

1. Introdução

Partindo das críticas às concepções tradicionais de separação de poderes formuladas por Rodriguez (2013) o presente artigo visa, por meio do estudo de cinco casos sobre a vulnerabilidade no tipo penal de estupro, demonstrar que a tentativa de produzir previsibilidade pela suposta diminuição do espaço de atuação jurisdicional, além de não necessariamente alcançar seu objetivo, ignora um processo em curso de controle democrático das decisões.

Para alcançar tal objetivo, o trabalho foi estruturado nas seguintes etapas: a) Definição da metodologia de seleção e estudo dos casos; b) Definição dos pressupostos teóricos sobre separação de poderes, segurança jurídica e controle democrático das decisões judiciais; c) Contextualização dos casos, reconstrução de seus argumentos e estudo comparativo dos mesmos; d) Conclusões.

2. Metodologia

Nas ciências sociais os fenômenos estudados não podem ser reproduzidos de forma controlada em laboratório. Em geral, o que possuímos são dados relativos ao passado com algumas informações sobre as circunstâncias que envolveram um acontecimento, sem, por outro lado, termos acesso às circunstâncias em que o mesmo acontecimento não se concretizou para comparação e verificação de elementos necessários a sua ocorrência (EPSTEIN, MARTIN, 2010, pp. 903 – 904). Justamente por isso, é mais freqüente em ciências sociais se identificar existência de fatos sociais e suas associações ou afinidades no lugar de defender causalidade.

Como nosso objetivo é demonstrar possibilidades de relação entre um conceito de separação de poderes, a redação das normas e sua aplicação pelo judiciário, o problema da causalidade não se manifesta fortemente aqui. Na verdade, como a principal tarefa deste trabalho é demonstrar que não há vínculo necessário entre normas redigidas sob o pressuposto rígido da separação tradicional de poderes e o constrangimento da atuação do juiz, atentando para as perdas da adoção de tal estratégia, o procedimento é mais simples. Para negar uma relação, a verificação da existência de um exemplo contrário e identificação das circunstâncias em que se concretizou é suficiente. Por isso a estrutura da pesquisa é a estrutura aberta, com abordagem qualitativa. Verificada a possível desvinculação entre os dois fatores seria necessário proceder a uma pesquisa de estrutura fechada, com abordagem quantitativa para

avaliar se essa desvinculação é mais comum que a vinculação (PIRES, 2008, p. 154). Isso porque a pesquisa qualitativa, de estrutura aberta, observa a presença de fatos sociais, não sua frequência, o que se faz na pesquisa quantitativa (WEBLEY, 2010, pp. 926 – 927).

A amostragem de casos adotada foi, portanto, a de busca por casos negativos e por contraste (PIRES, 2008, pp. 204 - 205). Fundamentalmente, buscou-se casos em que, sob a vigência da nova norma – mais fechada – o judiciário afirma que a decisão deve ser casuística e casos em que, sob a vigência da antiga norma – supostamente mais aberta – o judiciário considerou que a interpretação era única e literal. Ademais, buscou-se também o contraste entre as situações de absolvição e de condenação antes e depois da reforma.

Por fim, no que tange a forma de estudo dos casos, o foco será a argumentação mobilizada pelos julgadores em cada caso, sendo ela dividida entre as posições vencidas e vencedoras. Não se trata de apenas apontar as escolhas interpretativas e normativas, mas atentar para como os julgadores justificam tais escolhas.

3. Pressupostos teóricos

Podemos listar os pressupostos teóricos da seguinte forma: a) Os operadores do Direito, e os modelos de racionalidade que adotam, são essenciais na definição do Direito; b) os operadores do Direito sempre terão um espaço de criatividade na interpretação das normas; c) a atividade criativa do operador do Direito não implica fracasso da política pública; d) a atividade criativa só implica déficit democrático sob um conceito tradicional de separação dos poderes; e) não há correlação necessária entre normas fechadas e controle da atividade criativa dos operadores do Direito. Passamos agora, à análise mais cuidadosa de cada um deles.

O primeiro pressuposto aqui adotado é a centralidade dos operadores do Direito e da racionalidade por eles instituída. Em sentido amplo, operadores do Direito correspondem a todos os profissionais que se relacionam de uma forma ou de outra com a atuação do Estado, aplicando e interpretando normas ou implementando políticas e planos de atuação. O *framework* teórico aqui adotado reconhece todos os operadores do Direito como parte da concepção da política, pois a guiam no momento da implementação (LIPSKY, 1980, p. 3). O operador do Direito produz os significados das normas e comandos que integram o ordenamento e tal produção tem papel tão relevante quanto o dos formuladores das políticas e normas em termos mais gerais (LIPSKY, 1980, pp. 13 - 16). Por consequência, o

comportamento dos operadores do Direito, bem como os modelos de racionalidade por eles adotados no exercício de suas funções, é essencial à compreensão do resultado do Direito. Tal constatação parece óbvia para o jurista, mas um assunto que em geral escapa às demais ciências sociais e que é abordado pela pesquisa em direito é a complexidade e racionalidade do funcionamento dos órgãos jurisdicionais (RODRIGUEZ, 2013, p. 62). É comum partir do pressuposto que o Direito é mera manipulação de forças políticas ou econômicas, sem se reconhecer um papel próprio da racionalidade do sistema jurídico. Mesmo dentre os teóricos do Direito essa idéia pode não ser tão clara. Os teóricos do Direito frequentemente apresentam propostas prescritivas de modelos de racionalidade jurídica, na mesma medida em que os cientistas sociais não se preocupam com eles, de forma que a compreensão desses modelos é um espaço que deve ser preenchido pelo pesquisador empírico em Direito (RODRIGUEZ, 2013, p. 66). Por fim, por modelos de racionalidade entendemos o “conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto” (RODRIGUEZ, 2013, p. 65). Tais modelos não são estáticos, dado que a racionalidade adotada no sistema não é única e é disputada e alterada pelos operadores no exercício de suas funções.

O segundo pressuposto, diretamente conectado ao primeiro, é que o papel do operador não tem a ver com o número, abertura ou detalhamento das regras. Inclusive, porque é a determinação de qual regra é aplicável a cada caso o principal momento de criatividade do operador na produção de sentido das normas, e a conseqüente definição da política na prática. Toda concretização de uma norma geral, produzida em níveis superiores da hierarquia jurídica do Estado, se dá dentro de um espaço de atuação, usufruído de maneira arbitrária. Em termos kelsenianos, o órgão aplicador das normas ou de implementação das políticas, está apenas parcialmente restrito pela moldura das normas superiores (KELSEN, 2006, p. 388).

O terceiro pressuposto é que a constatação do espaço de atuação do aplicador não é um juízo negativo de valor. Trata-se tão somente de uma constatação necessária para que o desenho das melhores estratégias de obtenção do Direito os resultados socialmente escolhidos. O exercício da “discrecionabilidade” do agente responsável por implementar uma política pública pode tanto desviar a política do fim socialmente atribuído a ela quanto adaptá-la melhor ao caso prático, potencializando sua eficácia.

O quarto pressuposto é que a visão pejorativa do papel criativo do operador tem uma relação muito próxima com certa concepção de separação de poderes. A crítica ao Direito brasileiro

sob a lente teórica de tal concepção é naturalizada e justamente por isso é tão importante definir como pressuposto que certas críticas só se sustentam por causa dessa lente, que não é o único referencial possível e um dos desafios da crítica ao Direito nacional é avaliar qual é o melhor referencial para suas análises (RODRIGUEZ, 2013, p. 13). Não contestar referenciais analíticos naturalizados é um problema se a crítica pretende, em lugar de buscar respostas absolutas e atemporais, adequar o Direito às necessidades particulares de cada momento histórico (RODRIGUEZ, 2013, p. 18).

As concepções de Estado e Direito têm, em última análise, a finalidade de garantir a mediação pacífica dos conflitos sociais e a prevenção de concentrações excessivas de poder, que permitam a opressão de um grupo por outro, a opressão dos indivíduos pelo Estado. Assim, não faz sentido naturalizar a separação de poderes como finalidade, sendo que ela mesma, ao longo da história, foi elaborada como um instrumento de alcance de certos objetivos políticos. Ao perceber isso é possível concluir que outros desenhos institucionais que alcancem o mesmo objetivo podem ser uma alternativa viável à separação de poderes clássica. Nesse sentido, quando se fala em “judicialização da política” fala-se num tom pejorativo, sendo que o processo que o termo descreve nada mais é do que a apropriação das mudanças constitucionais da redemocratização pela sociedade na disputa política, consequência esperada e até intencionada pelo constituinte, que produziu uma carta extensa e repleta de direitos e objetivos sociais (RODRIGUEZ, 2013, p. 105). Além disso, o termo parte do pressuposto que o judiciário não faz parte da política, separação essa que só é verdade sob os pressupostos tradicionais. O que se está em debate é justamente a separação entre o que é jurídico e o que é político (RODRIGUEZ, 2013, p. 191). O legalismo, no sentido de valorização da subsunção mecânica em detrimento do papel criativo do operador do Direito, também é fundado num pressuposto sobre a separação dos poderes. Ele é comumente justificado como forma de não permitir ao juiz não se distanciar da lei, o que iria contra a soberania popular, materializada no parlamento, arena em que a discussão política já teria se exaurido (RODRIGUEZ, 2013, p. 123). O “ativismo judicial” também contém um ar de reprovação e de naturalização da separação de poderes, já que contém em si uma mensagem de que o judiciário excedeu os limites de sua atuação. (RODRIGUEZ, 2013, p. 186). Logo, é fácil ver que sob tal concepção de separação de poderes o judiciário não faz e não deve fazer parte do mundo da “política”. Ocorre que limitar a “política” ao legislativo não é a única forma de institucionalizar a proteção do indivíduo contra o Estado (RODRIGUEZ, 2013, p. 124). Trata-se de contrapor uma visão eleitoral da política com um reconhecimento de uma

dimensão política na atuação dos três poderes. (RODRIGUEZ, 2013, p. 154). A naturalização da separação de poderes não está só nos juristas, mas também na sociedade civil. A defesa da separação de poderes tem um viés econômico, já que o modelo tradicional garante previsibilidade das decisões necessária para o planejamento dos negócios. (RODRIGUEZ, 2013, p. 125) Essa afinidade eletiva entre capitalismo e formalismo, consubstanciada no apelo econômico da separação de poderes faz com que muitos setores da sociedade sejam resistentes à sua superação (RODRIGUEZ, 2013, p. 143) O apelo da separação também se nota nos movimentos sociais, que acreditam que a aplicação do Direito pode desvirtuar ou afastar a norma do objetivo social almejado. Nesse sentido, teme-se sempre que o judiciário seja um mecanismo conservador que opera inoculando normas progressistas em prol do conservadorismo (RODRIGUEZ, 2013, p. 143). A crise desses raciocínios esta intrinsecamente vinculada à crise da democracia representativa: dadas as dificuldades do sistema político ser responsivo aos anseios sociais, as demandas não satisfeitas são dirigidas ao judiciário e a materialização de tais demandas depende em grande parte de uma atuação não trivial dos órgãos jurisdicionais (RODRIGUEZ, 2013, p. 130). A mitificação da separação de poderes está intimamente ligada com a dificuldade do Direito, dos juristas e da sociedade de enfrentarem as transformações que conduzem o Direito rumo a um novo papel (RODRIGUEZ, 2013, p. 135). A resistência à transformação se dá pela dificuldade de reconhecer o papel político da aplicação do Direito não implica uma “soberania judicial”.

Para que o Direito tome para si seu novo papel é necessário, por outro lado, superar certos aspectos da configuração atual do sistema. Para a concretização de seu novo papel é preciso, também, que o Direito reveja seu receio do controle das decisões judiciais, alimentado por nosso passado autoritário (RODRIGUEZ, 2013, p. 147). Há um sentido não autoritário possível para o termo controle das decisões judiciais. Trata-se do controle social, pela esfera pública, delas. Ele consiste na criação de procedimentos e desenhos institucionais que impeçam o exercício arbitrário do poder e avaliação de suas razões pelo debate público (RODRIGUEZ, 2013, p. 149). Para que se realize, é necessária a ampliação do espaço social de produção de significado das normas jurídicas, da relativização do monopólio dos juristas na produção de tais significados.

Pelas razões expostas, reconhecer a incerteza sobre as respostas de problemas jurídicos não implica impossibilidade de qualquer controle ou avaliação das respostas dadas (RODRIGUEZ, 2013, p. 159). Por mais que se negue a existência da política e se valorize o papel da “técnica jurídica”, a política volta como destino inescapável. A aplicação da política é política e nos

queixarmos eternamente da falta de segurança jurídica não fará com que tal segurança venha magicamente. Se ao contrário, reconhecermos que, do ponto de vista empírico a indeterminação é inevitável, podemos conceber mecanismos de controle democrático da aplicação, abrindo a produção de significado jurídico para a população, ampliando o acesso aos debates jurídicos. Claro que isso é desconfortável para o profissional que deriva poder do monopólio da produção de significado jurídico sob o escudo da técnica e da pretensa neutralidade. Excluir o caráter político, no entanto, é excluir o que seria uma etapa importante do processo democrático. Ademais, a existência de um ônus argumentativo na mudança de padrões de decisão pode ser uma forma mais frutífera de conseguir previsibilidade e adequação do Direito do que a tentativa de fechar as normas. A mudança de racionalidade pelo judiciário passa a ser reconhecida e aceita, mas sob o custo de fundamentação, o que por si só desempenha um papel de controle democrático e previsibilidade, sem impedir a mudança e adequação social. Nesse sentido, um dos papéis da teoria do Direito é identificar zonas de autarquia e pensar mecanismos para eliminá-las (RODRIGUEZ, 2013, p. 150). Zona de autarquia se refere ao espaço em que, pelo desenho institucional, as decisões podem ser tomadas sem fundamentação – sem qualquer padrão de racionalidade (RODRIGUEZ, 2013, p. 69).

Vale destacar, de que a abertura e o reconhecimento da dimensão política da produção de significado jurídico como um processo já em curso é uma hipótese plausível. As instituições jurisdicionais estão cada vez mais ao centro do debate político. Um exemplo disso é o debate sobre as indicações dos Ministros do STF. A última indicação foi duramente criticada por setores da Direita brasileira e foi alvo de polêmica na mídia e no senado¹. Ainda que os dois lados mobilizem argumentos sobre a “imparcialidade” e “técnica”, ambos reconhecem o STF como arena política, do contrário pouca atenção dariam à indicação de seus Ministros. Outro dado interessante sobre a atenção que o STF vem recebendo na esfera pública brasileira é a importância do tribunal na mídia. Tomemos, por exemplo, o número de inserções do termo “STF” no jornal de maior circulação nacional nos últimos anos, demonstrado no gráfico² a seguir.

¹ Note-se, por exemplo, que duas das maiores revistas da imprensa brasileira, Veja e Carta Capital, que se opõem radicalmente em termos ideológicos, divergiram fortemente sobre a indicação do ministro Fachin como se vê em <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/luiz-edson-fachin/>> (acesso em julho de 2015) e em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/a-indicacao-de-fachin-e-o-fla-lu-no-debate-publico-brasileiro-7575.html>> (acesso em julho de 2015).

² Os dados que compõem o gráfico correspondem às inserções do termo em cada edição do jornal digitalizada no acervo. Tais dados podem ser obtidos na ferramenta de busca do acervo do jornal “O Estado de São Paulo” que está disponível em seu endereço eletrônico <<http://acervo.estadao.com.br/procura#!/STF/Acervo///1/1990/1990//>> (acesso em julho de 2015).



Não é nosso objetivo fazer um estudo aprofundado de mídia para provar cabalmente o aumento da relevância do judiciário no debate público brasileiro. As evidências apontam, no entanto, que a hipótese é plausível. Se verdadeira, a “politização” do STF, ao invés de ser vista com pesar, pode ser vista como uma oportunidade de aprimorar a atenção que se dá ao Direito, permitindo que ele seja mais aberto à esfera pública. Essa abertura se dá, sobretudo, com a possibilidade de crítica às justificativas apresentadas nas decisões.

O quinto e último pressuposto é que não há garantia de segurança jurídica em textos normativos fechados (RODRIGUEZ, 2013, p. 210), ponto que pretendemos ilustrar nos estudos de caso. Como já afirmamos, o papel criativo do operador do Direito é inevitável. Não à toa, o termo decisão já adota o pressuposto de que há mais de uma solução possível – daí a necessidade de “decidir” (RODRIGUEZ, 2013, p. 215). Ademais, o número de regras e seu detalhamento também não reduzem esse papel. Assim, é preciso desnaturalizar a idéia de que as normas fechadas criam segurança ou limitam a ação criativa. Ao contrário do que se espera normalmente, é possível criar segurança jurídica a partir da argumentação (RODRIGUEZ, 2013, p. 228), sem fechá-lo às transformações da sociedade. A necessidade de justificação das decisões e a vigilância sobre a coerência e adequação de tais justificações podem ter, como já destacamos, maior sucesso no controle da aplicação do Direito do que as tentativas tradicionais de obtenção de segurança jurídica. Justamente por isso que a identificação das zonas de autarquia é relevante. Como elas designam posições de poder que, pelo desenho das instituições, permitem que decisões sejam tomadas sem a necessidade de justificação racional das mesmas, elas excluem qualquer possibilidade de controle democrático ou debate na esfera pública (RODRIGUEZ, 2013, p. 21), sejam as normas fechadas ou abertas.

Fixados esses pressupostos, passamos ao estudo do debate sobre a presunção de violência em crimes sexuais. Ao fim da argumentação esperamos demonstrar nos casos práticos:

- a) A busca, inspirada na separação tradicional de poderes, da limitação da criatividade jurisdicional;
- b) A importância que diferentes modelos de racionalidade têm para os resultados das decisões;
- c) A incapacidade das normas fechadas de limitarem a criatividade jurisdicional;
- d) A importância da justificativa, em detrimento do resultado, das decisões no debate público;
- e) As perdas políticas da supressão da criatividade jurisdicional.

4. Estudo dos casos

a. Contexto dos casos

Antes da sua reforma em 2009, o Código Penal afirmava, em seu artigo 224, “a)”, que presumia-se a violência necessária à incidência dos tipos dos crimes sexuais quando a vítima fosse menor de catorze anos. Diante de toda presunção no Direito pergunta-se se a presunção admite prova em contrário. A disputa jurídica travada diante do artigo foi, portanto, sobre a natureza absoluta ou relativa da presunção (SILVEIRA, 2008, p. 213). O limite legal de 14 anos foi fixado pelo Código Penal de 1940 que, em sua exposição de motivos, argumentou que a redução do limite de idade, antes fixado em 16 anos, atendia à evidência de um fato social contemporâneo da época, qual seja, a precocidade no conhecimento da sexualidade (SILVEIRA, 2008, p. 217).

A criatividade do operador do Direito, existente sempre, é especialmente notável no Direito penal. A idéia de bem jurídico, por exemplo, – amplamente utilizada no vocabulário jurídico penal – não foi inserida pelo legislador, mas pela dogmática penal, na tentativa de limitar o poder punitivo, diante dos princípios protegidos pela constituição (ROXIN, 1997, pp. 55 – 56). Bens jurídicos aptos a serem protegidos derivariam da Constituição, sendo que os desvios da proteção constitucionalmente permitida estariam vedados, tratando-se, portanto, de uma verdadeira proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado (GRECO, RASSI, 2010, p. 50). No caso dos crimes sexuais, o exemplo da dogmática penal do bem jurídico é especialmente interessante. Há, nesse contexto, argumentos segundo os quais o consentimento

pode afetar a tipicidade: Havendo consentimento válido não haveria desvalor no resultado, impedindo que houvesse incidência do tipo delitivo (SILVEIRA, 2008, p. 227). Nos crimes sexuais, entende-se comumente que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual, sendo que qualquer punição arbitrária, desconectada da proteção do bem jurídico seria vedada (GRECO, RASSI, 2010, p. 53). A validade do consentimento, por sua vez depende do indivíduo. A sexualidade do menor poderia afrontar sua liberdade, pois mesmo seu consentimento pode não ser manifestação de uma escolha livre, dado que não seria capaz de decidir autonomamente sobre sua sexualidade (GRECO, RASSI, 2010, p. 55).

Vemos aqui uma tensão entre a limitação da pretensão punitiva do Estado e proteção do menor. Vemos, também, uma tensão entre a generalidade dos limites numéricos de idade e a especificidade da análise casuística da lesão do bem jurídico. Essas mesmas tensões marcaram o debate jurisprudencial sobre a presunção de violência. Diante disso, o legislador, por meio da Lei nº 11.015/09, buscou pôr fim ao debate acerca do caráter relativo ou absoluto presunção de violência, revogando o artigo 224, simplificando o funcionamento do dispositivo, de forma que o novo tipo do art. 217-A não atraísse uma presunção, mas tivesse a pena do crime violento, com a idade da vítima integrando seu núcleo (GRECO, RASSI, 2010 p. 102).

Esse objetivo da norma se nota nos debates durante o processo legislativo. Segundo a deputada Maria do Rosário, que liderou a reforma do Direito Penal Sexual de 2009, tratava-se de ampliar as condições de proteção às crianças, mulheres e homens vítimas de violência sexual (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005, p. 3). Para ela, devia-se apenas quando houvesse a condição de vulnerável “não mais permitindo que, em juízo, a presunção de violência seja analisada pelos magistrados de acordo com a compleição física das meninas que estejam à sua frente” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005 p. 3). Sustentava, ainda, que “pedófilos estão à solta porque o Código Penal lhes dá essa possibilidade” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005, p. 10). Segundo a deputada, suas considerações não eram vazias e se baseavam na sua experiência de análise de decisões judiciais e viagens a inúmeros Estados, constatando que muitas decisões judiciais penalizavam a vítima (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005, p. 3).

Assim, a estratégia adotada pela legislação foi a de enfrentar a criatividade do juiz. Acreditava-se que a análise casuística se resumia à análise da compleição física das meninas e que essa seria a razão de pedófilos se esquivarem das penas. O caso se insere na situação já

descrita em que os movimentos sociais rejeitam durante a criatividade dos operadores do Direito sob a crença de que essa criatividade os permite desviar a norma de sua finalidade progressista.

Ocorre que, por outro lado, a sexualidade é, de fato, um tema extremamente complexo para a qual generalizações podem produzir conclusões contra-intuitivas. Isso tem sido destacado pela sociologia da sexualidade. A idéia de “construção social da sexualidade” pode soar mecânica, contrária à biologia e determinista, mas traduz uma idéia relativamente simples: a de que os significados relacionados à sexualidade são influenciados pela sociedade em que vivemos (WEEKS, 1995, p. 23). Dizer que sexualidade é socialmente construída não nega o papel da biologia, mas enfatiza, sem dúvida, o papel da sociedade na definição das formas pela qual ela se manifesta (WEEKS, 1995, p. 24). A sexualidade como a entendemos só existe através das formas socialmente estabelecidas e não varia menos entre períodos ou culturas do que a gastronomia³ (WEEKS, 1995, p. 24) A biologia fixa o que é possível, sendo pré-condição da sexualidade, mas ela não causa sozinha os padrões de comportamento sexual (WEEKS, 1995, p. 25) Assim, se a sociedade formata a sexualidade do indivíduo, essa deve com o grupo e o período histórico em que ele se insere. Daí a dificuldade de se encontrar uma regra absoluta nesse campo. Da mesma forma, a sociologia reconhece que a mudança pode ocorrer gradualmente, de forma que comandos sociais contraditórios convivam. Determinado padrão de comportamento minoritário e “desviante” pode crescer, ser resignificado e tornar-se a regra. Daí também a dificuldade de se aplicar as mesmas regras ao longo do tempo. Um exemplo disso são as pesquisas realizadas sobre sexualidade realizadas em 1992 nos EUA constatou que das mulheres nascidas entre 1953 e 1972, pouco menos de 20% tivera sua primeira relação sexual antes dos 15 anos de idade, ao passo que aproximadamente 10% até os 14 anos. Para as mulheres nascidas entre 1933 e 1952 a mesma pesquisa constatou aproximadamente 10% tivera a primeira relação até os 15 e menos de 5% até os 14 (LAUMANN, 1994, p. 326). Tais pesquisas também apontam mudança do comportamento sexual quando contrastadas com pesquisas anteriores. De acordo com o relatório Kinsey, de 1953, ao estudar amostras de mulheres não casadas, com o objetivo de observar a sexualidade

³ O exemplo gastronômico do chocolate é especialmente interessante na compreensão da fronteira entre os impactos sociais e os impactos biológicos (DUTTON, 2009, pp. 88 – 89). Na natureza o alimento é escasso, sendo uma vantagem encontrar alimentos calóricos. Gorduras e açúcares são calóricos, de forma que faz sentido evolutivo que alimentos com esses elementos nos sejam atraentes. Chocolate, de fato, é rico em gorduras e açúcares, mas uma mistura de azeite com melado também o é, e ela não é, nem de perto, tão desejada quanto o chocolate. Assim, é possível compreender que nossa alimentação tem bases na evolução e na sobrevivência, mas é inegável que as formas pelas quais as necessidades biológicas se materializam é, no mínimo, socialmente influenciada.

pré-marital nos EUA, menos de 5% das mulheres tiveram sua primeira relação antes dos 14 anos. (KINSEY et Al. 1953, p. 284).

Outro indício da complexidade do tema é a variabilidade das normas. O Código Penal da Bolívia, assim como o nosso, fixa limite de 14 anos como idade de consentimento em seu artigo 308 bis⁴, mas isenta de pena relações consensuais entre jovens que não têm mais de 3 anos de diferença de idade entre si. Esse artigo é interessante porque ele mostra como a moral social aplicável à sexualidade não se reduz à idade da pessoa mais jovem. Como veremos também nos casos, a moral sexual, que é mobilizada na argumentação tanto no judiciário quanto no debate público, é uma intersecção entre considerações sobre a diferença de idade entre os indivíduos, questões de classe, acesso ao conhecimento, grau de envolvimento ou afetividade, maturidade e capacidade de discernimento entre outros. Outro exemplo dessa variabilidade é legislação penal francesa, em seu artigo 227-25⁵, que impõe um limite mais severo, de 15 anos, mas uma pena significativamente menor (5 anos) que a do Código Boliviano (15 a 20 anos). Por fim, a legislação penal de Nova Iorque, nos Estados Unidos, em seu artigo 130.05 e seguintes⁶ considera incapaz de consentir sobre sexualidade o jovem com até 17 anos, mas hierarquiza diferentes situações, distinguindo, por exemplo, a situação em que um maior de 22 anos se relaciona com um menor de 17 daquela em que um maior de 18 se relaciona com um menor de 13. Mais uma vez vemos que mesmo entre democracias ocidentais há variabilidade sobre os critérios considerados moral e juridicamente relevantes

⁴ *Artículo 308° Bis (Violacion de Niño, Niña o Adolescente) Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de catorce años. Penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años, sin derecho a indulto, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento. (...) Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.* Disponível em <<http://silep.vicpresidencia.gob.bo/SILEP/masterley/118465>> (Acesso em julho de 2015).

⁵ *Article 227-25 Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.* Disponível em <<http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006418101&dateTexte=20150726>> (Acesso em Julho de 2015).

⁶ *S 130.05. Sex offenses; lack of consent. 1. Whether or not specifically stated, it is an element of every offense defined in this article that the sexual act was committed without consent of the victim. 2. Lack of consent results from: (...) (b) Incapacity to consent; (...) 3. A person is deemed incapable of consent when he or she is: (a) less than seventeen years old; (...) S 130.25 Rape in the third degree. A person is guilty of rape in the third degree when: (...) 2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old; S 130.30 Rape in the second degree. A person is guilty of rape in the second degree when: 1. being eighteen years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than fifteen years old; S 130.35 Rape in the first degree. A person is guilty of rape in the first degree when he or she engages in sexual intercourse with another person: (...) 3. Who is less than eleven years old; or 4. Who is less than thirteen years old and the actor is eighteen years old or more.* Disponível em: <<http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO>> (Acesso em Julho de 2015).

para se determinar não só a existência ou não de pena, mas também seu grau. A relação entre dois jovens – um de 13 e outro de 15 - pode, por exemplo, ser socialmente percebida com menos pesar do que entre uma entre um jovem de 15 e um adulto de 40. Assim, se as tensões entre separação de poderes e criatividade jurisdicional já existem em geral, no plano do Direito Penal Sexual elas são maiores ainda, pois há uma grande possibilidade de que tanto a fixação de um padrão geral quando a análise casuística incomode as concepções morais fundamentais de algum grupo.

No debate público brasileiro a repercussão e mobilização dos casos analisados no judiciário foi especialmente interessante. Após a reforma de 2009, a imprensa noticiou que o STJ havia absolvido um homem acusado de estupro contra três menores (O GLOBO, 2012). Afirmava-se que a razão da decisão seria que as meninas já se prostituíam antes do crime e que a ministra relatora considerava que o ato não violava a liberdade sexual (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012).

Para a relatora da votação não unânime do STJ tratava-se, apenas de decidir que a presunção era relativa, afirmando que cada caso deveria ser analisado individualmente, mas para a imprensa e para a sociedade civil a decisão foi percebida de outra forma.

Para a imprensa, o argumento de que as crianças em questão já se dedicavam às práticas sexuais há muito tempo era uma forma de discriminação, visão que foi corroborada por outros órgãos do Estado como a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência e pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher, (O GLOBO, 2012).

O STJ rebateu as acusações que sofreu. Divulgou à imprensa nota (O GLOBO, 2012) em que afirmava que não teria institucionalizado, de qualquer forma, a prostituição infantil ou o estupro de prostitutas, dado que o estupro com violência real – e não presumida – não era o tema da decisão. A decisão, segundo a corte, tratava exclusivamente do estupro ficto e de seu afastamento dada a prova de ausência de violência real no ato. A exploração sexual de crianças não foi discutida. Também afirmou que tampouco encorajava à pedofilia, previstas em outras normas, reafirmando que a discussão foi centrada na presunção de violência. Afirmou, ainda, que não promoveu a impunidade, permitindo, apenas, ao acusado ampla defesa por meio da produção da prova sobre o consentimento da vítima. Por fim, ressaltou que a jurisprudência do STF também se posicionou nesse sentido.

A resposta do STJ tinha uma razão de ser. Como veremos adiante, no caso analisado pelo STJ o homem não foi cliente de uma relação de prostituição. A garota em questão se prostituía, ao mesmo tempo se relacionara com o homem em questão, mas a relação em julgamento era consensual e sem envolvimento de dinheiro. Ocorre que a vida sexual pregressa da garota, composta também por programas foi usada como argumento na decisão, fazendo crer que se tratava de uma decisão sobre prostituição.

Diante da comoção, o Ministério Público Federal apresentou embargos de declaração e divulgou à imprensa seu interesse em rediscutir o caso perante o STF (O GLOBO, 2012).

Ao mesmo tempo que chocou a sociedade a decisão não causou tanto espanto na comunidade jurídica. O Instituto dos Advogados de São Paulo afirmou que a redação fechada do novo tipo pode levar a excessos e que a interpretação do STJ foi acertada, não se tratando de julgar a vítima, mas sim de permitir ao juiz avaliar as circunstâncias do caso concreto (O GLOBO, 2012). Para a imprensa especializada a relativização da presunção de violência operava para lidar com casos no limite do moralmente aceito. Assim, se, por exemplo, um rapaz de 16 anos começasse a namorar uma menina de 11 anos e após três anos de namoro, ele com 19 e ela próxima de completar catorze travassem relação sexual não haveria violação da liberdade sexual, o que poderia ser provado pelo consentimento e pela relação que ambos tinham. Do contrário classificaria a situação como um estupro, o que é, no mínimo, uma posição difícil de ser defendida (MIGALHAS, 2012). Da mesma forma se discutiu os dilemas impostos pelas situações em que dois menores estão envolvidos: Caberia puni-los pelo ato infracional análogo ao estupro? Para tal imprensa, o STJ reafirmou simplesmente que a presunção era relativa, cabendo-se prova em contrário, medida que foi alvo da alteração legislativa de 2009, cuja intenção seria claramente de pôr fim à análise casuística desempenhada pelo judiciário (MIGALHAS, 2012).

Independentemente de considerações sobre qual é o resultado mais desejável, o maior problema da decisão - que ganhou centralidade na imprensa - foi a justificativa apresentada pela corte. Tal justificativa sustentava que “a prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2012).

Assim, não seria impossível, como de fato ocorreu, interpretar que, para a corte, a perda da “inocência” afastava as jovens do espaço da proteção, sendo que na verdade o fato das jovens já travarem relações sexuais anteriormente no máximo serviria tão somente como indício que já tinham capacidade de decidir livremente sobre a própria sexualidade. Tanto é que os julgadores o fizeram diversas vezes antes do caso em análise. Esse indício, contudo, não basta por si só nem é imprescindível: Havendo consentimento válido e autônomo, provado nos autos, de que importaria a vida sexual pregressa das garotas? Justamente por isso, o problema não residiu na relativização da presunção, mas sim em sua justificativa. O que era inaceitável é que o Direito aplicável ao caso fosse determinado pela análise da vida sexual pregressa da vítima e não da concreta autonomia no momento da tomada da decisão. Era necessário um esforço maior em demonstrar como a perda da inocência e ingresso na vida sexual se conectava com a livre manifestação de consentimento, e conseqüente ausência de violação do bem jurídico da liberdade sexual. Sem isso a análise da vida sexual pregressa não se diferenciaria de um julgamento moralista e estigmatizante da conduta sexual feminina. Os demais argumentos, como o de que o Direito não é estático e tem que se adaptar à realidade social, sobrepostos pela justificativa em questão.

Como já foi destacado, a repercussão na imprensa despertou atenção de outras instituições. Parlamentares da CPMI que investigava violência sexual afirmaram que a decisão rompia com a condição de sujeitos de Direito das garotas e as estigmatizava como “prostitutas”. Afirmaram que a criança em desenvolvimento é vulnerável e por isso merecedora de proteção. Consideraram, por fim, se impensável que tais crianças tenham ingressado na prostituição voluntariamente. (CONGRESSO NACIONAL, 2012)

A decisão do STJ também foi reprimida por representantes das Nações Unidas responsáveis pela promoção dos direitos humanos. Na esteira dos que sustentavam que a decisão encorajava a prostituição infantil, o Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmou que a decisão era deplorável. Tal nota fora publicada um dia após a nota do STJ, em que se alegava que a exploração sexual de crianças e adolescentes não fora discutida, já que o réu nunca esteve na condição de condição de “cliente” (O GLOBO, 2012).

Depois de tanta controvérsia, o presidente do STJ admitiu que os argumentos adotados poderiam ser revistos em casos futuros, dado que o entendimento na decisão adotado não era vinculante. Sustentou, ainda, que “as decisões judiciais são pautadas pela técnica, às vezes

esses aspectos não são compreendidos pela população, os juízes não criam direito, eles aplicam a lei”. (O GLOBO, 2012). Em seguida, a imprensa divulgou que a decisão fora anulada, pois o recurso teria sido apresentado fora do prazo (O GLOBO, 2012).

b. Casos

i. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634-SP (2011/0099313-2)

O primeiro caso observado (BRASIL, 2012) é aquele que gerou a repercussão destacada anteriormente. Note-se que ele se referia a fatos anteriores à reforma de 2009, implicando que a discussão era sobre a redação antiga da norma. Em sua ementa afirma-se que “a violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado” (p.1). O caso versa sobre um homem adulto, que se relacionara com menores de 13 anos, que teriam consentido na relação. Trata-se de Embargos de Divergência do réu, que partiam justamente do fato de que a jurisprudência sobre a aplicação do artigo era variada, sendo que, a depender do caso, a presunção poderia ser considerada relativa ou não (p. 3). A ministra relatora transcreveu os termos do juiz de primeira instância, que afirmou que “as jovens tinham vida desregrada e consentiram no ato sexual” (p.5). O magistrado de primeira instância sustentou que para que a presunção de violência não fosse afastada, seria necessário que o consentimento fosse manipulado, que o agente se aproveitasse de inocência ou ingenuidade da vítima para conseguir satisfazer sua lascívia. Argumentou, ainda, que a existência de uma experiência prévia com a sexualidade pode apontar que já se detinha capacidade de decidir livremente sobre sua vida sexual (p. 6). Logo, o fato de se prostituírem, informado pelo depoimento da mãe de uma das vítimas, é mencionado como um fator que prova a experiência descrita (p. 6). A relatora afirma que o tema dos crimes sexuais é de grande valor e envolve a liberdade sexual das pessoas, mas que, ainda que todas as preocupações do magistrado o levem a proteger o mais desfavorecido, não se pode ignorar situações da vida que dificultam o enquadramento do tipo ao caso concreto. (p. 8) Ressalta, como argumento sistemático, que o ordenamento não considera o menor de 14 anos totalmente desprovido de capacidade decisória, já que é a partir dos 12 anos que uma criança pode ser responsabilizada por ato infracional. (p. 9). Afirma, ainda, citando texto doutrinário, que a escolha aleatória de uma idade como fronteira entre consenso e violência é algo arbitrário que nunca pode tomado como marco absoluto (p. 11). Prossegue sustentando, que o Direito não é estático e que deve

se amoldar às mudanças sociais, afirmando que as diferenças sócio-culturais relativas ao conhecimento sobre o sexo num país de dimensões continentais são enormes (p. 11).

Interessante notar, como já foi adiantado anteriormente, que o problema da decisão na esfera pública foi mais a consistência de uma de suas justificativas do que sua conclusão ou outros elementos da argumentação. Não se refutou, por exemplo, o argumento de que o Direito deve ser flexível às mudanças sociais. A chave para a desconstrução pública da decisão foi o uso da vida sexual pregressa das garotas. Ora, o simples fato das jovens terem uma vida sexual pregressa, por si só, nada significa, pois tal vida pregressa poderia, toda ela, consistir em relações ocorridas sob consentimento manipulado. Justamente por isso, embora a conclusão jurídica não signifique necessariamente imputação da vítima, a justificativa foi percebida pelo debate público como imputação da vítima. Fosse a estrutura social e psíquica das garotas, do qual sua sexualidade pregressa não é elemento essencial, o fundamento para argumentar que seu consentimento foi refletido, verdadeiro e válido, devendo, portanto, ser respeitado, o impacto discursivo da decisão seria outro.

Tal problema da justificativa foi observado também pelos votos vencidos. Eles mesmos chamam a atenção para o fato de que o uso da experiência, malícia ou consentimento da garota operam transformando a vítima em ré, julgando-lhe a conduta. Afirmam ainda, que seus direitos foram, na verdade, inferiores aos de um réu, pois, fosse ela ré exigiria o tribunal provas mais sólidas de que faziam programas, oferecendo a elas possibilidade de se defenderem das acusações (p. 22). Refutam o argumento sistemático, apontando que a responsabilidade do ECA está longe de estigmatizar as crianças com o caráter discriminatório da sentença (p. 23). Afirmam ainda que a interpretação deveria ser feita conforme a nova lei, que deixou explícita a intenção do legislador de que a presunção não fosse relativa (p. 23). No mesmo sentido apresentam seu próprio argumento sistemático como defesa de que mesmo no contexto moderno não se pode atribuir capacidade de discernimento à crianças de tão pouca idade: O Código Civil considera absolutamente incapaz para exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos (p. 24). Destacam que a variabilidade cultural mencionada não tem papel tão importante, pois mesmo na mente popular está enraizado que ninguém pode se envolver com alguém “de menor”. As exceções a esse conhecimento são raras e poderiam ensejar aplicação do erro de proibição (p. 25).

Interessante notar que os ministros que apoiam a relatora não dão igual peso à vida sexual pregressa. Destacam a possibilidade de produção de injustiças com interpretações rígidas.

Lembram, que no novo cenário normativo uma jovem de 18 que se relacionasse com um rapaz de 13 também deveria ser condenada por estupro (p. 28). Listam casos do STF para afirmar que lá a matéria já teria sido pacificada no sentido de que a presunção seria relativa (p. 21). Afirmam, ainda, que o cenário social brasileiro é, nas palavras de Raul Seixas, “metamorfose ambulante” e que é melhor não ter uma opinião formada sobre tudo e poder, em certas circunstâncias, relativizar ou interpretar os fatos de acordo com o contexto social da época (p. 29). Apontam que o Código Penal, da década de 1940, foi inspirado no Código Italiano, feito sob vigência da ideologia fascista (p. 29) e que a relativização é exceção e não afasta a regra geral (p. 29).

Por fim, uma terceira linha argumentativa encontrada, também contrária à relatora, afirma que independentemente de qualquer consideração é necessário transmitir ao jurisdicionado sensação de coerência e segurança jurídica (p. 33) e que, como o STF já teria fixado o entendimento de que a presunção era absoluta, era imperativo o respeito aos precedentes do tribunal superior (p. 34).

ii. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.515.834

O segundo caso observado (BRASIL, 2015) também é do STJ, contudo se refere a fatos posteriores à reforma da lei. Esse caso versa sobre jovem que em 2011, teria tido relação sexual com a namorada de 13, com quem namorava desde 2010. (p. 3)

Como a alteração legislativa criou uma nova modalidade de estupro contra pessoa vulnerável que não exige violência no tipo penal, o tribunal a quo afastou a incidência do 217-A sob o argumento de que a relação desempenhada dentro de contexto amoroso, com consentimento, afastaria a tipicidade (p. 6).

Afirma o STJ que o objetivo da lei foi estancar a jurisprudência sobre a relatividade da presunção de violência (p. 6). Sustenta que a “tentativa dissimulada” do legislador não é suficiente para estancar o debate, pois o judiciário deve adotar a interpretação mais racional e seguir o entendimento de que o exame deve ser caso a caso (p. 8). Reitera dizendo que o rótulo da norma não altera sua substância (p. 8)

Ainda que no caso se reafirme, mesmo diante da alteração legislativa, a possibilidade de decisão caso a caso o resultado da decisão é o desejado pelos formuladores da norma. Sob a justificativa que decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não consistem Direito, mas sim arbitrariedade, defende-se o esforço de uniformização da jurisprudência (p. 9). Assim,

como se identifica que a jurisprudência do STF considerava a antiga norma presunção absoluta – independente do consentimento (p. 15), considera que o consentimento também não importa à incidência do novo tipo.

iii. Habeas Corpus nº 73662-9/1996

O terceiro caso observado (BRASIL, 1996) é um Habeas Corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que um rapaz se relacionara sexualmente com garota menor de 14 anos. Os fatos são anteriores à reforma do Código. Segundo o réu, a vítima se passara por pessoa com idade superior à 14 anos e consentira na relação, ao passo que o rapaz, à época com 24 anos, acreditava que a garota tinha 16 anos (p. 3). O voto vencedor destaca que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima tem enorme importância e no caso a vítima afirmou que saíra de motocicleta com o paciente para local deserto onde pudessem trocar beijos e carícias, indicando, inclusive, que o mesmo já fizera com um dos amigos do réu, dentre outros rapazes (p. 6). Relata que, em depoimento, a vítima teria dito que só tinha medo da reação do pai diante de sua sexualidade, declarando não ter medo de contrair AIDS ou engravidar, justificando que caso isso ocorresse criaria normalmente o filho (p. 7). Os votos vencedores sustentam que não há como deixar de reconhecer como o comportamento e os meios de comunicação vêm mudando de modo a fazer florescer a sexualidade mais cedo (pp. 7 a 8). Passados 50 anos desde a edição do Código Penal não seria possível considerar que a situação que a norma se destina a enfrentar teria se manifestado no caso (p. 8). Afirmam que as moças com 12 anos já estão precocemente amadurecidas, já contando com discernimento para reagir, ainda que não reajam da melhor maneira possível diante das conseqüências que seus atos podem levar (p. 8). Nesse sentido, a legislação envelhece e não pode ser enrijecida acompanhando a evolução dos costumes, flexibilizando o ângulo literal (p. 9). Afirmam, ademais, que o argumento da segurança, quando transformado em sofisma, serve ao despotismo dos “arquiconservadores de plantão” (p. 9).

Vale destacar que os votos vencedores adotam mais de uma linha argumentativas. A primeira é centrada conduta típica e na presunção: Se a violência é necessária ao tipo, a relatividade da presunção permitira prova em contrário, que, uma vez presente, implicaria a ausência de um dos elementos essenciais da conduta típica. Nesse sentido, conclui que presunção não é absoluta e cede às circunstâncias do caso, como já foi apontado (p. 11) A segunda, no entanto, é menos destacada no voto e discute o elemento subjetivo. Sustenta que quando o agente está convencido de que a vítima é maior de 14 anos não existe crime, pois está ausente o dolo (p.

10). A terceira, paralela às outras duas, faz uma análise consequencialista, afirmando, por exemplo, que condenação do paciente por fato que ocorrera há cinco anos prejudicaria sua família, dado que hoje está casado e tem filhos (p. 11). Mais uma vez, argumenta-se pela necessidade de reconhecimento pelo judiciário dos contextos sociais. Afirmam que fosse considerada apenas a idade dos envolvidos a conclusão seria automática (p. 13), mas que houve exercício, ainda que precoce, da liberdade sexual, o que não é fenômeno raro no século XXI (p. 14), atentando, em sede consequencialista, para o perigo de fixar uma tese jurídica rígida. Tal tese, que se reduz ao critério numérico da idade, implicaria, por exemplo, classificar como crime hediondo a relação entre uma jovem que as vésperas de completar 14 anos exerce sua liberdade sexual com um jovem de quem gosta, que acabara de completar 18 anos (p. 15).

No plano dos valores protegidos pela norma, afirmam que a fraude, a manipulação e a mentira para obtenção de sexo com uma menor, tal como uma promessa falsa de casamento, seriam sim reprováveis, pois manipulam o exercício da liberdade sexual (p. 16). Nesse sentido, o jovem era operário, tão simples quanto a vítima, diferindo dela apenas na idade, não havendo qualquer relação hierárquica ou de dominação entre eles que permitisse manipulação (p. 17).

No que tange os votos que divergiram dos votos vencedores, destacou-se que, ainda que a puberdade e o instinto sexual tomem conta de seu corpo, não se pode dizer que uma criança de 12 anos tenha capacidade suficiente para consentir, sendo precária sua capacidade de resistir e por isso a lei teria instituído a presunção (p. 23). Nessa visão, as declarações sobre a ausência de medo de engravidar ou contrair doenças são indício de clara imaturidade, o que demonstraria como seus instintos sexuais prevaleceram sobre sua capacidade de decidir (p. 24). A perícia psicológica é mobilizada aqui, pois atestou “comportamento instável, narcisismo e exibicionismo, bem como fantasias no campo sexual, apresentando perturbação emocional” (p. 36). Ademais, refuta-se o argumento da ausência de dolo afirmando que o agente tinha condições de imaginar que talvez a vítima fosse menor de 14 anos, de forma que agira com dolo eventual (p. 37).

iv. Revisão Criminal nº 263.684-3/0-00

O quarto caso consiste (SÃO PAULO, 2000) numa Revisão Criminal analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Os fatos são anteriores à reforma do Código. No caso, a vítima era namorada do réu à época dos fatos e consentiu em manter com ele relações sexuais. A vítima confirmara a versão do namorado dizendo que dispôs de seu corpo livremente (p. 2). Os votos

vencedores decidiram pela condenação. Argumentam que o que se buscava na defesa é que se ignorasse a literalidade do artigo 224, “a” do Código Penal, sob alegação de que o dispositivo é anacrônico, o que não pode ser feito até que o próprio legislativo retire a norma do ordenamento (p. 3). Concluem, portanto, que anuência não descaracteriza o estupro com violência presumida (p. 5) e que decidir o contrário seria negar vigência ao Código (p. 6).

O voto vencido, por sua vez, faz longa argumentação no sentido contrário. Afirma que a severidade e rigor da pena de estupro não se compatibilizam com o caso, especialmente porque o peticionário tinha 19 anos, sendo relativamente menor (p. 7). Argumenta que os dois namoravam, e que na expressão da ofendida “fizeram amor”, tendo voltado a namorar após a intervenção da mãe, sete meses depois, data em que mais uma vez se relacionaram sexualmente com consentimento mútuo (p. 8). Diante de tais fatos afirma não fazer sentido condenar o réu a seis anos de reclusão em regime integralmente fechado (p. 8). Sustenta que a dezarrazoabilidade da aplicação é questão mais jurídica que sociológica (p. 8). Isso porque o art. 5º da CF, em seu inciso LIV, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal (p. 8). Como o devido processo legal deriva do common law e, em tal tradição, não é um conceito apenas processual, tendo uma dimensão substantiva defende que o processo legislativo nacional também a ele se submete (p. 9). Esse devido processo legal substantivo imporia que as leis sejam razoáveis e se adaptem ao respeito aos Direitos e liberdades individuais (p. 9). Afirma que tal lógica foi incorporada pelo ordenamento nacional na LCP 95/98, que afirma que eventual inexatidão formal da norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para seu descumprimento. Diante de tal norma conclui que a inexatidão material, a contrario sensu, é que constitui tal escusa. Afirma, ainda que o decreto que regulamenta tal lei afirma, em seu artigo 9º, que o legislador deve compatibilizar as penas previstas com o ordenamento penal como um todo (p. 10). Assim, sustenta que o magistrado pode adequar a legislação aos limites impostos pelas Constituições sem que isso implique interferência na função legislativa (p. 12). Afirma que as normas promovidas pelos movimentos sociais são feitas às pressas sem imaginar situações como a dos autos, como foi o caso da Lei de Crimes Hediondos (p. 13). Diante de tais situações complexas, conclui que o magistrado deve atuar para evitar conseqüências indesejáveis da aplicação de tais normas. Sustenta que se o réu tivesse tirado a vida da vítima receberia os mesmos 6 anos de reclusão mas poderia ter regimes de cumprimento de pena melhores, em virtude da Lei de Crimes Hediondos (p. 14). Assim, pondera que não é razoável que nenhum dos dois seja apenado, sobretudo com uma pena de

tal gravidade, que pode acabar com uma vida (p. 16). Também na esteira da razoabilidade, aponta que a situação não produziu dano nenhum para exigir consequência jurídica. O único efeito sobre a vida da garota seria o defloramento, que só pode ser considerado um dano sob os dogmas morais dos anos 50, que subestimavam o livre arbítrio e a inteligência da mulher (p. 16). Afirma, ainda, que o rompimento do hímen é natural e acontece de qualquer forma e vê-lo como um dano é resgatar a tradição de valorização da virgindade, dogma da época em que a mulher não concorria no mercado de trabalho e só poderia ascender socialmente através do casamento. Esse contexto machista as obrigava a preservarem o hímen, pois os homens faziam questão de “ser o primeiro”, de forma que o rompimento significaria um dano social aos olhos da sociedade patriarcal (pp. 17 – 18). Conclui que atualmente os avanços dos métodos contraceptivos e a valorização da mulher como ser humano têm mudado tal realidade, de tal sorte que países como Portugal, Espanha e Argentina tenham reduzido a idade de presunção para 12 anos, ao passo que o Código nacional tenha se mantido inalterado (p. 18).

v. Apelação Criminal nº 70064199763

O quinto e último caso (RIO GRANDE DO SUL, 2015) trata de fatos posteriores à reforma da lei. Os envolvidos eram ambos jovens, com pouca diferença de idade: um de 21 e outro de 14 anos. Conheceram-se, pois a garota, menor, era vizinha da avó da namorada do rapaz à época. A corte afirma relativizar a presunção de vulnerabilidade, embora a norma não mais a mencione, especialmente diante do fato de que a adolescente não sofreu nenhum constrangimento físico ou psíquico, inclusive de acordo com a perícia (p. 1). Afirma que a menina cedeu a seu próprio desejo e curiosidade sexual, inerentes às transformações hormonais da idade (p. 1). Sustenta não poder aplicar a letra fria da lei (p. 1). Afirma, ainda que sempre que chamada a depor afirmou consentimento, e a percepção dos parentes sobre o caráter não consentido se explica pela vergonha e constrangimento da exposição da sua experiência íntima (p. 12). Destaca que a garota encontrou com o jovem mais de uma vez, mesmo sabendo que ele tinha namorada, não sendo possível dizer que ela não compreendia a situação (p. 14). Conclui que o Código não evoluiu com os comportamentos da sociedade e que, mesmo após a reforma de 2009, o Código está em contradição com o ECA, em seu artigo 2º, que considera criança pessoa com até 12 anos de idade. Destaca que a reforma do Código não pode sepultar a discussão passada da jurisprudência sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção (p. 15).

vi. Comparações

Os casos apresentados oferecem contraste e variedade suficientes para algumas conclusões. Podemos sintetizá-los da seguinte forma:

Caso	Tribunal	Data	Papel da idade na norma	Argumento (Vencedor)	Conclusão (Vencedora)
Habeas Corpus nº 73662-9	STF	1996	Hipótese de presunção da violência	A norma deve ser interpretada conforme o contexto do caso	Absolvição
Revisão Criminal nº 263.684-3/0-00	TJSP	2000	Hipótese de presunção da violência	A norma deve ser aplicada literalmente	Condenação
Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634	STJ	2011	Hipótese de presunção da violência	A norma deve ser interpretada conforme o contexto do caso	Absolvição
Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.515.834	STJ	2015	Núcleo do tipo	A norma deve ser interpretada conforme o contexto do caso	Condenação
Apelação Criminal nº 70064199763	TJRS	2015	Núcleo do tipo	A norma deve ser interpretada conforme o contexto do caso	Absolvição

Na tabela é indicado qual legislação vigia à época dos fatos na coluna do papel da idade. Antes da reforma a idade tinha a função de atrair uma presunção, ao passo que após a reforma passou a integrar o núcleo do tipo. Além disso, é indicado qual é o argumento, do ponto de vista da interpretação da norma, invocado pelo voto vencedor. Por fim, é indicado qual o resultado prático da decisão.

Em primeiro lugar, observa-se que já antes da norma, como ilustrado pela Revisão Criminal nº 263.684-3/0-00, havia possibilidade do judiciário considerar que a aplicação literal da lei, em respeito à separação de poderes, impunha o caráter absoluto da presunção. Por outro lado, a reforma também não significou o fim do debate jurisprudencial sobre a relativização da presunção, tampouco convenceu o judiciário de que deveria, como queria o legislador, se abster de qualquer atividade criativa. Mesmo no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.515.834, que conclui pela condenação, afirma-se que o judiciário pode analisar cada caso, adotando como razão de decidir não a letra da nova lei, mas a coerência com a jurisprudência do STF. A leitura dos dois casos em conjunto com o contexto da reforma demonstram que, embora o caráter fechado da norma, intentado pelo legislador no desejo de acabar com a

análise casuística, não há garantia, nem de que a norma aberta impeça a aplicação literal, nem que a forma fechada a torne obrigatória. Da mesma forma, o contraste entre a Revisão Criminal nº 263.684-3/0-00 e a Apelação Criminal nº 70064199763 mostra que a reforma não garantiu que o desfecho de qualquer caso fosse necessariamente a condenação.

Por fim, vale observar a argumentação traçada em todos os casos. Um ângulo possível de observação da polêmica gerada pelos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634, em conjunto com a argumentação dos casos, é o ângulo da justificativa. Embora conceitos jurídicos fossem mobilizados em interpretações igualmente possíveis, a escolha entre essas interpretações não era aleatória, era baseada na sua conexão com valores e objetivos políticos e sociais. Com exceção da interpretação literal e do argumento da coerência jurisprudencial, cujas justificativas políticas foram a segurança jurídica e a separação de poderes, todo o debate foi travado sobre a justificativa da escolha de uma interpretação. A justificativa foi, inclusive, mais relevante que os resultados práticos específicos do caso: pouco se discutiu sobre a possibilidade de reincidência ou criação de incentivos pelo resultado. Tanto isso é verdade que o foco da mídia foi sobre a prostituição de menores, sendo que a conclusão jurídica do caso, como tentou salientar o STJ não versou sobre esse assunto. Essa dinâmica ilustra como o controle democrático das decisões é possível. Uma justificativa com implicações discriminatórias é prontamente rejeitada e posta em cheque, obrigando o tribunal a rever esta justificativa se quiser manter suas escolhas interpretativas.

Os casos também ilustram o peso da separação dos poderes sobre nosso processo legislativo. O ímpeto imediato do processo legislativo é tentar, em vão, limitar o espaço de criatividade jurisdicional, sendo que talvez apontar, quando da edição da norma, justificativas politicamente consistentes e os resultados que se deseja alcançar fosse mais proveitoso. Esse é o ponto central da crise contemporânea da separação dos poderes. O contexto social atual já não vê mais o judiciário como um mero aplicador, mas sim como mais uma dimensão da esfera pública. Se as justificativas para as normas em termos gerais são discutidas no processo legislativo o processo judicial é o momento de discussão se tais justificativas são consistentes com sua aplicação na realidade. A norma geral não pode antever todas as particularidades possíveis dos casos práticos. Por isso a justificativa de sua existência é testada na arena judicial. Tanto os operadores do Direito quanto a sociedade civil se mobilizam em torno de tal teste, como se notou no caso. Além de ser uma tarefa de difícil execução, a extinção da criatividade jurisdicional excluiria uma oportunidade politicamente valiosa de se rediscutir as

justificativas das normas diante de informações não disponíveis quando da sua edição. Essa dimensão política da aplicação não destrói o processo legislativo, mas muito pelo contrário o complementa e o torna mais responsivo. Essa conclusão é sobretudo forte em nosso sistema, que é tão pobre em justificção pelo poder legislativo. Se o legislativo tem a como força seu caráter representativo, a aplicação da norma tem como força sua obrigação de justificção pública que permite uma crítica mais profunda – tal qual se verificou nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634 – do que a simples análise de resultados produzidos ao fim de um processo. O contraste dessa percepção com a separação de poderes tradicional pode ser sintetizado da seguinte forma:

Separção dos poderes tradicional		Separção dos poderes pós-formalista	
Papel	Função	Papel	Função
Produção Legislativa	Político Legislar representando o povo	Político	Materializar o debate sobre o conteúdo da norma geral.
Veto Executivo	Político Controlar o poder legislativo	Político	Materializar o debate sobre o conteúdo da norma geral.
Aplicação Judicial	Jurídico Subsumir a norma ao fato	Político	Materializar o debate sobre a consistência das justificativas produzidas nos debates anteriores diante dos casos concretos.

A tabela tem como ponto de vista a estrutura geral de produção das leis, em sentido estrito, desde o processo legislativo até o momento de sua aplicação pelo judiciário. Ao contrário da visão tradicional, para posição que chamamos aqui de pós-formalista em cada uma das etapas há uma arena de discussão da consistência das justificativas apresentadas perante do debate público. Se no momento da produção legislativa e do veto executivo se cobra a justificativa de escolha do conteúdo geral da norma, no processo judicial se verifica a adequação dessa justificativa aos efeitos da norma na prática. Em suma, a tabela busca evidenciar que não há correlação necessária entre a abertura da norma e a forma de decidir do judiciário. O contexto dos casos complementa a análise apontando as possibilidades de controle da atividade judicial pela justificativa. O ponto pode ser ilustrado com uma alegoria da relação entre professores e alunos: Não importa como as questões da prova são feitas, o professor

sempre terá alguma margem de criatividade na sua correção. O que realmente controla a correção da prova não é a estrutura ou abertura da questão, mas a exigência de que ele motive por quais razões considerou uma resposta certa ou errada. Da mesma forma, não importa como as normas são desenhadas, o juiz sempre terá abertura para interpretá-las. O controle de sua atividade só pode se dar pela exigência de que justifique suas escolhas interpretativas.

Interessante notar, por fim, que a discussão travada no STJ sobre a interpretação da antiga norma será travada novamente para a nova norma, apesar de essa ser supostamente mais clara. Em decisão recente o STJ considerou o Recurso Especial N° 1.480.881 como representativo de recursos repetitivos em que se discute "se a aquiescência da vítima menor de catorze anos possui relevância jurídico-penal a afastar a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009 – estupro de vulnerável" (BRASIL, 2015, p. 1).

5. Conclusões

Encerramos o presente artigo reiterando, em síntese, que:

- a) A teoria tradicional da separação de poderes está implícita na criação e na aplicação do Direito que visa limitar a criatividade jurisdicional;
- b) Ela tem um impacto importante sobre o papel político do Direito, sem garantir necessariamente os resultados de segurança e previsibilidade pretendidos;
- c) Ela é uma escolha dentre diversos modelos institucionais possíveis;
- d) Alternativas a ela, e seu conseqüente desejo de controlar a incerteza da aplicação do Direito, são modelos que aceitem o processo atual de reconhecimento do papel político do judiciário com a utilização de seu potencial na esfera pública.

6. Bibliografia

BRASIL, Câmara dos Deputados **Parecer do relator, pela CPMI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, À Emenda Substitutiva Global De Plenário nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.850 de 2005.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A809F1C78A2570D3514828A54B7981D7.proposicoesWeb1?codteor=564750&filename=Tramitacao-PL+4850/2005> (Acesso em julho de 2015).

BRASIL, Congresso Nacional. **Nota de Repúdio.** 2012 Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=104782&tp=1>> (Acesso em julho de 2015).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.515.834**, 2015, Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> (Acesso em Julho de 2015).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.021.634-SP**, 2012, Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> (Acesso em Julho de

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.480.881-PI**, 2015, Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=44235421&formato=PDF>> (Acesso em Julho de 2015).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 73662-9**, 1996, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> (Acesso em Julho de 2015).

DUTTON, Denis. **The Art Instinct: Beauty, pleasure and human evolution.** New York: Bloomsbury Press, 2009.

EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew D. *Quantitative approaches to empirical legal research* In: CANE, Peter. KRITZER, Herbert M. **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO, **Acusado de estuprar prostitutas menores é inocentado no STJ.** 27 mar. 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/03/1068097-acusado-de-estuprar-prostitutas-menores-e-inocentado-no-stj.shtml>> (Acesso em Julho de 2015)

GRECO, Alessandra Orcesi P. RASSI, João D. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

KINSEY, Alfred C. CLYDE, Martin E. WARDELL, Pomeroy B. GEBHARD, Paul H. **Conduta Sexual da Mulher**. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1954.

LAUMANN, Edward O. GAGNON, John H. MICHAEL, Robert T. MICHAELS, Stuart. **The Social Organization of Sexuality: Sexual Practices in the United States**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

LIPSKY, Micheal. **Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services**. New York: Russell Sage Foundation. 1980.

MIGALHAS, Editorial Migalhas comenta decisão do STJ sobre estupro de menores. 10 abr. 2012. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI153347,41046-Editorial+Migalhas+comenta+decisao+do+STJ+sobre+estupro+de+menores>> (Acesso em Julho de 2015)

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Sexo com menor pode não ser estupro**. 27 mar. 2012. Disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,sexo-com-menor-pode-nao-ser-estupro,854165>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **Decisão de CPI aprova nota repúdio à decisão do STJ sobre estupro de menor**. 29 mar. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/cpi-aprova-repudio-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menor.html>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **Decisão do STJ sobre estupro de menores foi inválida decide tribunal**. 9 ago. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/08/decisao-do-stj-sobre-estupro-de-menores-foi-invalida-decide-tribunal.html>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **Decisão sobre estupro de menor não institucionaliza prostituição diz STJ**. 4 abr. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/decisao-sobre-estupro-de-menor-nao-institucionaliza-prostituicao-diz-stj.html>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **Escritório da ONU critica decisão do STJ sobre estupro de crianças**. 5 abr. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/escritorio-da-onu-critica-decisao-do-stj-sobre-estupro-de-criancas.html>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **Presidente do STJ diz que decisão sobre estupro pode ser revista**. 29 mar. 2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/presidente-do-stj-diz-que-decisao-sobre-estupro-pode-ser-revista-4444292>> (Acesso em Julho de 2015).

O GLOBO, **STJ absolve de estuprar garotas de programa de 12 anos**. 27 mar. 2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/stj-absolve-acusado-de-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos-4429222>> (Acesso em Julho de 2015).

PIRES, Álvaro P. *Amostragem e pesquisa qualitativa, ensaio teórico e metodológico* In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Criminal nº 70064199763, 2015, Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>> (Acesso em Julho de 2015).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para um crítica do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Madrid: Thomson Civitas, 1997.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Revisão Criminal nº 263.684-3/0-00/, 2000, Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>> (Acesso em Julho de 2015).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

WEBLEY, Lisa. *Quantitative approaches to empirical legal research* In: CANE, Peter. KRITZER, Herbert M. **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WEEKS, Jeffrey. **Sexuality**. New York: Routledge, 1995.