

(Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF¹

Laura Lowenkron

Doutoranda em Antropologia Social – Museu Nacional/UFRJ

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 a 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-CHAVE: 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 nesse sentido 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. O intuito deste artigo 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.²

Optei por apresentar a questão com base no 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 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 Viana (1999, p. 168): “não como um atributo relativo à idade, mas sim

como instrumento hierarquizador de direitos”, como categoria relacional de subordinação que evoca a “maioridade” enquanto contraponto e enfatiza a posição desses indivíduos em termos legais ou de autoridade (id., 2002).

Menores são aquelas pessoas compreendidas como incapazes (ou relativamente incapazes) de responderem legalmente por seus atos de forma integral. Segundo Vianna (id.), 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” (id., p. 8). Isso se dá graças à pressuposição da incapacidade “natural” de discernimento – concebido como ainda em fase de (con)formação nesse período da vida, sendo, portanto, uma incapacidade transitória –, baseada na 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” (id., p. 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, 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.

É importante destacar que meu objetivo neste artigo não é discutir o tema da *menoridade* legal de maneira mais ampla, tampouco sugerir que, no Brasil, a *menoridade sexual* seja uma problemática que esteja na pauta de discussão das agendas políticas atuais, de modo como ocorre com a *menoridade penal*,³ por exemplo. No âmbito legislativo e político nacional, a *menoridade sexual* não é sequer uma expressão que costuma ser acionada. Não pretendo também realizar um mapeamento mais amplo sobre a discussão política internacional sobre o tema, como fez Waites (2005), ou transplantar o debate que existe em outros países para o contexto nacional. Meu esforço se limita à análise de normas legais e práticas judiciais no âmbito nacional que possam iluminar os cruzamentos entre *sexualidade* e *menoridade*.

No entanto, antes de analisar de que modo o tema se insere no contexto legal brasileiro, é importante mostrar como as problemáticas são construídas em um cenário mais abrangente, que não determina as manifestações locais do debate, mas, de algum modo, as influenciam. Para isso, farei uma breve introdução sobre como o tema está situado em uma discussão internacional mais ampla, sobre aquilo que Waites (id.) denomina de *leis da idade do consentimento*.

A seguir, apresento as normas jurídicas que regulam as condutas sexuais de acordo com a idade em nosso contexto legal. Mas não me restrinjo à análise da *menoridade sexual* definida pelo texto da lei – relativamente estável, centralizado e generalizante –; procuro refletir sobre as práticas discursivas – mais flexíveis e dispersas – que disputam, diante de casos concretos, acerca 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* com base em um caso concreto.⁴

Por fim, proponho um conjunto de questões que, a meu ver, servem de fio condutor para examinar os pressupostos centrais que fundamen-

tam 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 no debate político internacional

A comparação internacional e histórica revela uma enorme diversidade de estruturas legais nas quais as chamadas *leis da idade do consentimento* se inserem, até mesmo dificultando a análise comparativa.⁵ Segundo Waites, “*the phrase is generally absent from the law in many different states, yet is frequently invoked to describe and contest laws, and is increasingly used to compare laws between different states with contrasting legal frameworks*” (Waites, 2005, p. 2).

As diferentes maneiras de regular juridicamente a atividade sexual de acordo com a idade podem ser sistematizadas com base nos três principais tipos de previsões legais: (i) leis que estabelecem limite de idade mínima: quando a atividade sexual envolvendo pessoas abaixo de uma certa idade é considerada crime; (ii) previsões de sedução: referem-se a situações nas quais a legalidade do comportamento sexual em uma dada faixa de idade é definida pela característica da interação e/ou da motivação do participante mais velho; (iii) previsões legais sobre contato sexual em relações de autoridade: envolvem restrições adicionais sobre o comportamento sexual quando existe uma desigualdade de poder particular, por exemplo, entre professor e aluno. Além disso, as leis podem variar de acordo com o gênero e a orientação sexual (cf. Waites, 2005).

Nas décadas de 1960 e 1970, dois movimentos sociais e políticos tiveram influência especial sobre o debate internacional em torno das *leis*

da idade do consentimento: o movimento feminista e o movimento *gay*. O primeiro incluiu o tema nas agendas de luta contra “abuso” sexual ligado a formas de dominação masculina, de modo que essas leis eram vistas como parte de uma estratégia mais ampla de demandas por proteção legal de sujeitos em situação de vulnerabilidade. Essa perspectiva ganha força no final do século XX, por meio da proliferação de campanhas midiáticas de denúncia de turismo sexual, pedofilia e prostituição infantil. O movimento homossexual, por sua vez, incluiu o tema em agendas liberacionistas que lutavam por direitos de equidade, criticando, portanto, *leis da idade do consentimento* diferenciadas para a prática homossexual, como acontecia em legislações de muitos países ocidentais – Portugal, por exemplo.

Com o movimento homossexual, surgiram os questionamentos mais radicais sobre as *leis da idade do consentimento*. Questões eram colocadas sobre se a lei tinha aplicação prática, quem teria acesso a ela e seus efeitos nos jovens, a quem ela supostamente protegeria (id., p. 128). A partir dos anos 70, surgem organizações, como a associação americana Man-Boy Love (NAMBLA) e, no Reino Unido, a Paedophile Information Exchange (PIE), que demandam direitos de aceitabilidade da atividade sexual consensual entre adultos e crianças, reivindicando a descriminalização desse tipo de prática, a despatologização da pedofilia e a abolição das *leis da idade do consentimento* (id., p. 25). Tais grupos propõem uma nova linguagem de “direitos da criança e do adolescente”, reivindicando maior poder e autonomia para os jovens, até mesmo maior autonomia sexual, de modo que estes possam tomar decisões sobre as próprias vidas e seus corpos.

Porém, o próprio movimento homossexual (lésbico e *gay*) batalhou para se distinguir dos grupos pedófilos, por meio da expulsão do NAMBLA da International Lesbian and Gay Association (ILGA), a fim de garantir reconhecimento pelas Nações Unidas. Mais recentemente,

em 2006, na Holanda foi criado um partido político, o NDV (caridade, liberdade e diversidade), cujas principais reivindicações são a redução da *menoridade sexual* de 16 para 12 anos e a legalização da pornografia infantil. No entanto, as reivindicações dessas organizações nunca conquistaram muito espaço ou simpatia de outros movimentos ou da sociedade mais ampla, por isso elas têm tido pouco sucesso em cumprir seus objetivos.⁶

Por outro lado, desde a metade da década de 1990, o tema da “violência sexual contra crianças e adolescentes”⁷ tornou-se um problema público central e vem cada vez mais sendo apresentado e discutido em relação ao conceito de “pedofilia”. Vale destacar que a “pedofilia” não é uma categoria jurídica, mas, sim, uma categoria clínica,⁸ definida por fantasias e desejos que não se atualizam, necessariamente, em condutas sexuais.⁹ No entanto, enquanto categoria social, o termo “pedofilia” tem se disseminado com sentidos diversos e tem sido associado a crimes envolvendo sexo com menores, como estupro, pornografia e prostituição. Nesse sentido, a “idade do consentimento” funciona como parâmetro, nos debates públicos e políticos, para definir não apenas o que é considerado criminoso, mas igualmente patológico.

Depois de realizar uma breve incursão na discussão internacional sobre as chamadas *leis da idade do consentimento*, passo para a análise mais específica do contexto legal brasileiro contemporâneo.

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”¹⁰ e a vítima for do sexo feminino) ou de atentado violento ao pudor (se for qualquer outra forma de “ato libidinoso”¹¹ 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”¹² (art. 218 do Código Penal de 1940) bem como o revogado delito de “sedução de menores”¹³ (art. 217 do Código Penal 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 inexperientes.¹⁴

Todos esses artigos se inserem no Título VI do Código Penal denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”.¹⁵ 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 artigos 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 artigo 224 do Código Penal de 1940, referente aos delitos de “estupro”¹⁶ e de “atentado violento ao pudor”¹⁷ quando a vítima é menor de 14 anos, pois é a 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, p. 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. Em nota de pé de página, Prado (ibid.) acrescenta a seguinte citação para justificar a lei de *violência ficta*: “É preciso recordar também que o exercício da sexualidade com o menor ‘pode afetar a evolução e desenvolvimento de sua personalidade e produzir nela alterações importantes que incidirão em sua vida ou em seu equilíbrio psíquico no futuro”. Julio Fabbrini Mirabete, em seu *Código Penal interpretado*, destaca que, “embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico” (Mirabete, 2001, p. 1.511).

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, p. 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 delito.¹⁸ Mas, analisando a jurisprudência recente, vê-se que a relatividade ou não da presunção de violência continua a ser questão controversa entre os juízes.

**Menina ou moça:
(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 STF, em 1996, de relatoria do ministro 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*¹⁹ ao rapaz em decisão histórica e polêmica, vencida por três votos a dois.

Vale destacar que as decisões do STF servem de referência fundamental para o entendimento das leis e a conversão destas em tomadas de decisão pelos juízes em todas as demais instâncias do Judiciário.²⁰ Se, por um lado, no sistema jurídico brasileiro (*Civil Law*, centrado no código), a jurisprudência não possui a mesma importância decisiva para futuras tomadas de decisão como ocorre no sistema jurídico da *Common Law*, baseado nos costumes (como nos Estados Unidos e na Inglaterra), por outro, não se pode menosprezar o papel interpretativo dos operadores do direito e sua importância crucial para a contínua elaboração, reformulação ou reiteração da ordem legal.²¹

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 (id.,

p. 6). Sendo assim, observar as controvérsias e as disputas no âmago de uma decisão do STF ajuda a perceber as leis como processo, conforme propõe a autora.

O caso em análise foi julgado pela segunda turma do STF, constituída pelos ministros Marco Aurélio de Mello (relator do caso), Francisco Rezek, Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira (presidente da sessão). O STF é composto de 11 ministros,²² sendo um responsável pela Presidência do órgão e os demais agrupados em duas turmas com cinco integrantes cada. Os processos que chegam ao STF dividem-se entre as duas turmas para serem julgados. Em casos particulares, pode ser convocado o Plenário (os 11 Ministros) para julgamento.

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 os outros 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 dividem-se, 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 das 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 por visões de mundo. Sendo assim, nesse caso, por meio 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 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*, descrevo a seqüência de “fatos” no processo tal qual construída por meio de depoimentos e provas. Como não tive acesso aos autos, senão por trechos difusos citados pelos ministros nos documentos que analisei, é 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, então, com 12 anos – teria ocorrido em novembro de 1991, na cidade de Carmo (MG). Pela narrativa nos autos, a menina conheceu o rapaz numa noite enquanto estava na praça da matriz, à qual costumava ir com as amigas e por onde 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 em seu corpo. A menina relata que o parceiro pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal e que ela se recusara de início, mas cedera diante das carícias.

O último encontro aconteceu em 13 de dezembro de 1991, quando também mantiveram relações sexuais. Na volta, Maria pedira 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 os fundamentos para a tutela legal de *menores*.

Para desclassificar o estupro, absolvendo o rapaz 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, ele 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 ele não poderia prever a *menoridade* da vítima, porque ela 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 ministro acrescenta ainda trecho dos autos que apresenta depoimento de testemunha que confirma que a menina aparentava ter 15 ou 16 anos e saía com outros rapazes, que chegou a vê-la saindo à noite com outras pessoas de moto, que a menor anda muito pela noite ficando até a madrugada na rua e que a considera uma “prostitutazinha”. Diante disso, argumenta Marco Aurélio que:

A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade [...]. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que a menor, contando apenas com 12 anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados 12 anos.

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. Por essa perspectiva, madura fisicamente, experiente sexualmente, supõe-se que a menina tenha atingido também maturidade intelectual e moral para consentir. Para os ministros que validaram seu consentimento, a aparência e a conduta da menina foram consideradas mais importantes do que a idade biológica para descaracterizar a sua *menoridade*, ao lhe retirar 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.

A presunção de violência depende de uma premissa, que é saber se houve constrangimento [...]. 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 contribuisse 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... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo, contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum, de constrangimento. (Francisco Rezek)

Observa-se que o ministro Francisco Rezek enfatiza a dimensão relacional da presunção de violência por *menoridade* ao sublinhar a importância das assimetrias para a configuração de “constrangimento”. No entanto, ele não considera a diferença de idade um critério absoluto ou suficiente de assimetria para caracterizar constrangimento no ato sexual. Ao menos no caso, ele privilegia outras formas de desigualdade, como classe e *status* social. Como a situação em análise não é marcada por nenhuma dessas outras assimetrias, Rezek considera que “o caso é de sexo precoce, mediante consentimento expresso”. Na opinião do ministro, ao manter relações sexuais com uma menina de 12 anos, o

jovem cometeu um gesto socialmente reprovável, mas que não faz dele um criminoso hediondo que oferece perigo à sociedade. Portanto, considera que seria injusto condená-lo e puni-lo como tal.

Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis [...], como o envolvimento consentido com menor de 14 anos; condutas que não têm, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção de menores. (Francisco Rezek)

Um terceiro fundamento para a relativização da presunção da violência e a consequente defesa da inocência do rapaz é a acelerada mudança dos costumes e a revolução comportamental no mundo contemporâneo, com o consequente 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 12 anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades”. Articulada a esse argumento está a 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, por meio da atividade interpretativa, para acompanhar a mudança dos costumes.

Também votou pelo deferimento do pedido de *habeas corpus* o ministro Maurício Corrêa, defendendo o papel do magistrado em corrigir, por meio da atividade interpretativa, o descompasso entre a acelerada transformação da realidade e a lenta mudança da legislação penal. Ao defender, no caso, a relativização da presunção de violência a que se refere a alínea “a” do artigo 224 do Código Penal, validando o consentimento da menor, Corrêa enfatiza seu comportamento “promíscuo”,

sua experiência anterior com outros rapazes e também sua má relação com o pai.

Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do Código Penal, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava.
(Maurício Corrêa)

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 12 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 autogestão da sexualidade, ele enfatiza dois aspectos que fundamentam a pressuposição de incapacidade de “autocontrole” 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 incontrolláveis 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”. Nas palavras do ministro Carlos Velloso:

É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer [...]. A menor afirmou que “pintou vontade” de realizar o coito. Quando, entretanto, teria “pintado essa vontade”? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos,

depois disso, teria que ter vontade de realizar ato sexual. Não “pintasse vontade” se ela não fosse humana, quase mulher. O paciente é que, com 24 anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias.

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 autocontrole 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, a teleologia da norma penal é a defesa do menor, de modo que, “mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal”. Citando jurisprudência do próprio STF, Silveira defende que “o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de 12 anos, ter sido ela vítima de outro ou outros estupros em nada o beneficia [o réu]”. Nos termos do ministro Carlos Velloso: “a afirmativa

no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para lhe retirar a proteção da lei penal. Leviana, talvez seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente”. Segundo Néri da Silveira, a abstenção seria, então, o melhor meio para precaver os riscos:

A lei nega validade do consentimento, firmando em relação ao menor um dever absoluto de abstenção, sendo irrelevante até mesmo a iniciativa ou provocação da vítima para ato sexual, assim como o estado de corrupção ou de virgindade da menor [...]. A leviandade de uma menor de 14 anos não autoriza ninguém a aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais. (Néri da Silveira)

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 do aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor. (Néri da Silveira)

Contra-pondo-se ao argumento do ministro Marco Aurélio de Mello, que destaca a influência dos meios de comunicação na socialização dos jovens e na mudança dos costumes, Néri da Silveira argumenta que “aos meios de comunicação ainda não é dado o poder de revogar as leis do país” e que “o Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionali-

dade”. Sendo assim, o magistrado diverge do relator e de outros colegas quanto ao papel do Poder Judiciário que, para Silveira, deve ser menos o de intérprete que flexibiliza as normas de acordo com o contexto cultural do que de aplicador de leis que atua como guardião e defensor da moralidade e dos costumes.

Menoridade e consentimento sexual

A noção central que permeia os argumentos dos magistrados 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, que ignoram as transformações históricas e as variações culturais – “é em si mesmo significativo como forma de representação que influencia a compreensão da lei” (Waites, 2005, p. 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, a própria particularização da noção de “violência sexual”, que, “atingindo o corpo, atinge a parte mais incorporal da pessoa” (Vigarello, 1998, p. 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, p. 15).

No entanto, como destaca Waites (2005), a distribuição social de direitos e liberdades nas sociedades ditas ocidentais, incluindo direitos de consentimento – nas atividades sexuais ou em outras atividades –, foi historicamente estruturada 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*” (id., p. 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, por meio 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 gravi-

dade 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, p. 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* antiestupro “*yes means yes and no means no*”. Outra corrente do feminismo conceitualizou a existência de um *continuum* entre o intercurso 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, p. 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” – com a aprovação da

Convenção Universal de Direitos da Criança pela Organização das Nações Unidas (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 de ser protegidos e formados, com o entendimento de que eles são indivíduos portadores de direitos. Esse é um dos dilemas, que está 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 (id., p. 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 consideram relevantes. A competência considerada relevante para a 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 ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual.

Supõe-se que a competência para a tomada de decisões vem com o tempo, por meio 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, por um lado, se a periodização da vida é um modo de institucionalizar as transições das pessoas, estabelecendo 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 e de *status* 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 psicológicos.²³ 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 baseada no controle da sexualidade feminina, tanto que foi o “pai” quem protagonizou a denúncia. Sendo assim, ainda que a “violência sexual” contra a 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. Com base na análise dos 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 nos argumentos dos ministros que se baseiam na aparência e na conduta para desconstruir a *menoridade* (no sentido de incapacidade legal de autogestão) 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 por meio 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 categoria cultural associada à noção de “vulnerabilidade”, “inocência” e “incapacidade de autocontrole”, e como categoria social utilizada para classificar sujeitos específicos. A associação de um determinado sujeito à noção de “infância” implica que ele seja considerado alguém que precisa ser protegido e controlado em 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 autogestão 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. Porém, 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 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 com-

plexo 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.

Notas

- 1 Trabalho apresentado no GT “Sexualidades, culturas étnicas/raciais e identidade”, coordenado por Laura Moutinho e Fabiano Gontijo, na 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em junho de 2008, em Porto Seguro (BA).
- 2 Essas diferentes estratégias de controle social que têm os cruzamentos entre *menoridade* e *sexualidade* como alvo foram tomadas como objeto de investigação em minha dissertação de mestrado (Lowenkron, 2008).
- 3 Um projeto de lei para a redução da maioria penal está em votação no Congresso Nacional, além de ser uma temática que está na ordem do dia das discussões na mídia, especialmente, por meio de casos dramáticos que envolvem crimes violentos praticados por *menores*.
- 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 No Irã, por exemplo, a legalidade da atividade sexual é inseparável do *status* do matrimônio. Ou seja, não existe idade mínima para atividade sexual em si, visto que a atividade sexual só é legal no interior de um casamento heterossexual. Para uma perspectiva comparativa global das leis da idade do consentimento, ver Waites (2005, pp. 40-59).
- 6 Ver http://pt.wikipedia.org/wiki/Movimento_pr%C3%B3-pedofilia.

- 7 A violência não deve ser pensada como um dado em si, que se possa analisar apenas com base em critérios estatísticos, mas como uma noção que está articulada a sistemas de classificações e padrões de sensibilidade históricos, como sugere Vigarello (1998). Sendo assim, proponho pensar a “violência sexual” como um emaranhado, ou seja, “como um complexo de atos e classificações, um território dinâmico de sobreposições e deslizamentos contextuais e históricos” (Lowenkron, 2008, p. 9).
- 8 De acordo com DSM IV (2002), a “pedofilia” é classificada – ao lado do fetichismo, voyerismo, exibicionismo, masoquismo, sadismo e travestismo – como uma modalidade de “parafilia”, que faz parte do capítulo “Transtornos sexuais e da identidade de gênero”. Segundo o manual, a pedofilia é caracterizada pelo foco do interesse sexual em crianças pré-púberes (geralmente, com 13 anos ou menos) por parte de indivíduos com 16 anos ou mais, e que sejam ao menos cinco anos mais velhos que a criança, ao longo de um período mínimo de seis meses.
- 9 O diagnóstico de pedofilia pode ser feito, segundo o DSM IV (2002), se a pessoa realizou esses desejos ou se os desejos ou as fantasias sexuais causaram acentuado sofrimento ou dificuldades interpessoais.
- 10 Na linguagem jurídica, entende-se por “conjunção carnal” apenas a cópula heterossexual vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal.
- 11 “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.
- 12 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.
- 13 Art. 217 – Seduzir *mulher virgem*, menor de 18 anos e maior de 14, 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 esse delito podia ser extinta por meio do casamento da vítima com o agente ou terceiro (Código Penal, art. 107, VII e VIII).
- 14 “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 to-

talmente 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, p. 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, p. 26 in Prado, 2006, 235, n. 8).

- 15 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).
- 16 Art. 213 (Código Penal de 1940) – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão de 6 a 10 anos.
- 17 Art. 214 (Código Penal de 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.
- 18 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, p. 246), de modo que qualquer dissenso do menor, ainda que não se trate de uma resistência militante, é suficiente para configurar o estupro.
- 19 Na época, 1996, todo pedido de *habeas corpus* era julgado pelo STF.
- 20 A hierarquia do sistema judiciário brasileiro pode ser resumida em primeira instância, segunda instância (tribunais de justiça estaduais), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).
- 21 Principalmente, a partir da emenda constitucional nº 45 (2004), que instituiu a reforma do Judiciário, com base na qual foram criadas as chamadas “súmulas vinculantes”, ou seja, as decisões reiteradas do STF são sumuladas como padrão

de entendimento que vincula a apreciação de causas semelhantes por juízes de hierarquia inferior.

- 22 Os juízes do Supremo Tribunal Federal, bem como os dos Tribunais Superiores, têm *status* de ministro, por serem representantes da mais alta corte de um dos Três Poderes, no caso, o Judiciário.
- 23 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”.

Bibliografia

BUTLER, Judith

- 2003 *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*, trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

DEBERT, Guita Grin

- 1998 “A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade”, in BARROS, Myriam Moares Lins (org.), *Vérbice ou terceira idade? Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas.

DSM IV

- 2002 *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, 4.ed., trad. Cláudia Dornelles, Porto Alegre, Artmed.

FOUCAULT, Michel

- 1985 *História da sexualidade III: o cuidado de si*, trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro, Graal.

LANDINI, Tatiana Savoia

- 2006 “Violência sexual contra crianças na mídia impressa: gênero e geração”, *Cadernos Pagu*, vol. 26.

LAURA LOWENKRON. (MENOR)IDADE E CONSENTIMENTO SEXUAL...

LOWENKRON, Laura

2008 *Sexualidade e (menor)idade: estratégias de controle social em diferentes escalas*, Rio de Janeiro, pp. 109, dissertação, PPGAS/Museu Nacional/UFRJ.

MIRABETE, Julio Fabbrini

2001 *Código Penal interpretado*, São Paulo, Atlas.

MOORE, Selly Falk

1978 *Law as Process: an Anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul.

PRADO, Luiz Regis

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

SOUZA, Maria Antonieta Albuquerque

2005 “A juventude no plural: anotações sobre a emergência da juventude”, in ALVIM, Rosilene, QUEIROZ, Teresa & FERREIRA, Edísio (orgs.), *Jovens & juventudes*, João Pessoa, Editora Universitária.

VELHO, Gilberto

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

VIANNA, Adriana de Resende Barreto

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

2002 *Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento*, Rio de Janeiro, tese, PPGAS/Museu Nacional/UFRJ.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto & LACERDA, Paula

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

VIGARELLO, Georges

1998 *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*, trad. Lucy Magalhães, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.

WAITES, Matthew
2005 *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*, New York, Palgrave Macmillan.

Lei n. 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.

ABSTRACT: The objective of this paper is to de-naturalize the premises underlying the social and legal regulations on sexuality according to age, giving emphasis to the social and performative dimension of this category as well as to its differentiated intersection when it comes to gender and social class. For this, legal devices that define sexual minority or the age of consent, as well as the manipulation of such devices in a judicial decision taken by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) that explicit controversies on the subject will be analyzed. Finally, I consider questions that may help to examine the preconceptions subjacent to social and legal regulation of sexuality in relation to age: what does sex have to do with consent? How can the capacity of sexual consent be defined? Who is considered capable of consent?

KEY-WORDS: minority, sexual consent, laws.

Recebido em junho de 2008. Aceito em agosto de 2008.