



## José Martins: “Beijo lascivo” em criança é estupro de vulnerável?

Poucos dias após ter publicado artigo jurídico no qual procurei alertar a sociedade e todos aqueles que militam no Direito – particularmente, no Direito Penal – sobre os perigos de uma decisão judicial (equivocada) que pretende imputar, em tese, a prática do delito de estupro a alguém que constringe outra pessoa, por meio da internet, a praticar atos libidinosos em si própria, sob ameaça de ter divulgados fotos e vídeos íntimos,<sup>[1]</sup> sinto-me quase que obrigado a novamente vir a público e expor algumas reflexões sobre outra decisão, desta vez do Supremo Tribunal Federal.

O processo tende a traçar, quem sabe definitivamente, os rumos do Judiciário brasileiro no que diz respeito à prática de atos libidinosos em pessoas menores de 14 anos de idade.

Conforme o Informativo do STF 870, a 1ª Turma da Suprema Corte iniciou em 27 de junho julgamento de habeas corpus de caso relativo ao delito de estupro de vulnerável, cuja conduta típica se consubstanciou no chamado “beijo lascivo”.

Pleiteia-se, por meio do remédio constitucional em testilha, a desclassificação do delito previsto no art. 217-A do Código Penal para a conduta versada no art. 65 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41), que prevê um mero tipo de molestamento, definido como importunação da tranquilidade.

Na decisão de origem, o juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Igarapava (SP) condenou o paciente à pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, em razão da suposta prática do delito de estupro de vulnerável. A conduta reprovada nos termos em pauta foi a seguinte: o agente beijou a vítima, uma criança de cinco anos de idade, colocando a língua no interior de sua boca.

Interposto recurso pela defesa, a 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu provimento parcial à apelação. Em virtude disso, desclassificou a conduta para a contravenção penal tipificada no art. 65 do respectivo diploma legal e declarou extinta a punibilidade do réu em razão da prescrição da pretensão punitiva, porque transcorridos mais de dois anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

De seu turno, junto ao Superior Tribunal de Justiça, o representante do Ministério Público paulista formalizou recurso especial, postulando o reconhecimento da consumação do crime de estupro de vulnerável.

Por consequência, o ministro relator concedeu provimento monocraticamente e restabeleceu a sentença condenatória de primeiro grau, destacando entendimento do próprio tribunal superior no sentido de que o cometimento de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima caracteriza o delito em epígrafe.

Por derradeiro, o processo chegou ao Supremo Tribunal Federal, cujos ministros agora são instados a se manifestarem e decidirem, em definitivo, sobre esse caso peculiar. E é esperado – quero sinceramente crer – que promovam um julgamento em estreita observância aos princípios penais constitucionais, pilares fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito. E isso já começou...



No entendimento do ministro Marco Aurélio (relator), que votou por deferir a ordem, a conduta em questão – o “beijo lascivo” – não se equipara àquela em que há penetração ou contato direto com a genitália da vítima, situação em que o constrangimento é maior, a submissão à vontade do agressor é total e a violência deixa marcas físicas e psicológicas intensas.

Além disso, apontou que o estudo social não revelou alterações emocionais e comportamentais incomuns à faixa etária da menor, inexistindo, portando, dano psicológico à vítima, frisando ainda, a desproporcionalidade entre os fatos ocorridos e a sanção penal imposta ao paciente.

Concluiu, enfim, que o tribunal de origem, ao condenar o réu pela prática de contravenção penal de molestamento, atuou em harmonia com o Direito posto, observando a existência do desvalor menor da ação e presente o princípio da proporcionalidade, razão pela qual o juízo optou pela repressão menos severa.

Em manifestação divergente, o ministro Alexandre de Moraes ponderou que, para determinadas idades, a conotação sexual é uma questão de poder, mais precisamente de abuso de poder e de confiança para a prática de ato sexual, não havendo, portanto, como desclassificar a conduta do paciente para infração penal menos severa (contravenção de molestamento), a qual não detém tal conotação. No momento, os autos se encontram com o ministro Luís Roberto Barroso, que solicitou vista dos mesmos.

Pois bem. O caso demanda a análise de duas questões: uma, quiçá mais tranquila; outra, sensivelmente mais complexa. A primeira: a idade da vítima no delito de estupro de vulnerável. A segunda: o “beijo lascivo” considerado ato libidinoso para fins de tipificação desse crime.

A figura típica prevista no *caput* do art. 217-A tem como objeto material a pessoa menor de 14 anos de idade, lembrando-se que, neste caso, dispensa-se a utilização do meio executório “violência ou grave ameaça”, bastando apenas que o agente pratique (“tenha”) “conjunção carnal ou outro ato libidinoso” com a vítima. Logo, aqueles são somente elementos acidentais do tipo.

Mesmo após o advento da Lei 12.015/09, que passou a ficar conhecida como Lei de Reforma dos Delitos Sexuais, persiste a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da vulnerabilidade – anteriormente, presunção de violência. Em outras palavras, há quem aponte que a vulnerabilidade é absoluta, de modo que, se a vítima não é maior de 14 anos e o agente tem ciência disso, responderá pela prática do delito, independentemente de qualquer circunstância que se faça presente no caso concreto.

De outra banda, há quem assevere que a vulnerabilidade continua sendo relativa, isto é, admitindo prova em contrário, de modo a se afastar a responsabilidade penal do agente nos casos em que a vítima consente para a prática do ato sexual ou demonstra, em menor ou maior medida, conhecimentos e/ou experiências nessa seara.

A esse respeito, já tive a oportunidade de defender a tese de que a vítima menor de 14 anos é vulnerável, independentemente de seu eventual consentimento para a prática do ato sexual, seu conhecimento sobre o assunto ou mesmo o fato de ela já ter se relacionado sexualmente.<sup>[2]</sup>

Nesse aspecto, a proteção da juventude como objeto do direito penal sexual tem como propósito



precar os jovens e as crianças de determinados estímulos sexuais, enquanto eles não forem capazes de decidir por si próprios e compreenderem a conduta a adotar em face de tais estímulos.<sup>[3]</sup>

Quer-se dizer com isso que a tutela penal se volta a uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autônoma, de abusos que o agente executa sobre a pessoa menor de 14 anos de idade, aproveitando-se de sua imaturidade para a realização de ações sexuais bilaterais.

Insta registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de um recurso especial repetitivo, representativo de controvérsia relativa ao delito de estupro de vulnerável, originário em acórdão paradigmático prolatado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, publicado em 10 de setembro de 2015, entendeu que:

“Para fins de caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A *caput* do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, a sua eventual experiência sexual anterior ou ainda a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não podem afastar a ocorrência do crime”.

Percebe-se, assim, que a decisão retrata o pensamento de que ninguém deve se envolver sexualmente com menores, impondo, sobretudo, em conformidade com a lei brasileira, um dever geral de abstenção da prática de atos sexuais com adolescentes menores de 14 anos<sup>[4]</sup> e crianças de qualquer idade e reflete, indubitavelmente, o objetivo da lei penal em questão: proteger a liberdade sexual dessas pessoas, cuja capacidade para decidir sobre a prática de atos libidinosos ainda está em processo de desenvolvimento; pessoas consideradas, em definitivo, vulneráveis sob o aspecto sexual, sobretudo na hipótese retratada no referido julgamento que se iniciou no Supremo Tribunal Federal, em que a vítima é uma criança de apenas cinco anos de idade.

Contudo, é insuficiente o fato de se tratar de criança com tenra idade para que a conduta seja tipificada como estupro de vulnerável. Urge verificar também, em que se consubstanciou o ato libidinoso levado a efeito no caso concreto. Eis aqui a questão mais complexa e delicada – o ato praticado foi o chamado “beijo lascivo”, entendido como aquele dado a um sujeito contra sua vontade, quer por meio de violência, quer subrepticamente, a quem tal conduta perturba e que ele não deseja ver-se confrontado com a mesma.

Porém, unicamente devem ser incluídos nessa concepção os beijos voluptuosos, com “longa e intensa descarga de libido”<sup>[5]</sup> – desconsiderando-se, destarte, um simples beijo furtivo, leve e breve, que seria um *minus* em relação à conduta que se pretende tipificar como delito de estupro de vulnerável – e que não tenham sido aplicados em partes íntimas da vítima (seios, genitálias ou nádegas), por apresentarem, nesta hipótese, flagrante conotação de libidinagem ou devassidão, realizados, pois, em especiais condições de erotismo.

Então, passa-se ao enfrentamento do problema a partir do pressuposto de que o beijo em questão apresentou as características retro mencionadas.

É preciso ter em vista, inicialmente, qual a tarefa assumida pela lei penal no domínio sexual. E, neste ponto, parece-me que é proteger a ordem social da comunidade de perturbações e *danos graves*; logo,



não qualquer tipo de dano ou eventualmente de perigo, mas exclusivamente aqueles que possam ser *objetivamente* considerados libidinosos, independentemente se o são sob o ponto de vista do próprio autor.

Nessa toada, não se pode perder de vista que, a nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do imperioso *princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.<sup>[6]</sup>

Esta afirmação é essencial, porquanto o *princípio da lesividade* é visto como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste das balizas de um direito penal da ofensa.

Logo, não se deve sucumbir diante da afrontosa abertura do tipo penal de estupro – e, no caso, de estupro de vulnerável – com a presença do elemento normativo “ato libidinoso”, atitude contrária ao *princípio da legalidade*, na sua dimensão particular da *taxatividade*, e quanto à incompreensível e evidente desproporcionalidade no que concerne à inaceitável previsão abstrata da mesma pena privativa de liberdade – 8 a 15 anos – para fatos diversos que podem surgir na realidade concreta, e que, apesar de direcionados à mesma tipicidade formal, substancialmente, apresentam valoração jurídica e reprovação social diametralmente opostas.

Nesse ponto, o ministro Marco Aurélio pontuou muito bem, privilegiando o *princípio da proporcionalidade* ao afastar punição mais severa – pena do estupro de vulnerável – a alguém que pratica conduta muito mais branda (“beijo lascivo”) em relação à conjunção carnal ou outro ato libidinoso que demande contato direto com a genitália da vítima, atribuindo ao agente a autoria de mero molestamento – contravenção penal de importunação da tranquilidade.

Quanto ao elemento normativo “ato libidinoso”, a leitura constitucional do tipo enseja a necessária compreensão restritiva de seu alcance, em atenção ao princípio da legalidade, de modo a obstaculizar a elasticidade dessa norma penal aberta, focando a subsunção típica tão somente às *condutas invasivas*, isto é, quando o ato libidinoso realizado, para além dos casos de conjunção carnal, sexo anal ou felação, consistirem na introdução de partes do corpo ou objetos em uma das três vias íntimas da vítima – vaginal, anal ou oral. A propósito, esta foi a solução adotada pelo Código Penal espanhol<sup>[7]</sup> e da qual se aproxima a proposta legislativa contida no Projeto 236/12.<sup>[8]</sup>

Desta feita, enquanto não se criar uma figura típica intermediária, que possa contemplar um juízo de reprovação sensivelmente ponderado, cuja conduta objetivamente considerada esteja equidistante entre as ora denominadas condutas invasivas e as contravenções penais consideradas legalmente meros molestamentos, resta ao Judiciário atribuir ao paciente a responsabilidade pela prática desta última ou, se for o caso, apontar para a atipicidade da conduta do agente em face da ausência de ofensividade substancial por parte da referida espécie de infração penal.



Portanto, há de se ter em vista, sempre, que a mais alta corte brasileira – assim como o Judiciário por completo – deve julgar a causa penal tendo a Constituição Federal como parâmetro fundamental, com seus princípios e garantias explícitos ou implícitos permeando, a todo instante, os motivos justificadores do *decisum*.

O juiz não deve nunca deixar-se influenciar pela atuação dos gestores atípicos da moral<sup>[9]</sup>, e com isso abraçar as ideias do Direito Penal do inimigo. O agir em conformidade à Constituição é a única maneira de se conferir o devido respeito e de se manter vivo o direito penal garantista, inerente ao Estado Social e Democrático de Direito.

[1] Não é correto se falar em estupro virtual, o crime de estupro só pode ser real. **Consultor Jurídico**, 18/08/2017.

[2] MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei nº 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst, 2013, pp. 36-39.

[3] NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 153.

[4] Vale frisar, que se aprovado o Projeto 236/12 (Novo Código Penal Brasileiro) nos termos em que se encontra, a idade limite para fins de tipificação do estupro de vulnerável cairá para dos atuais 14 para 12 anos (art. 186), ficando em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de restringir esse delito às vítimas crianças.

[5] HOFFBAUER, Néson Hungria; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**, v. VIII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 136.

[6] PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 80.

[7] A esse respeito, conferir: MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei nº 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst, 2013, pp. 33-34.

[8] A esse respeito, conferir: MARTINS, José Renato. O delito de estupro no Código Penal brasileiro: questões controvertidas em face dos princípios constitucionais e a proposta desse delito no Novo Código



Penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 10, n. 1, 2015, pp. 122-135.

[9] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 67.

**Date Created**

08/09/2017