

➤ **“Ejaculação” em público contra vítima determinada: a inviabilidade de tipificação da conduta nos artigos 213, 215 ou 217-A.**

Muito discutido no meio jurídico e nos meios de comunicação em geral, o caso do indivíduo que “ejaculou” em uma mulher dentro do transporte público, merece uma reflexão mais detida e racional, a partir dos vetores garantistas que norteiam (ou devem nortear) o sistema penal de um *Estado Democrático de Direito*.

A decisão proferida pelo magistrado, ao analisar a necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, vem sendo alvo de inúmeros ataques, inclusive por parte de profissionais da área jurídica.

Convém transcrever o fragmento da decisão, para que nenhuma distorção acerca de seu conteúdo subsista, senão por oportunismo ou desonestidade intelectual:

Na espécie, entendo que a conduta pela qual o indiciado foi preso melhor se amolda à contravenção penal do art. 61, LCP [Lei das Contravenções Penais] do que ao crime de estupro (art. 213, Código Penal). Explico. O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. O ato praticado pelo indiciado é bastante grave, já que se masturbou e ejaculou em um ônibus cheio, em cima de uma passageira, que ficou, logicamente, bastante nervosa e traumatizada. Ademais, pelo exame da folha de antecedentes do indiciado, verifica-se que tem histórico desse tipo de comportamento, necessitando de tratamento psiquiátrico e psicológico para evitar a reiteração de condutas como esta, que violam gravemente a dignidade sexual das mulheres, mas que, penalmente, configuram apenas contravenção penal. Como essa contravenção é apenas somente com multa, impossível a homologação do flagrante. Ante o exposto, relaxo a prisão em flagrante. Expeça-se alvará de soltura.

É evidente que, quando o juiz afirma que “não houve constrangimento”, ele se refere ao núcleo do tipo penal de estupro (art. 213, CP) e não ao conceito genérico de constrangimento, proveniente do senso comum.

Não há qualquer referência que banaliza a conduta praticada pelo investigado.

Conforme a decisão, a prisão processual preventiva se mostra como meio adequado a ser aplicado, apesar dos antecedentes do acusado, pois se trata de um problema de cunho psiquiátrico ou psicológico.

Nesse sentido, existem problemas de ordem processual e material que demandam análise:

1. Prisão preventiva

Ainda que se vislumbre um problema de imputabilidade (de exclusão ou redução) e conseqüente necessidade de tratamento psiquiátrico, a prisão preventiva se justifica para evitar que o indivíduo volte a praticar atos dessa natureza?

Em decisões judiciais versadas sobre a necessidade de decretação da custódia cautelar, é comum que a prisão preventiva seja imposta e fundamentada com base na “garantia da ordem pública (art. 312, CPP) quando o acusado apresenta um quadro de reincidência ou maus antecedentes.

Todavia, não foi essa a orientação seguida pelo magistrado que, entendendo tratar-se de um caso para o qual se requer tratamento psiquiátrico e psicológico, também não determinou outra medida dirigida a tal finalidade.

O Código de Processo Penal regula a possibilidade de internação provisória, prevista como medida acautelatória no artigo 319, VII, para a qual seria necessária realização de exame psiquiátrico para constatação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, desde que comprovado risco de reiteração (presente na condição de reiteração delitiva do investigado).

Indubitavelmente, deve-se examinar o problema da imputabilidade que é brevemente referenciada na decisão.

A imputabilidade, definida como capacidade de culpabilidade¹, é excluída quando o agente, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, no momento da conduta, era inteiramente incapaz de

¹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, v. 1, p. 721

compreender o caráter ilícito do fato *ou* autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, consoante disposto no artigo 26 do Código Penal.

Dessa forma, o inimputável é aquele que, em razão de transtorno mental, deficiência ou desenvolvimento incompleto, absolutamente não compreende a ilicitude da conduta que pratica ou não consegue se controlar (autodeterminação) conforme essa compreensão.

Existindo tal condição, determinada por meio de exame psiquiátrico, exclui-se a imputabilidade e, conseqüentemente, por se tratar de um de seus requisitos, a *culpabilidade* e o próprio crime. O indivíduo inimputável, portanto, não comete *crime*, não sofre uma *pena*, mas é submetido a uma medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial).

É um imperativo que advém do *princípio da culpabilidade*, alicerce do Estado democrático de Direito, pelo qual não existe crime e não existe pena sem culpabilidade. Trata-se de garantia constitucional implícita, extraída da concepção de ser humano que inspira o Estado Democrático de Direito, como ser livre e responsável, capaz de autodeterminação.

Convém lembrar as lições do Professor José Cerezo Mir² acerca do conceito material de culpabilidade:

El concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto de ser humano que inspira la Constitución. Nuestra Constitución, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, se basa, sin duda, en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos.

A semi-imputabilidade, de sua vez, implica as mesmas condições de transtorno ou deficiência, porém, não se tem a ausência *completa* de compreender ou se autodeterminar. Por isso, não há exclusão da culpabilidade, mas redução da pena (de um a dois terços – art. 26, parágrafo único, CP).

Dessa feita, além da questão processual, há um tópico a ser tratado no âmbito da tipicidade, sobre a adequada tipificação penal do fato praticado, bem como outro ponto a ser debatido na categoria da culpabilidade: se há ou não, para o sujeito ativo, a capacidade de censurabilidade pelo injusto perpetrado.

A conduta praticada pelo indivíduo, como destacado pelo juiz, é grave e aviltante. Porém, não se enquadra nos tipos penais que vêm sendo apontados

² CEREZO MIR, José. *Obras completas: Derecho Penal. Parte General*. Peru: ARA, 2006, t. I, p. 880

nos meios de comunicação e, lamentavelmente, por profissionais do próprio Direito (estudiosos ou não da matéria criminal).

2. Estupro (art. 213, CP)

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

Analisando a tipicidade objetiva da conduta, verifica-se que *constranger* significa, coagir, forçar, obrigar a pessoa a fazer algo que, evidentemente, ela não quer. O meio de se praticar tal constrangimento é definido pelo tipo penal: emprego de violência (coação física) ou grave ameaça (violência ou coação moral, mediante o condicionamento de um mal grave).

Levanta-se a hipótese de adequação do fato em comento ao ato de constranger a fim de praticar ou permitir que se pratique com ele um *ato libidinoso*.

Consoante a redação legal, é necessário que seja empregada força física ou ameaça de um mal grave, para que a vítima pratique o ato ou permita a ação do agente.

Por ato libidinoso entende-se qualquer conduta praticada pelo sujeito como forma de manifestar e satisfazer prazeres ou desejos sexuais. A masturbação é um caso típico de ato libidinoso.

Entretanto, para configuração do *estupro*, é preciso que a vítima coação física ou moral para praticar o ato de masturbação ou permitir que o agente pratique a conduta com ela.

A situação ocorrida no transporte público evidentemente não se amolda à conduta incriminada descrita. O ato realizado pelo próprio agente, conquanto ultrajante, não conta com a intervenção da vítima, de modo que não há que se falar em estupro.

Trata-se de um caso de *ato obsceno*, tipificado no artigo 233 do Código Penal, pois o indivíduo praticou ato à satisfação de um desejo sexual em local público, afrontando de modo direto também a integridade sexual e bem-estar psíquico das pessoas.

Isso porque o crime previsto no artigo 233 do Código Penal não visa tutelar apenas o pudor público, mas também a integridade sexual e psíquica daquele

que, eventualmente, figurar também no polo passivo do delito, juntamente com a coletividade.

Em remate, a conduta de “ejacular” em uma mulher é extremamente ultrajante, mas não caracteriza estupro.

É certo, porém, que o crime de ato obsceno (de menor potencial ofensivo) possui penas muito mais brandas. Isso possivelmente levantará vozes afirmando que a punição prevista é insuficiente e desproporcional ao injusto culpável. De fato, o ato da “ejaculação” dirigido especificamente a uma mulher traz consequências mais graves do que sua realização em local público e na presença da vítima.

Não cabe ao Poder Judiciário corrigir falhas legislativas dessa natureza, que não comportam qualquer tipo de interpretação ou integração capaz de dar uma solução que, ao mesmo tempo, seja racional e atenda ao clamor público.

Nota-se que as sugestões levantadas nesse sentido, dentro e fora do meio acadêmico, constituem autênticas subversões do texto legal, eivadas por um exacerbado subjetivismo, e, caso fossem consideradas pelo julgador, implicariam clara *alteração* da norma incriminadora, para invenção de um novo tipo penal, tarefa esta que compete exclusivamente ao Poder Legislativo federal.

3. Estupro de vulnerável (art. 217-A, CP)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém 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.

Nas linhas anteriores, firma-se o entendimento de que a situação em análise perfaz o tipo penal previsto no artigo 233 do Código Penal. Contudo, é necessário analisar ainda outras discussões, levantadas a partir da tentativa de enquadramento em outros tipos penais.

Uma dessas discussões versa sobre a possibilidade de caracterização do crime de *estupro de vulnerável, ut supra*.

Especula-se que a conduta do investigado configura *praticar ato libidinoso com pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*.

Nesse tipo penal, o legislador fez uso da técnica de *interpretação analógica*, pela qual o próprio tipo penal abre a possibilidade de abranger formas análogas àquelas definidas anteriormente de modo específico.

Assim, por *qualquer outra causa*, deve-se compreender os fatores análogos à enfermidade ou deficiência, que inviabilizam a possibilidade de resistência da vítima.

É o caso em que a vítima se encontra momentaneamente em um estado de perturbação das atividades cerebrais ou da própria consciência, devido a uma causa análoga à enfermidade ou deficiência, mas que também afasta capacidade de resistir ao ato.

Como exemplo, pode-se apontar os casos em que a vítima se encontra intoxicada por drogas (lícitas ou ilícitas) e até substância alcoólica.

Quando um tipo penal traz a cláusula da interpretação analógica, ele deve ser interpretado de modo restritivo, para preservar o princípio da legalidade estrita e intervenção mínima, que norteiam o Direito Penal.

Caso contrário, a expressão *qualquer outra causa* configuraria, na verdade, uma cláusula genérica, demasiadamente abrangente, incompatível com o primado da legalidade e que, ademais, pode conduzir a situações de inaceitável desproporcionalidade.

4. Violação sexual mediante fraude (art. 215, CP).

Aventa-se, ainda, a possibilidade de enquadramento da conduta no tipo penal de *violação sexual mediante fraude*, previsto no artigo 215, CP, *in verbis*:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Sem maiores dificuldades, remetendo à análise anterior, a expressão *ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima* é também cláusula de interpretação analógica, que faz referência a meios análogos à fraude, capazes de viciar a livre manifestação de vontade da vítima pelo erro, engano da vítima.

Isso significa que, mediante emprego de fraude ou outro meio *análogo*, o agente produz uma situação em que a representação da realidade é forjada.

A vítima, diante dessa falsa representação, presta consentimento para o ato libidinoso ou conjunção carnal, desconhecendo uma situação de fato que, se revelada, pode fazer com que ela não concorde em praticar.

É o que a doutrina denomina de estelionato sexual, no qual a vítima é induzida em erro a respeito da identidade do agente ou mesmo a legitimidade da conjunção carnal ou do ato libidinoso por ela consentido.³

Portanto, qualquer interpretação no sentido expandir a cláusula analógica para casos que contemplam outras formas de execução, como a surpresa (que não se confunde com o engano), também transforma a citada fórmula em cláusula genérica, em descompasso com o princípio da legalidade.

O enquadramento típico, ou as medidas cautelares a serem tomadas para que o acusado não coloque em risco a integridade sexual de outras pessoas, é algo que ainda será devidamente trabalhado pelas autoridades competentes.

O que não se pode fomentar, ao menos por parte de qualquer profissional da área jurídica, inclusive os que não militam e não se dedicam ao estudo da matéria penal, é a perversão do princípio da legalidade, com o fim único de saciar um clamor social por punição antecipada do acusado.

Não é novidade que o clamor público e a exploração midiática estão sempre voltados os casos penais de maior notoriedade.

Com isso, não só a sociedade civil se mobiliza, mas também o Legislador, que reage quase imediatamente criando novos tipos penais, incrementando a pena dos delitos já existentes, ou restringindo garantias individuais, atendendo a um movimento que caminha na contramão de todas as propostas de racionalização do sistema penal.

Essas tendências crescem na mesma proporção em que o sistema de informações entra em colapso: direito penal máximo, movimentos de lei e ordem, direito penal do inimigo, etc.

São inúmeros as informações e os meios de acesso a elas, mas o conteúdo é raso, as análises são superficiais, desconectadas da realidade e do bom senso (inclusive jurídico).

É a “manchetização” do Direito Penal.

Não se trata, como equivocadamente se pode pensar, de analisar o caso friamente, pelo viés exclusivamente dogmático, a fim de afastar o Poder Judiciário dos inúmeros problemas de violência e opressão contra a mulher em diversos aspectos (sexual, profissional, familiar, etc).

³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. São Paulo: RT, 2017, v. 3, p. 189.

Por óbvio, não se pode prescindir da consideração dos elementos dogmáticos para regular a realidade concreta. A legalidade estrita é uma conquista histórica e um elemento de garantia individual perante a intervenção punitiva estatal que, em matéria criminal, é a mais incisiva e estigmatizante, que não pode ser ignorado em qualquer pauta.

Diante disso, é também evidente que o repúdio às classificações penais conjecturadas a partir da situação analisada, não se dá apenas em razão da defesa da legalidade ou da categoria dogmática da tipicidade.

Para além de qualquer apego a formalismos, é consequência de uma conjugação de fatores, inclusive de ordem político-criminal.

Se a melhor orientação vincula-se à concepção de um Estado penal mínimo, com redução do uso da privação de liberdade e utilização das formas jurídicas do Direito Penal em *ultima ratio*, tampouco se pode admitir que um indivíduo seja sancionado com as penas de um crime que sequer se compara, em termos de lesão ao bem jurídico protegido, à conduta que ele efetivamente realizou.

Portanto, a racionalidade do sistema penal não se restringe à elaboração das leis, mas, sobretudo, à sua aplicação. Os discursos desencontrados de um “garantismo de mão única”, que seleciona autores e vítimas, são extremamente nocivos para a consolidação de um Direito Penal racional e contribuem para a banalização do sistema penal como um todo. [Bruna Azevedo de Castro]