

# Direito e norma no campo da sexualidade na infância e na adolescência

Eduardo Rezende Melo

## Introdução e justificativa do tema

A intenção deste artigo cinge-se a procurar compreender as dimensões jurídicas de garantia de direitos de crianças e adolescentes relacionadas à sexualidade, analisando criticamente a abordagem hoje prevalente e procurando iluminar os desafios e limites de uma outra tentativa de reflexão, tratamento e normatização destas questões.

O direito brasileiro considera a tutela da sexualidade de crianças e adolescentes apenas pelo viés repressivo, voltado à responsabilização dos agressores. O Código Penal tratava até recentemente a sexualidade pelo viés de proteção dos costumes, considerando a moralidade social como bem jurídico a ser tutelado. Esta perspectiva, a despeito da recente mudança legislativa no Brasil para tutela da liberdade sexual, vem sendo apontada ainda como subjacente, aqui e no estrangeiro, em diversas interpretações jurídicas sobre práticas sexuais<sup>1</sup>, restringindo a autonomia individual. Transposta a crianças e adolescentes, a discussão em torno da validade do consentimento e, por conseguinte, dos limites ao direito à participação (art. 12 da Convenção sobre os direitos da criança) assoma como de primeira ordem.

Embora considerado pela nova lei como estupro de vulnerável qualquer prática sexual com menor de quatorze anos, desafios se colocam diuturnamente em relação à sexualidade precoce no país, com reflexo nas decisões judiciais.

Embora pesquisas na área da sexualidade revelem que a idade de iniciação sexual no Brasil seja majoritariamente entre os 15 e 17 anos, de ambos os sexos<sup>2</sup>, em levantamento feito em 2008 pelo Sistema Único de Saúde apurou-se que o

---

1 Lochak, Danièle. La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres? In: Borrillo, Daniel & Lochak, Danièle. La liberté sexuelle. Paris, Puf, 2005, p. 7/38. A autora e seus colegas referem-se sobretudo à questão da prostituição e ao limites do reconhecimento de legitimidade de práticas consentidas sadomasoquistas. No Brasil, percebe-se ainda muito premente esta questão em relação a adultos no tráfico de pessoas, pois suprimiram-se possibilidades de consentimento previstas no art. 3, "b" Protocolo Adicional à Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime organizado relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas em especial mulheres e crianças) ao se proceder a adequação do Código Penal (art. 231) à normativa internacional.

2 Bozon, Michel & Heilborn, Maria Luiza. Iniciação à sexualidade: modos de socialização, interações de gênero e trajetórias individuais. In: Heilborn, Maria Luiza e outros. O aprendizado da sexualidade. Reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros. Rio de Janeiro, Fiocruz e Garamond, 2006, p. 170 e ss.

número de meninas entre 10 e 14 anos que deram à luz em hospitais públicos passou de 24,8 mil em 2005 para 26,3 mil em 2007, sendo reputados como fatores determinantes do fenômeno a erotização precoce e a dificuldade de acesso a contraceptivos, além da carência de educação sexual para crianças<sup>3</sup>. Mais que um tema de ordem criminal, distintas dimensões de garantia de direito estão em questão e, com elas, a pergunta se estão suficientemente contempladas na legislação e efetivadas na prática.

Os termos do debate são, de um lado, entre controle da sexualidade de adolescentes versus sua autonomização através da sexualidade<sup>4</sup> e uma mais ampla discussão dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes no Brasil<sup>5</sup> e, neste quadro, os termos da cidadania sob o marco dos direitos humanos, numa renovada tentativa de fundamentação da justiça.

### **Embates interpretativos para a afirmação de uma nova subjetividade jurídica: proteção, desenvolvimento e sexualidade de crianças e adolescentes**

No campo da sexualidade, o ideal de inocência da infância presumia que os direitos sexuais de crianças consistiam não apenas na proteção de abuso e exploração sexual, mas também, em alguns casos, do conhecimento da sexualidade e dos próprios fatos sobre a reprodução<sup>6</sup>. Tratava-se de uma visão que reforçava o papel dos pais sem se questionar qual, efetivamente, era a função da proteção<sup>7</sup>.

O movimento de contracultura propôs-se à época não apenas denunciar a moral repressiva, mas, sobretudo, questionar e negar a premissa da inocência da infância, apontando o quanto sua invocação e a conseqüente tentativa de sua proteção e bem estar tornavam-se o instrumento de intervenção estatal<sup>8</sup>. Falar em direitos humanos neste campo colocava em questão o quanto o objeto de discussão eram as relações de poder, mais do que, em nosso caso, sexo<sup>9</sup> ou sexualidade.

A expectativa de uma nova era de direitos humanos de crianças e adolescentes era de se repensar a responsabilidade dos adultos de modo que direitos e deveres fossem afirmados, mas que a sexualidade de crianças e adolescentes fosse reconhecida, tanto naquilo que pode ser explorada, mas também pelas necessidades que suscita em cada etapa de sua vida, com informação e suporte adequados para que elas pudessem tomar suas próprias decisões cada vez com maior autonomia<sup>10</sup> e que, portanto, colocasse em questão a afirmação dos direitos às liberdades

3 Correio Braziliense, Hércules Barros, 27/9/2008

4 Knauth, Daniela e outros. Sexualidade juvenil: aportes para as políticas públicas. In: Heilborn, Maria Luiza e outros. O aprendizado da sexualidade. Reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros. Rio de Janeiro, Fiocruz e Garamond, 2006, p. 404 e ss.

5 Referimo-nos à afirmação dos direitos sexuais de crianças e adolescentes e os reprodutivos de adolescentes, como já se pretende reconhecer na área da saúde, embora ainda sem fundamentação legal e sem a necessária segurança jurídica. Cf. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília : Ministério da Saúde, 2006.52 p. color. – (Série F. Comunicação e Educação em Saúde) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; caderno nº 2).

6 Ennew. Juddith. The sexual exploitation of children. New York, Saint Martin's Press, 1986, p. 36

7 Idem, p. 39

8 Idem, p. 15/20

9 Idem, 1986, p.1

10 Idem, p.61/62

e à participação, com o reconhecimento de sua capacidade de fazer escolhas e, portanto, de exercício desses direitos<sup>11</sup>.

Ora, a afirmação da titularidade de direitos humanos implica o reconhecimento de que crianças e adolescentes assumem uma posição jurídica não apenas em relação ao Estado, mas também a outras pessoas, conformando as relações entre eles<sup>12</sup>, seja para pleitear direitos e ações consequentes, negativas ou positivas<sup>13</sup>; seja para ter liberdades garantidas<sup>14</sup>, seja, fundamentalmente, para ter reconhecidas competências, ou seja, capacidade de ação individual reconhecida pelo direito e de que não se dispõe pela natureza, com uma dimensão, portanto, institucional<sup>15</sup>

No entanto, ao se falar em crianças e adolescentes referenciais normativos extralegais subjacentes ao modo de se interpretar o direito subvertem a lógica emancipatória. Seu processo de “desenvolvimento” é invocado como limitante de sua capacidade jurídica de escolha, de expressão e de ação, reinstaurando uma lógica eminentemente protetiva, ao colocá-la, como ser desprovido de maturidade e de razão, numa posição subalterna, com necessidades a serem reconhecidas e providas por um adulto.

Ora, o conceito de desenvolvimento foi bastante estudado em seu papel normalizador nas relações adulto-criança, sendo tomado como porta de entrada da psiquiatrização da infância. Pautado por um critério temporal que poderia servir de ‘norma’ em relação à qual todos poderiam se situar, colocava em cena “duas normatividades. Uma primeira, que será aquela do adulto”, configurando-se como um fim ideal e termo final de um processo, do próprio desenvolvimento; e outra, a da normatividade correspondente à média deste processo de desenvolvimento identificada nas crianças. Assim, pode-se “especificar, em relação à infância, um certo número de ‘estados’ que não seriam propriamente doenças, mas desvios em relação a uma norma”, identificando-se, portanto, diferentes anomalias<sup>16</sup>.

Com isto, torna-se possível a disciplina de crianças e adolescentes, como tecnologia positiva de exercício de poder que permite separar, no interior de um grupo determinado, duas categorias de indivíduos, os ‘normais’ dos ‘anormais’, nenhum dos quais situados no exterior do critério da norma, mudando apenas de posições em relação a ela. Desta categorização emanam mecanismos de controle, particularmente em relação à sexualidade (da gravidez na adolescência à exploração – ou “prostituição” –infantil) e a ideia da infância em crise, seja colocando as famílias e escolas como incapazes de regular o processo de socialização<sup>17</sup>, seja apontando as crianças, sobretudo as ditas problemáticas, como pessoalmente res-

11 Breen, Claire. *Age discrimination and children’s rights. Ensuring equality and acknowledging difference*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 7.

12 Alexy, Robert. 1996. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, p. 159/171. No mesmo sentido, Silva, Virgílio Afonso da. 2005. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. SP, Ed. Malheiros; e Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). 2006. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora

13 Alexy, Robert. 1996. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, p.171/194

14 Idem, p. 194/210

15 Alexy, Robert. 1996. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, p.211 e ss.

16 Fonseca, Márcio Alves.2002. *Michel Foucault e o direito*, SP, Max Limonad, p. 70

17 Wyness, Michael. 2006. *Childhood and society. An introduction to the sociology of childhood*. NY, Palgrave Macmillan, p. 75

ponsáveis por complexas forças econômicas e sociais que afetam suas vidas<sup>18</sup>. É neste contexto que, para além da expressão puramente legal, a norma não pode ser pensada sem a consideração das práticas disciplinares de instituições que se ocupam de “cuidar de” e de “proteger” crianças e adolescentes.

Mais que isto, a própria lógica omissiva de pôr-se em questão meramente o enfrentamento da violência sexual de crianças e adolescentes, e não seus direitos sexuais e reprodutivos, incita discursiva e seletivamente a produção de saberes a respeito do tema, tornando a sexualidade um dispositivo que permite a intervenção de uma série de práticas, de técnicas, de saberes e de intervenções, dando lugar a uma tecnologia política da vida como um processo pertinente a uma população<sup>19</sup>, no caso a infanto-juvenil.

### **Direitos humanos de crianças e adolescentes e os desafios para a (des/re) construção jurídico-política de espaços sociais à infância e juventude**

O desafio inicial para titulação de direitos por crianças e adolescentes era desvincular o discurso das necessidades para compreendê-las a partir de seus próprios interesses. A ideia de interesse toma a criança como ponto de referência primário, fazendo com que se meciem a si mesmas e permitindo-lhes fazer reclamações, postulações, cobranças de responsabilidades e de oportunidades para expressão de suas opiniões, porque é o próprio sujeito do interesse que deve ser legitimado a falar por si<sup>20</sup>.

Esta ideia de interesses das crianças é, portanto, fundamentalmente política, definindo os escopos de um específico grupo minoritário da sociedade, pensado como categoria social separada<sup>21</sup>, deslocando-se o eixo de afirmação desses direitos. Ora, se o propósito de todos os direitos humanos é o de garantir liberdades, mas também promover a emancipação, toda e qualquer limitação a direitos ou liberdades deve ser fundamentada, inclusive legalmente, sob pena de caracterização de discriminação.

A discriminação pode ser direta e indireta. Direta, pela diversidade de tratamento entre uma pessoa e outra em situação similar. A indireta refere-se à diversidade de tratamento entre pessoas de certo grupo – no caso etário – sobre as quais limitações impactam o exercício de seus direitos de modo distinto do de outras de idades distintas.

Ora, recentemente passou-se a reconhecer o quanto a denegação de direitos fundada meramente na distinção etária implica discriminação em relação a crianças e adolescentes, por desrespeito aos princípios da legitimidade, necessidade e proporcionalidade do estabelecimento da diferença de tratamento<sup>22</sup> sem os quais

18 Corsaro, William A. 2005. *The sociology of childhood*, 2ª ed., Thousand Oaks, Pine Forge Press, p. 227

19 Fonseca, Márcio Alves. 2002. Michel Foucault e o direito, SP, Max Limonad, p. 201

20 Wyness, Michael. 2006. *Childhood and society. An introduction to the sociology of childhood*. NY, Palgrave Macmillan, p. 46/47

21 Wyness, Michael. 2006. *Childhood and society. An introduction to the sociology of childhood*. NY, Palgrave Macmillan, p. 46/47

22 Breen, Claire. *Age discrimination and children's rights. Ensuring equality and acknowledging difference*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.27.

o fim de promoção da autonomia, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, estaria em questão<sup>23</sup>.

Isto ficou inicialmente muito claro na Europa em relação ao modo de tratamento da sexualidade infanto-juvenil pelo direito penal. Debates legislativos na Suíça apontavam nos anos oitenta o quanto a mera regulamentação da idade de consentimento para práticas sexuais com adultos – algo a que ainda não chegamos no Brasil – expunha adolescentes que mantivessem relações entre si à responsabilização criminal<sup>24</sup>. A 15ª Conferência de Pesquisas Criminológicas, realizada em Estrasburgo/França, em 1982, levou à defesa pela doutrina do entendimento que “não podendo os contatos sexuais entre jovens ser qualificados como casos de exploração ou abuso e sabendo-se que as experiências sexuais entre jovens são benéficas para o seu crescimento sexual, é legítimo propor que ‘no que diz respeito às pessoas que não tenham mais de três ou quatro anos que os membros do grupo protegido conviria excluí-las do campo de aplicação do direito penal’ e que, como a imaturidade dos menores não se limita à esfera sexual, a proteção penal da juventude deveria ser sistematicamente autônoma dos crimes sexuais.”<sup>25</sup>

Em termos gerais, afastada a predição geral de capacidade fundada apenas na idade como violadora do princípio de não-discriminação (art. 2º da Convenção sobre direitos da criança), passou-se a propor, em substituição, os seguintes critérios: medidas restritivas de direito devem estar racionalmente conectadas com objetivos de proteção. Distinções em relação a adultos, seja em relação a crianças ou adolescentes de uma idade particular ou a crianças e adolescentes em geral, devem ser cuidadosamente desenhadas para alcançar o objetivo em questão. Logo, os limites de justificação de uma distinção baseada na idade não poderiam ser distintos daqueles utilizados para outros fundamentos de discriminação;

em relação à proporcionalidade, os efeitos de uma distinção fundada na idade deveriam limitar no mínimo possível os direitos às liberdades. Assim, as limitações devem ser cuidadosamente desenhadas para não ultrapassarem a medida em que esta restrição satisfaça o importante e significativo objetivo de promoção e proteção de crianças e adolescentes;

23 Tiedemann, por exemplo, aponta o quanto princípio da dignidade da pessoa humana, dentro de uma perspectiva kantiana, tem na autonomia seu fundamento e sua natureza racional. Neste contexto, a dignidade humana está, de um lado, intimamente correlacionada à possibilidade de liberdade para o estabelecimento de diálogo interior que permita a emergência de autenticidade e identidade humanas. Para tanto, depende de ter condições existenciais mínimas, integridade física e espiritual e proteção de sua privacidade. Mas, de outro lado, atento a toda uma tradição filosófica (dos estoicos, passando pela teologia cristã ao direito natural) que funda a dignidade humana numa visão heteronômica, indica o quanto ela não pode se dissociar de uma perspectiva coletiva em que o espaço interrelacional, de respeito mútuo à dignidade humana, é condição indissociável da compreensão individual desse valor como autonomia (Tiedemann, Paul. 2006. Was ist Menschenwürde? Darmstadt, WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft p. 62/98 especialmente)

24 Feuille fédérale suisse 1985 II 1021

25 Natscheradtez, Karl Prehaz. O direito penal sexual: conteúdo e limites. Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 154, invocando Horstkotte, A. L'âge et les conditions du consentement dans le domaine sexuel. Foi o que se deu na Suíça, com a previsão legal de uma faixa etária de 3 anos entre adolescentes para reconhecimento da legitimidade de práticas sexuais sem a caracterização de abuso de poder (Art. 187, parágrafo segundo, do Código Penal suíço) . Trata-se de uma omissão digna de se notar na recente alteração legislativa brasileira, evidenciando o quanto se mantém uma visão tutelar de crianças e adolescentes no campo da sexualidade...

distinções com base na idade devem prover parâmetros previsíveis e objetivos, mas devem ser considerados apenas como um ponto de partida para análise, porque crianças e adolescentes desenvolvem-se de maneiras distintas e a idade é apenas uma reflexão aproximativa do desenvolvimento de suas capacidades<sup>26</sup>.

Breen defende como critério geral para respeito do princípio da não discriminação que:

toda e qualquer distinção legislativa baseada apenas na idade como único determinante deveria ser abandonado;

estas distinções deveriam ser substituídas por outra reconhecendo que a idade é um indicador útil mas genérico da capacidade;

a adoção da idade como um indicador geral deveria estar acompanhado de duas presunções refutáveis: a presunção de capacidade da criança/adolescente que esteja dentro de um específico grupo etário possa ser refutada por parte dos pais/responsáveis ou pelos tribunais; a presunção de falta de capacidade de criança/adolescente que não esteja dentro daquele grupo etário possa ser refutada por essa criança/adolescente específico, que se entenda capaz de tomar as decisões para exercício de seu direito<sup>27</sup>. Esta conclusão, em nosso caso, ainda mais se sustenta diante de pesquisas sobre o impacto que desigualdades sociais e de gênero provocam sobre as trajetórias dos jovens no exercício de sua sexualidade<sup>28</sup>.

Superada a referência da idade, emerge como central a competência para exercício de direitos<sup>29</sup>, cujo reconhecimento é fundamental numa concepção de direitos humanos.

Como aponta Mortier, se reconhecer competência implica a verificação de certas capacidades intelectuais e práticas, estas capacidades estão intimamente relacionadas, em toda e qualquer dimensão de direito, ao recebimento de informações e à sua adequada transmissão a crianças e adolescentes (art. 13 e 17 da Convenção), como ainda a um ambiente favorecedor do reconhecimento de competências<sup>30</sup>.

26 Breen, Claire. *Age discrimination and children's rights. Ensuring equality and acknowledging difference*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 33. Nesta linha, a autora lembra ter o Governo da Nova Zelândia ditado a consideração das seguintes indagações para definição da razoabilidade de limitações: qual idade é mais provável de se atingir o propósito esperado? Esta idade atende o princípio do interesse superior da criança? Por que? Esta idade é consistente com outras idades em leis ou políticas semelhantes? Esta idade está de acordo com os parâmetros da Convenção? Como a idade impactará a capacidade de participação ativa das crianças e adolescentes nas decisões que lhes afetam? Como essa idade ajudará ou impedirá a participação ativa de crianças e adolescentes na sociedade? (idem, *ibidem*, p. 35)

27 Breen, Claire. *Age discrimination and children's rights. Ensuring equality and acknowledging difference*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 43

28 Bozon, Michel & Heilborn, Maria Luiza. *Iniciação à sexualidade: modos de socialização, interações de gênero e trajetórias individuais*. In: Heilborn, Maria Luiza e outros. *O aprendizado da sexualidade. Reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros*. Rio de Janeiro, Fiocruz e Garamond, 2006, p. 170 e ss.

29 Archard, David. *Children. Rights and childhood*. 2ª ed., London, Routledge and Farmer, 2004, p. 90.

30 Mortier, Freddy. 2004. *Rationality and competence to decide in children*. In: Verhellen, Eugen. *Understanding children's rights*. Ghent University: Children's rights centre, 2004p.85. É isto, aliás, o que vem sendo discutido para o direito penal, que deveria voltar-se a "garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais, e, portanto, a proteção da juventude como objeto do direito penal sexual não deveria ter como "objetivo a interiorização pela juventude de certos valores morais da conduta sexual, mas apenas precaver os jovens de certos estímulos sexuais até que eles sejam capazes de decidir por si próprios, e no sentido que entenderem, a conduta a adotar face a tais estímulos" (Natscheradetz, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra,

## Direitos sexuais de crianças e adolescentes: cidadania, direito ao desenvolvimento e as tentativas de fundamentação da justiça e de novos direitos

Freeman, invocando Hunt, aponta que o reconhecimento da subjetividade jurídica a crianças e adolescentes não é suficiente por si. Se ele é capaz de promover a emancipação de crianças e adolescentes, não é um veículo nem perfeito nem exclusivo deste processo social. Os direitos só podem ser operativos se forem constituintes de uma estratégia de transformação social, tornando-se parte de uma compreensão comum e articulados com práticas sociais<sup>31</sup>.

De um lado, mostra-se certa a impossibilidade de nos mantermos apenas focados na dimensão de controle e de repressão de violação de direitos e imperativo o reconhecimento de que a experiência e vivência da sexualidade infanto-juvenil nos conclama a pensar as condicionantes do exercício de seus direitos sexuais em diversos campos (direito à educação sexual, direito à diversidade, direito à privacidade, inclusive no atendimento médico, direitos a escolha e consentimento em relação a tratamento médico<sup>32</sup>).

De outro lado, cuida-se, nos dizeres de Roche, de rever o conceito de cidadania e de poder em relação a crianças e adolescentes e a forma de demanda por direitos nas formas como resistem e desafiam as práticas de adultos, ainda que de maneiras não necessariamente construtivas<sup>33</sup>.

O desafio vivido por crianças e adolescentes de criar seus espaços e possibilidades de ação em espaços que não foram criados por elas mesmas, nos quais seu reconhecimento como atores sociais é contingente das circunstâncias sociais e ambientais nas quais se encontram<sup>34</sup>, mas que são sempre marcados por um desnível de poder, há de recolocar a discussão, na leitura de Beck, sob a perspectiva de uma economia do conflito na constituição desses espaços de cada (criança ou) adolescente na sua relação com os adultos e entre si.

Para o autor, a vida, especialmente para os adolescentes, torna-se experimental e a identidade, não mais um projeto a finalizar, mas um hábito de busca (*habit of searching*), que não termina e nem pode terminar, e, por isso, ela coloca a premência da negociação<sup>35</sup> e, por conseguinte, o reconhecimento de competências para participação, como pressuposto de estruturação das relações geracionais.

Esta perspectiva põe em xeque a tendência prevalecente no modelo protetivo e prática habitual da sociedade de negarmos a possibilidade de exercício de direitos ou de removermos as crianças das situações que reputamos perigosas a elas ou nas quais suas necessidades não possam ser satisfeitas ou atendidas, quan-

---

Livraria Almedina, 1985, p. 153)

31 Freeman, Morgan. 1997. The moral status of children. In: M. Freeman. The moral status of children. Essays on the rights of the child. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 16

32 Breen, Claire. Age discrimination and children's rights. Ensuring equality and acknowledging difference. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 45 e ss. O recebimento de preservativos, consultas médicas com ginecologistas/urologistas, independentemente da presença de seus pais, são temas intimamente correlatos ao exercício do direito à participação e dos direitos sexuais e que têm sido debatidos e reconhecidos em outros países.

33 Roche, Jeremy. 1999. Children: rights, participation and citizenship. In: Childhood 1999, 6, 478

34 Roche, Jeremy. 1999. Children: rights, participation and citizenship. In: Childhood 1999, 6, 479

35 Beck, Ulrich. 1997. Democratization of the family. In: Childhood, vol 4(2), p. 165/166

do, pelo contrário, nosso desafio deveria ser de mudarmos as situações mesmas ou promovermos meios de satisfazer as necessidades delas e sobretudo atender seus interesses<sup>36</sup> e, com isso, reconhecer e garantir liberdades, com o reconhecimento de competência para o exercício de direitos e para a participação.

Com efeito, melhora-se a capacidade de exercício de competências aumentando ativos pessoais de crianças e adolescentes para lidar com o sistema ou fazendo com que as escolhas dentro do sistema se tornem menos irreversíveis. Isto se faz seja pela diminuição de riscos com as escolhas, seja pelo controle do ambiente a nível coletivo, aumentando-se a competência individual para decidir<sup>37</sup>. É esta imposição de esforço ativo por parte de todo e qualquer adulto para que a criança ou adolescente tenha condições de exercer essa competência, intelectual e jurídica que dita o art. 12 da Convenção sobre os direitos da criança<sup>38</sup>.

Trata-se de repensar a garantia de direitos sexuais a crianças e adolescentes a partir de uma visão de seu desenvolvimento sob o marco de direitos humanos<sup>39</sup>. É neste contexto que devemos entender o desenvolvimento como liberdade, conforme lição de Amartya Sen. Se o regime democrático e participativo é o modelo preeminente de organização política; se este regime é fundamentado nas diferentes formas de liberdade e, portanto, no reconhecimento da condição

36 Verhellen, Eugén. 2000. *Convention on the rights of the child*. 6<sup>th</sup> Ed., Antwerpen, Garant, p. 25.

37 Mortier, Freddy. 2004. *Rationality and competence to decide in children*. In: Verhellen, Eugén. *Understanding children's rights*. Ghent University: Children's rights centre, 2004p.85

38 A participação, sem dúvida, é o mais desafiador dos princípios da Convenção, especialmente neste contexto brasileiro, de pobreza legislativa e interpretativa sobre o tema. De fato, a lei de adequação brasileira à Convenção sobre os direitos da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é limitada na garantia do direito à participação, não previsto como princípio, mas apenas incidentalmente em alguns capítulos do Estatuto. A lei refere-se ao direito de opinião e expressão, de participação da vida familiar e comunitária e na vida política (esta na forma da lei) como uma dimensão do direito à liberdade (art. 16, inc. II, V e VI). No entanto, não impõe qualquer obrigação correlata aos pais, família, comunidade, sociedade em geral e o Estado de lhes garantir oportunidade de escuta e de levar em consideração essa manifestação. Apenas em três contextos há regulamentação mais detalhada desse direito: no art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente referente à colocação em família substituta; no art. 53, quanto ao direito de participação em entidades estudantis e de contestar critérios avaliativos pedagógicos nas escolas; e no art. 184 referente ao direito a ser apresentado ao juiz em caso de processo por prática de ato infracional. A literatura nacional a respeito é pouco expressiva, notadamente no âmbito jurídico.

39 Talvez muito das armadilhas que o modelo protetivo instaura no Brasil seja fruto de um tratamento ambíguo do direito ao desenvolvimento no Estatuto da Criança e do Adolescente. É, de fato, interessante perceber a diferença entre a Convenção e o Estatuto. A Convenção estabelece em seu art. 27 que "Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social". Afirma-se, portanto, como veremos em mais detalhes, um direito atual, focado na qualidade de vida da criança, ainda que perspectivado para o porvir. O Estatuto, de sua parte, refere-se ao desenvolvimento em duas oportunidades. Primeiro, no art. 3º, que prescreve: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as facultades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (grifo nosso). Como se vê, o desenvolvimento, aqui, não é explicitamente entendido como um direito, mas sim como objetivo e meta num movimento tríplice: da garantia de direitos fundamentais, provê-se facultades e facilidades que propiciariam esse desenvolvimento. A segunda referência no Estatuto dita um marco interpretativo em que aparece o desenvolvimento: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6º). Aqui, tampouco, o desenvolvimento é visto como direito, mas como um princípio interpretativo da criança e do adolescente como sujeitos em processo de desenvolvimento. Uma leitura, portanto, que potencialmente suscita interpretações condizentes com a perspectiva deficitária de pessoa em processo e portanto não reconhecidora das competências de crianças e adolescentes e seu direito à participação.

de agentes sociais dos indivíduos, as dimensões sociais, políticas e econômicas de que dispomos são fundamentais para a afirmação dessas mesmas liberdades. Portanto, *a expansão da liberdade é vista como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento*, que deve ser entendido como a eliminação de privações de liberdade que limitem as escolhas e as oportunidades das pessoas *de exercer ponderadamente sua condição de agentes*<sup>40</sup>.

O desenvolvimento, portanto, deve ser visto como um conceito compreensivo, voltado à plena realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais do ser humano<sup>41</sup>, que lhes permita alargar os campos de ação e colocarem-se propósitos, e realizá-los para alcançar o bem estar ou auto-realização<sup>42</sup>, mas também como contexto de construção de si num espaço interrelacional de respeito mútuo, como vem sendo entendida a própria dignidade humana<sup>43</sup>.

Ora, isto é decorrência do que Beck aponta como democratização não apenas da família mas da própria concepção do processo de socialização de crianças ao se afirmar e se pretender garantir seus direitos de personalidade. Nesta visão, não se pode mais pretender inocular certezas e objetivos aos jovens, nem se atribuir à sociedade sua direção moral e espiritual, porque, numa revisão dos próprios direitos de cidadania, o movimento de ruptura paradigmática para afirmação da liberdade volta-se à afirmação da própria auto-individualização e auto-socialização desses adolescentes<sup>44</sup>.

Este processo histórico de desconstrução de um paradigma focado no desenvolvimento, na proteção e na inocência para construir um paradigma pautado por direitos humanos, promoção e emancipação de crianças e adolescentes, respeitadas suas singularidades, reforça a historicidade deste processo e implica ver a história como aquilo em referência a que se adquire hoje a possibilidade do direito<sup>45</sup>. Se temos um direito, é porque temos uma história<sup>46</sup>, retomando, assim, a questão da responsabilidade histórica que sobre nós recai em cada decisão sobre nossa herança diante do presente e à vista do porvir<sup>47</sup>. É fundamental, então, que procuremos entender os embates subjacentes a esses processos interpretativos por nossa inserção neles, vendo-nos como partes deste processo histórico, para, então, ao dar lugar ao afrontamento, termos condições de nos apropriar e tentarmos estruturar outros modos de interpretação<sup>48</sup> de modo horizontal, participativo e construtivo pelas e com as próprias crianças e adolescentes.

40 Sen, Amartya. 2000. Desenvolvimento como liberdade. SP, Companhia das letras, p. 9/10 (surlinhados nosso)

41 Nowak, Manfred. 2007. Article 6. The right to life, survival and development. In: Alen, André et. al. A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.2

42 Mortier, Freddy. 2004. Rationality and competence to decide in children. In: Verhellen, Eugen. Understanding children's rights. Ghent University: Children's rights centre, 2004p. 94

43 Tiedemann, Paul. 2006. Was ist Menschenwürde. Darmstadt, WBG, p. 89/102

44 Beck, Ulrich. 1997. Democratization of the family. In: Childhood, vol 4(2), p. 156 e ss., especialmente p. 163/164

45 Bobbio, Norberto. 1992. A era dos direitos, RJ, Campus, p. 24.

46 Ewald, François. 1993. Foucault, a norma e o direito. Lisboa. Ed. Vegas, p. 72

47 Derrida, Jacques & Roudinesco, Elisabeth. 2004. De que amanhã. Diálogo. RJ, Jorge Zahar Ed., p. 11 a 17

48 Foucault, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: Foucault, Michel. Microfísica do poder. 9ª ed, RJ, Graal, 1990, p. 18

Com efeito, como aponta Derrida, se o direito é construído sobre camadas textuais interpretativas e transformáveis, este processo de desconstrução representa a própria justiça em sua tentativa de fundamentação<sup>49</sup>. Só assim, podendo nos desalojar da segurança de valores que nos impedem o exercício da aporia, condição de abertura para a experiência da alteridade e, por conseguinte, da negociação interpretativa nesta economia de conflito, será possível a emergência dos vários fatores impeditivos da afirmação de si por estas crianças e adolescentes, e a criação de uma pluralidade de modos de reconstrução, pautada pelo acolhimento da diversidade e pela possibilidade de justificação por elas de novas possibilidades de existência<sup>50</sup>. Ora, é esta ética da responsabilidade que, ao procurar evitar a redução da multiplicidade, dos diferentes, a formas normalizadoras, abstratas e universalizantes, nos abre à pretensão a novos direitos por parte de crianças e adolescentes<sup>51</sup> no campo da sexualidade.

\* Eduardo Rezende Melo é juiz de direito no Estado de São Paulo, presidente da ABMP– Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, especialista em direito penal, mestre em filosofia e em estudos avançados em direito da criança (Universidade de Friburgo/Suíça). Autor de *Nietzsche e a Justiça*.

49 Derrida, Jacques. 1994. Force de loi. Le 'fondement mystique de l' autorité'. Paris, Galilée, 34/35

50 Melo, Eduardo Rezende. 2004. Nietzsche e a justiça. São Paulo, Perspectiva, p. 179 e ss.

51 Fonseca, Márcio Alves. 2002. Michel Foucault e o direito. Max Limonad, p. 247 e ss.