que o STJ esvaziou a aplicabilidade do crime de induzir menor de 14 a satisfazer lascívia de outrem (artigo 218, CP), já que a contemplação lasciva estaria abarcada pela normatividade da elementar “ato libidinoso” do artigo 217-A, CP, porém, sem reconhecer nenhuma inconstitucionalidade.

Contudo, não podemos concordar com manifestações judiciais cuja interpretação decorra da lógica de uma deturpação semântica. O mais coerente seria reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 218-A e, pela mesma razão, do artigo 218, *caput*, ambos do Código Penal, por violação ao princípio que veda a proteção deficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, haja vista que, no artigo 218-A do CP, o tipo penal prevê o convencimento do menor de 14 anos a satisfazer lascívia própria, ou seja, não poderia alguém induzir um menor de 14 anos a satisfazer lascívia de outrem (artigo 218, *caput*, CP) e aquele que satisfaz lascívia própria (artigo 218-A do CP), como a contemplação lasciva, entendendo este comportamento como um ato libidinoso, pois, assim sendo, os tipos penais ficam esvaziados, pois se tornam condutas abarcadas pela elementar normativa, com dito, e repito, ato libidinoso, que compõe a descrição típica do artigo 217-A do CP.

Em outras palavras, ou o STJ está errado, porquanto não aplicou o princípio da especialidade entre o artigo 218-A e artigo 217-A, ambos do CP, ou errou porque interpretou esses dispositivos de maneira que o resultado de sua interpretação seria a mesma de uma declaração incidental de inconstitucionalidade sem o fazê-lo? Como negar vigência do 218-A sem falar nada a respeito? Poderia o STJ estar certo porque atribuiu o significado ao elemento normativo do tipo “ato libidinoso” de forma mais abrangente possível a atribuir o comportamento da “contemplação lasciva” tão desvalorada quanto de um ato libidinoso “conjunção carnal”?



E sabem qual o ponto crucial dessas indagações? A teoria da decisão. Não temos uma teoria da decisão para orientar de forma objetiva as interpretações para se evitar distorções semânticas, consequentemente das incoerências. Ou até mesmo controle pela semântica não é mais possível no STJ e no STF? A insegurança jurídica trazida com esses precedentes, ao invés de valorar a norma como protetora à dignidade sexual da pessoa humana, ao contrário, faz nascer à força um tipo de interpretação fruto de uma contemplação lasciva da própria vaidade por parte dos tribunais superiores, incompatível com os escopos do Direito e da Justiça.

Pelo visto, tanto a dignidade da sexualidade do gênero feminino quanto a dignidade da Justiça estão em risco. Em conjunto com a “cultura do estupro”, vivenciamos a cultura do deturpo.

Não estamos advogando uma norma mais branda para condutas horripilantes como a de contemplar lascivamente menores de 14 anos. Não! Devemos, também, ser contra interpretações ao arrepio da lógica, pois, assim, não teremos um sistema para nos proteger, mas, sim, é uma tirania das decisões.

[1] Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>

[2] Terminologia nossa.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 4: *parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM.
- DELMANTO, Celso. [et al] *Código Penal Comentado*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- HUNGRIA, Nelson e LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense.
- GILABERTE, Bruno. *Crimes contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, vol. III, 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus.
- MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014. p. 825.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2, p. 601, *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, vol. III. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 468.

Date Created

28/03/2017