

**O CASO DO HOMEM QUE
EJACULOU EM MULHER DENTRO
DO ÔNIBUS E A NOVA FIGURA
PENAL DE IMPORTUNAÇÃO
SEXUAL**

Luiz Gustavo FERNANDES¹³⁶

APRESENTAÇÃO

Neste breve texto acadêmico pretende-se, de forma simples, o desenvolvimento do tema tão discutido no Brasil no ano de 2017, ou seja, o caso do ejaculador do ônibus em São Paulo. Para tanto, discorreremos sobre a história e as consequências penais e processuais penais para tão somente analisar, de forma sucinta, o novo tipo penal de Importunação Sexual.

HISTÓRICO

Conforme amplamente noticiado em vários veículos de comunicação, no dia 29 de agosto de 2017, por volta das 13h20, um

¹³⁶ Professor de Ciências Criminais do Centro Universitário Padre Anchieta, é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Pt), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Esp.), em Direito Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Esp.).

rapaz de 27 anos que viajava em um ônibus na Avenida Paulista (centro financeiro da cidade de São Paulo), masturbou-se e ejaculou em uma passageira que estava sentada em um banco do mesmo ônibus.

Tendo sido o fato presenciado por alguns passageiros, o motorista do ônibus foi alertado, de modo que parou o veículo e chamou a polícia, que prontamente apareceu no local e prendeu o sujeito, levando-o para o 78º Distrito Policial.

No citado Distrito Policial, foi lavrado o auto de prisão em flagrante por crime de Estupro.

O fato que expusemos, de forma breve e resumida, causou grande perplexidade e revolta geral. Porém, atônitos ficamos com o desfecho do caso. Em menos de 24 horas o sujeito já estava na rua, após o relaxamento da prisão em flagrante, segundo a seguinte decisão do Magistrado paulista José Eugenio do Amaral Souza Neto¹³⁷:

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

¹³⁷

http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml

*houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco de ônibus quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado.*¹³⁸

Passaremos, portanto, a uma breve análise do silogismo feito pelo Magistrado ao chegar a tal solução. Tudo, entendemos, em consonância com legislação penal em vigor na época, tendo em vista o significativo aumento de casos de violações sexuais em transportes públicos,¹³⁹ aliado ao problema que deve ser enfrentado pela sociedade brasileira, vítima dessas perniciosas práticas, isto é, violações de cunho sexual.

DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO PENAL

Pois bem, em 2009 houve significativa reforma do título do Código Penal que tratava dos crimes sexuais. Até seu nome mudou, isto é, antigamente o título era denominado “Dos

¹³⁸ <http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/porque-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=iemp>.

¹³⁹ <http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/porque-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=iemp>.

crimes contra os costumes” e, atualmente, “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tinha como objetivo a atualização das condutas sexuais criminosas já iniciadas em 1996, pois devemos recordar que o nosso Código Penal é de 1940 e muito se mudou, desde então, sob o aspecto social e sexual.

Portanto, foi nos idos de junho de 1996 que se iniciaram as alterações no título dos crimes sexuais, tendo em vista que as Leis 9.281/96, 10.224/2001 e 11.106/2005 já haviam modificado pontualmente este título, criminalizando, por exemplo, a conduta de assédio sexual e revogando alguns crimes tidos em desuso.¹⁴⁰

Mas a grande reforma veio mesmo a lume com a já citada Lei de 2009, tendo como grande novidade a revogação do artigo de Atentado violento ao pudor¹⁴¹, que passou a ser modalidade do crime de Estupro.

Tal fenômeno é denominado continuidade típico-normativa, isto é, o artigo foi revogado, mas não houve *abolitio criminis*. A conduta continua sendo criminoso, porém, passou a compor outro tipo penal.

Nos dias atuais, o crime de Estupro está assim previsto:

¹⁴⁰ *A exemplo dos crimes de sedução, rapto (violento e consensual) e adultério.*

¹⁴¹ *Atentado violento ao pudor, artigo 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*

*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:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Primeiramente, é de se notar que o artigo requer que a vítima seja “constrangida” mediante “violência” ou “grave ameaça”.

No caso concreto, que estamos a discutir, o Magistrado entendeu que não houve constrangimento e, tão pouco, violência ou grave ameaça.

Quais são os verdadeiros significados dos termos “constranger”, “violência” e “grave ameaça”, dispostos no tipo penal do Estupro?

Lembrou o festejado Nelson Hungria que Estupro nada mais é que o crime de Constrangimento ilegal (artigo 146) com uma finalidade específica.¹⁴²

E a infração penal de Constrangimento ilegal está capitulada nos crimes contra a liberdade individual. Está claro, no seu texto, a intenção do legislador em proteger a liberdade pessoal, ou seja, será punido aquele que obrigue alguém, mediante violência física ou moral, a

¹⁴² “Não é o estupro senão uma forma especial do constrangimento legal (art. 146) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: 3ª Ed. Vol. VIII. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1956. p. 116.*

não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda.¹⁴³

Constranger é um termo de conteúdo polissêmico, isto é, uma palavra que contém vários significados. A palavra “vela” é o melhor exemplo de termo polissêmico, pois podemos usá-la como a “vela de um barco” ou como a “vela que ilumina”. Seu correto significado dependerá do contexto no qual foi inserida.

Não foi diferente com o verbo constranger, da figura penal do Estupro.

O verbo “constranger”, constante do tipo penal de Estupro, não foi empregado no sentido de envergonhar ou de humilhar.

O “constranger” do referido tipo em comento significa: coagir, obrigar, compelir, forçar a vítima “a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”.

Se alguém discorda da atividade sexual, outra pessoa não poderá forçá-la, não poderá constrangê-la, mediante violência ou ameaça, “a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Agora, se ocorreu o consentimento, ou seja, se houve adesão ao ato sexual, logicamente não haverá crime. O bem jurídico é disponível, de modo que o consentimento é uma causa – supralegal – de exclusão da ilicitude.

¹⁴³ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Portanto, o crime ocorre quando o autor não respeita o dissenso da vítima e a constranja, obrigue, force a ter com ele uma conjunção carnal ou ato libidinoso.

Realmente, não nos parece que houve qualquer constrangimento no caso em tela, mas, sim, um ato surpresa de cunho sexual.

O termo “violência”, constante no tipo penal, indica a violência física, isto é, a força física empregada com o objetivo de conseguir o ato sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso).

Portanto, o tipo penal exige que o constrangimento dê-se mediante violência, ou seja, que o autor empregue energia física (amarre, segure, agrida a vítima) para conseguir a atividade sexual. Nada mais é que um meio de constrangimento previsto expressamente no tipo penal.

Também não nos parece que isso tenha ocorrido, pois, como relatado pela imprensa, a vítima foi pega de surpresa.

Já o termo “grave ameaça” refere-se à violência moral, isto é, significa intimidar, inibir, com o objetivo da prática sexual. Segundo o Professor Cezar Roberto Bitencourt, é a *vis compulsiva* que exerce uma *força* intimidativa, inibitória, anulando ou minando a *vontade* e o *querer* da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima.¹⁴⁴

¹⁴⁴ *Tratado de Direito Penal. Parte especial 4. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 50.*

Também isso não ocorreu, pois, como já exaustivamente dito, a vítima foi surpreendida com o ato libidinoso já encerrado.

Portanto, o crime requer que o autor force, obrigue (constrangimento) a vítima mediante força física (violência) ou uma intimidação (grave ameaça) com o fim de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Por um simples e breve raciocínio lógico, baseado nas notícias veiculadas na imprensa, não nos parece, realmente, que houve violência (violência física) ou grave ameaça (violência moral) no caso em tela.

O tipo ainda cita os objetivos a serem alcançados pelo constrangimento com violência física ou moral, ou seja, o agente visa à obtenção, a qualquer custo, da “conjunção carnal” ou “outro ato libidinoso”.

“Conjunção carnal” é a relação sexual, chamada por alguns de cópula normal. Trocando em miúdos, é o coito vaginal, é a introdução do pênis no conduto vagínico.

Do que se depreende das notícias veiculadas, tal não ocorreu.

Restaram, portanto, os “atos libidinosos”.

Atos libidinosos abrangem as práticas sexuais diversas da conjunção carnal, a exemplo do sexo oral, do sexo anal e da introdução de dedos ou objetos no ânus ou vagina.

Outros professores vão mais além, isto é, entendem que todos os atos libidinosos, mesmo aqueles de menor gravidade, encaixar-

se-iam no conceito de “atos libidinosos”, previsto no tipo penal. Desta forma, o beijo lascivo, o ato de esfregar o órgão sexual na vítima (prática comum em conduções lotadas), a bolinação de seios, nádegas, órgão genital, coxas, seriam atos libidinosos do crime em discussão. Portanto, seguindo tal entendimento, a ejaculação, conforme o caso concreto relatado, também se encaixaria no conjunto de “atos libidinosos” do crime de estupro.

Não nos parece o melhor entendimento!

E por quê?

Em primeiro lugar, por força do princípio da proporcionalidade. A Lei nº 8.930 de 1994 inseriu o crime de Estupro no rol dos crimes hediondos.

A lei dos crimes hediondos (8.072/90), além de tratar os crimes já previstos na legislação penal de forma mais gravosa, elevou a pena do crime de estupro ao patamar de 6 a 10 anos de reclusão.

Não nos parece ser razoável e proporcional aplicar-se uma pena mínima de 6 anos àquele que, por exemplo, roubou um beijo lascivo, passou a mão em partes específicas do corpo de outrem sem autorização, ou mesmo àquele que ejaculou em alguém conforme o caso concreto.

Não nos parece razoável o agravamento do direito de progressão de regimes por alguma dessas condutas elencadas.

Óbvio que não validamos tais práticas perniciosas, apenas alertamos que o tratamento penal deferido a uma pessoa que, por exemplo, “roubou” um beijo, não é proporcional.

Imaginemos um jovem (primário) condenado a uma pena (mínima) de 6 anos por um beijo roubado, por estar embriagado em uma “balada” qualquer. Este jovem poderia ser condenado a uma pena mínima de seis anos. Enfrentaria as agruras de um presídio brasileiro, com uma progressão de regime mais rígida, e, ainda, ostentando a pecha de esturador.

Não nos parece razoável.

Entretanto, mesmo que se entenda de forma diversa, não há de se falar, neste caso que estamos a discutir, em crime de estupro, pois, como demonstrado acima, faltam outros elementos do tipo penal em análise, quais sejam? O constrangimento e a violência (física ou moral).

Entendeu o Magistrado que a tipicidade da conduta seria apenas contravençional, inculpada no artigo 61 da remota, mas ainda vigente, Lei nº 3.688/41, cuja pena é de multa.

Artigo 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor.

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Enfim, pena ínfima que não intimida ninguém, porém, há o perfeito encaixe da conduta ao tipo penal (tipicidade).

É de se notar que o Código Penal brasileiro não possuía, à época, um tipo penal efetivo, onde a conduta do sujeito pudesse se encaixar (tipicidade).

De um lado, tínhamos a figura criminosa do Estupro, na qual a conduta discutida neste texto não se encaixava (tipicidade).

De outro lado, tínhamos um tipo contravencional, no qual a conduta se encaixava perfeitamente, porém, com uma punição muito branda, que não tem, parecidos, força para proteger o bem jurídico dignidade sexual.

PRISÃO EM FLAGRANTE

Pois bem, como largamente noticiado pela imprensa na época, após a prática da conduta, a polícia foi chamada, e o apontado autor do fato, encaminhado à Delegacia de Polícia. Lá, foi lavrado o auto de prisão em flagrante pelo crime de Estupro.

Segundo artigo 310 do Código de Processo Penal brasileiro, após a lavratura do auto de prisão em flagrante e a comunicação ao Magistrado, este tomará as seguintes providências:

- Relaxará a prisão em flagrante (se entender ilegal);
- Converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva (se presentes

os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade previstos nos artigos 312 e seguintes);

- Concederá liberdade provisória com ou sem fiança.

Acertadamente, no nosso entendimento, o Magistrado relaxou a prisão em flagrante, pois, como já explicado, a conduta praticada não foi de Estupro, mas contravencional de Importunação ofensiva ao pudor, não preenchendo, portanto, as condições de admissibilidade (previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal) para a conversão em prisão preventiva.

Portanto, pouco tempo depois da sua prisão, o autor do fato saiu pela porta da frente do Distrito Policial, gerando, assim, grande revolta social.

A decisão do Magistrado foi bastante criticada pela população, porém, foi técnica e legalista. O Magistrado não faz o que lhe vem à cabeça. Está adstrito aos diplomas legislativos para decidir. Por mais que alguns Professores e operadores do Direito não concordassem com a decisão, a legislação não permitia que agisse de outro modo.

Após um curto espaço de tempo, o autor reincidiu, cometendo novamente o mesmo fato. Contudo, desta vez, agarrou a vítima, constringendo-a, mediante violência, a um ato libidinoso.

Foi preso novamente, mas esta sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva, tendo em vista sua conduta ser típica do crime de Estupro, permitindo, então, sua manutenção no cárcere.

Assim, por força de uma simples dedução lógica, o problema era legislativo. Não tínhamos um tipo penal, em nosso ordenamento jurídico, que trouxesse a necessária segurança jurídica para casos como tais.

CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Em 24 de setembro de 2018, foi publicada a Lei nº 13.718, que modificou e inseriu alguns dispositivos no Código Penal brasileiro. Um dos dispositivos inseridos foi o artigo 215-A, cujo *nomen iuris* foi Importunação sexual. Diz ele:

Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

O tipo penal é muito recente, de modo que ainda não houve tempo suficiente para a análise e manifestação apurada da Doutrina e dos Tribunais, porém, por uma simples leitura, já podemos traçar algumas características deste novo crime.

Primeiramente, trata-se de um crime comum, ou seja, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Quanto ao sujeito passivo, o tipo fala em “Praticar contra alguém”, portanto o sujeito passivo pode ser tanto homem como mulher.

É importante que se lembre do Princípio da especialidade. Se a vítima for menor de 14 anos, se não tiver, por enfermidade ou doença mental, necessário discernimento para a prática do ato, ou se, por qualquer causa, não puder oferecer resistência, o autor não responderá por esse crime, mas pelo crime de Estupro de vulnerável - artigo 217-A do Código Penal.

O novo tipo penal não prevê a modalidade culposa; essa modalidade é exceção na legislação penal.¹⁴⁵

Assim sendo, o novo tipo penal requer que a conduta seja dolosa, ou seja, conduta consciente e voluntária com finalidade da prática do ato.

Devemos também observar que o novo tipo penal descreve um elemento subjetivo específico, ou seja, *com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*.

Entendemos que o legislador andou mal ao estabelecer uma finalidade específica para tal tipo penal.

¹⁴⁵ *Apenas alguns crimes na legislação pátria admitem a modalidade culposa.*

Imaginemos, somente por amor ao debate, que tenha ficado provado que o agente do ônibus de São Paulo cometeu aquele ato vil tão somente para cumprir um desafio, bastante comum entre jovens.

Ora, dependendo do motivo do desafio, não haverá o preenchimento da finalidade específica exigida pelo novo tipo, portanto, não haverá o crime discutido.

A pena mínima é de 1 ano, portanto, segundo o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, admite-se a suspensão condicional do processo.

Mas esse crime é uma infração de médio potencial ofensivo, isto é, sua pena máxima é de 5 anos. Como é possível aplicar-se a suspensão condicional do processo?

A suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais, não está adstrita somente aos crimes de menor potencial ofensivo.¹⁴⁶

Não é permitido que a Autoridade policial conceda liberdade provisória com fiança, tendo em vista que o artigo 322 do Código de Processo Penal só permite a fiança, aplicada pelo Delegado de polícia, para

¹⁴⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

crimes cuja pena máxima não seja superior a 4 anos.

A lei nº 13.718/18 também modificou a redação do artigo 225 do Código Penal. Atualmente, todos os crimes previstos nos Capítulos I e II são de ação penal pública incondicionada.¹⁴⁷

Antes da reforma do título dos crimes sexuais em 2009, a ação penal era privada, portanto, a própria vítima, ou seu representante legal (caso a vítima fosse menor de 18 anos), seria titular da ação penal.

Com a reforma do título citado, a ação, via de regra, passou a ser, para os capítulos I e II, pública condicionada. O titular da ação penal seria o representante do Ministério Público, contudo, necessitava da condição de procedibilidade para propor a demanda.

Atualmente, a ação passou a ser, para os capítulos I e II, pública incondicionada, o que significa dizer que, além do representante ministerial ser o titular da ação penal, não precisa daquela condição de procedibilidade para propor a demanda.

Como já dito, estes são os breves apontamentos perceptíveis por uma simples leitura do texto da nova conduta criminosa, porém, devemos aguardar as manifestações

¹⁴⁷ Antes dessa modificação legislativa, os crimes dos capítulos I e II tinham como regra a ação penal pública condicionada à representação.

amadurecidas da Doutrina e dos Tribunais acerca deste novo tratamento penal.

Mas deixemos registrado que, naquela época, a decisão do Magistrado em relaxar a prisão em flagrante foi técnica e correta, tendo em vista a falta de legislação penal. Contudo, esta nova alteração parece ter preenchido a lacuna legal aqui demonstrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/08/30/interna_nacional,896531/justica-solta-homem-que-ejaculou-em-passageira-de-onibus.shtml

<http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/por-que-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-%c3%b4nibus-foi-solto-e-o-que-isso-diz-sobre-a-lei-brasileira/ar-AAr3Hs9?ocid=ientp>

BITENCOURT. Cezar Roberto. “Tratado de Direito Penal Parte Especial 4”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

HUNGRIA. Nelson. Comentários ao Código Penal: 3ª Ed. Vol. VIII. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1956. p. 116.

RASSI, João Daniel; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo, Atlas, 2010.