

Fabíola Maria de Lima e Silva

**Para inocentar Capitu: A crônica de uma
trajetória processual**

Brasília
2010.

Fabíola Maria de Lima e Silva

**Para inocentar Capitu: A crônica de uma
trajetória processual**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Luiz Patury.

Brasília
2010.

Para minha família

Cléo e Tomaz, meus pais, por permitirem asas a meus sonhos

João e Júnior, meus irmãos, pela musicalidade em minha vida

Agradeço

a Nosso Pai e Nossa Senhora, que me protegem nessa caminhada.

Ao meu orientador Professor Patury, por ajudar a transformar minhas idéias em uma monografia. E pelos tantos litros de café que tomamos nos bancos e nas calçadas do Ceub, enquanto conversávamos sobre este trabalho.

À Dra. Ana, Terezinha e Suely.

A todos meus amigos que ouviram este caso.

RESUMO

A presunção de violência, agora chamada vulnerabilidade adota como parâmetro um critério frágil: a idade da vítima. Afirmar que jovens com 12 ou 13 anos não têm consciência sobre sua própria sexualidade vai de encontro com aquilo que se observa nos dias de hoje. É por este motivo que a jurisprudência fez uma adequação ao significado do conceito, que visa proteger a liberdade sexual, para considerá-lo relativo. Desta forma, somente na análise de cada caso é que se pode verificar a ocorrência ou não da tipicidade material, se houve de fato uma afronta ao bem jurídico tutelado. Este é um relato sobre a manufatura de uma decisão judicial e as diversas linguagens que estiveram presentes para formar a convicção do magistrado. Partindo de um contato distanciado, está apresentada uma análise do Direito sob diferentes perspectivas. Dentre elas, mereceu destaque a presença do senso comum e a análise do discurso da decisões.

Palavras chaves: Relativismo, senso comum, romance em cadeia.

SUMÁRIO

Apresentação.....	2
1. O estranhamento.....	5
2. A inocência sob a ótica da Lei.....	8
2.1 As estruturas do sistema.....	14
3. Os recortes do discurso.....	18
4. Um romance em cadeia.....	27
5. A busca pelo senso comum.....	30
5.1 A crônica de uma trajetória processual.....	33
6. Epílogo.....	40
Referências.....	43

Apresentação

Este é um trabalho em que está proposta uma reflexão sobre a aplicação da Lei ao caso concreto, um retrato sobre como juízes e desembargadores decidem quando estão diante de casos peculiares. Este é um estudo de caso sobre uma moça sentenciada por atentado violento ao pudor combinado com a presunção de violência.

Dos autos n. 2005.01.1.009673-8 foi interposta apelação. A juíza com quem trabalho estava convocada para a segunda instância, foi designada revisora desse caso e era minha função fazer o voto. Na capa do processo tinha escrito a lápis: artigos 224 e 214. Isso significa que a vítima é menor de 14 anos, e por isso não teria ainda a consciência sobre sua própria sexualidade, motivo porque, ainda que não tenha ocorrido violência real, esta é presumida, pela condição de inocência da vítima. Não é fato comum. Seria, se um homem fosse o acusado e a vítima, uma menina. Começa-se a imaginar coisas, e a primeira imagem que me veio à mente não foi propriamente um garoto, mas um menino, um menininho e um mulherão, fazendo com ele uma série de atrocidades.

Enquanto eu escrevia este trabalho, veio à mente uma figura da literatura brasileira que muito intriga. Capitu, a menina com olhos de cigana oblíqua e dissimulada, a quem Bento se refere da seguinte forma:

Todo eu era olhos e coração, num coração que desta vez ia sair, com certeza pela boca afora. Não podia tirar os olhos daquela criatura de quatorze anos, alta, forte e cheia, apertada em um vestido de chita, meio desbotado. Os cabelos grossos, feitos em duas tranças, com as pontas atadas uma à outra, à moda do tempo, desciam-lhe pelas costas. Morena, olhos claros e grandes, nariz reto e comprido, tinha a boca fina e o queixo largo. As mãos, a despeito de alguns ofícios rudes, eram curadas com amor; não cheirava a sabões finos nem águas de toucador, mas com água do poço e sabão comum trazia-as sem mácula. Calçava sapatos de duraque, rasos e

velhos, a que ela mesma dera alguns pontos (ASSIS, 1998, P. 33).

Machado de Assis desenhou uma personagem, um enigma e lançou uma dúvida que permanece até hoje. O ponto de encontro entre o romance de Machado este caso é a atitude, o comportar-se de duas mulheres que as colocaram frente a tal questão: Inocentes ou culpadas do seu poder de sedução? Por isso, com a devida licença poética, refiro-me à acusada como Capitu, e Bento, à vítima. Este é, portanto, o “caso Capitu”.

Apresento como primeiro capítulo a reflexão sobre a distância de Carlo Ginzburg. O trabalho tem um excesso de pessoalidade, por que tratam de minhas reflexões, e da minha experiência como assessora e como este processo chamou minha atenção. Não foi somente por ser incomum. Mas porque a forma como ele foi decido, a confecção da sentença e dos votos, me causou um choque. Ver a lei se transformar em jurisdição.

No início, tudo era estranhamento. Uma prateleira repleta de processos cor-de-rosa, com dois, três, quatro volumes. É a cor que indica: dentro encontrarás estórias arrepiantes, assassinatos premeditados e ainda inexplicados, psicopatas incontrolados, maníacos sexuais, estupros, imagens de cadáveres estendidos ao longo de uma rodovia interestadual. Tudo digno de um conto de Edgar Allan Poe. Mas não. Tais estórias remetiam a fatos da vida real. E estavam ali, nas páginas de uma narrativa particular, dentro de um processo judicial. Estavam ali porque os protagonistas dessas histórias, ou as suas vítimas buscavam um desfecho diferente para a sentença que marcava o ponto final.

O caso “Capitu” me fez lembrar as decisões com base em princípios, como em Dworkin. O fato tinha um enquadramento perfeito na lei, e comando era pena: reclusão de 6 a 10 anos. Entretanto, a concessão feita ao juiz de ser um legislador segundo, esse nível de subordinação não foi a melhor forma de aplicar o direito. Era a legislação, e sua carga política de assegurar uma espécie de moralidade coletiva, em confronto com um direito individual.

Passada a fase do estranhamento, a análise segue da seguinte forma: primeiro apresento como o artigo 224 é tratado pela jurisprudência e o papel dela como elemento conformador. Depois utilizo as idéias de Rorty para ilustrar como o

senso comum é um elemento de relativização. Tem-se que o juiz recorre a outras argumentações para dar maior legitimidade à decisão. Neste caso, as opiniões de pessoas leigas foram relatos ponderados para se chegar à conclusão de que o garoto não tinha a inocência protegida pela lei. Há ainda a interpretação de Dworkin do Direito como romance em cadeia. A vitimologia entra na análise como uma possibilidade que pode ser adotada para interpretar a palavra da vítima. No final o caso é contado a partir de minha perspectiva, em forma de uma crônica.

1. O estranhamento

As ficções artísticas assim como as ficções jurídicas falam de realidade.

No primeiro ensaio que inicia uma série de nove reflexões sobre o distanciamento, Ginzburg (2001, p. 16) apresenta a idéia de que nossas práticas habituais levam ao automatismo. Não pensamos sobre o ato de segurar uma caneta, pois a primeira experiência, aquela que poderia sugerir algo de novidade se desfaz em suas infinitas repetições. “A vida passa, se anula. A automatização engole tudo. Coisas, roupas, a mulher, o medo da guerra”. A análise refere-se à arte como instrumento de estranhamento. Ao olhar uma obra de arte estaríamos diante daquilo que nos é familiar e que teria se tornado automático, mas sob uma nova perspectiva. Então, a nós, observadores, apresenta-se outra sensibilidade, um meio para reavivar nossa percepção.

Mas o que uma reflexão que parte da análise de obras de arte tem a ver com o Direito? Muita coisa. A automação, a repetição sem fim das atividades cotidianas também se observa na atividade jurisdicional. Isto é, o labor do juiz é analogamente automatizado pela repetição, assim como acontece com o ato de segurar uma caneta. São centenas de decisões e sentenças proferidas todos os meses. Torna-se, inevitavelmente, uma atividade automática. Tudo se torna familiar o bastante, fácil e compreensível. Cotidiano. Sem falar na pressa (na pressão) que a demanda impõe. Não há muito tempo para se debruçar sobre as questões, essas são muitas, muitas. A repetição, a proximidade do juiz com a sua atividade que faz com que aquilo não tenha nada de novo ou interessante para apresentar.

A auto educação moral requer, antes de mais nada, que se anulem as representações erradas, os postulados tidos como óbvios, os reconhecimentos que nossos hábitos perceptivos tornaram gastos e repetitivos. Para (bem) *ver* as coisas devemos, primeiramente, olhá-las como se não tivessem nenhum sentido (GINZBURG, 2001, p.22).

Ginzburg coloca que, no ensaio sobre canibais, Montaigne relata que três índios brasileiros levados à França foram questionados sobre o que mais os impressionara naquela sociedade até então desconhecida.

Primeiramente, que indivíduos adultos e armados (a guarda suíça) obedecessem a um menino (o rei da França) ao invés de escolherem um verdadeiro chefe

Em segundo lugar, espantou-lhes o fato de co-existirem homens cheios até o pescoço de todo o tipo de riquezas e outros (aos quais denominaram metade homens) mirrados pela fome e pela pobreza. Acharam estranho que essas metades necessitadas pudessem tolerar tal injustiça e não agarrassem os outros pelo colarinho, ou não tocassem fogo na casa deles. (GINZBURG, 2001, p. 29).

Essa situação é colocada para ilustrar a percepção que a distância é capaz de incitar e emerge daquilo que é ocultado pelo hábito e pela convenção. Um aparente desconhecimento. Aqueles índios brasileiros são estrangeiros, vivem de forma diversa dos cidadãos franceses. Mas foi a ignorância que os permitiu perceber além. A ingenuidade particular àqueles índios ilustra o estranhamento que paralelamente quero fazer observar neste trabalho. “Compreender menos, ser ingênuos, espantar-se, são reações que podem nos levar a enxergar mais, a aprender algo mais profundo, mais próximo da natureza” (Ginzburg, 2001, p. 29).

Por isso, as idéias sobre as quais me proponho a refletir muito falam sobre a distância. Esta que se apresenta em diversos níveis. A distância da lei positivada em relação aos fatos, a distância da jurisprudência em relação à lei, a distância do juiz em relação ao fato, a distância do processo, a distância inevitável que se faz presente com a síntese das palavras, o discurso distorcido pela distância. Fora o número sem fim de distâncias intrínsecas, há outra distância extrínseca da qual parte a análise. Trata-se da minha distância, do meu contato distanciado com o processo. Eu estava para o processo assim como os índios brasileiros estavam para a sociedade francesa. Foi essa distância quiçá ingênua a chave da porta de minhas idéias e que me permitiu o estranhamento. Fosse eu juíza com décadas de experiência não poderia ter franzido a testa ao ler o processo, tampouco poderia chegar às reflexões que fiz. Não teria o necessário distanciamento para olhar a jurisdição como a estranha novidade que se apresentava para mim. Seria eu apenas mais uma vez segurar a caneta pela milésima vez e a proferir mais uma decisão no contato insensível levado pela automação.

Eu poderia falar sobre a presunção de violência a partir dos próprios conceitos jurídicos, ou seja, dissertar sobre o tema desde a ótica do Direito. Creio que seja o esperado de uma monografia. Afinal passei 5 anos de graduação para aprender a manipular essa linguagem. Falar do Direito, nesse ponto particular usando a linguagem jurídica, apresentar uma questão controversa, uma problemática e diversos entendimentos sob o ponto de vista daqueles que estão imersos no universo do Direito. Metalinguagem. Não, não farei a usual metalinguagem. Usarei dela, mas em parte. Porque o que me chamou atenção e o que me instiga nesse momento somente poderá ser dito a partir de um olhar distanciado. Evidente, refiro-me sim à lei, ao artigo 224, à jurisprudência. Entretanto, vou um pouco além. Daí parte o que me parece uma reflexão sobre a atividade do juiz, sobre o Direito, e tudo o que aquele processo rosa e seus desdobramentos me fizeram refletir, porém de outras perspectivas.

2. A inocência sob a ótica da Lei

Ciência jurídica. Sistema lógico, estrutura hermeticamente fechada, guiada e explicada por suas próprias fontes e princípios. Como toda ciência que se preze está bem longe do senso comum. Trata-se de uma leitura mais tradicional sobre o Direito. Sistema que não se mistura com nenhum outro além de ter a condição de se auto-definir e solucionar por si só as incongruências que possam aparecer. Um enunciado normativo, contém (conteria), dessa forma, toda a estrutura em si pelo que se mantém(manteria) a coesão do sistema. Além disso, todo e qualquer conflito observado não seria mais que mera aparência porque o sistema tem os mecanismos para a resolução, o que dá a impressão de auto suficiência da legislação em alcançar o objetivo de regular os conflitos sociais. Mas (e esse é ponto central de toda a discussão), no que se refere à aplicação da lei ao caso concreto, há uma série de interferências que não estão positivadas e nem parecem, sob o ponto de vista do sistema, importantes para a resolução dos conflitos, apesar de fazerem parte da atividade jurisdicional. Digo isso porque em nenhum momento tive a visão, ou a visualização nos 4 anos e meio em que sou graduanda, de que a lei pudesse apresentar tamanhas distâncias do fato. Do fato concreto, este indubitavelmente inatingível, mas distante também da realidade a partir da qual um processo é construído. A jurisprudência ou a doutrina sempre davam um jeitinho. Tudo poderia ser captado, apreendido explicado, por fim digerido por aquele belíssimo sistema.

Não é mais de se aceitar como já o pretenderam os clássicos, uma idéia de sistema fechado (...) Observa-se que a idealização de um direito penal moderno, inserto que é em uma sociedade de risco, só pode ser entendida desde uma perspectiva do direito penal como um sistema aberto, bastante próprio da teoria funcional luhminiana. Em assim sendo, a dogmática penal e a construção do Direito pretendendo solucionar a problemática posta pelos tempos atuais impelem a uma observação jurídica em virtude de um sistema aberto, o que parece mais adequado. (SIVEIRA, 2008, p. 29)

Presunção de violência e seu lugar no sistema

A presunção de violência, ou como era chamada à época, violência ficta, é contemporânea do Código Penal de 1890 e foi inicialmente tratada da seguinte forma:

Art. 172: Presume-se cometido com **violência** qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos.

O Código de 1940 modificou a idade limite para a presunção de inocência, ao seguinte argumento: “*com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidencia de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais*” (Silveira, 2008, p. 217). No artigo 224 a presunção passou a ter o seguinte tratamento: Presume-se a violência, se a vítima não é maior de catorze anos.

O objetivo é proteger a criança ou o adolescente e resguardar a liberdade sexual para a qual ainda não despertou. Assim, sem saber que o contato tido com o outro era um ato sexual sequer poderia manifestar o seu dissentimento (Prado, 2002). Trata-se do instituto da *innocentia consilli*, ou seja, incapaz de saber do que estava fazendo, não há que se falar em escolha, arbítrio por parte da vítima. A violência não é real, ao contrário, quando da aplicação da *innocentia consilli*, o ato sexual não é permitido por um ato de vontade consciente, mas pela impossibilidade de auto determinação do indivíduo quanto sua sexualidade. O outro, conhecedor dessa inocência, aproveita-se e nesse aproveitar está a bruta violência de impor sua vontade contra quem sequer tem discernimento para resistir.

Os crimes sexuais têm como bem jurídico tutelado a auto determinação sexual. Apesar de todo ato sexual conter um grau de violência, a criminalização significa, portanto, um dissenso entre as pessoas envolvidas. Deve haver uma resistência por parte da vítima no sentido de demonstrar que não consente, independente do grau de violência aplicado. Se houver o consentimento da vítima, não haverá crime. Isso é bem óbvio porque a esfera da liberdade sexual do indivíduo não será atingida do que decorre que o ato de violência não merece reprimenda.

A legislação considera algumas situações nas quais os componentes da violência, (emprego de força resistida) não estão presentes, e ainda assim, o ato é

tido como violento. Para a legislação há atos que não necessitam de uso de violência real, sendo que a situação se torna violenta por equiparação.

O legislador entendeu por bem que, subjetivamente, deveria ser considerada presente a idéia de implemento de força, já que em determinados casos, a vítima poderia ter tolhida a capacidade de resistência, como se vítima de violência tivesse sido (SILVEIRA, 2008, p. 213).

A premissa desse posicionamento é que somente na impossibilidade de consentimento é que se poderia falar de violência. Entretanto, é preciso ter em mente que estamos tratando de uma realidade que não condiz com o mundo real, mas produz efeitos jurídicos, porque se atribui ao fato uma relevância jurídica. Trata-se de uma ficção. A violência resta caracterizada não por ter ocorrido, ou seja, a violência não é fato, mas torna-se fato, revestido de relevância jurídica, por uma condição: a de que o menor de 14 anos não pode oferecer resistência.

Os argumentos doutrinários (Nucci, 2005; Delmanto, 1998; Prado, 2000; Bittencourt, 2002) colocam a presunção de violência como conceito controverso que teve de passar por uma releitura jurisprudencial no sentido de considerá-la relativa e não absoluta. Isso é um dado. A apreensão da idéia de uma inocência da vítima é de plano objeto de re-interpretação pela doutrina e pela jurisprudência. É como se o fato fosse por diversas vezes assimilado, o que faz com que tenha diversas leituras, sobrepostas, primeiro pela lei, depois pela jurisprudência, o que torna complexa a tentativa de explicar a assimilação do fato pelo Direito.

Delmanto (2000) discorre sobre o tema apontando para a inconstitucionalidade em se considerar a presunção de violência um conceito absoluto por tratar-se de uma responsabilização objetiva, desprezando a responsabilidade subjetiva o que vai de encontro com o princípio de que sem culpa não há pena e apresenta os seguintes argumentos

- 1) pune-se com pena igual aquele que realmente utiliza violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito

2) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando-se como mulher feita, pode ter mentido a respeito.

Bittencourt (2004, p. 889) cita julgado do TJDFT nos seguintes termos:

O princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário, *juris et de jure*, são noções antitéticas. Assim, a constituição de 1998 não recepcionou a presunção *juris et de jure* para a exegese do artigo 224, a, do CP. Violência ficta haverá, sim, quando a vítima na faixa etária cogitada, for mesmo incapaz de consentir. Muitas vezes essa presunção exsurge nítida, preto no branco, por exemplo, em relação a uma vítima de dez ou onze anos. Todavia, há uma área cinzenta, em que não se pode desconsiderar a prova favorável ao acusado

Nucci (2005) coloca como ponto relevante para debate que não seria razoável a hipótese do artigo 224 não comportar prova em contrário. Cita, para tanto, o exemplo de uma menina de 13 anos, prostituída, que teria tido inúmeras relações sexuais não poderia ser considerada incapaz de dar seu consentimento. Mas coloca que a presunção deve ser considerada absoluta, salvo raras exceções. Em suas próprias palavras:

Não se está defendendo a possibilidade de tornar relativa a presunção de inimputabilidade do menor de 18 anos, pois para incriminar, não se pode utilizar instrumentos de equidade, embora, para descriminalizar, como é o caso 224, seja possível. Ressaltemos, outrossim, que não há incompatibilidade em buscar uma solução mista, diante da importância e delicadeza que o caso requer: Como parâmetro geral, não devem os juizes imergir na produção de provas acerca da honestidade da vítima, e sua capacidade de consentimento, caso sejam menores de 14 anos, pois a presunção é, por via de regra, absoluta, não aceitando prova em contrário. É o que se pode sustentar para evitar a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se com isso a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente, que a constituição buscou assegurar (art. 227, § 4º). Dessa forma não se admite a discussão da capacidade de consentimento da ofendida. Seria ilógico debater nos autos a honestidade de uma menina de nove anos de idade...Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera da criança e alcançando o estágio de adolescente (maior de 12 anos), cremos possível discutir a respeito da sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois, a presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos, relativa para situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos. (NUCCI, 2005, p 810)

Prado (2002) conta que em 1890, quando prevista pela primeira vez a presunção de violência na legislação brasileira, a doutrina brasileira inclinava-se por reconhecer, no caso, a presunção *juris et de jure* citando como adeptos a esse entendimento Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Nélon Hungria, João Vieira, Bento Faria, Paulo Teixeira e Macedo Soares. Quando da vigência do código de 1940, alguns doutrinadores continuaram a manter esse posicionamento, ainda que a vítima consentisse com o ato, tendo o entendimento se transformado para considerá-la relativa.

Argumentou nesse sentido Hungria que a melhor prova da alteração foi a supressão, por parte da Comissão revisora do projeto Alcântara Machado, da expressão “não se admitindo prova em contrário”, inserta na referida norma. Entende-se que, se o legislador adotou a presunção relativa nas hipóteses inseridas nas alíneas b e c, não seria de boa técnica não se admitir esse entendimento também na alínea a (PRADO, 2002, p. 269)

Para Prado, as transformações da realidade social tendentes a colocar o sexo como um assunto falado com mais abertura perante as crianças e os adolescentes é um fato que torna impossível afirmar que um adolescente com menos de 14 anos não tenha qualquer conhecimento quanto à sexualidade.

Estabelecer um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual (PRADO, 2002, p. 270)

Como se vê, a doutrina e a jurisprudência transformam a leitura do artigo 224, modificando o sentido de sua literalidade para uma melhor adaptação ao mundo dos fatos. Essa releitura leva à conclusão de que a presunção de violência e a aplicação da lei ao caso concreto estão ligadas a questões que transitam fora do universo jurídico (em alguns casos contrastando com elas) se esse é entendido como um sistema de auto regulação. Pode-se também concluir que a redação do artigo remete ou é justificada no momento da elaboração do Código, ou seja, refere-se mais ao aspecto político, que influencia o legislador. Este fator representa uma distância e uma desconstrução da visão sistêmica apreendida no curso de direito. Aqui se apresenta a primeira distância. Distância entre a lei, no momento da sua confecção, os motivos e motivações que orientam o legislador, e a forma como esta será interpretada pelos juízes.

Diz-se, aqui, do diferencial existente entre criminalização primária e secundária. A primeira diz respeito à elaboração das leis em esfera legislativa, ao passo que a segunda, à ação punitiva atinente a pessoas, realizada em termos jurídicos executórios (SILVEIRA, 2008, p. 32).

A função da jurisprudência é, nesse sentido, a de adequar a aplicação da lei e reduzir a distância entre os enunciados normativos e os fatos.

Poucos são os espaços penais onde o subjetivismo tem papel de tamanho destaque como no sexual. O Brasil ainda é regido por uma tipologia com lastro moralista bastante forte, elemento marcante dos anos 40 do século passado. É certo que isso foi, em grande medida, mitigado com a lei n. 11.106/05, pela qual, além de se retirar a menção restritiva de proteção à figura de mulher honesta, entre outras alterações, se extirparam as figuras da sedução e do rapto. Mesmo assim, é de se perceber que a realidade anterior tendia a implicar em inúmeras situações interpretativas, por meio das quais as lacunas, os tipos abertos, além de outras antinomias, acabam por propiciar, obrigatoriamente, um elevado grau de discricionariedade judicial, espelhada que é na própria construção da jurisprudência (SILVEIRA, 2008, p. 38)

Para Andreucci (apud SILVEIRA, 2008, p. 39)

A criação do direito pela jurisprudência defluiu não só em autorização legal, da imprecisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *La ragione dell'autorità* e a *autoria de La ragione*

No momento em que eu escrevia o meu projeto de monografia, o artigo 224 foi revogado pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Houve uma série de alterações no capítulo sobre os crimes sexuais.

Entretanto, ainda que o artigo tenha sido revogado, o distanciamento entre a lei e sua aplicação no caso concreto não foi reduzido. Isso porque, ao instituto da presunção de violência apenas foi atribuído uma nova denominação: estupro do vulnerável, passando ter a seguinte redação:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

Como é possível notar, não houve um avanço substantivo na legislação quanto a este ponto. A pena foi inclusive majorada. O legislador não refletiu sobre as

variações de condutas que podem estar contidas na expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Um beijo forçado, em uma pessoa menor de 14 anos, e a prática de sexo oral são violências que se enquadram na expressão. Entretanto, são condutas muito distintas, motivo porque não merecem o mesmo tratamento. Além disso, a idade continua sendo o critério elegido pela lei a fim de se constatar a antiga *innocentia consilli*, agora chamada de vulnerabilidade.

Por isso, proponho-me refletir sobre uma estrutura, um modelo que é incompatível com a aplicação no caso concreto. Estrutura essa que se mantém inalterada apesar das mudanças na legislação.

2.1 As estruturas do sistema

É importante de tecer algumas considerações quanto à tipicidade pela qual o tipo penal sintetiza a forma como o sistema jurídico capta a antijuridicidade dos fatos e os insere dentro do sistema normativo. Ademais (e esse é outro ponto central na discussão), o critério usado pelo código representa mais uma distância. Esse critério é a idade.

Há uma grande preocupação no que concerne à estrutura dos crimes sexuais, além do próprio bem jurídico protegido, que é a liberdade sexual. Nos tipos penais envolvendo as condutas de ordem sexual há uma tendência, como é o caso do crime de atentado violento ao pudor, de que sejam feitos na modalidade aberta, ou seja, o tipo penal não é detalhado o suficiente, o que acaba gerando uma situação de insegurança jurídica. A descrição do tipo foi tema de reflexão no momento da análise do caso Capitu. Isto porque, são tantas as possibilidades fáticas, com tal variação de relevância jurídica que se torna difícil aceitar que condutas tão diversas tenham a mesma pena e sejam inseridos em uma única conduta típica. Ou seja, o termo *ato libidinoso diverso da conjunção carnal* abarca atos que podem ser praticados com alto grau de violência como, por exemplo, o sexo anal, e outros, como passar as mãos nas nádegas de uma mulher.

Aquilo que é considerado injusto quanto ao que envolve a sexualidade, o tipo penal decorrente, teve pequena mudança conceitual desde quando essa questão passou a ser objeto de debate no meio acadêmico (Silveira, 2008). Além disso, os

crimes sexuais foram positivados no Código sob a influência direta de ideais religiosos e morais de cada época histórica. O resultado disso é uma variação de tipos abertos e fechados. Por exemplo, o crime de estupro possui um detalhamento tão específico quanto aos seus elementos, que uma vez presentes, torna-se inconfundível com outra figura ou outro ato. Inclusive os agentes ativos e passivos estão delimitados. De forma diferente, a descrição do crime de atentado violento ao pudor é tão abrangente que engloba várias possibilidades fáticas.

O tipo penal nada mais é que descrições de atos cuja prática é proibida. A discussão gira em torno da criação e da descrição desse ato, que pode ocorrer basicamente de duas formas. Primeiro, pode haver uma descrição completa do tipo sem possibilidade interpretativa quanto à sua incidência. São os tipos fechados. Segundo, pode-se descrever o tipo penal apenas de modo a dar contorno a uma situação de forma que várias condutas possam ser nele enquadradas. Assim, fica ao encargo do magistrado dar substância, preencher o tipo, sendo sua tarefa interpretativa verificar a ocorrência ou não de um ato ilícito.

O tipo penal fechado é mais condizente com o princípio da legalidade, porque a vontade do legislador é expressa de forma completa sem espaço para maiores digressões interpretativas ou até mesmo que magistrado realize um trabalho legislativo, o que não lhe compete. Todavia, por mais detalhado que seja o tipo de um crime sexual, eles representam uma exceção a essa regra. Isto porque, impossível afastar o conjunto de valores morais quando se analisa um fato a fim de auferir a ocorrência ou não de um crime sexual. Como bem asseverou Silveira (2008, p. 306):

idéias como as antigas definições de mulher honesta ou as ainda presentes de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou casa destinada a encontros para fins libidinosos ou, mesmo, simples ato obsceno estão, assim, perigosamente presentes na realidade penal nacional. Se isso era válido em termos de uma sociedade dos anos 40 do século passado, onde as variações da moralidade eram minimamente percebidas, o mesmo não se dá nos tempos modernos

Questiona-se, por outro lado, se uma tipicidade fechada de fato traria segurança jurídica, apesar de parecer certa a premissa de que não se pode deixar todo o trabalho de preenchimento do tipo para o intérprete. A limitação da

capacidade de interpretação é necessária sob pena de se ter configurado um verdadeiro não-tipo ante a indeterminação dos elementos do injusto.

Os tipos penais abertos conduzem a uma situação de insegurança jurídica; podem se desprovidos de resultados materiais, ou ainda conduzirem a um julgamento que está em conformidade com a lei, apesar de contrário ao sistema jurídico. O caso *Capitu* abarca uma situação que, se analisadas ao pé da letra (da lei), de fato configura atentado violento ao pudor, uma vez que ocorreu um ato libidinoso diverso da conjunção carnal, cuja violência foi presumida em decorrência da idade da vítima.

Mas a questão ora posta é se o fato descrito na lei era antijurídico, se feriu algum bem jurídico tutelado, se sobre ele deveria recair os efeitos da lei. É exatamente pelo fato do tipo ser aberto, que a análise deve ser feita levando-se em conta aspectos não jurídicos, mas intrinsecamente ligados à análise do caso concreto.

A presunção de violência está estruturada para que se considere que aqueles que têm menos de 14 anos como incapazes de autodeterminação sexual. É o positivismo jurídico somado a um arraigado moralismo das questões penais sexuais que servem de embasamento para a presunção de violência pautada por uma esfera quase sagrada em torno da questão principalmente quando se trata de possibilidade de abuso sexual infantil.

Ainda assim, a estipulação de uma idade como critério merece críticas. Isto porque, se trata de uma escolha que servirá de marco, de linha divisória. Após tal idade ocorre a possibilidade do indivíduo consentir com o ato. Antes dela, é de se ver a necessidade da aplicação do instituto da presunção de inocência. Um limite fixo para definir a presunção de violência, ainda que justificável do ponto de vista da técnica legislativa, não estaria em conformidade com o ordenamento jurídico tampouco com a razoabilidade. É de se ter em foco a avaliação de cada caso.

Em um caso concreto, a incidência da presunção de violência pode ocorrer, ou não, conforme a diretriz adotada pelo magistrado. Ou seja, ele pode se pautar na “letra da lei”, que tem a norma delimitada no sentido de que a vítima menor de 14 anos, possui a *innocencia consilli*. A lei não abre espaço para outra interpretação: a presunção de inocência seria absoluta, sem possibilidade de flexibilização. Por outro

lado, o juiz pode-se valer de uma construção doutrinária, de que essa presunção de violência não é absoluta. O ponto nevrálgico é a fragilidade do critério usado pelo código: a idade. Ora, não há como deixar de atentar para o fato de que um critério que se baseia unicamente na idade merece ser olhado com cautela, ainda que não sejam apresentados argumentos sobre mudanças e transformações sociais ou um maior contato dos jovens com o sexo hoje em dia. A definição do Código é por si só frágil, repito, sendo desnecessário apresentar argumentos de ordem supra legal. É frágil sob o ponto de vista do sistema e é exatamente a fragilidade desse critério que levou à construção jurisprudencial e doutrinária de que a aferição da ocorrência ou não da presunção de inocência deve levar em conta a sua relativização e a postura da vítima. Isso para evitar a situação obviamente não desejada de se transformar um ato sem relevância jurídica em crime, ou seja, sem que ocorra violação de qualquer bem jurídico, no caso, a liberdade de autodeterminação sexual. Ocorre que o magistrado, ao auferir a ocorrência ou não da violação do bem jurídico, encontra entraves como o acima descrito, um limitado aparato legal tendo que recorrer a outras fontes a fim de embasar e motivar a sua decisão. São essas outras fontes, outros critérios não incorporados pela legislação que se apresentam como uma interferência sistêmica, que contradiz a concepção inicialmente apresentada de que o Direito seria um uma estrutura hermeticamente fechada, guiada e explicada por suas próprias fontes e princípios.

As controvérsias quanto à estrutura do artigo para a aplicação ao caso concreto foram incorporadas pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de considerá-la relativa. Não é só o fato histórico, demonstrando uma diminuição na idade limite da presunção de violência que aponta para incongruência de considerá-la absoluta. Em verdade, trata-se da incorporação de um raciocínio que não é propriamente jurídico, mas faz parte da razoabilidade a que qualquer pessoa que se proponha a refletir a questão pode chegar. É evidente que os jovens, dependendo das condições em que são criados, tomam conhecimento de sua sexualidade antes dos 14 anos. Essa evidencia é mais que uma conclusão jurídica: é bom senso, é senso comum. O que a doutrina faz é re-elaborar o discurso a partir de uma apropriação para transformá-lo em linguagem jurídica.

3. Os recortes do discurso

Foi Benjamin Mendelsohn quem, em 1947, iniciou os estudos sobre a vitimologia no que diz respeito à proteção da vítima, e, ainda, no tocante à avaliação do seu verdadeiro papel na dinâmica do crime, na estruturação do fato criminoso (Souza, 1998). Entre os exemplos clássicos da vitimologia está o da mulher volúvel e leviana que frequenta em trajes provocantes, lugares de reputação duvidosa. Tem, portanto, a vitimologia, o intuito de estudar as relações da parelha penal, o par vítima-criminoso.

A vitimologia é um exemplo de abordagem que estabelece em um divisor de águas, porque antes dela havia um enfoque tradicional voltado para o comportamento do criminoso. Raramente havia preocupação com a postura da vítima, de modo que, pelo princípio da subsunção, o julgador estava restrito a proferir decisões baseadas na tipologia legal. A conduta da vítima era praticamente desvalorizada pelo julgador e tinha a sua análise restrita por outros operadores do direito vinculados ao processo penal, como promotores, delegados de polícia os advogados e os defensores públicos. A postura da vítima não era tratada com desconfiança, não se questionava se ela estaria ou não dissimulando o seu discurso ou se poderia até ter provocado a ação do criminoso. Neste sentido, os operadores do direito ignoravam a sua relevância na configuração do fato, partindo do pressuposto de que a sua fala seria sincera.

Como resultado desse processo, ignorando os técnicos do direito o valor operativo relativizado desses protagonistas do fato penalmente apreciável e, conforme o caso, reprovável, toda a carga do sistema penal, direcionada ao autor do fato típico desde o momento do discurso legislativo, acabava por se concretizar na forma de um juízo de reprovação penal suportado unicamente pela parte passiva da ação criminal (SOUZA, 1998, p. 25)

De outra forma, o réu poderia ser absolvido pelo inciso IV do artigo 386 do CP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal.

Não que essa seja a motivação adequada, mas representa uma vala comum ante a impossibilidade de decidir de outra forma.

Outro aspecto importante para a relativização da inocência é a centralidade da palavra da vítima como meio de prova nos crimes contra a liberdade sexual. Esse aspecto chega a ser intrínseco, pois os crimes sexuais ocorrem geralmente em lugares ermos, sem a presença de testemunhas. Ademais, são crimes que podem não vir a deixar vestígios, provas, sendo que tais circunstâncias levam o julgador a dar a máxima importância para a palavra da vítima que servirá como suporte à sentença condenatória. A vitimologia é assim um instrumento de proximidade com os fatos, para se analisar o discurso da vítima partindo de um olhar mais crítico.

Interessante observar a valorização *a priori* da palavra da vítima como algo verdadeiro ocorre principalmente se eles não se conhecem previamente. Isso porque não é crível que uma pessoa tenha interesse de incriminar outra pelo simples fato de fazê-lo. A afirmação pode ser verdadeira, em parte. Porque pode ocorrer que a vítima não queira incriminar aquela pessoa específica. Mas por uma série de fatores que antecedem ou são simultâneas ao fato, pode ocorrer que a pessoa do acusado tenha surgido para a vítima como alguém que poderia arcar com a responsabilidade penal, sendo assim, eleito pela vítima. Todavia, haverá uma diferença sensível na apuração do magistrado se vítima e acusado se conhecem previamente ao fato.

Se se parte da premissa de que a vítima está apresentando um discurso sincero, veremos aflorar um conjunto incoerente e inconsistente de declarações do acusado. A tendência é que se amplie a diferença das versões. Simbolicamente, é como se houvesse a formação de um mapa com áreas escuras e claras como negativos que em algum momento deverão se encaixar (Souza, 1998). Nesse mapa, o que se forma, com grande frequência, são áreas cinzentas nas quais o discurso da vítima é inconsistente. Até o acusado pode ter uma versão individual dos fatos que apesar de não encontrar respaldo nos demais dados constantes do processo, também não se abala com eles quando as declarações da vítima são mais sombrias do que a luzes lançadas sobre todo o conjunto probatório. Sendo a vítima conhecida do acusado, *“um outro conjunto de diferenças poderá ser anotado, se a vítima tiver agido, ou não, de forma provocadora em relação ao agente”* (Souza, 1998, p.108) .

Trago, a fim de elucidar a questão, o discurso apresentado pela vítima no caso Capitu em dois momentos diferentes do processo, primeiro, na fase inquisitorial:

Por volta de março de 2004, Capitu o chamou “para ir na casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. “Quando eu cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um streap tease”. Em seguida Capitu deitou-se na cama, mandou que Bento deitasse em cima dela, segurasse em seus seios e a beijasse. O entrevistado afirmou que nesse dia não aconteceu nada além do narrado. O declarante acrescentou que “a patroa dela saía e ela me chamava para eu entrar, **e eu ia por que eu sou homem**, eu não contava pra ninguém (...) ela me chamava para esconder com ela atrás de uma árvore, falava pra ‘mim’ tirar a roupa, falava pra eu pegar no peito dela e tentava me beijar”. O entrevistado disse que não chegou a tirar a roupa, “mas muitas vezes **eu fiquei com ela sim**, aconteciam beijos e eu pegava nos peitos dela”.

Diferente é depoimento prestado em juízo:

"Conheci a acusada, que na época estava interessada em um outro rapaz da rua, que já era casado. Depois, a acusada disse para todo mundo que estava ‘a fim’ de mim. Tínhamos uma convivência de brincadeira de final de semana junto com as demais garotas e garotos da rua, e conversava com a acusada normalmente, assim como com qualquer garota. A acusada, certa vez, fez um sinal para mim, meu irmão [...] e [...], para que olhássemos pela janela da casa onde trabalhava. Eu estava com [...] e [...] na rua, onde sempre ficávamos, e quando olhamos, a acusada retirou a toalha que cobria seu corpo, e ficou dançando nua em cima de uma mesa. Depois disso, a acusada me chamou para entrar na casa, chamando também [...] e [...]. Este não quis ir. Entrei na casa junto com [...], e lá estava apenas a acusada. **Ela me chamou, dizendo que queria me contar uma coisa, e quando eu me aproximei dela, que estava em pé, ela se jogou no sofá e ao mesmo tempo me puxou para cima dela, momento em que me beijou e colocou minhas mãos sobre os seus seios, dizendo que me amava, que queria ficar comigo. Ela chegou a me dar alguns beijos, mas depois eu me afastei, empurrando-a e sai da casa. Nessa hora, eu senti que não queria ficar com ela, pois não tinha atração por ela e por isso saí. Me senti estranho, e fiquei meio encabulado, pois não esperava isso.** Nesse mesmo dia, antes de a acusada dançar em cima da mesa, eu entrei na casa onde ela trabalhava para usar o banheiro, pois não havia ninguém na minha casa e eu não estava com as chaves, e quando entrei no banheiro e fechei a porta, ela abriu a porta rapidinho, entrou, fechou a porta, apagou a luz, encostou-me na parede, colocou as mãos por baixo da minha blusa, e começou a me beijar

Souza (2008) pondera que o acusado se reportará de forma específica quanto ao fato da vítima o ter provocado ou incitado. Por outro lado, a vítima reconhecidamente não provocadora, facilmente convencerá o julgador de sua sinceridade. Isto poderá ser observado conquanto a vítima não se embaralhe, não apresente um discurso contraditório e ambíguo. A acusação, via de regra, toma como ponto principal da sua argumentação a fragilidade da vítima, tanto física quanto psicológica. “A verossimilhança e a credibilidade que se emprestam à palavra da vítima nessas modalidades de delito decorrem exatamente da construção desses estereótipos. Esse ponto é interessante exatamente por deixar à mostra, conforme o caso concreto em exame, a fragilidade não da vítima propriamente dita, mas de sua versão trazida a juízo. E sendo frágil a versão da vítima, não há como deixar de aplicar o non liquet”¹ (Souza, 2008, p. 109). A fragilidade pode ser observada não só pela forma como a vítima desenvolve sua narrativa, mas com a comparação que se fará com os demais elementos da convicção do juiz.

Um fator foi muito marcante nas decisões proferidas no caso. Marcante e presente no texto de todos aqueles que emitiram a sua opinião, o juiz, o relator, o revisor. E foi relevante de forma paradoxal. O elemento que serviu de base para as decisões e opiniões no sentido de absolver a moça foi mesmo usado para a condenação. Trata-se do discurso descrito acima, das palavras do garoto e dos depoentes. A análise do discurso é central para esse trabalho porque não foi somente o discurso do garoto que foi contraditório, mas as decisões que se formaram a partir dele também foram contraditórias e opostas.

Mas como um mesmo elemento pode ser usado para se chegar a conclusões opostas? Simples. Depende do recorte. O juiz recortou de uma forma, eu de outra. Para mim tinha uma frase, uma, naquelas 193 páginas que eram suficientes para afastar a presunção de violência. Eram elas “eu beijei sim porque eu era **homem**”.

A sentença

¹ absolvição por ausência de provas claras

Toda a sentença é formada de três partes: relatório, fundamentação e a parte dispositiva na qual o juiz fixa a pena, passando posteriormente à individualização.

A sentença que condenou Capitu pode ser descrita como uma compilação de depoimentos. São 15 páginas. 3 para o relatório, aproximadamente 11 de fundamentação e 3 para a individualização da pena. Na parte da fundamentação, 8 páginas reproduzem as falas das testemunhas e da vítima. Mas não é só, são 5 páginas de pura transcrição sem qualquer palavra do juiz. Assim, o argumento usado, o motivo que serviu de base para o convencimento foi o discurso proferido pelos atores do caso, ou melhor, o discurso que ele recortou para demonstrar aquilo que entendeu ser direito: Que a acusada deve ser condenada.

Ele inicia a exposição, afirmando que a ausência de exame de corpo delito não afasta a materialidade de delito, pois os atos praticados não deixam vestígios “sobretudo porque, conforme a imputação, a acusada satisfaz a própria lascívia somente com os atos praticados”².

Em seguida, o juiz transcreve a parte do depoimento de Capitu em que nega todas as condutas, e depois afirma que as versões da vítima, de seu irmão e de outras testemunhas a ela se contrapõem. Faz a transcrição dos depoimentos na parte em que essas pessoas narram os fatos, negritando alguns trechos, para reforçar que teriam acontecido apesar da negação dela.

O juiz considerou que os acontecimentos acima transcritos foram suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria, fez ao final uma breve consideração sobre a presunção de violência, condenou-a como incurso nas penas do artigo 214 c/c 224 do Código Penal e o artigo 2º, § 1º da Lei 8.078/90, lei de crimes hediondos. Na fase da individualização, considerou que Capitu possuía má conduta social “pois além de transmitir medo à família da vítima, ante a notícia de que a seqüestraria, apresentou-se semi-nua a outras crianças”.

²Conforme alega o Ministério Público, nas suas derradeiras alegações, a conduta da acusada foi a de puxar a vítima para si, quando a acusada se encontrava nua, beijá-la colocar as mãos da vítima em seus seios e em outra oportunidade a de fazer com que a vítima bolinhasse as suas nádegas, inclusive tentando abaixar as calças da vítima, atitudes que não teriam o condão de deixar vestígios contundentes

O voto do relator pela condenação

O voto do relator também foi no sentido da condenação. Tanto a sentença quanto este voto consideraram a importância da palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. O voto é inicialmente uma paráfrase da sentença. Utiliza os mesmos tipos de argumentos e a narrativa é muito semelhante, em alguns pontos, idêntica, pois há a transcrição dos mesmos depoimentos. Da mesma forma como na sentença, o Relator inicialmente narra os fatos, depois transcreve a negação da acusada e contrasta com os fatos narrados pela vítima e testemunhas.

O que o voto apresenta de inovação em relação à sentença é que o Relator teve a preocupação de se debruçar sobre os aspectos que tornam o fato relevante criminalmente, ou seja, procura demonstrar a tipicidade material do “crime”.

Ora, não é crível admitir que a vítima, com somente 12 (doze) anos de idade, ainda desfrutando da infância, já tinha pleno e exato conhecimento acerca de atos sexuais, ao contrário da acusada, que contava com mais de 20 (vinte) anos e detinha malícia suficiente a induzi-la à prática dos atos narrados na denúncia. Aliás, a prova oral angariada demonstra que Capitu trocava carícias com a vítima, beijando a sua boca e fazendo com que tocasse os seus seios. Além disso, os autos revelam que a acusada chegou a dançar nua numa janela para as crianças que estavam brincando na rua, o que revela a sua conduta de perversão.

Ainda para reforçar a tipicidade material, o Relator fez questão de afastar a possibilidade de consentimento da vítima:

De mais a mais, ainda que se considere o suposto consentimento da vítima, tal fato não afasta a caracterização do crime, uma vez que, repise-se, se trata de uma criança de 12 (doze) anos e não restou comprovado que já detinha autodeterminação quanto aos fatos sexuais.

Ao final, ponderou que a jurisprudência majoritária entende que a presunção de violência é absoluta citando julgados do STF, STJ e do próprio TJDF.

Entendeu por fim que a condenação deveria ser mantida pelos seus próprios fundamentos, com a ressalva de que a pena fosse cumprida em regime inicialmente fechado.

O voto pela absolvição, por seu turno, recortou outros elementos, outras narrativas presentes no processo. Diferentemente da sentença e do voto que opinou pela condenação, não há muitas transcrições das falas que demonstram a ocorrência dos fatos. A revisora/relatora para o acórdão preocupou-se em fundamentar seu entendimento, considerando as circunstâncias contemporâneas, como a proximidade dos jovens com os assuntos referentes à sexualidade. E ponderou expressamente que a jurisprudência e a doutrina se posicionam no sentido de ser relativa a presunção de inocência.

A jurisprudência e a doutrina tem se posicionado no sentido de considerar relativa a presunção de violência inserta no art. 224 do CP. Devem ser consideradas, em cada caso, as características da “vítima”, entre outros elementos fáticos que acabam se sobrepondo à referida presunção de violência. Ou seja, no enquadramento de um crime contra a liberdade sexual, há que se ter em conta a idade “psicológica” do indivíduo que se coloca como vítima, a sua personalidade, bem como o decorrer dos acontecimentos, pois que podem afastar o cabimento de presunção de violência pela inoportunidade de inocência da vítima, que consentiria com os atos sem saber do que aquilo se trata.

(...) Como bem esposado no voto acima “Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades”.

Na mesma linha de raciocínio do relator, mas com sentido diametralmente oposto, a revisora/relatora para o acórdão, a fim de defender a tese da absolvição, argumentou que o rapaz tinha a consciência do que estava fazendo, ao contrário do relator cuja tese foi no sentido de que um garoto de 12 anos não tem conhecimento sobre os atos sexuais

Não cabe aplicar o instituto da *innocentia consili* à alegada vítima. A facilidade de acesso à informação de todos os tipos, a forma como as questões sexuais são abertamente tratadas pelas revistas, pela televisão, nos filmes é o bastante para afastar a possibilidade de que ele não sabia o que estava fazendo quando beijou a ré ou tocou seu corpo, entre os outros atos relatados nos autos.

Em contraste com as inúmeras transcrições presentes na sentença e no voto da condenação, o voto da absolvição fez um recorte de uma breve declaração da vítima, proferida ainda na fase do inquérito e um breve relato do irmão:

Por volta de março de 2004, Capitu o chamou “para ir na casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. “Quando eu cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um *streak tease*”. Em seguida Capitu deitou-se na cama, mandou que Bento deitasse em cima dela, segurasse em seus seios e a beijasse. O entrevistado afirmou que nesse dia não aconteceu nada além do narrado. O declarante acrescentou que “a patroa dela saía e ela me chamava para eu entrar, **e eu ia por que eu sou homem**, eu não contava pra ninguém (...) ela me chamava para esconder com ela atrás de uma árvore, falava pra ‘mim’ tirar a roupa, falava pra eu pegar no peito dela e tentava me beijar”. O entrevistado disse que não chegou a tirar a roupa, “mas muitas vezes **eu fiquei com ela sim**, aconteciam beijos e eu pegava nos peitos dela.

Constam dos relatos do irmão da vítima:

Bento nunca reclamou que não gostou de alguma coisa que a acusada fez, e nunca disse que se sentiu mal ou que ela o tenha pego a força (...) enquanto os fatos entre o meu irmão e a acusada estavam acontecendo, Bento mudou um pouco o comportamento, pois nós o chamávamos para brincar, e se ela estivesse lá na rua, ele não ia preferindo ficar lá com ela

Além disso, foram ressaltadas as condições sociais e intelectuais da vítima que são muito diferentes das condições da acusada

Ressalte-se que a vítima, apesar de ter 12 anos, nasceu em cidade de grande porte, é de família de classe média, estuda renomado colégio particular de Brasília, estava à época do fato cursando a 6ª série, fazia aulas de inglês, etc.

Por outro lado, a moça, de 20 anos, era interiorana, recém chegada do Piauí, conforme conta de depoimento da patroa da ré, às fls. 60, informou ter cursado até a 8ª série primária, provavelmente em escola pública no interior daquele Estado.

Moças de 20 anos não costumam andar com jovens ainda na fase da pré-adolescência, muito menos brincar de pique-esconde com a garotada. Todavia, essa era a conduta da ré, o que aponta para um comportamento infantilizado. Em depoimento de fls. 15, a vítima afirma que “*tinha saído para brincar e ela se apresentou normalmente, eu pensei que ela tivesse quatorze anos*”.

Em contraposição, observa-se, pela vida da vítima, que ele tinha maior acesso à educação, à informação e maior capacidade intelectual

Por fim, o fundamento para afastar a condenação foi a ausência de tipicidade, formal, ou seja, no voto foi considerado que de fato não houve crime.

Passo à análise da incidência do art. 214 do CPP.

O crime de atentado violento ao pudor consiste em “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*” (grifos nossos).

Afastada a presunção de violência, a conduta da apelante não preenche os requisitos do supracitado artigo.

Para que haja a efetiva caracterização do tipo penal em referência, tendo em vista seus elementos constitutivos, é necessária a ocorrência de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, acrescidos à prática de violência, de grave ameaça ou fraude.

Ora, em inexistindo qualquer desses elementos — *in casu* a violência, ou grave ameaça – não há que se falar em conduta típica e, via de consequência, em conduta criminosa.

Ao final, embora a tese principal do voto tenha sido a ausência de tipicidade, paradoxalmente ao voto da condenação, foi apresentada uma desqualificação do fato, a ausência de tipicidade material, para reforçar que o “crime” não teria relevância para o direito:

Em síntese, a apelante trocou alguns beijos com a vítima, ele tocou seus seios, mas longe de haver consumação de ato sexual. Não se trata de atentado violento ao pudor, mas de um envolvimento afetivo entre dois jovens com diferença de idade, mas que brincavam juntamente com outros jovens de pique-esconde na rua onde moravam.

4. Um romance em cadeia

Há uma infinidade de palavras sintetizadas no processo. São construídas por meio de frases que significam alguma coisa, mas ao mesmo tempo não significam por si só. É o juiz quem vai interpretá-las e revesti-las com seu entendimento, aprisioná-las em seu próprio discurso para então fundamentar o que entende ser Direito.

Metaforicamente, é Velásquez a pintar as meninas na análise feita por Foucault (1999). Trata-se de um olhar projetado a uma situação. As meninas estão lá, a pousar para o pintor assim como os fatos estão dados, descritos e narrados, a partir do que o juiz re-elabora aquilo que depreende deste acontecimento de palavras. E nós somos os espectadores de uma sentença que neste momento e de forma análoga entendo como uma pintura. O juiz é o pintor e tal como um, a representação que fará depende do seu olhar. Isto, apesar da objetividade com que se reveste este labor. A sentença, o quadro, ambos, ainda que coisas distintas e pertencentes a universos simbólicos diversos são semelhantes por serem representação.

A jurisprudência é um instrumento, como se fossem quadros anteriormente vistos e que inspiram a sentença. E comporão o quadro conforme o direcionamento do olhar do pintor.

Diante de casos controversos em que não há concordância sobre a aplicação do direito é que observa a dificuldade em se definir a prática jurídica, ou falar sobre o que consiste a atividade jurisdicional. É nesse momento que se observa a insuficiência da lei perante o fato.

Isso não significa dizer que o juiz vai impor suas próprias convicções diante de uma lacuna da lei. Existe uma carga de valor nas decisões, mas seu uso não é indiscriminado.

Para Dworkin (2008), as convicções do intérprete estão cercadas pelo respeito que ele deve ter pela obra em sua completude, caso contrário, estaríamos diante de uma espécie de monstro, com pés desproporcionais ao corpo, um

Frankenstein. Tem-se um elemento de adequação para dar continuidade, no tempo, do processo decisório: é o que confere ao Direito um sentido de integridade.

Dworkin (2008) compara as decisões judiciais com a literatura partindo do princípio de que ambas as formas de interpretação, podem buscar dar um direcionamento, impor um propósito no texto e àquilo que se está interpretando.

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas como o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo (2007, p. 275)

A partir dessa comparação, Dworkin cria um gênero literário artificial que denomina de romance em cadeia. Coloca que aqueles que fazem parte deste processo submetem-se a duas dimensões: a adequação e a escolha.

Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra - à qual nenhum outro autor poderia chegar - fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo(s) autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance (VOJVODIC, et al, 2009, p. 39)

O objetivo é “fazer do texto o melhor possível, e você então vai escolher a interpretação que, em sua opinião, possa tornar a obra mais significativa, ou melhor de alguma maneira” (Dworkin, 2007, p. 280).

Afirmo que a jurisprudência é um instrumento como se fossem quadros anteriormente vistos e que inspiram a sentença. É o que propõe Dworkin. Aqui, a jurisprudência funcionou como um elemento de adequação. No Direito, os juízes dão continuidade a um romance que já vinha sendo construído por outros. É um processo que funciona em cadeia porque cada juiz recebe os capítulos desse romance, escreve mais um, acrescenta a eles seu entendimento, e repassa para outros escritores.

No caso Capitu, o artigo que foi aplicado não condiz com a realidade contemporânea. A lei era expressa:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (catorze) anos.

Para não proferir uma decisão anacrônica, a juíza teve de se voltar ao entendimento quanto ao conteúdo significativo da presunção de violência. O crime consistia no abuso da inocência da vítima. A sentença partia do pressuposto que ele era um garoto sem qualquer consciência sobre sua sexualidade. Ele de fato, foi levado a beijá-la, foi levado a isso por sua inocência? Ou fez por impulso de seus próprios desejos?

Ao mesmo tempo, não seria legítimo, tampouco juridicamente aceito que uma decisão fosse proferida sem qualquer referência que partisse do próprio Direito. Para isso, o juiz precisa remontar às decisões anteriores. Já havia uma compilação de jurisprudência no sentido de que a presunção de violência deveria ser considerada caso a caso e foi usada para dar um sentido de integridade entre essa decisão e a obra que vem sendo escrita.

5. A busca pelo senso comum

A análise desse caso tem como início o debate quanto à forma de aplicar a Lei ao caso concreto, aqui representada entre o confronto de se considerar a presunção de violência um conceito absoluto ou relativo. É a orientação jurisprudencial que insere a possibilidade de dar outro significado para os termos estritos da Lei. Isso acaba por retirar do Direito, enquanto ciência, a busca por uma verdade objetiva. Dessa forma, o entendimento de que a presunção de violência seria relativa atrai para dentro da interpretação jurídica, da hermenêutica na aplicação do caso concreto, o próprio relativismo.

Essa é uma palavrinha que no debate científico causa alguns tremores. Por que retira, ou ao menos coloca em questão, a possibilidade de uma universalidade de critérios, de conceitos, de sentidos. Isso porque as ciências humanas foram edificadas sobre os parâmetros da racionalidade das ciências naturais. O ideal de intelectualidade foi construído a partir da distinção entre conhecimento e opinião, no sentido de que a investigação racional possui um marco, uma linha divisória a partir da qual os não-intelectuais têm pouco acesso. O Direito enquanto ciência é herdeiro dessa tradição objetivista e quem a manipula deve observar a tradição para ter autoridade nas proposições e justificativas de seus argumentos.

Em nossa cultura as noções de ciência, racionalidade, objetividade, e verdade estão em ligação estreita umas com as outras. A ciência é pensada como fornecendo verdade sólida, objetiva, verdade enquanto correspondência com a realidade, único tipo de verdade digno desse nome (RORTY, 1997, p. 55).

Sob este ponto de vista, a verdade como comprometimento com a racionalidade e com um método específico resulta em que, qualquer disciplina acadêmica incapaz de oferecer as predições e a tecnologia, nos moldes das ciências naturais, precisa obter o mesmo status cognitivo.

Ninguém realmente acredita que os filósofos ou críticos literários são melhores ao que concerne pensar criticamente, ou a empreender visões amplas e extensas das coisas, do que os teóricos da física ou da microbiologia (...) Essas distinções entre fatos sólidos e valores flexíveis, verdade e prazer, objetividade e subjetividade são

instrumentos ineficazes e canhestros. Elas não são adequadas para dividir a cultura, elas criam mais dificuldades que resolvem (RORTY, 1997, p. 56).

Rorty não propõe que as ciências humanas devem excluir qualquer tipo de racionalidade, mas, antes, que devem ser vistas como atividades com uma racionalidade diferente.

Outro tipo de 'racional' é, de fato, obtenível. Nesse sentido, a palavra significa algo como sadio, ou razoável, mais do que metódico. Ela nomeia um conjunto de virtudes morais: tolerância, respeito pelas opiniões daqueles que estão à nossa volta, disposição para escutar, confiança na persuasão mais do que na força. Segundo esse sentido racional, a palavra está mais próxima significativamente de algo como civilizado, do que algo como metódico. Quando assim construída, a distinção entre o racional e o irracional não tem nada a ver em particular com a diferença entre as artes e as ciências. Nessa construção, ser racional é simplesmente discutir qualquer tópico – religioso, literário ou científico – de um modo que evita o dogmatismo (RORTY, 1997, p. 60)

Ainda que exista um anseio pela busca da racionalidade no sentido mais forte do termo, associado com a verdade objetiva, Rorty coloca que foi erro da secularização da cultura tentar fazer do cientista um novo ser responsável pela mediação entre o humano e o não humano e detentor de verdades absolutas.

Assim era a idéia de que alguns tipos de verdade são 'objetivos' enquanto que outros tipos são meramente 'subjetivos' ou 'relativos' – a tentativa de dividir o conjunto de sentenças verdadeiras em 'conhecimentos verdadeiros' e 'meras opiniões', ou em 'factual' e 'judicatório'. Assim era a idéia de que o cientista possui um método especial, que, se os humanistas ao menos o aplicassem aos valores derradeiros, nos daria a mesma espécie de autoconfiança quanto a fins morais que nós temos agora quanto a significados tecnológicos" (Rorty, 1997, p. 58)

Para Rorty existem duas formas de se dar sentido à vida em sociedade, a primeira deles considera a narração das histórias de diversas comunidades, relacionando as narrativas diversas. Trata-se de um desejo por solidariedade. A outra forma consiste na descrição de uma única comunidade, daquela de quem parte o discurso como estando em relação imediata com uma realidade não humana. Realidade não humana porque, ao contrário da primeira, não leva em conta

a diversidade, o que representa um desejo por objetividade. Da tradição Iluminismo decorre que

O pensamento social liberal centrou-se em torno de uma reforma social como algo que vem a ser possível por meio do conhecimento objetivo do modo de ser dos humanos – não o conhecimento do modo de ser dos gregos, dos franceses, chineses, mas do modo de ser da humanidade enquanto tal. Nós somos os herdeiros dessa tradição objetivista, centrada na assunção de que nós precisamos nos manter fora de nossa sociedade, o tempo que for necessário, para examiná-la sob a luz de algo que a transcenda: ou seja, sob a luz disso que ela tem em comum com toda e qualquer outra comunidade humana possível e atual. Essa tradição sonha com uma comunidade derradeira, que terá transcendido a distinção entre o natural e o social (...) Muito da retórica da vida intelectual contemporânea toma como assegurado que a meta da investigação científica para o homem é compreender as ‘estruturas subjacentes’, ‘fatores culturalmente invariáveis’, ou ‘padrões biologicamente determinados’ (Rorty, 1997, p. 38).

O ponto de encontro da análise feita por Rorty e este trabalho transita entre a dimensão etnocêntrica do Direito e postura pragmática de relativizar os conceitos da Lei aproximando-a do fato. Paradoxalmente, a postura pragmática busca mais aproximação com os fatos. No momento em que a jurisprudência afirma “a presunção de violência é relativa” ela propõe que não é somente a aplicação da literalidade da lei que importa, mas a sua aproximação com o contexto do fato, o contexto da particularidade de cada caso. Na estória de Capitu houve formalmente um crime. Houve um enquadramento. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado com menor de 14 anos. Mas, há o entretanto. Entretanto o rapaz vai à delegacia afirmar que é homem.

Foi na dimensão etnocêntrica do Direito que vi um possível diálogo com as idéias de Rorty. Dimensão etnocêntrica no sentido de que os fatos assim denominados jurídicos devem se amoldar à ótica da lei. A dita dimensão não humana.

Ao invés de tomar a palavra, gostaria de ser envolvido por ela e levado bem além de todo começo possível. Gostaria de perceber que no momento de falar uma voz sem nome me precedia a muito tempo: bastaria, então, que eu encadeasse, prosseguisse a frase, me alojasse, sem ser percebido, em seus interstícios, como se ela me houvesse dado um sinal, mantendo-se por um instante, suspensa. Não haveria, portanto, começo; e em vez de ser aquele de quem parte o discurso, eu seria, antes, ao acaso de seu desenrolar, uma estreita lacuna, o ponto de seu desaparecimento possível. (Foucault, 1996, p.1)

5.1 A Crônica de uma trajetória processual

1 – Os Fatos

Capitu não era exatamente uma mulher bonita. Mesmo porque ainda não era mulher de fato. Morena, olhos amendoados bem negros nariz achatado cabelos crespo e curto boca carnuda que remetiam à africanidade ancestral. As maçãs do rosto em relevância davam-lhe um aspecto triangular e gorducho. Era baixa, baixinha. Mas não uma mulher pequena, por suas pernas grossas e o quadril largo bem à brasileira. Nascida e criada em Hugo Napoleão. Aos vinte anos, quando enfim conseguiu um emprego de babá em Brasília, pegou suas roupas, colocou numa mala, tomou um ônibus e de lá partiu. Havia se cansado da rotina interiorana, daquela cidade diminutiva sem perspectiva. Causou-lhe excitação sair do interior do Piauí. As oportunidades de mudança, de conhecer pessoas interessantes, de inserir-se na cidade grande, de ganhar seu próprio dinheiro, ter sua independência. Era uma infinidade de portas que se abriam à sua frente. Abandonar a vida pacata e a infância postergada pela ausência de estímulo intelectual. Ao desembarcar aqui foi direto para a casa onde ia trabalhar. Como não tinha alternativa, morava na casa da patroa.

18 horas. É fim de tarde de dias variados entre março e setembro de 2004. Capitu está livre do expediente.

Da janela da casa da patroa vê uma movimentação na rua. São os amigos que acabara de fazer, a garotada. Morgana, Debora, Leany, Lauro, Heitor e Bento. Se a estatura não favorecia Capitu, o mesmo não se diria quanto a este último. Com 12 anos, Bento se destacava dos demais meninos. Era mais alto, tinha os ombros largos, mas os pêlos que cresciam esparsos pelo rosto e as espinhas não lhe deixavam negar a adolescência latente. Foi esse garoto-quase-homem que chamou atenção da moça.

Capitu desce do segundo andar pra brincar. De pique esconde. 1, 2, 3, 4100 conta a menina Leany. Todos saíram correndo para seus esconderijos, e ela aproveita o sumiço oportuno dos outros garotos puxa Bento pelo braço. Longe de outros olhares leva-o contra o troco da árvore coloca as mãos dele uma em seus seios e a outra na bunda e, não encontrando resistência, beija-o na boca.

Sai correndo com o boné do garoto à mão. Vai em direção ao prédio onde trabalha. Bento a segue para recuperar o que é seu. Sobem dois lances de escada, e ao chegarem ao apartamento, Capitu deita-se no chão coloca o boné entre as pernas. “Vem pegar” diz ao garoto.

Naquela ocasião ele hesitou e não atendeu ao comando. Outro dia, porém estavam eles brincando como era o de costume quando Bento sentiu vontade de ir ao banheiro, mas estava sem as chaves de casa. Usa o lá de casa, ela diz. E vão os dois para o apartamento da patroa. Mal entrou ele no banheiro Capitu apressou-se para dentro e bateu a porta por trás de si, indo em direção a ele até que ficasse encostado na parede. Pegou as mãos dele e colocou uma em seus seios, lascou um beijo no pescoço, dobrando as pernas contra o quadril do garoto e deu-lhe outro beijo na boca. Capitu acompanha com um sorriso o movimento que ele faz de esquiva para sair pela porta com o coração aos pulos.

À penumbra da outra noite que se anunciava Capitu chama o garoto pela janela, e ele sobe. Põe a tocar uma musica sensual. Daquele segundo andar os meninos da rua assistem a moça dançar e tirar a roupa frente a Bento peça por peça até ficar completamente nua. Pé atrás de pé leva-o até o quarto quando ninguém mais os vê. Deita-se à cama e convida o garoto para vir ao seu encontro sussurrando eu te amo em seu ouvido. Conduz com as mãos o rosto do garoto até

os lábios ficarem alinhados e entre abertos. Lentamente coloca sua língua até tocar a dele, que a acompanha, para sincronizar o beijo ardente.

Capitu sente-se poderosa. Acha que é a mulher mais bonita do mundo. Aproveita a máquina fotográfica da amiga Débora e pede que faça alguns registros. De short vermelho e blusa preta faz poses sensuais sobre a cama, de joelhos, com as mãos nos cabelos inclina a cabeça pra frente ao que a máquina faz click. Vai mudando as poses, vai tirando a roupa e a máquina manuseada pela menina acompanha em outros flashes até que, brincando com o lençol de abrir e fechar deixa o corpo nu.

Capitu pede, com nenhuma insistência, que as fotos permaneçam em sigilo. Faz transparecer um desejo, este sim quase oculto, de que as fotos sejam mostradas àquele público. E é ela mesma quem se prontifica a revelar o segredo, e as fotos caem nas mãos de todos dos meninos e meninas da rua.

E assim passam-se aqueles meses, entre um pique-esconde, longe e perto dos outros, Capitu e Bento brincaram de beijar na boca e trocar carícias envolvendo naquele pequeno romance as amigas que lhes serviam como bombo-correio.

No início era a paixão que o tornara alheio à vida que tinha. Nada mais o interessava. Nem as aulas de inglês, ou de biologia, tampouco o esporte. Tudo que queria era Capitu e quando não podia, ficava em seu quarto sonhando com os beijos e os seios dela. Passava os dias flutuando naquelas brincadeiras recém descobertas. Ficou introspectivo, calado, quieto.

E de repente, não mais que de repente parecia o soneto da separação. E veio o espanto. Capitu tornou-se obsessiva com a relação. Falava que queria ter um filho dele. E tudo aquilo se tornou demais para Bento. No começo parecia legal e excitante a novidade, mas agora a moça o cansava com suas conversas de fugir, ter filho, eu te amo. Ela o proibia de falar com as outras meninas, mandava nele. Bento mudou. Antes envolvia-lhe a áurea dos amantes, era um distanciamento feliz de sua vida. Mas agora, a introspecção refletia um ar preocupado e medroso.

Capitu passou a controlar os passos do garoto. Não deixava que ele conversasse com outras meninas e quando isso acontecia, gritava com elas ameaçava-as com uma faca. Capitu acabou por sair daquela vizinhança e foi trabalhar em outro lugar. Ligava insistentemente do novo emprego para a casa do

garoto. Vez ou outra aparecia de carro na rua, acompanhada de outras pessoas, apontava Bento, dizia que o amava e que iria voltar para buscá-lo.

Certo dia, Bento foi à locadora com uns amigos para pegar filmes. Capitu apareceu. Ele apressadamente pegou a bicicleta para sair daquele lugar e, ao tempo em que se distanciava, Capitu corria atrás dele gritando “fala comigo ou me joga na frente de um carro e morro!”. Era o fim do romance.

2 - Os fatos e o inquérito

Todos naquela vizinhança já sabiam do caso e assim, quando o fato virou comentário de rua, o pai de Bento, Sr. Lauro, tomou conhecimento, por meio de uma vizinha, de que seu filho estava se envolvendo com Capitu. A partir de então passou a observar o que não era tão recente. Os dois estavam sempre juntos na rua conversando. Em casa, o silêncio, a introspecção fazia o filho parecer menos criança e mais maduro.

O pai do garoto foi à delegacia e ao tempo que narrava uma estória o escrivão tomava as notas no computador. Mas não foi a mesma história que acabei de contar. Em sua versão dos fatos Capitu estava a perturbar a vida do garoto. Contou que “Ele demonstrava estar gostando de Capitu, pois os dois sempre estavam juntos. Entretanto, deste relacionamento criou-se uma obsessão por parte de Capitu, pois esta passou a impedir que ele falasse ou brincasse com outras meninas e exigia que ele sempre ficasse ao seu lado. Diante de tal fato resolveu registrar a ocorrência policial de perturbação de tranqüilidade”

E assim, o caso entre Capitu e Bento transformou-se em inquérito.

Todos os colegas da rua, o irmão, as patroas de Capitu, pessoas conhecidas, a avó de Débora, entre outras pessoas deram o seu testemunho, procedimento que foi repetido durante o processo.

O Sr. Lauro voltou à delegacia para se queixar que Capitu estaria espalhando que a estória do processo não ia dar em nada e que se sentia muito incomodado com o fato da moça estar rondando sua casa e seu filho.

3 – Um Disse que disse

A vizinha de Bento – Antônia - declarou que “Capitu chegou a me confidenciar que toda a vida foi encucada com criança sendo que já tinha estuprado um menino de 12 anos no Maranhão”

Uma conhecida declarou que “Capitu contou que tinha um amigo policial que é foragido da polícia e que ia pedir ajuda para seqüestrar Bento” Disse ainda que “soube pelo pessoal da rua que ela tinha sido demitida do emprego, pois tinha tentado seduzir o filho de sua patroa, de 13 anos”. Essa mesma estória foi repetida por várias testemunhas.

A tal patroa veio ao processo e esclareceu o boato. Declarou que Capitu trabalhou durante oito dias na residência, tendo sido mandada embora devido ao fato de ter levado, na sua ausência, uma amiga e um indivíduo cabeludo e tatuado para dentro da casa quando estavam presentes somente os filhos dela e também por ter obrigado o filho Hermes a ligar insistentemente para Bento. Ela mesma declarou que Capitu não fez nada a seu filho, pois estava fissurada em Bento.

Bento, seu pai e irmão, as amigas, vizinhas foram novamente ouvidas em juízo. E veio a sentença.

Capitu foi condenada por atentado violento ao pudor com presunção de violência a cumprir 6 anos de reclusão em regime fechado.

A defensoria pública apelou. O Ministério Público, em contrarrazões e no parecer da Procuradoria, opinou pela absolvição de Capitu. Merece destaque o parecer da procuradoria no que ora transcrevo:

“Normalmente poetizamos, para presunção de violência, uma menina, ainda inocente, franzina, ainda não desperta para o sexo.

Contrariamente, no presente caso, a vítima trata-se de menino, nada frágil, nada inocente, bem informado, provavelmente com a palma da mão cheia de cabelos e que não precisa dessa proteção”

Palavras bizarras proferidas neste caso inusitado, que agora faço crônica.

O processo vai ao TJDFT sendo distribuído ao Desembargador Romão C. Oliveira, quem como de costume, lançou o relatório e mandou os autos para revisão.

Neste exato momento eu passo a fazer parte dessa estória, desse pequeno conturbado romance acontecido numa cidade satélite do Distrito Federal. Que virou inquérito. Que virou processo. Que virou condenação.

A revisão ficou à cargo da juíza de direito com quem eu trabalho, que à época estava convocada para a Segunda instância. Eu peguei aleatoriamente estes autos que reescrevo. Era a minha função fazer a revisão, elaborar o voto que diria se Capitu deveria ou não ser condenada pelo fato que tantas vezes fora escrito, descrito e narrado pelo mais variado tipo de pessoas. Moradores do Guará, empregadas domésticas, crianças, um juiz, um promotor, um defensor, um procurador, um desembargador. Agora era a minha vez de também e mais uma vez contar aquele fato.

Fizemos um voto pela absolvição, mas o relator tinha decidido que Capitu deveria ser punida. O vogal achou por bem pedir vista, e após alguns dias de tensão e mistério, proferiu seu entendimento e Capitu foi absolvida por dois votos a um.

Chego com pesar ao fim de minha história. Tal fim não é, como se havia de esperar, triste, como o fim de todos os romances. É, todavia, controverso e confuso, porque são inúmeras as controversas indagações que suscita.

Capitu é absolvida deixando para trás as dúvidas quanto às verdades que se podem alcançar quando o fato é transportado para o trâmite de um processo, com sua forma particular de refazer e recriar, porque o fato se torna, na verdade uma realidade distanciada e única, feita somente de palavras.

Um caso inusitado, em que permanece a dúvida sobre o desfecho. Desfecho feliz para a protagonista, para nós, incômodo, ante a pergunta que permanece latente: e se ela fosse um ele e ele fosse um ela, como terminaria essa história?

Este é caso Capitu. A postura do relativismo, enquanto forma de olhar a alteridade, no momento da análise, ainda que inconscientemente, serviu de orientação para a forma como iríamos fundamentar o argumento de que a moça

deveria ser inocentada. E o relativismo se apresenta no caso Capitu ante a aceitação do discurso que parte do senso comum.

De uma experiência que partiu do estranhamento, posso afirmar que proferir uma decisão em um caso como esse é uma atividade, eu diria, pouco solitária. A exposição do fato para outras pessoas, que estão dentro e fora do ambiente de trabalho ajuda muito. A ponderar esclarecer suas próprias idéias. Porque elas falam, emitem a sua opinião. Existiu, neste caso, uma dimensão que é a busca pelo senso comum. É ouvir e com muita atenção o que pessoas que estão de fora do mundo, do ambiente jurídico acham do fato. A busca pelo senso comum expressa como o relativismo esteve presente nesse caso. Tanto eu quanto a Juíza procuramos conversar com outras a fim de saber qual era a opinião delas sobre o caso.

Foram conversas informais. Eu narrei o fato para amigos, conhecidos. Certa vez, uma amiga deu sua opinião da seguinte forma: “é perfeitamente possível que uma mulher de 20 anos se apaixone por um menino”. Por coincidência, a família dessa amiga é do Piauí e não posso deixar de fora esse dado tão trivialmente colhido. Ela contou que no Piauí a situação de escravidão ainda é muito comum. Que as famílias ficam nas terras por favor dos donos, e costumam ter filhos. Vários. Que é comum ainda a situação da família que se muda pra outra cidade. Assim, um parente, que vive na cidade está precisando de uma pessoa pra cuidar do filho eles pegam aquelas meninas, filhas daqueles que vivem de favor nas terras dos patrões. Essas meninas vêm diretamente do interior para fazer trabalhos domésticos nas cidades. São muitas meninas que acabam se tornando massa de trabalho excedente. Contou que a sua empregada, a Tianinha, era um exemplo disso. Moça do interior do Piauí que veio para trabalhar aqui em Brasília. Tianinha, aos treze anos, tinha ficado grávida. O mais espantoso é que ela não sabia como se fazia pra ficar grávida. A barriga começou a crescer e ela achou que estava com barriga d’água. Foi ao médico e descobriu a gravidez, e apesar disso não sabia como nem o que tinha feito. Isso é uma ilustração trivial, mas que serve bem para demonstrar a minha questão. Não dá pra comparar o nível de conhecimento de uma pessoa que vive numa cidade grande com a de uma menina interiorana. E assim concluiu, que seria perfeitamente possível a paixão de uma mulher de 20 por um menino de 12.

Perguntei a ela se um menino de 12 saberia o que é o sexo. Respondeu que sim. Essa amiga também tem um filho e um sobrinho. Os meninos estão na faixa

dos 8 anos. Disse que o sobrinho dela é louco com playboy, e que a revista tem que ser escondida pra ele não ficar folheando. A forma como meus amigos homens se manifestavam sobre o caso era mais engraçado. Nenhum deles parecia duvidar que meninos de 12 anos sabem explorar, e muito bem, sua própria sexualidade. Achavam que Capitu tinha feito um favor a Bento e não merecia ser punida. As opiniões que a juíza ouviu foram contrárias, mas por outro argumento. Ela expôs o caso para pessoas mais velhas, seu marido e irmãos, que consideraram a absolvição errada, porque se fosse um homem como acusado, provavelmente a condenação teria sido mantida.

E se fosse um homem e uma garota?

A presente indagação proposta pelo senso comum surgiu em diversos momentos, principalmente naqueles em que eu contei esse fato a pessoas leigas. Eu parto da hipótese de que o senso comum não está distanciado do Direito. Porque tanto eu quanto a juíza levamos o assunto para amigos, e familiares em conversas informais. Interessante que essa indagação sobre a inversão dos gêneros apareceu para as pessoas, elas mesmas colocavam a questão: e se fosse um homem e uma garota? A conclusão a que chegaram é que nesse caso não haveria absolvição.

Essa hipótese me coloca numa posição muito machista, (assim como todos que me falaram suas impressões) o que é uma observação muito pessoal, mas ao mesmo tempo traz implicações para a decisão. Isso porque, não poderia, em tese, haver distinção na decisão pelo fato de ser uma mulher como acusada. Foi somente uma indagação. E que me causou muito desconforto. O incômodo persiste, sem solução. Eu não sabia o motivo, mas acabei percebendo que isso reflete um aspecto muito moral na atividade dos juízes, aspecto este que não deve(ria) ser levado em consideração, não faz parte do direito. Melhor dizendo, não faria. Aprendemos na faculdade que o direito é uma bolha redonda e translúcida que não se mistura com nada. Esta assertiva dá o aspecto de ciência depurada, refinada. Entretanto, não foi isso que eu vivenciei. Não dá pra saber, inclusive, se a decisão da juíza seria igual. Mesmo porque, o relator entendeu pela manutenção da moça na cadeia. 6 anos. 6 anos. É demais. Proponho-me aqui a refletir o fato de que essa experiência pontual demonstra que a lei muitas vezes é o último parâmetro que vamos usar para proferir a decisão. O bom senso também é parâmetro, ainda que não institucionalizado, uma

forma de olhar não somente os fatos jurídicos, mas todas as coisas. Bom senso é algo a que qualquer ser humano, não somente os juízes têm acesso.

6. Epílogo

Chego ao final da análise desse caso deixando mais perguntas que respostas. Trabalhar no gabinete de uma juíza me possibilitou perceber aspectos do cotidiano do tribunal que surgiram a partir do caso Capitu. São acontecimentos que não dizem respeito a Lei, ao Direito como disciplina acadêmica, mas sim às pessoas que o manejam, os juízes, e a forma como elas se comportam para produzir uma decisão.

Tratou-se e trata-se ainda para mim de uma experiência antropológica, o gabinete é meu campo e o acontecimento que descrevi foi feito a partir de uma observação participante. Mais do que isso na verdade. Eu não estava e não estou somente como pesquisadora, eu faço parte desse ambiente, e participei ativamente na decisão que inocentou Capitu.

Verdade real. Se existe uma verdade real, então também existe um contraponto, sua antítese, uma verdade imaginária. Vá lá usar um termo como esse num debate filosófico. Mas os manuais de processo penal ensinam exatamente isso. Devemos chegar à verdade real. Pretensão demasiada. Como, verdade real? O fato deixa ser aquilo que é no momento em que ficou no passado. A realidade do processo pode apenas remeter-se ao fato, a partir das mediações. O fato se transforma em discurso, e é dito a partir de um olhar específico, pessoas particulares e nada imparciais. O fato vira o discurso da vítima, o discurso do acusado e das testemunhas. Se nem mesmo aqueles que vivenciaram o fato tem acesso a ele em sua forma pura, que se dirá dos juízes. O objeto não é o objeto em si, é transformado pela narrativa pelo ponto de vista de quem fala. Tudo que se tem é a fusão do objeto e do discurso que vai formar um terceiro, um novo horizonte.

No início, tudo era estranhamento. A minha intenção foi fazer desse estranhamento uma análise desconstrutiva de um modelo de jurisdição.

Para inocentar Capitu foi considerado tanto o argumento da jurisprudência em relativizar a interpretação da presunção de violência quanto a opinião de pessoas

leigas. O que aponta no sentido de que o juiz remete a um histórico, decisões precedentes para adequar as particularidades do caso peculiar. Afinal, ele é mais um a contribuir para uma história, um romance que vem sendo contado por diversos escritores.

Quanto aos fatos, chego ao final com o estranho incomodo de que Capitu não cometeu o crime pelo qual foi denunciada, mas algumas de suas atitudes mereciam punição. Punição esta que talvez tenha se concretizado com o próprio fato de se submeter a um processo. Mas ela se excedeu. Dançou nua perante meninos e meninas e perturbou a vida do pobre Bento, quando ele decidiu que não queria mais encontrá-la. Mas esses são acontecimentos pelos quais ela não foi acusada. O processo penal não permitiria uma condenação para além do enquadramento descrito na denúncia. Fosse o caso, o juiz poderia ter dado outra tipificação. Entretanto, qual seria? Veio-me à mente o crime de sedução. De fato, o que mais parece é que ela seduziu o garoto, levou-o a beijá-la e tocá-la por intermédio das provocações típicas de quem é hipnotizado quando se acha seduzido por um outro alguém, e acaba cedendo ao chamado. Mas o crime de sedução não mais pertence ao nosso ordenamento jurídico. E ainda se estivéssemos sob a vigência de tal artigo, não caberia aplicá-lo. É que o crime de sedução tinha como agente um homem. Capitu, entretanto, era uma moça, uma menina-quase mulher recém chegada do Piauí, que se dava o direito de brincar de pique-esconde.

Por fim, a interrogação maior segue: e se ela fosse um ele, e ele fosse um ela como terminaria essa história? No romance de Machado de Assis e neste processo permanece a dúvida quanto à culpa das homônimas, ou a extensão dela.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Historia da sexualidade: a vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2005.

_____. **As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das Ciências Humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A Ordem do Discurso: Uma aula inaugural no College de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. São Paulo: Loyola, 1996.

FREITAG, Barbara. **Sociedade e consciência: Um estudo piagetiano na favela e na escola**. São Paulo: Cortez, 1984.

GINZBURG, Carlo. **Olhos de Madeira: Nove reflexões sobre a distância**. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 3: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: Bases Críticas para a reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais – uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. et al. **Escrevendo um romance: Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF.** *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 9, p. 21-44, jan-jun 2009.

WILHELM, REICH. **A revolução sexual.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.