

Caso do ejaculador: de como o Direito nos funda e a moral nos afunda



É em *Os Irmãos Karamazov* que Dostoiévski apresenta a fábula d'

O Grande Inquisidor, na qual Ivan Karamazov, personagem da obra, conta a seu irmão mais jovem, Alyosha, uma fábula segundo a qual Jesus Cristo volta à Terra e é preso e julgado pela Inquisição. No cárcere, um padre diz a seu ilustre prisioneiro que resistir às tentações do Mal em seu período no deserto foi sua ruína. Ao fazê-lo, Cristo também passou a exigir demais do homem, incapaz de resistir às tentações da mesma maneira. Segundo o Grande Inquisidor, o homem é fraco, incapaz de oferecer qualquer resistência quando é tentado.

Por que trago isso? Porque, ao que parece, damos razão ao Grande Inquisidor de Dostoiévski. *Parecemos incapazes de resistir às tentações que nos são constantemente apresentadas.* Todos os dias. Desta vez, o episódio de um homem que ejaculou em uma mulher dentro de um ônibus. Uma vez mais, fomos tentados a corrigir as insuficiências ou as demasias do Direito por nossas próprias apreciações morais. Direito das ruas e direito das redes. Eis a pressão. Uma vez mais, até os juristas parecem falhar no teste. O que é unanimidade — a proibição de *analogia in malam partem* — acaba sendo uma coisa “não-tão-ruim-assim-desde-que...”. Deveríamos todos ler a velha doutrina e o projeto do CP comandado por Juarez Tavares, pelo ICC: É vedado o recurso à analogia para definir, agravar ou qualificar crime, ou impor pena. Simples assim. E não vejo dúvida na interpretação do que seja *definir, agravar, qualificar...*

Sigo. Quem escolhe o Direito faz, ao mesmo tempo, outras escolhas implícitas que são originárias da primeira. Há um custo inescapável. Escolhendo-se o Direito, escolhe-se também abrir mão de se portar como torcedor. Numa palavra: por que existe o Direito? Simples. Não existe um ponto arqui-médico; nunca falamos a partir de um grau zero de sentido. Sempre veremos o mundo a partir da moral, e é por isso que só há uma saída: o Direito impede que falemos o mundo simplesmente e *somente* pela moral. O Direito nos salva de nós mesmos.

Parece óbvio dizer isso. Não é de agora que venho tratando sobre as relações entre Direito e moral (ver, por exemplo, [aqui](#), [aqui](#) e [aqui](#) — e tantas outras passagens). Da mesma maneira, é óbvio que o episódio



do ônibus é abjeto. Que dúvidas temos sobre isso? Nenhuma. O ponto é que não se trata disso. Estamos novamente sob teste, e esta nova tentação lançou luz a uma contradição: até alguns juristas garantistas rapidamente esquecem garantias quando se veem diante de algo que ofenda seus próprios juízos morais (ou de gênero, como é o caso). Transformam Ferrajoli em Jakobs em questão de segundos. Ora, as políticas legislativas *ad hoc* em questões criminais sempre foram alvo dos juristas críticos/progressistas (sei lá como podemos nos autodenominar): não é uma contradição concordar com os termos daquilo que sempre se criticou? Lei Medina, Lei dos Remédios, Daniela Peres, etc. Na verdade, isso é fruto da fórmula: omitimo-nos no atacado e nos indignamos no varejo. A propósito: sugiro a leitura do texto de Joel Pinheiro da Fonseca: [Mais preocupantes são as justiças das ruas e das redes](#).

Lembremos: a partir do Direito abrimos mão de várias coisas. *Escolher o Direito é escolher que não temos mais escolhas — temos decisões*. Esse é o busílis. Decisões adstritas ao e fundamentadas no Direito. Não na moral, não na política, não na economia, enfim, não em seus *predadores externos*. O Direito exige um elevado grau de autonomia, e ignorar a lei, cedendo aos predadores externos, é um luxo ao qual os juristas não se podem dar. Ignorar os limites hermenêuticos também. Veja: há quem tenha defendido, diante do episódio,^[1] a aplicação do artigo 213 do Código Penal. Outros defenderam a aplicação do artigo 215, outros a hipótese do artigo 217-A, e por aí vai. Todos em disputas semânticas acerca de termos como “constranger” e “oferecer resistência”. Ora, é evidente que as palavras são plurívocas, dotadas de caráter retórico inclusive no Direito Penal. Acontece que, descontada a retórica, permanecem limites, que têm consistência diferente no Direito Penal na comparação com outras áreas. Por quê? Simples: Serve para evitar a “criatividade” na hora em que o jurista for tentado pela moral. Um estelionato não vira homicídio, assim como um estupro, que exige violência e é considerado hediondo, obedece a limites hermenêuticos de atribuição de sentido. Mais diretamente: onde estão, no caso do ônibus, os requisitos de vulnerabilidade e violência? Antes que assim o digam, observem que, contrariamente ao que foi dito por aí, a moça não dormia (ver entrevista da vítima [aqui](#), assim como a decisão do juiz [aqui](#)).

Desde 2009, o tipo penal de estupro — artigo 213, CP — passou a englobar o antigo tipo de atentado violento ao pudor — art. 214, revogado pela Lei 12.015/09. Por isso, em meus pareceres no Ministério Público, quando confrontado com atos libidinosos (como beijo lascivo ou apalpada nas nádegas – que nos compêndios que glosavam a jurisprudência de então assim constava: “beijo lascivo configura atentado violento ao pudor, conforme jurisprudência dominante), sempre referi que se o legislador optou por juntar o antigo artigo 214 ao velho artigo 213, é porque o ato libidinoso de agora não pode ser o ato libidinoso de antes. Acaciano isso. Caso contrário, qualquer gesto ou ato seria um estupro, tornando o artigo 213 inconstitucional face a *Übermassverbot* (proibição do excesso). No mesmo sentido, ainda, lembremos que a aplicação do artigo 213 seria analogia *in malam partem*, algo vedado.

É justamente nessa linha, em texto pelo portal *Justificando* (ver [aqui](#)), que Bárbara Bastos e Leonardo Isaac Yarochevsky bem nos lembram que certos atos libidinosos — *por mais reprováveis, graves, repugnantes que sejam — não se equiparam* àqueles praticados com violência ou grave ameaça. É isso: reprovação fundada em juízos morais é uma coisa; Direito é outra. E eu acrescento: ainda bem! Caso contrário, as Erínias teriam comido o rim e o fígado de Orestes.

Ou seja, Direito não é vingança. As Erínias das quais falei acima foram vencidas pela Deusa Palas Atena nas Eumênidas de Ésquilo (embora, atualmente, tenham se mudado, todas, para o Facebook — a voz das



redes!!). Pelo contrário: é o Direito que serve de freio à ânsia punitivista, que inauguraria um verdadeiro estado de natureza *hobbesiano*. Basta lembrar o caso do atirador norueguês: réu confesso, matou 77 pessoas (numa tentativa conter aquilo que chamava de “islamização da Europa”) e, quando perguntado se estava arrependido, respondeu afirmativamente: sim, estava arrependido... de não ter matado mais. O assassino, declarado mentalmente são e culpado, foi condenado a... 21 anos de prisão. Por quê? Porque essa era a pena máxima prevista pelo ordenamento norueguês. E não vimos juristas noruegueses bradando: mas foi um crime bárbaro: merece pena mais alta, etc. Ponto. Qualquer coisa para além disso seria decidir para além do Direito. E isso é antidemocrático. Desnecessário dizer o risco que seria um juiz decidir algo nos termos de “a pena máxima prevista é de 21 anos, mas a moral popular e minha consciência dizem que o crime é muito grave. Condono o réu a 50 anos de prisão”. Se nem o Direito representar limites, não há *accountability* alguma. Interpretar não é — e não pode ser — um ato de vontade, e qualquer insatisfação não deve, nem pode ser corrigida por voluntarismos.

Meu ponto é que a legitimidade para determinar a punição adequada a determinado ato pertence ao Direito, não à moral pessoal de cada um. E nem à moral da voz das ruas e das redes, as Eríneas contemporâneas. Aliás, nunca se sabe como é essa voz... E surpreende ver parcela de juristas — e digo isso com toda a lhanza e respeito — sempre tão contrários a repressões antidemocráticas, recorrendo a um punitivismo-de-gênero quando o ato em questão ofende concepções morais. Ao fim e ao cabo, a comunidade jurídica está sendo novamente colocada em teste e está novamente dando razão — mesmo que sem querer — ao Grande Inquisidor. E mais uma vez, esta é a pergunta que fica: se a moral corrige o Direito, quem corrige a moral? Quero ver decifrem essa.

Como se pode ver, são casos como este que nos colocam em teste. Também é diante de casos como este que surgem os discursos do tipo “não sou punitivista, *mas...*”. Sempre há um *mas*. E depois dele, sempre vem... um discurso punitivista. Veja-se: ser a favor de que crimes graves sejam punidos com rigor não quer dizer que punições possam ser feitas à revelia de uma ortodoxia penal-processual (no caso do ejaculador, o punitivismo se mostrou no querer punir para além do ordenamento). Lembro, aqui, o que bem diz Benjen Stark, personagem de *Game of Thrones*: “*nothing someone says before the word 'But' really counts*”; ou seja, *nada que alguém diz antes do “mas” realmente conta*. É o caso, por exemplo, de manifestações como [essa](#). Veja bem, com o devido respeito à articulista desse texto que está no link citado na linha acima, seu texto é mais um exemplo de “*não... mas sim*”. Mais um exemplo que cai no velho problema do ser — dever ser; a diferença fundamental entre *is* e *ought*. É simples: *não se pode deduzir o que deveria... do que é*. Ou isso, ou encaramos a guilhotina de David Hume. Mais simples ainda: sou jurista, não filósofo moral. Ofereçam perguntas e minha resposta será jurídica. E assim deve ser a do Judiciário. Os fundamentos segundo os quais uma decisão jurídica será certa ou errada devem ser jurídicos, nunca *extrajurídicos*. Ora, se há razões *morais* para que um acusado seja preso, bem, essa é outra questão. *Não é por menos que isso que Dworkin sempre nos lembra que os juízes têm responsabilidade política. E essa responsabilidade implica, sob um olhar hermenêutico, suspender os pré-juízos, que, por sua vez, implica não ceder a esquizofrenias, como já alertava Alessandro Baratta, há mais de 25 anos atrás, quando lançamos um livro em conjunto.*

Portanto, peço desculpas pela minha ortodoxia e pela luta em prol do Direito. Também peço desculpas por ter falado... em Direito (essa coisa fora de moda), e não em filosofia moral, sociologia, psicanálise. É que... é de Direito que estamos tratando.



[1] *Post scriptum* de rodapé: Estou ciente dos 17 casos pretéritos de envolvimento do acusado em questão em situações similares. Sei bem que 13 deles foram enquadrados em ato obsceno ou importunação, um na hipótese do artigo 215 do CP, bem como sei que um foi considerado estupro tentado, e outro estupro consumado. Só um foi julgado. Da mesma maneira, estou ciente do caso mais recente, em que o “ejaculador”, que voltou a praticar o mesmo ato, novamente dentro de um ônibus, teve o flagrante homologado e a prisão preventiva decretada. A decisão do magistrado parece ter acalmado o clamor público — o que, por óbvio, e pelas mesmas razões expostas acima, não quer dizer que o juiz tenha acertado. Voltarei a esse assunto, inclusive, em outra coluna. O ponto é que nem os casos anteriores, nem os posteriores, têm o condão de influenciar na apreciação deste. O que gerou a discussão foi o fato específico e, se desviarmos disto, *a velha guilhotina de Hume estará novamente à nossa espera.*

Date Created

07/09/2017