

Menina ou moça?

*Menoridade e consentimento sexual em uma decisão do STF*¹

Laura Lowenkron²

Resumo: O objetivo do trabalho é desnaturalizar as premissas que servem de base para a regulação social e jurídica da sexualidade de acordo com a idade, dando ênfase à dimensão social e performativa dessa categoria e ao seu entrecruzamento diferenciado de acordo com gênero e classe. Para isso, serão analisados dispositivos legais que definem a *menoridade sexual* ou *idade do consentimento* e a sua manipulação em uma decisão do STF que explicita controvérsias sobre o tema. Por fim, proponho questões que ajudam a examinar os pressupostos que fundamentam a regulação social e jurídica da sexualidade de acordo com a idade: o que sexo tem a ver com consentimento? Como a capacidade de consentimento sexual pode ser definida? Quem é considerado capaz para consentir? **Palavras-chaves:** *menoridade, consentimento sexual, leis.*

O objetivo deste trabalho consiste em desnaturalizar um ‘problema’ que passou a ser um dos mais importantes focos de atenção, de horror e de regulação na sociedade ocidental contemporânea: a relação sexual intergeracional envolvendo *menores*. Um bom caminho para isso, é observar situações de conflito ou de *negociação da realidade* (Velho, 1999). Ao recuperar as controvérsias, essas situações configuram processos que desestabilizam as definições socialmente aceitas, explicitando seu caráter fabricado e provisório. Meu intuito não é tanto questionar ou relativizar a repulsa que existe em torno dessas relações, mas mostrar como as categorias de idade são socialmente construídas e manipuladas e como as fronteiras entre o aceitável e o inaceitável são permanentemente redefinidas, negociadas e deslocadas.

Neste artigo, apresento o principal modo jurídico de regular a conduta sexual de acordo com a idade, ao analisar a manipulação de normas legais que definem aquilo que optei por denominar *menoridade sexual*, também chamada de *idade do consentimento*. No entanto, vale destacar que existe uma série de outros mecanismos reguladores que servem de suporte para controlar e condenar relações sexuais intergeracionais envolvendo *menores* - patologização, espetacularização, jogos morais acusatórios - dentre os quais a judicialização é uma das alternativas.

Optei por apresentar a questão a partir do campo judicial por identificar nessa abordagem uma zona cinzenta de problematização. As controvérsias aparecem, como será analisado, em função da dificuldade de se definir uma idade específica a partir da

¹ Trabalho apresentado na 26ª. Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 01 e 04 de junho, Porto Seguro, Bahia, Brasil.

² Doutoranda em Antropologia Social do Museu Nacional/UFRJ.

qual o sujeito é considerado legalmente capaz de consentir livremente uma relação sexual, tomando como modelo uma noção de sujeito racional pleno, com controle absoluto sobre seus atos.

Essa abordagem pareceu-me interessante também porque, dentre as diferentes formas de regulação da vida social, as leis apresentam-se como aparato oficial do Estado moderno para definição e imposição de normas. Apesar de as leis não determinarem as condutas sexuais, segundo Waites (2005), elas desempenham um papel significativo, ainda que limitado, na constituição de normas sociais para o julgamento moral do comportamento sexual na sociedade e, principalmente, facilitam a intervenção de agências estatais em casos particulares.

Entendo a noção de *menoridade* de acordo com a definição de Vianna (1999:168): “não como um atributo relativo à idade, mas sim como instrumento hierarquizador de direitos”. *Menores* são aquelas pessoas compreendidas como incapazes (ou relativamente incapazes) de responderem legalmente por seus atos de forma integral. Segundo Vianna (2002), trabalhar com a noção de *menoridade* é interessante, em termos epistemológicos, pois permite um maior afastamento de categorias muito naturalizadas, como infância ou crianças, imediatamente associadas a um dado período de vida ou a um conjunto de representações.

Se, por um lado, a *menoridade* não pode ser identificada exclusivamente com a noção de infância, por outro, é impossível desconhecer a estreita relação entre as duas noções, pois “a *menoridade* encontra na infância sua representação contemporânea mais eficaz” (Vianna, 2002: 8). Isso se dá graças à pressuposição de incapacidade ‘natural’ de discernimento - concebido como ainda em fase de (con)formação nesse período da vida (sendo, portanto, uma incapacidade transitória) - a partir da qual se naturaliza e legitima a dimensão tutelar da *menoridade*, “seja pela idéia de que é necessária a demarcação de alguém que responda por esses indivíduos incompletos, seja pela idéia de que a transição da *menoridade* à *maioridade* deve corresponder a um período de (trans)formação” (Vianna, 2002: 9).

No caso da *menoridade sexual*, como veremos, as discussões procuram justamente estabelecer critérios sobre as condições que definem a capacidade de discernimento necessária para que alguém tenha o reconhecimento de autonomia para consentir, de maneira considerada válida, em uma relação sexual. A categoria naturalizada de ‘idade’, traduzida em termos de ‘maturidade’ biológica e social, é um critério central para a definição da capacidade de consentimento.

Neste trabalho, procuro mostrar como essa questão insere-se no contexto legal brasileiro contemporâneo³. Primeiramente, apresento as normas jurídicas que regulam as condutas sexuais de acordo com idade. Mas não me restrinjo à análise da *menoridade sexual* definida pelo texto da lei - relativamente estável, centralizado e generalizante -, mas, sim, procuro refletir sobre as práticas discursivas - mais flexíveis e dispersas - que disputam, diante de casos concretos, em torno da definição dos limites entre o moralmente aceitável e o inaceitável. Para isso, analiso uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) que apresenta controvérsias em torno da definição da *menoridade sexual* a partir de um caso concreto⁴.

Por fim, proponho um conjunto de questões que, a meu ver, servem de fio condutor para examinar os pressupostos centrais que fundamentam a regulação social e jurídica da *sexualidade* de acordo com a *idade* no mundo ocidental contemporâneo: o que sexo tem a ver com consentimento? Como a capacidade de consentimento sexual pode ser definida? E quem é considerado capaz para consentir?

As leis da idade do consentimento na legislação penal brasileira

Na legislação penal brasileira contemporânea, o que poderíamos ver como *lei da idade do consentimento* toma forma, de maneira mais restrita, na alínea “a” do artigo 224 do Código Penal, que presume a violência se a vítima de estupro ou de atentado violento ao pudor for menor de 14 anos. Ou seja: qualquer relação sexual com pessoa abaixo de 14 anos, ainda que consentida, é considerada crime de estupro (se o ato for ‘conjunção carnal’⁵ e a vítima for do sexo feminino) ou de atentado violento ao pudor

³ Vale destacar que as problemáticas em torno das leis da idade do consentimento são construídas em um cenário mais abrangente, que não determina as manifestações locais do debate, mas, de algum modo, as influenciam. Segundo Waites (2005), nas décadas de 60 e 70, dois movimentos sociais e políticos tiveram influência especial sobre esse debate no plano político internacional: o movimento feminista (ênfase na proteção e na vulnerabilidade) e o movimento gay (ênfase na equidade e na liberdade). Retomo esses argumentos em minha dissertação de mestrado (Lowenkron, 2008), mas, em função de limites de espaço, não vou desenvolvê-los neste artigo.

⁴ Vale salientar que, apesar de não ter realizado uma pesquisa de jurisprudência suficientemente extensiva para generalizar o caráter exemplar do caso analisado, na maioria das decisões que observei sobre o tema, as mesmas controvérsias repetem-se em diversos acórdãos. Observei que as argumentações e as decisões dos magistrados de outras instâncias aproximam-se a uma ou a outra tendência de entendimento dos diferentes Ministros do STF. Além disso, é importante destacar que o caso analisado é considerado no meio jurídico como um *leading case*, ou seja, como uma decisão inovadora que funda jurisprudência e que passa a servir de referência para tomadas de decisão posteriores sobre o mesmo assunto.

⁵ Na linguagem jurídica, entende-se por ‘conjunção carnal’ apenas a cópula heterossexual vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal.

(se for qualquer outra forma de ‘ato libidinoso’⁶ diverso da conjunção carnal, seja a vítima do sexo masculino ou feminino). De uma maneira mais ampla, pode-se dizer que o delito de ‘corrupção de menores’⁷ (art. 218 do CP de 1940), bem como o revogado delito de ‘sedução de menores’⁸ (art.217 do CP de 1940) também constituem *leis da idade do consentimento*, pois são dispositivos que, apesar de não proibirem de uma maneira ampla e irrestrita a atividade sexual nessa faixa etária – entre 14 e 18 anos –, regulam a atividade sexual entre jovens e adultos, protegendo a inocência daqueles considerados sexualmente inexperientes⁹.

Todos esses artigos se inserem no Título VI do Código Penal denominado “Dos Crimes contra os Costumes”¹⁰. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990) acrescentou, em 2003, no capítulo que dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, os arts. 240 e 241, que criminalizam a produção e a divulgação de pornografia infanto-juvenil. Deixarei de lado a análise mais detalhada dos crimes de pornografia infanto-juvenil e de corrupção de menores e me concentrarei na análise da doutrina que fundamenta e discute a presunção da violência por *menoridade*, prevista no art. 224 do CP de 1940, referente aos delitos de

⁶ “Ato libidinoso,(...) é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Deve restar excluída a conjunção carnal, que é elemento constitutivo do delito do estupro”. (PRADO,2006, P. 204). Exemplos: sexo oral, masturbação, coito anal, toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores, contemplação lasciva, contatos voluptuosos etc.

⁷ Art. 218 – Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo. Pena – reclusão de 1 a 4 anos.

⁸ Art. 217 - Seduzir *mulher virgem*, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (Revogado pela Lei 11.106, de 28 de março de 2005). A punibilidade por este delito podia ser extinta através do casamento da vítima com o agente ou terceiro (CP, artigo 107, VII e VIII).

⁹ “Quando a vítima já for pessoa corrompida, não se configura o delito de corrupção de menores, já que não se pode corromper quem já mantém comportamento totalmente dissoluto (delito impossível). Contudo, como a corrupção admite graus, é possível a caracterização do delito quando a vítima, apesar de apresentar alguma corrupção, é levada ao extremo da degradação por obra do agente” (PRADO,2006: 235). “É corrupto quem já conhece os prazeres da carne, quem já perdeu a ingenuidade sexual. É corrupto inclusive o menor que seja experimentado apenas nos prazeres sexuais normais, eis que representam já corrupção em face da precocidade” (FRAGOSO, HC, p. 26, op cit, in: PRADO, 2006, P. 235, nota 8).

¹⁰ O título ‘Dos Crimes Contra os Costumes’ é subdividido em cinco capítulos e seus respectivos artigos: 1. crimes contra a liberdade sexual (i. estupro; ii. atentado violento ao pudor; iii. posse sexual mediante fraude; iv. atentado ao pudor mediante fraude; v. assédio sexual); 2. corrupção de menores; 3. disposições comuns aos crimes contra a liberdade sexual e corrupção de menores (é aqui que se incluem as formas qualificadas, presunção de violência e causas do aumento da pena); 4. lenocínio e tráfico de pessoas (i. mediação para servir a lascívia de outrem; ii. favorecimento da prostituição; iii. casa de prostituição; iv. rufianismo; v. tráfico internacional de pessoas; vi. tráfico interno de pessoas); 5. Ultraje público ao pudor (i. ato obsceno; ii. escrito ou objeto obsceno).

‘estupro’¹¹ e de ‘atentado violento ao pudor’¹², quando a vítima é menor de 14 anos, pois é aquela que melhor expõe os princípios que fundamentam a tutela legal de ‘menores’ em relação à atividade sexual.

De acordo com o Manual de Direito Penal Brasileiro de autoria do penalista Luiz Regis Prado, “a presunção da violência nos delitos sexuais, também conhecida por *violência ficta*, está prevista na maioria dos Códigos Penais, em face da excepcional preocupação do legislador com determinadas pessoas que são incapazes de consentir ou de manifestar validamente o seu dissenso” (Prado, 2006: 244).

A razão da tutela do menor de 14 anos, segundo o manual, reside na *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, o que invalida o seu consentimento. Até a década de 1990, a maioria dos doutrinadores entendia que a presunção da violência por *menoridade* era absoluta. No entanto, segundo Regis Prado, “passou a entender a melhor doutrina que a presunção da norma em epígrafe é relativa” (Prado, 2006: 245). Segundo o autor, tal entendimento é hoje predominante na doutrina, de modo que se a vítima, apesar de contar com menos de 14 anos, é experiente em assuntos sexuais, ou se já atingiu maturidade suficiente para discernir se lhe é conveniente ou não praticar o ato libidinoso, descaracteriza-se o delito¹³. Mas, analisando a jurisprudência recente, vê-se que a relatividade ou não da presunção de violência continua a ser questão controversa entre os juízes.

(Des)construção social da *idade do consentimento* em uma decisão do STF

Um caso exemplar para ilustrar as controvérsias em torno da *idade do consentimento* ou, mais especificamente, em torno do estupro com violência presumida por *menoridade* – tanto pela riqueza dos argumentos, quanto pela inovação da decisão na mais alta instância do Judiciário brasileiro – é um *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 1996, de relatoria do Ministro

¹¹ Art. 213 do CP/1940 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena - reclusão de 6 a 10 anos.

¹² Art. 214 do CP/1940 - 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 a 10 anos.

¹³ Contudo, nesses casos, considera o jurista que há de se ter maior rigor na avaliação, “pois a infância e a pré-adolescência são fases da vida em que o ser humano encontra-se vulnerável e suscetível de abuso, engodo, manipulação e autoritarismos” (PRADO, 2006: 246), de modo que qualquer dissenso do menor, ainda que não se trate de uma resistência militante é suficiente para configurar o estupro.

Marco Aurélio de Mello. Trata-se de um processo cujo réu é um homem de 24 anos, que fora condenado - na primeira e na segunda instâncias do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - por estupro com violência ficta, por manter relações sexuais com uma menina de 12 anos. No entanto, anos depois da condenação, os juízes do STF concederam *habeas corpus*¹⁴ ao rapaz, em decisão histórica e polêmica, vencida por três votos a dois.

Como enfatiza Moore (1978), a ordem legal deve ser vista como um processo ativo e não como um sistema fixo. Segundo a autora, as ordens existentes são continuamente refeitas e transformadas, de modo que, mesmo mantê-las ou reproduzi-las deve ser visto como processo (Moore, 1978: 6). Sendo assim, observar as controvérsias e as disputas no âmago de uma decisão do STF ajuda a perceber as leis como processo, como propõe a autora.

Os documentos nos quais minha análise baseia-se consistem no relatório e nos votos, com a argumentação de cada um dos cinco Ministros do STF que participaram do julgamento do *habeas corpus* e o acórdão desse julgamento, com a decisão final. O Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, votou pela concessão da ordem de *habeas corpus*, para a absolvição do ‘paciente’ (denominação equivalente a ‘réu’ em *habeas corpus*) pela prática do crime de estupro. Dois Ministros – Francisco Rezek e Maurício Corrêa – o acompanharam no voto, e dois – Carlos Velloso e Néri da Silveira - indeferiram o pedido. No entanto, para minha análise, importa menos o resultado do julgamento do que os modos pelos quais os discursos dos juízes constroem ou desconstroem a *menoridade* sexual.

Os argumentos dos Ministros constroem-se e se dividem, basicamente, em torno da questão de se a presunção de violência a que se refere a alínea ‘a’ do artigo 224 do Código Penal é relativa ou absoluta e as respectivas razões que fundamentam cada uma das posições. Portanto, trata-se de uma discussão jurídica. Mas, como em todo e qualquer embate de idéias, os argumentos são entremeados em visões de mundo. Sendo assim, neste caso, através da discussão sobre o ‘problema’ da relação sexual entre um ‘adulto jovem’ e uma ‘menina’, emergem diferentes concepções culturais sobre: o papel das leis na proteção aos jovens e a extensão dessa proteção, a construção social da capacidade de discernimento (e da divisão entre ‘capazes’ e ‘incapazes’), portanto, do sujeito racional completo, a relação entre adolescência e

¹⁴ Na época, 1996, todo pedido de *habeas corpus* era julgado pelo STF.

sexualidade no mundo contemporâneo e os critérios que definem os limites da *menoridade*, além da idade.

Antes de apresentar os argumentos específicos de cada Ministro que participou do julgamento do *habeas corpus*, apresento a sequência de ‘fatos’, tal qual construída - através de depoimentos e provas - no processo. Como não tive acesso aos autos, senão por trechos difusos citados pelos Ministros nos documentos que analisei, são nesses fragmentos que me baseio para relatar aqui, brevemente, os acontecimentos que servem de base para a avaliação dos juízes.

O relacionamento entre o Paciente - o encanador Márcio Luiz de Carvalho, com 24 anos à época - e a menor - Maria Adelaide Noronha, com, então, 12 anos - teria ocorrido em novembro de 1991, na cidade de Carmo de Minas, MG. Pela narrativa nos autos, a menina conheceu o rapaz numa noite, enquanto estava na praça da matriz, onde costumava ir com as amigas, e ele passou de moto. A menina contou que vinha saindo de motocicleta com o rapaz, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Declarou que já fizera o mesmo com outros rapazes. Logo no primeiro encontro, o rapaz e a menina montaram na motocicleta, dirigiram-se à cachoeira da barra, pararam, passaram a trocar beijos e o rapaz começou a passar a mão no seu corpo. A menina relata que o parceiro pediu gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal e que se recusara de início, mas cederam em face às carícias.

O último encontro aconteceu em 13 de dezembro de 1991, quando também mantiveram relações sexuais. Na volta, Maria pediu a Márcio que a deixasse longe de casa, visando fugir à fiscalização do pai que, ‘por falta de sorte’, a viu descer da motocicleta e, ao que tudo indica, foi quem tomou a iniciativa de entrar com a ação penal. Em depoimento, a vítima diz que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última ‘seu pai pegou’; que ela mantivera relações sexuais com o réu na primeira vez que o encontrou, que tal relação não foi forçada e que assim agiu porque ‘pintou vontade’.

Os votos dos Ministros que participaram do julgamento não se limitam a definir uma posição a favor ou contra o *habeas corpus*. Os argumentos dos magistrados refletem, problematizam e participam do processo de construção (e desconstrução) de concepções culturais importantes que estão em jogo nas discussões sobre as *leis da idade do consentimento*. Estas incluem noções sobre sexo, idades da vida e sobre os fundamentos para a tutela legal de *menores*.

Para desclassificar o estupro, absolvendo o rapaz, diante desses ‘fatos’ que comprovam a autoria e materialidade do crime pelo qual o jovem fora condenado, o argumento legal do Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, é que teria ocorrido, no caso, ‘erro de tipo’, ou seja: dado que a relação fora consentida e que o acusado não tinha como saber que a menina era menor de 14 anos, portanto não poderia prever que estava cometendo um crime, então não houve crime. Mas, se o ‘erro de tipo’ é a razão legal para a concessão do *habeas corpus*, inocentando o rapaz pelo fato de não ter tido condições de reconhecer que a menina era menor de 14 anos, os argumentos morais utilizados pelos juízes para fundamentar o ‘erro de tipo’ buscam desconstruir a *menoridade* da vítima.

O primeiro tipo de argumentação que inocenta o rapaz, no caso em análise, é o que defende que este não poderia prever a *menoridade* da vítima, porque esta tinha aparência e conduta de pessoa madura, não era mais virgem ou inocente, mas experiente e promíscua.

A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve estupro em si, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria (Marco Aurélio de Mello).

O reconhecimento de ‘precocidade’ na aparência física e na conduta é seguido de uma pressuposição de ‘precocidade’ no desenvolvimento psicológico. Trata-se de uma concepção de que a pessoa se desenvolve de um modo integrado e coerente, em todos os aspectos. Sob essa óptica, madura fisicamente, experiente sexualmente, supõe-se que a menina tenha atingido também maturidade intelectual e moral para consentir. Para os Ministros que validaram o seu consentimento, a aparência e a conduta da menina foram consideradas mais importantes do que a idade biológica para descaracterizar a sua *menoridade*, ao retirar-lhe o direito de tutela legal para consentir em uma relação sexual.

Outra argumentação que fundamenta a decisão em favor do *habeas corpus* é a de que o constrangimento seria o principal elemento para caracterizar o estupro e este não é reconhecido no caso, em função da experiência anterior da menina e da ausência de outras assimetrias além da diferença de idade.

*Poderia, numa situação diversa desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos violência, se qualquer elemento circunstancial contribísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a *menoridade* dela; se houvesse uma relação*

hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregador, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda.... (Francisco Rezek)

Um terceiro fundamento para a relativização da presunção da violência e a conseqüente defesa da inocência do rapaz é a acelerada mudança dos costumes e a revolução comportamental no mundo contemporâneo, com o conseqüente anacronismo do Código Penal na definição da idade que se supõe a ‘innocentia consilii’ para o engajamento na relação sexual. Destacando a influência dos meios de comunicação na socialização dos jovens, o Ministro Marco Aurélio de Mello afirma que “nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades”. Articulado a esse argumento está uma concepção de que “a máquina judiciária não pode se abster de raciocinar”, ou seja, de que cabe aos juízes o papel de flexibilizar as leis, através da atividade interpretativa, para acompanhar a mudança dos costumes.

Seja enfatizando a aparência e a conduta pregressas, seja enfatizando a ausência de outras assimetrias além da idade, os discursos dos Ministros que votaram pelo deferimento da ordem de *habeas corpus* desconstruem a *menoridade* da menina, ao descaracterizar, no caso, a pureza, a inocência e a vulnerabilidade associadas à imagem infantil, lócus privilegiado da *menoridade*. Os dois votos seguintes, que indeferem o pedido de *habeas corpus*, vão, ao contrário, procurar garantir o direito de proteção legal da menina, reconstruindo a sua *menoridade* para consentir relação sexual. Os argumentos procuram fundamentar a invalidação do consentimento da ‘adolescente’, ao enfatizar a sua essencial vulnerabilidade, inocência e imaturidade, apesar de sua experiência sexual anterior e aparência física precoce.

Os Ministros que votaram pela denegação da ordem de *habeas corpus* defendem que o critério de idade para a definição legal da *menoridade* é absoluto. Argumenta o Ministro Carlos Velloso que “o que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito”. O primeiro argumento que fundamenta essa posição é baseado na psicogênese da criança tal qual concebida pela psicologia do desenvolvimento, ou seja: de que o amadurecimento cognitivo é um processo biológico, portanto a idade é um fator determinante para avaliar o desenvolvimento da criança. Citando jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Velloso destaca que: “não há dúvida de que o

legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança (...). É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer”.

Para justificar a tutela, ou seja, o impedimento legal de auto-gestão da sexualidade, ele enfatiza dois aspectos que fundamentam a pressuposição de incapacidade de ‘auto-controle’ em relação a jovens da faixa etária da vítima: a natureza biológica dos ‘instintos sexuais’, que afloram na adolescência, tornando as meninas púberes mais vulneráveis, e a ignorância sobre as conseqüências dos atos. A tutela é, portanto, considerada não como uma opressão à vontade, mas como um *governo doce* que controla os incontroláveis e/ou incompletos – sejam crianças, mulheres, índios, escravos etc - para protegê-los. O fenômeno biológico enfatizado nessa argumentação é a ‘puberdade’, que estaria associada a um período de perturbação psíquica que, somada à pouca experiência, tornaria frágil a vontade do ‘adolescente’.

Assim, emerge o segundo argumento de improcedência do pedido de *habeas corpus*: o de que a tutela legal em relação à atividade sexual se justifica pela vulnerabilidade dos jovens. A condição de *menoridade* é justificada por serem considerados os ‘adolescentes’ indivíduos incompletos e de personalidade indefinida, ou seja: não tendo desenvolvido ainda a capacidade de auto-controle de seus instintos, os ‘adolescentes’ são considerados incapazes para o exercício pleno da liberdade sexual.

Exatamente por serem as jovens menores de 14 anos mais sujeitas, por sua inexperiência, a ceder aos primeiros impactos amorosos, é que dá a lei maior proteção. A sua deficiente resistência é característica normal da insegurança de sua idade, em que o psiquismo se acha alterado ante as razões biológicas que o impulsionam (...). Nesse estado de metamorfismo, a personalidade está por se definir, sendo a menor presa fácil, um brinquedo na mão do adulto (Néri da Silveira).

Segundo essa visão, a lei deve proteger ‘crianças’ e ‘adolescentes’, independente de suas condutas. Segundo o Ministro Néri da Silveira, “mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal”. Nos termos do Ministro Carlos Velloso: “a afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana, talvez seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente”. A abstenção seria, então, o melhor meio para precaver os riscos.

Um terceiro argumento contra a absolvição do rapaz é que o que determina o estupro não é a inocência, mas a ausência de consentimento e que este, no caso da menor, é inválido, tanto pelos argumentos já citados, como também por uma visão de que não cabe ao magistrado substituir o papel do legislador para acompanhar a mudança dos costumes.

A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado como fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes a ‘innocentia consilii’ (...) não autoriza o magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o código fixou, ele próprio, a idade e, de modo algum deixou, ao critério aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor (Néri da Silveira).

Menoridade e consentimento sexual

A noção central que permeia todas os argumentos é a de consentimento. Para definir se houve ou não estupro o que se discute é a validade ou não do consentimento da menina ou, em outros termos, a sua condição de *menoridade*. Vale destacar que o conceito *idade do consentimento* - muitas vezes tomado como um dado nos debates públicos e políticos, ignorando as transformações históricas e variações culturais - “é em si mesmo significante como forma de representação que influencia a compreensão da lei” (Waites, 2005: 1). Sendo assim, para concluir este trabalho, retomo as questões apresentadas no início do artigo: o que sexo tem a ver com consentimento? Como a capacidade de consentimento sexual pode ser definida? E quem é considerado capaz para consentir?

A noção de consentimento é fundamental para uma concepção de sexualidade marcada, simultaneamente, pela polaridade de gênero (masculino/ativo e feminino/passivo) e por uma “estética dos prazeres compartilhados” (Foucault, 1985). O consentimento é, portanto, uma noção que permite melhor conceitualizar a diferença entre agência da alma e do corpo na relação sexual. Apesar da polaridade atividade/passividade do ato sexual, cada um deve ser sujeito ativo do ponto de vista do desejo.

Vale destacar que o consentimento nem sempre foi um elemento fundamental ou suficiente na definição da legalidade da relação sexual. Segundo Vigarello (1998), a própria particularização da noção de ‘violência sexual’ que, “atingindo o corpo, atinge a parte mais incorporal da pessoa” (Vigarello, 1998: 9), está associada à noção moderna de sujeito, dotado de uma interioridade. Além disso, proponho que a história da ‘violência sexual’ encontra-se também com a história de uma concepção

individualista de sociedade, que se pode definir como “era moderna”. “Sua premissa é a de que cabe aos indivíduos um conjunto de direitos inalienáveis, centrados, sobretudo, na sua liberdade individual” (Vianna & Lacerda, 2004: 15).

No entanto, como destaca o Waites (2005), a distribuição social de direitos e liberdades nas sociedades ditas ocidentais, incluindo direitos de consentimento - nas atividades sexuais ou em outras atividades -, foram historicamente estruturadas de maneira hierárquica. Desde o Iluminismo, formas particulares de competência associadas à capacidade intelectual de ‘razão’ e exercício do livre arbítrio foram valorizadas. Segundo Waites, “this context implies that the characteristics attributed to certain social groups have been systematically linked to the kind of action which consent has been imagined to be” (Waites, 2005: 19).

Desse modo, a apreciação das transformações históricas nas desigualdades de gênero é vital para a análise dos debates em torno do significado da noção de ‘consentimento’ no contexto do comportamento sexual. Em especial, é importante notar a passagem de um contexto patriarcal hierárquico para um contexto marcado por ideais igualitários. No Brasil, essa mudança pode ser observada, em parte, a partir da comparação dos Códigos Penais de 1890 e 1940.

No primeiro, as ofensas sexuais eram reunidas no título ‘dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’. O estupro era entendido como um roubo ou um ultraje (adultério ou roubo da castidade, ambos ameaçando à honra da família) e o status social da vítima podia aumentar ou diminuir a gravidade do crime de acordo com a vergonha e o prejuízo social produzidos. O estupro contra uma mulher pública ou uma prostituta, por exemplo, era considerado menos grave do que atentar contra uma ‘mulher honesta’.

No Código Penal brasileiro de 1940, os delitos sexuais passaram a ser agrupados sob o título ‘dos crimes contra os costumes’, no capítulo ‘dos crimes contra a liberdade sexual’. O bem jurídico protegido não é mais a ‘honra das famílias’, mas, sim, a ‘liberdade sexual’, definida como “a capacidade do sujeito (...) de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos” (Prado, 2006: 194). A ofensa sexual é transformada em uma ameaça contra o corpo íntimo e privado e o ‘consentimento’ passa a ter uma importância maior do que o status social da pessoa ofendida.

A noção de consentimento pode ser definida como uma decisão de concordância voluntária tomada por um sujeito dotado de capacidade de agência e livre arbítrio.

Algumas campanhas feministas enfatizaram a clareza de distinção entre consentimento e não consentimento, como em alguns usos do slogan anti-estupro ‘yes means yes’ and ‘no means no’. Outra corrente do feminismo conceitualizou a existência de um *continuum* entre o intercuro sexual heterossexual plenamente consentido e o estupro. “The notion of a continuum more adequately describes the experiences of women who may ‘submit’ to sex without giving a more ‘active consent’, implying greater agency. This is useful in conceptualising forms and degrees of consent in sexual behavior involving children” (Waites, 2005: 21).

Vale destacar que os conflitos contemporâneos sobre as *leis da idade do consentimento* são localizados em um contexto no qual crianças e adolescentes passaram de um estado de total subordinação à família ou aos tutores para se tornarem “sujeitos de direitos” - a partir da aprovação da Convenção Universal de Direitos da Criança pela Organização das Nações Unidas em (1989), no plano internacional; e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), no plano nacional.

Surge, então, a necessidade de encontrar formas de conciliar a compreensão de crianças e jovens como sujeitos especiais, ou seja, tendo que ser protegidos e formados, mas também compreendidos como indivíduos portadores de direitos. Esse é um dos dilemas que estão em jogo nos debates em torno das *leis da idade do consentimento* nos dias atuais, que discutem formas apropriadas de direitos de crianças e adolescentes em relação à sexualidade (Waites, 2005: 218). Como resposta a esse dilema entre os direitos de liberdade e de proteção, entendeu-se que as crianças e os adolescentes como grupos minoritários devem, por suas características, receber tratamento desigual em favor da igualdade de condições (Vianna, 2002).

Nas *leis da idade do consentimento*, a noção de consentimento pode ser entendida como um tipo particular de competência que é considerada fundamental para o exercício do direito de liberdade sexual. O julgamento de quem é capaz de dar consentimento significativo para o ato sexual depende dos tipos de competência que se considera relevante. A competência considerada relevante para tomada de decisão na atividade sexual é multidimensional, sendo concebida como uma combinação entre competência intelectual (habilidade para processar informação relevante), competência moral (capacidade para avaliar o valor social do gesto) e competência emocional (entendida como habilidade para expressar e manejar emoções). Por vezes, uma ou outra competência pode ser mais valorizada.

O princípio que fundamenta a *menoridade sexual* não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que este não desenvolveu, ainda, as competências consideradas relevantes para consentir uma relação sexual. Supõe-se que a competência para tomada de decisões vem com o tempo, através de um processo de socialização no qual o sujeito racional completo é (con)formado. Como é possível notar nos argumentos dos Ministros que votaram contra o pedido de *habeas corpus* no caso analisado, até uma certa idade, o menor é considerado incompleto, portanto, incapaz ou relativamente incapaz para essa tomada de decisão. Sendo assim, o exercício de sua vontade deve ser tutelado pela lei até que ele ou ela tenha se tornado um sujeito pleno para consentir livremente a relação sexual.

No entanto, é importante destacar que, se, por um lado, a periodização da vida é um modo de institucionalizar as transições das pessoas, instituindo idades ideais para cada coisa (Souza, 2005), por outro, para compreender as formas de regulação da conduta sexual, não se pode tomar a ‘idade’ como critério único e absoluto. A ‘idade’ está associada a moralidades diferenciadas de acordo com o gênero. Além disso, por vezes, as assimetrias de ‘idade’ são articuladas a outras assimetrias, como aquelas relativas às posições sociais e à classe. Sendo assim, a análise dos entrecruzamentos de categorias parece ser o melhor meio para entender os processos de regulação social e jurídico da sexualidade.

Nota-se, por exemplo, que o Ministro Francisco Rezek privilegia as desigualdades de classe em detrimento das diferenças de idade, o que, de certo modo, indica que ele ‘infantiliza’ o réu em função de sua classe social. O Ministro reconheceria o ‘abuso’ se houvesse, no caso, outros elementos de desigualdade além da idade que pudessem configurar alguma forma de constrangimento, ou seja, de contaminação da vontade. Nos termos de Rezek: “poderia, numa situação diversa desta dos autos, entender que houve algum constrangimento (...) se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela”.

Outro ponto que merece ser destacado é que, em nenhum momento, a sexualidade do rapaz é problematizada pelos ministros, mas tão somente a da menina. Inclusive, o exame psicológico só é realizado para determinar o equilíbrio mental e emocional da vítima e não do agressor. Um dos magistrados, Néri da Silveira, recorre ao laudo psicológico que consta nos autos para afirmar que, apesar de não apresentar

problemas mentais, a vítima tinha distúrbios psicológicos¹⁵. Uma hipótese para justificar essa ausência de preocupação dos magistrados para com o estado mental do rapaz é que a ‘doença mental’, em geral, e a ‘pedofilia’, em particular, são utilizadas, principalmente, para explicar crimes cometidos por “homens cultos” (recorte de classe), o que, como vimos, não é o caso.

É importante salientar também o caráter generificado dos argumentos dos Ministros do STF. É latente nesses discursos a questão da ‘honra’ da família a partir do controle da sexualidade feminina, tanto que foi o ‘pai’ quem protagonizou a denúncia. Sendo assim, ainda que a ‘violência sexual’ contra criança tenha ganhado contornos específicos e uma gravidade dramática a partir do final do século XX, (Landini, 2006), a figura da ‘menina’ - duplamente vulnerável, pela idade e pelo gênero - é considerada a principal vítima de ‘abuso sexual’, noção marcada pela idéia de assimetria e não apenas de ausência de consentimento. A partir da análise argumentos dos magistrados, é possível sugerir que a antiga exigência de ‘honestidade’ feminina para garantia de proteção é transfigurada em exigência de ‘pureza’ infantil.

Nesse sentido, a dimensão performativa da categoria parece fundamental, o que pode ser percebido a partir dos argumentos dos ministros que se baseiam na aparência e na conduta para desconstruir a *menoridade* (no sentido de incapacidade legal de auto-gestão) da ‘menina’, ou melhor, daquela que, considerada destituída de inocência, passou, então, a ser vista como ‘moça’ de 12 anos. Portanto, é possível sugerir que, assim como o gênero, as categorias de idade não devem ser entendidas como uma propriedade essencial dos sujeitos, mas como um efeito performativo e uma performance, ou seja, como algo que os sujeitos devem se tornar continuamente a partir da estilização repetida de atos (Butler, 2003). Em outros termos, para ser *menor*, não basta ter uma certa idade, é preciso parecer que a tem.

Essa constatação nos leva a um dos pontos cruciais deste trabalho: a ‘infância’ como uma categoria cultural associada à noção de ‘vulnerabilidade’, ‘inocência’ e ‘incapacidade de auto-controle’ e como categoria social utilizada para classificar sujeitos específicos. A associação de um determinado sujeito à noção de ‘infância’ faz com que este seja considerado alguém que precisa ser protegido e controlado em

¹⁵ Diz o laudo: “seu comportamento é instável, com falta de perseverança nas atividades, reagindo de forma imatura às estimulações ambientais. Percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual. Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego”.

nome de seu “melhor interesse”, como propõe a doutrina que fundamenta as legislações modernas voltadas para ‘crianças’ e ‘adolescentes’, representada no Brasil pelo ECA. Sendo assim, a incapacidade legal de auto-gestão que define a dimensão tutelar da *menoridade* apóia-se na idéia de uma incapacidade ‘natural’ que define uma ‘fase da vida’. No entanto, diferentes atividades são associadas a diferentes *menoridades*, de modo que a questão crucial não é tanto saber se determinado sujeito é considerado ‘criança’ ou não, mas, sim, considerado ‘criança’ para quê.

No que se refere à *menoridade sexual*, como vimos, a definição de uma idade específica a partir da qual o sujeito é considerado capaz de consentir livremente uma relação sexual é objeto de controvérsias, tanto no universo judicial, como na vida social. Mas, o que é objeto de controvérsias e negociação não é a possibilidade de aceitação moral e/ou legal do sexo entre ‘adulto’ e ‘criança’, mas, sim, a classificação de sujeitos específicos como ‘criança’.

Observa-se, assim, que a *menoridade sexual* não depende apenas da *idade cronológica*, baseada em um sistema de datação (Debert, 1998), para ser construída e desconstruída, mas, sim, está associada a um complexo de fatores que se combinam, dentre eles: o exame do comportamento e da personalidade dos atores, a avaliação do tipo de relação e das distâncias sociais entre o ‘menor’ e o ‘maior’ que se relacionaram sexualmente e a análise do contexto no qual a relação aconteceu.

Referências bibliográficas

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003.

DEBERT, Guita Grin. “A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade”. In: Myriam Moares Lins de Barros (Org). *Velhice ou terceira idade? Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade III: O cuidado de si*; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1985.

LANDINI, Tatiana Savoia. “Violência Sexual contra crianças na mídia impressa: gênero e geração”. In: *Cadernos Pagu* (26), Campinas, 2006.

LOWENKRON, Laura. *Sexualidade e (Menor)idade: estratégias de controle social em diferentes escalas*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PPGAS/Museu Nacional/UFRJ, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOORE, Selly Falk. *Law as process: an anthropological approach*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 3. Parte Especial – arts. 184 a 288*. 4ª ed. Editora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2006.

SOUZA, Maria Antonieta Albuquerque. “A juventude no plural: anotações sobre a emergência da juventude”. In: *Jovens & Juventudes*. Rosilene Alvim, Tereza Queiroz e Edísio Ferreira (Orgs). João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. *Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PPGAS/Museu Nacional/UFRJ, 2002.

_____. *O Mal que se advinha: polícia e menoridade no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999.

_____ & LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

VIGARELLO, Georges. *História do Estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

WAITES, Matthew. *The age of consent: Young people, sexuality and citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990).

Habeas Corpus nº 73662-9/MG, julgado em abril de 1996 pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Acórdão e votos dos Ministros Marco Aurélio de Mello (Relator), Francisco Rezek, Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira (Presidente). Documento disponível em pesquisa de jurisprudência do STF no site www.stf.gov.br. Acesso: 5 de abril de 2007.

<http://en.wikipedia.org> Acesso: 5 de dezembro de 2007.