

Revista Brasileira de Ciências Criminais

2016

RBCCRIM VOL. 118 (JANEIRO-FEVEREIRO 2016)

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 118, p. 15-54, 2016.

Teoria Geral

1. MAIORIDADE SEXUAL: POR UMA IDADE DE CONSENTIMENTO SEXUAL PAUTADA NA TUTELA DE BENS JURÍDICOS

SEXUAL MAJORITY: FOR A CONCEPT OF AGE OF CONSENT BASED ON PROTECTION OF LEGAL INTERESTS

(Autores)

ALÉXIA ALVIM MACHADO FARIA

Mestranda em Direito pela UFMG (2016). Graduada em Direito pela UFMG, com período sanduíche na Universidade de Augsburg (Alemanha, 2012). Assessora Jurídica do 7º Ofício Criminal – Procuradoria da República em Minas Gerais. alexiamachadofaria@gmail.com

TÚLIO VIANNA

Doutor em Direito do Estado pela UFPR (2006) com pós-doutorado na Università di Bologna (Itália, 2015). Professor Adjunto em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. prof@tuliovianna.org

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Adolescência
 - 2.1 De fator biológico a fase do desenvolvimento
- 2.2 O desenvolvimento do adolescente e contemporaneidade
- 3 A idade de consentimento frente ao direito comparado
 - 3.1 Diferenciação por orientação sexual
 - 3.2 Diferenciação entre homem e mulher
 - 3.3 Diferenciação pelo estado civil
 - 3.4 Diferenciação em função de relação de confiança ou autoridade
 - 3.5 Exceção da idade próxima (Close-in-age exception)
 - 3.6 Critério subjetivo
 - 3.7 Variações da pena em função da idade de consentimento
 - 3.8 As experiências brasileiras na proteção do adolescente e de sua liberdade sexual
- 4 Tabus não são bem jurídico algum. Lesividade e a autodeterminação do adolescente
- 5 Por uma modificação no atual conceito de idade de consentimento no Brasil
- 6 Conclusão
- 7 Referências bibliográficas

Área do Direito: Penal

Resumo:

A tutela da liberdade sexual dos adolescentes passou por várias modificações na última década, culminando na tipificação do estupro de vulnerável, no art. 217-A do CP. Por um lado, a estipulação objetiva da idade de consentimento em 14 anos protege uma larga faixa de adolescentes e crianças que não atingiram a maturidade suficiente para a prática de ato sexual. Lado outro, esta não é adequada para tutelar todos os casos de vulnerabilidade, pois enquanto há adolescentes sem maturidade sexual mesmo após a completude dos 14 anos (quando a norma será insuficiente), vários já a tem antes da idade mencionada (quando ela lesará o próprio bem jurídico que pretende proteger). Assim, torna-se necessário buscar uma nova delimitação da idade de consentimento, para que não haja violação à liberdade e autodeterminação sexuais do adolescente.

Abstract:

The protection of the sexual freedom of adolescents has undergone several changes over the last decade, culminating in the criminalization of the named “rape of vulnerable”, at article 217-A of the Brazilian Penal Code. On one hand, the objective age of consent at 14 years protects a wide range of adolescents and children who have not reached enough maturity to practice sexual acts. On the other hand, this is not adequate to protect all cases of vulnerability, because while there are adolescents without sexual maturity even after the completion of 14 years (when the law will be insufficient), many have it already before the mentioned age (when the law jeopardizes the own legal interests that are supposed to be protected). Thus, it becomes necessary to seek a new definition of age of consent, in order to avoid the violation of sexual freedom and self-determination of adolescents.

Palavra Chave: Idade de consentimento - Estupro de vulnerável - Exceção por idade próxima - Direito à autodeterminação sexual - Lesividade - Adolescente - Direito penal comparado – Neurobiologia.

Keywords: Age of consent - Rape of vulnerable - Close-in-age exception - Right to sexual selfdetermination - Harmfulness - Adolescent - Compared criminal law – Neurobiology.

1. Introdução

A polêmica acerca da maturidade do menor de dezoito anos é frequentemente objeto de discussão nas mais diversas áreas do conhecimento. De um lado, a criança recém-formada, vista pela sociedade como destituída de maior capacidade para tomar decisões, constantemente assistida para realizar das tarefas mais simples, como a compra e venda da vida civil. Lado outro, o adolescente infrator, muitas vezes acusado de utilizar sua presumida inocência para realizar os atos da vida adulta, sem, no entanto, arcar com as consequências a eles relativas.

Curioso é que a criança recém-formada e o estigmatizado adolescente infrator representam exatamente a mesma faixa etária. Muito embora seja tal colocação aparentemente contraditória, não se apresenta como mais do que um simples e previsível paradoxo. Isto porque a adolescência, período legalmente compreendido entre os doze e dezoito anos, é uma etapa da vida na qual a personalidade está em fase final de estruturação e pode ser altamente influenciada pelos menores estímulos externos e internos. Ademais, não bastasse a incompletude de sua própria formação, cada indivíduo possui uma velocidade pessoal de amadurecimento, dependendo das intervenções sociais, familiares e químico-biológicas às quais se encontra submetido, o que aumenta ainda mais a dificuldade em se definir quando se configurará a capacidade de agir e compreender os próprios atos nesta faixa etária.

Se tais percalços já foram profundamente discutidos no âmbito da vida civil, ¹ no âmbito penal, não seria diferente. Em um vértice, a busca pela penalização do adolescente a todo custo, como se adulto e completamente maduro fosse, sob alegações de que a sociedade atual o teria corrompido, transformando-o em um indivíduo capaz de compreender o mal que causa e escolher perfeitamente suas ações. No extremo oposto, seguem aqueles que atribuem ao adolescente, púbere e em claro desenvolvimento, as características e as habilidades típicas da infância, buscando intervenções extremas na vida privada dos jovens da aludida faixa etária.

Uma das mais sérias intervenções na autonomia do adolescente é a determinação, proferida pelo Estado, da idade na qual a realização de atos sexuais é autorizada. Faz-se imprescindível reconhecer a vulnerabilidade daquele que ainda não caminha à maturidade sexual, tanto em seu significado físico quanto no psicológico, a fim de que se proteja o indivíduo de abusos e explorações que, mesmo sem violência física, acarretam sérios traumas. Todavia, não é possível ignorar o fato social consistente no adiantamento do início à vida sexual, modificação que, embora patente, não é acompanhada pela legislação. A tipificação como crime e ato infracional da prática de ato libidinoso com qualquer indivíduo menor de catorze anos (art. 217-A do  [CP](#) c/c art.  [103](#) do  [ECA](#)) é, ao menos para parte dos adolescentes, um cerceamento injustificado do direito

à liberdade sexual, na medida em que vincula, ao ato sexual, a possibilidade do parceiro ser responsabilizado penalmente ou por medida socioeducativa.

Pois é isto que art. 217-A do ^{RTO} CP acarreta, ao definir como crime qualquer prática de atos sexuais, independentemente de violência ou fraude, com pessoas menores de catorze anos: impede que o adolescente que já tiver iniciado sua fase de amadurecimento sexual ² a esta época se desenvolva naturalmente. Por meio do denominado "estupro de vulnerável", o legislador nacional afirma categoricamente que nenhum adolescente é capaz de realmente consentir com atos sexuais antes de ter completado os catorze anos de idade, independentemente de seu contexto socioeconômico, químico-biológico, familiar ou, ainda, psicológico.

Observa-se, portanto, que a determinação estática da chamada "idade de consentimento" ³ implica uma imposição de moralidade sobre aqueles que já se encontram maduros e motivados à prática de tal ato, mas ainda não atingiram a idade positivada. Entre as crianças e adolescentes de fato vulneráveis e o adolescente que já começou a desenvolver conscientemente sua sexualidade, há uma margem de indivíduos que apenas têm seus direitos restringidos por meio da norma que define, como idade de consentimento, um número arbitrado por lei e, sobretudo após o julgamento do REsp 1.480.881/PI pela terceira seção do STJ, em agosto de 2015, imutável. ⁴

Este limbo dos esquecidos contém não apenas vários adolescentes que, embora menores de catorze anos, já se sentem preparados à iniciação sexual, mas, também, os maiores de catorze anos cujo processo de formação e compreensão da sexualidade ainda não se consolidou. Enquanto os primeiros enfrentam o paradoxo de terem sua liberdade sexual tolhida por uma norma que pretendia os proteger, em relação aos últimos não há proteção alguma, pois estes já são considerados capazes de consentir em qualquer situação lúdica e não violenta que envolva um ato sexual, muito embora nem sempre estejam preparados para isso.

Ao se pensar no estupro de vulnerável como qualquer outro crime do ordenamento jurídico, é razoável concluir-se que somente haverá a tipificação se o bem jurídico ao qual o crime se refere for violado ou se existir concreto perigo de lesão. Considerando a autodeterminação sexual da criança e do adolescente como

bem jurídico tutelado no art. 217-A do ^{RTO} CP, há de se convir que a redação atual do mencionado dispositivo legal abre margem para que haja tipificação e punição sem que sequer se viole o bem jurídico protegido, razão maior da existência de tal intervenção penal. Ao punir o parceiro sexual do adolescente menor de catorze anos que é capaz de efetivamente optar pela própria participação em atos sexuais, o que o dispositivo implica, na verdade, é o contrário de seu objetivo, uma vez que acaba por tolher a liberdade e autonomia sexuais do adolescente. Tal situação, do ponto de vista jurídico, traz problemas ao princípio da lesividade, pois se aplica uma norma incriminadora em uma situação onde não há bem jurídico lesado, caso o menor de catorze anos participante do ato libidinoso tenha, factualmente, capacidade de consentimento.

Diante do exposto, o presente artigo propõe-se a resolver o seguinte problema: qual a melhor forma de se delimitar a idade de consentimento sem se ferir o direito à liberdade e autodeterminação sexuais? ⁵

2. Adolescência

2.1. De fator biológico a fase do desenvolvimento

O dicionário Houaiss (2008) define o vocábulo "adolescente" da seguinte forma:

"Adolescente adj.2.g. (1588 Cf. Eleg) 1. relativo, peculiar a ou em processo de adolescência, de amadurecimento; jovem <preocupações a.><uma amiga a.> 2.p.metf. que se encontra em processo de maturação; que está no início de um processo; que ainda não alcançou todo o vigor <uma aspiração ainda a.>. s.2.g.(1589) 3. indivíduo na idade da adolescência(...)." ⁶

Embora pareça ser um conceito relativamente homogêneo, a definição do adolescente e de suas particularidades enfrenta dificuldades constantes. Enquanto alguns consideram ser esta fase uma invenção cultural ⁷ ou um luxo ⁸ que só as sociedades ou grupos sociais mais desenvolvidos se permitem ter, outros autores a veem como um processo natural e universal, ⁹ cujas particularidades são indispensáveis para o desenvolvimento saudável do indivíduo. Certo é que, como demonstra a supracitada explicação do verbete, a compreensão do adolescente sempre será relacionada a uma fase de desenvolvimento e passagem para uma nova etapa. A própria palavra adolescência vem do latim *adolescencia* (mocidade, idade do mancebo), que por sua vez é proveniente do verbo *adolescere*, "desenvolver-se, crescer, brotar, engrossar, fazer-se grande, fortificar-se". ¹⁰

"Quando", "em que medida" e "de qual relevância" são, contudo, perguntas que permanecem sem respostas quando o assunto é a definição desta fase humana. Apesar das tentativas para uniformizar a utilização do termo "adolescência", não foi possível chegar a uma conclusão pacífica sobre o conteúdo e o lapso temporal

de tal fase, devido à enorme diversidade de fatores que a influenciam.

Quanto à sua importância, contudo, o entendimento já é relativamente uniforme. A relevância desta fase de desenvolvimento foi sendo paulatinamente construída ao longo dos séculos, até chegar ao patamar de ponto essencial da formação do indivíduo, tal como é vista atualmente.

A palavra "adolescência" foi utilizada pela primeira vez no séc. XIV,¹¹ mas como estágio de desenvolvimento, somente aparece no início do séc. XX, em trabalho de Stanley Hall.¹² Entretanto, ainda no séc. XIX, acontecimentos sociais, demográficos e culturais propiciaram o estabelecimento da adolescência como período distinto do desenvolvimento humano. O filho, considerado o futuro da família, passou a receber intenso investimento e a adolescência passa a ser vista como um momento privilegiado da vida.¹³ Ao longo do séc. XIX, a adolescência se torna uma época de crise e riscos para o potencial do próprio indivíduo e para a sociedade como um todo. Concomitantemente, com o crescente interesse médico no processo de amadurecimento biológico dos alunos de internatos, causado pelas manifestações decorrentes de seu comportamento e transformações sexuais, o desenvolvimento da sexualidade começa a ser relacionado com o mencionado período.

A definição do conceito de adolescência aprimorou-se sobretudo no séc. XX, haja vista a importância que a mão de obra de tais indivíduos adquiriu durante e após as guerras. A partir de então, os estudos acerca do adolescente se tornam cada vez mais complexos. Dentre as ciências que se ocupam com a definição do momento no qual o indivíduo alcança a idade adulta, o período que deveria ser considerado adolescência é controverso, dada a diversidade de fatores que o influenciam. Para Erik Erikson,¹⁴ por exemplo, a adolescência é um período marcado predominantemente pelo estresse e compreende o lapso temporal entre 13 e 19 anos.¹⁵ Já em 2003, estudos na Universidade de Chicago identificaram a possibilidade de ser o desenvolvimento adolescente realizado até os 25 anos.¹⁶ Dez anos depois, o mencionado conceito de adolescência expandida já é utilizado em pesquisas de diversas partes do mundo e como padrão para tratamento pediátrico,¹⁷ visto que a saúde dos adolescentes é estudada como uma parte da pediatria.

Embora não exista um conceito internacional de adolescência, a Organização Mundial de Saúde a define como o período biopsicossocial ocorrente na segunda década de vida do indivíduo, ou seja, entre os 10 e 19 anos.¹⁸ Este também é o critério adotado pelo Ministério da Saúde do Brasil¹⁹ e pelo Instituto Brasileiro de

Geografia e Estatística IBGE.²⁰ Já para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990 -  ECA), o período é compreendido entre os 12 aos 18 anos.²¹

Há que se considerar, ainda, que, devido à chamada *assincronia de maturação*, configurada pelas características de variabilidade e diversidade dos parâmetros biológicos e psicossociais que ocorrem nesta fase,²² a idade cronológica não necessariamente é o ideal para definição de adolescência. Todavia, haja vista a necessidade de se estabelecer um ponto de partida geral para a discussão da idade de consentimento, entendemos ser a definição da idade cronológica o único método viável de se buscar uma análise da legislação concernente ao estupro de vulnerável.

No presente artigo, utilizaremos parcialmente o critério definido pela Organização Mundial de Saúde. Limitar-nos-emos, contudo, à idade máxima de dezoito anos, haja vista ser este o critério etário, em nosso ordenamento jurídico, não só para a idade de consentimento plena, mas, também, para a capacidade civil completa e responsabilização criminal. Não nos parece razoável discutir a capacidade de realização de atos sexuais de um indivíduo que, no país onde vive, já pode realizar negócios jurídicos por si mesmo, bem como é considerado como detentor da compreensão plena de seus atos típicos e ilícitos.

Por outro lado, será feita a limitação mínima dos doze anos, devido ao fato de o indivíduo de idade inferior a esta ser considerada como criança e possuir, devido a isto, proteção especial, estabelecida pelo  ECA e por acordos internacionais.²³

2. 2. O desenvolvimento do adolescente e contemporaneidade

O desenvolvimento do adolescente pode ser tratado de diversas perspectivas, desde sociológicas, psicológicas até químicas, biológicas e neurológicas. A fim de nos atermos às propostas deste artigo, limitamo-nos aos âmbitos psicológico e neurobiológico, por considerarmos serem estes os maiores determinantes da formação da capacidade de consentimento.

O primeiro fator considerado quando da análise do desenvolvimento do adolescente na perspectiva do consentimento para atos sexuais é, usualmente, a puberdade. A puberdade é uma fase do ciclo vital biológico do ser humano na qual ocorrem diversas mudanças corporais causadas por hormônios, tais como mudanças de voz, o crescimento dos pelos pubianos, o crescimento dos testículos e das mamas e o surgimento da espermarca e da menarca. A produção de hormônios gonadotróficos e sexuais aumenta consideravelmente e

as modificações corporais tornam-se rapidamente visíveis, despertando interesse e curiosidade no adolescente, interferindo no modo com o qual ele se vê e na compreensão que ele tem de seus próprios desejos e impulsos. Essas mudanças físicas possuem significado social diferenciado, tanto para o adolescente, que sofre claras alterações psicológicas quanto à autopercepção quanto para a sociedade na qual ele vive, que passa a vê-lo de maneira diversa.

Pautado na curiosidade e na incompreensão acerca do fenômeno que lhe acomete, o púbere tende a buscar sensações ligadas à sexualidade, especialmente na presença de pares.²⁴ Apesar de o aumento hormonal e as mudanças corporais serem essenciais para a formação da consciência sexual e da capacidade de decisão no que se refere à sexualidade, jamais pode ser analisada como único fator para se atingir a maturidade sexual, haja vista a forte interferência de fatores neurológicos, sociais e psicológicos. A busca por sensações, por exemplo, poderá ser mais ou menos intensa, a depender do grau de maturação cerebral, desenvolvimento psicológico em que o adolescente se encontra, pois caso o desenvolvimento neurológico relativo à capacidade de tomada de decisões já tenha se iniciado, o adolescente será capaz de se controlar diante dos estímulos proveniente de seu próprio corpo e do comportamento dos colegas da mesma idade.

Quanto ao desenvolvimento neurológico, sabe-se que entre os 12 e os 17 anos de idade, o adolescente já possui as estruturas necessárias ao bom raciocínio e à avaliação emocional dos acontecimentos que vivencia. Falta-lhe, contudo, a integração funcional entre tais estruturas, o que compromete o comportamento dotado de racionalidade ao nível do padrão adulto, aferida pela capacidade de deliberação e a avaliação afetiva dos riscos que o funcionamento cognitivo pleno permite. Adicionado a isto, denota-se alta instabilidade dos mecanismos inibitórios (necessários para a concretização da capacidade de decisão) e a falta de experiência em geral.²⁵

O processo de maturação cerebral acompanha uma ordem: logo na infância inicia-se o processo de maturação das áreas cerebrais responsáveis pelas regiões sensoriais e motoras (até os dois anos de idade), seguidas da maturação de áreas de associação, como a linguagem e a atenção espacial (lobos temporal e parietal, maturados até os seis anos, aproximadamente), e culmina com a maturação dos córtices pré-frontal e temporais laterais, responsáveis pelos processos cognitivos superiores, que ligam as habilidades motoras e sensoriais com a modulação da atenção e linguagem, o que acontece lentamente.²⁶ A última maturação citada, e definitiva para o processo de formação de decisões, tem seu termo final muito variado, dependendo do desenvolvimento cognitivo do indivíduo.

Além disso, o cérebro adolescente sofre refinamentos significativos, denominados *eliminação de sinapses* (responsável por aperfeiçoar as ligações cerebrais, extinguindo as sinapses menos utilizadas a fim de que as mais usadas funcionem com maior eficiência), *sinaptogênese* (formação das ligações sinápticas entre os neurônios) e *mielinização* (isolamento dos axônios por meio do revestimento de mielina, o que contribui para o aumento da velocidade de comunicação entre os sistemas Nervoso Central e Periférico). Os três procedimentos, que caracterizam a maturação de cada área cerebral do adolescente, são imprescindíveis na formação do lobo frontal, que servirá de base para a capacidade do indivíduo de planejar-se, identificar sua identidade, tomar decisões e, conseqüentemente, consentir ou não com determinados estímulos externos.

Dentro do lobo frontal, existem quatro áreas funcionais, dentre as quais é o córtex pré-frontal o elemento mais importante para o desenvolvimento da capacidade de decidir e consentir. Esta área cerebral está relacionada à personalidade do indivíduo, capacidade de julgamento e comportamento emocional. Tem relação direta com o sistema límbico e permite a integração de percepções temporalmente descontínuas em componentes de ação dirigidos a um determinado objetivo. Sem uma maturação mínima do córtex pré-frontal, o indivíduo não adquire base neurológica o suficiente para planejar seus pensamentos e comportamentos complexos tampouco para tomar decisões baseadas nas respectivas situações sociais, na sua personalidade e em suas metas interiores.

No que se refere ao desenvolvimento da capacidade de consentir, esta área possui especial importância, pois sua função principal é a função executiva, que proporciona a habilidade de diferenciar pensamentos conflitantes, prever conseqüências negativas e positivas para suas ações e classificar situações como boa e ruim, mais adequada e menos adequada, igual e diferente.

A explicação minuciosa sobre o processo de maturação do córtex pré-frontal na fase da adolescência poderia, em primeira vista, causar a impressão de que seja simples definir quando um indivíduo é capaz de tomar decisões por si só e quando não o é. Entretanto, além de não haver consenso acerca do momento em que tal área finaliza a mielinização,²⁷ a complexidade da situação na qual o adolescente se encontra também interferirá na capacidade de decisão que ele deverá ter, ou seja, cada situação pode requerer um estágio mais ou menos avançado de maturação do lobo frontal, a fim de que a decisão seja tomada pelo adolescente de forma consciente.

Ademais, ainda que fosse possível quantificar a complexidade de cada situação e calcular a capacidade de compreensão e de maturação do córtex pré-frontal que um adolescente precisaria para agir conscientemente,

uma análise focada apenas nos fatores neurológicos seria certamente defasada.

Embora os aspectos neurológicos acima apresentados sejam imprescindíveis para o desenvolvimento e maturidade (tanto mental quanto sexual) adolescente, percebeu-se, ao longo dos séculos, que tais fatores jamais podem ser analisados fora do contexto social no qual o indivíduo se insere. É mediante a socialização, portanto, que se opera a progressiva transformação de um recém-nascido, cujas condutas são determinadas, inicialmente, por reflexos e respostas não condicionadas, em um ser social capaz de se haver em complexas situações estimuladoras, interpretando-as, selecionando e exibindo condutas que considera adequadas. ²⁸

Diversos psicólogos e psicanalistas descreveram o processo de desenvolvimento humano que ocorre na adolescência de formas diferentes. O que se modifica entre os pensamentos é sobretudo o que cada autor considera como peça fundamental para desenvolvimento mental e sexual.

Piaget, por exemplo, manteve a ideia de que a evolução do indivíduo acompanha o desenvolvimento anátomo-fisiológico das estruturas cerebrais, mas destaca claramente o papel da sociedade e das emoções do indivíduo no processo de desenvolvimento da capacidade de compreensão e de decisão. Segundo o autor, a partir dos 11 anos de idade, o indivíduo, que já passou pela fase de aquisição de linguagem (estágio sensório-motor), da habilidade de solução de problemas com objetos concretos (fase pré-operacional), o domínio da estrutura lógica e da distinção entre aparência e realidade (estágio operatório-concreto), começa finalmente a desenvolver sua compreensão lógico-abstrata (estágio de operações formais). É neste último estágio que o indivíduo começa a adquirir a compreensão acerca de coisas abstratas e passa a realizar um pensamento metalinguístico, ou seja, torna-se capaz de pensar a respeito do que pensa. Esta fase, cuja velocidade depende de cada pessoa, é imprescindível para a formação da capacidade de consentimento, visto que interfere diretamente na habilidade da pessoa de decidir entre aquilo que pensa ser certo ou errado, entre aquilo que pensa querer ou não querer.

Não obstante seja necessário o processo de mielinização, sem o qual não há base para o indivíduo aprimorar sua capacidade de compreensão, o desenvolvimento desta capacidade de pensamento metalinguístico só é possível, segundo o autor, mediante a integração do adolescente na sociedade dos adultos. ²⁹ Além disso, outro ponto importante é a possibilidade de regressão momentânea ou permanente a estados anteriores, devido ao estado emocional. Assim, caso a pessoa se encontre mediante inesperado estresse ou euforia, por exemplo, pode se tornar incapaz de compreender um objeto abstrato ou complexo, ou de refletir sobre sua vontade de realizar determinado ato (como os atos sexuais), retornando momentaneamente a um dos estágios anteriores e fixando-se nele para realizar sua decisão.

Já para Freud, a sexualidade se encontra no centro da maturação de um indivíduo, pois será por meio do desenvolvimento desta que a pessoa se torna capaz de lidar com os estímulos internos e externos. Dentre as cinco fases ³⁰ de desenvolvimento psicossocial que o autor propõe, a adolescência se encontra na fase final, denominada latência. Nesta, após ter fortalecido seu ego e superego através do desenvolvimento cognitivo na fase anterior, mas acometido por uma intensa revolta emocional, o adolescente tenta deslocar seu interesse sexual inconsciente para outros objetos e pessoas. Como forma de defesa, o adolescente busca transferir seus interesses das questões concretas do corpo para questões mais abstratas, destituídas de emoção, para que assim consiga lidar com sua revolta emocional. ³¹

Poderíamos pensar, seguindo tal raciocínio, que bastaria o correto andamento da puberdade e a liberação dos desejos sexuais desde a infância para que o indivíduo se desenvolvesse rapidamente e fosse capaz de tomar decisões com maior precisão. Entretanto, não foi isto o observado na prática, razão pela qual se tornou necessário reformular a teoria freudiana, buscando menos foco na sexualidade e mais foco nas relações sociais. Tal adaptação da teoria de Sigmund Freud foi realizada por sua filha, Anna Freud, que deslocou para o cerne do desenvolvimento as interações que o indivíduo tem com o meio externo e interno, demonstrando que adolescentes pertencentes a diferentes culturas e religiões, por exemplo, têm a maturação em tempos variados.

O pensamento de Anna Freud foi basilar para a aceção que reputamos mais interessante, qual seja a de Erik Erikson. O já citado criador da Teoria Psicossocial e importante autor no que concerne ao desenvolvimento adolescente considera que as influências sociais concorrem para o amadurecimento físico e psicológico do nascimento até a morte, havendo constante e mútuo ajuste entre o indivíduo e o ambiente no qual vive.

Para Erikson, é imprescindível a consideração do contexto histórico e cultural do indivíduo, pois é isto que proporcionará indicativos da formação de uma identidade, construída e mantida pela sociedade. ³² Erikson demonstra, portanto, que não basta se atentar aos fatores fisiológicos e biológicos de formação do indivíduo, tais como a mielinização cerebral ou a puberdade (que jamais deve ser confundida com a adolescência, visto que esta engloba não apenas as alterações hormonais, mas, também, psicológicas).

Assim como Freud e Piaget, Erikson optou por dividir o desenvolvimento humano em várias fases. Em cada um dos oito estágios, ³³ o ego enfrenta uma crise, a qual pode ter uma consequência positiva (quando o ego se

fortalece e o desenvolvimento prossegue) ou negativa (na qual há a fragilização do ego). A cada crise, a personalidade reestrutura-se e se reformula de acordo com o que já fora vivido, bom ou ruim, enquanto o ego vai se adaptando a seus sucessos e fracassos.

Neste ponto, é interessante perceber que a socialização, elemento que constantemente interferirá no processo de desenvolvimento do adolescente, nem sempre será uma socialização "boa", "adequada" de acordo com a maioria filosófica da sociedade. Como posteriormente constataram autores da psicologia social, a socialização deve ser vista como um conceito totalmente neutro, ou seja, ocorrerá socialização tanto em condutas consideradas socialmente adequadas quanto naquelas que fornecem comportamentos desviados das normas e costumes.³⁴

Dentre os diversos estágios enfrentados pelo ser humano, o quinto e considerado mais importante pelo autor é o estágio da identidade, o qual ocorre no período da adolescência. Na adolescência, o indivíduo experimenta o sentido da identidade e começa a se conhecer e a procurar um papel social, a se identificar com algum grupo. A vida sexual é representada por intimidades transitórias, mas é muito influenciada pelo meio externo, pois o adolescente possui uma preocupação mórbida com o que os outros estão pensando. Logo, qualquer imposição de moralidades ou determinados comportamentos, inclusive sexuais, pode ser extremamente danoso para o desenvolvimento desta etapa de vida.

Somente quando a identidade estiver estável, conquista o adolescente o senso de identidade contínua e sendo capaz de passar para as fases posteriores. Caso contrário, se o adolescente não consegue tomar decisões deliberadas especialmente no que concerne à sua vocação e sexualidade, o fanatismo e a chamada "confusão de papéis" se tornam uma ameaça.

Compreendidos os principais fatores influenciadores no processo de desenvolvimento do adolescente (e, conseqüentemente, em sua capacidade de compreensão), resta verificar se seria possível mapear as principais modificações na sociedade contemporânea que influenciam na capacidade do adolescente de tomar decisões e sobretudo consentir efetivamente com a prática de atos sexuais.

Em uma perspectiva geral, percebe-se, como já mencionado, a extensão da adolescência. Atualmente, identifica-se transição para a idade adulta adiada, no sentido de ser a inserção do adolescente em tarefas típicas da nova fase (como a inserção no mercado de trabalho e a conquista da autossuficiência) cada vez mais tarde.³⁵

Isto não significa, contudo, que a capacidade de tomada de decisões quanto à iniciação ou desenvolvimento sexual também esteja em processo de retardamento. Muito pelo contrário, constata-se, atualmente, uma antecipação no início da vida sexual. De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde,³⁶ a idade média do início da vida sexual em 1984 foi de 15,3 anos entre homens de 16 a 19 anos de idade e 16 anos entre as mulheres da mesma faixa etária. Já em 1998, a idade média verificada foi de 14,5 e 15,2 anos, respectivamente.

Quanto ao quesito acerca da iniciação sexual antes dos 15 anos, o crescimento porcentual é ainda mais significativo. Em 1984, 35,2% dos homens jovens de 16 a 19 anos já haviam iniciado a vida sexual antes dos 15 anos de idade. Em 1998, este percentual subiu para 46,7%. Para as mulheres, embora a porcentagem seja menor, o crescimento foi muito superior. Em 1984, 13,6% das mulheres entre 16 e 19 anos já haviam iniciado sua vida sexual antes dos 15 anos de idade. Em 1994, 32,3% do mesmo grupo já havia tido relações sexuais.

Dezesseis anos depois, embora nenhuma pesquisa tenha sido feita com a mesma metodologia que a supracitada (razão pela qual não é possível fazer uma comparação precisa), induz-se que a idade de iniciação sexual não tenha sofrido grandes modificações, havendo crescimento, contudo, na porcentagem de adolescentes que iniciam seus atos da vida sexual antes dos 15 anos.³⁷

A idade do início da maturação pubertária também vem sofrendo relevante queda, o que favorece ainda mais o adiantamento da iniciação sexual. Steinberg afirma, inclusive, que "sabemos também que tem havido uma queda significativa na idade de início da maturação pubertária ao longo dos últimos 200 anos".³⁸ O próprio conceito de puberdade normal, que era de oito anos para as meninas e nove para os meninos, vem recebendo tendências de diminuição, na medida em que são identificados casos de aparecimento dos primeiros sinais da puberdade classificada como "normal" antes da idade mencionada.³⁹

Um dos fatores que pode ser identificado como influenciador para a maior parte dos adolescentes é a mídia. Estimulados pelos meios de comunicação do séc. XXI, cada vez mais dinâmicos e com conteúdo acessível a indivíduos de qualquer idade, os adolescentes possuem acesso cada vez menos restrito a conteúdo de natureza eminentemente sexual, seja vídeos, textos ou mesmo canções.

Se, de um lado, percebe-se a redução etária para o início da puberdade e do amadurecimento sexual, ainda é possível identificar, em grupos nos quais a cultura, a moral ou a religião impõe comportamentos específicos

para todos seus integrantes, a estagnação ou até mesmo relativo atraso no início do processo de identificação do adolescente com sua sexualidade. Mesmo em lugares com alta influência dos meios de comunicação e das expressões culturais universalizadoras, diversos grupos mantêm resistência e se fecham aos estímulos externos, a fim de preservar seus valores comuns.

O mesmo acontece com a possibilidade de aceleração, além da média, do amadurecimento sexual (entendido aqui não apenas como a puberdade, mas também como a formação psicológica que a envolve). Em comunidades nas quais há carência de infraestrutura e o adolescente não possui seu próprio espaço, por exemplo, há maior tendência para que a iniciação sexual ocorra mais cedo, haja vista a perda da noção acerca dos espaços e da aceitação do sexo como um meio de entretenimento comum. Outra situação que pode favorecer a iniciação da sexualidade é a atribuição de tarefas típicas da vida adulta (tais como trabalho integral, auxílio no provento da família, assistência a irmãos mais novos etc) ao adolescente, que acabam por antecipar características da vida adulta,⁴⁰ como a prática de relações sexuais.

Conclui-se, portanto, que embora seja possível identificar uma clara redução generalizada na idade de iniciação sexual voluntária dos adolescentes, foge de qualquer estudo a possibilidade de se mapear, com clareza e precisão, quais grupos culturais proporcionam um desenvolvimento mais acelerado ou retardado da maturidade psicológica e sexual necessárias à formação da capacidade de consentimento. Dessa forma, ainda que o estudo dos fatores influenciadores da maturidade adolescente traga algumas respostas quanto à definição da idade de consentimento, também estabelece uma grande incerteza, uma vez que deixa clara a insuficiência de qualquer critério normativo para a idade de consentimento, dada à imensa diversidade cultural e social que acomete o território brasileiro.

3. A idade de consentimento frente ao direito comparado

O próximo ponto deste artigo visa apresentar algumas formas de determinação da idade de consentimento utilizada no mundo, a fim de que possamos verificar se já existe algum conceito adequado à volatilidade e diversidade que permeiam a realidade adolescente.

Para a realização desta análise de direito comparado, buscou-se a legislação de 76 países, provenientes de diversas regiões e culturas. O método utilizado foi a leitura legislativa, o que implica dizer que quaisquer alterações realizadas pela jurisprudência ou tacitamente aceitas pela doutrina não foram abrangidas. Haja vista que nossa intenção no presente trabalho é o levantamento de questões para uma possível reforma legislativa, atemo-nos às disposições normativas, analisando os artigos que dispõem sobre a idade de consentimento sobre a criminalização de atos sexuais nos quais não é necessário provar a ocorrência de violência ou fraude. Ressalta-se, ainda, que as formas de determinação da idade de consentimento aqui destacadas não o foram por serem adequadas ou não (basta perceber que também destacamos critérios inteiramente discriminatórios, o que vai de encontro ao aqui defendido), mas, sim, por demonstrarem que a variedade na determinação mais se relaciona, atualmente, com o contexto ideológico e cultural dominante em cada país do que propriamente com uma preocupação direcionada à criança e ao adolescente.

De acordo com a busca realizada, percebeu-se que a tendência dominante é quanto ao estabelecimento de uma idade fixa de idade de consentimento, com a predominância encontra-se entre os 14 e 16 anos (ver tabela 1).

Quanto à tendência para aumento ou diminuição da idade de consentimento, veem-se movimentos em ambas as direções. De um lado, a Espanha aprovou em 2013 uma alteração legislativa para aumentar a idade de consentimento de 13 para 16 anos, abaixo da qual há presunção de ocorrência de estupro. Em movimento diametralmente oposto, o Tribunal Constitucional do Peru, após apresentação de uma demanda popular, considerou inconstitucional a lei que alterava o artigo de estupro do Código Penal Peruano,⁴¹ legalizando, em janeiro de 2014, os atos sexuais entre adolescentes a partir de 14 anos.

Além da idade consentimento estática, sem exceções,⁴² foram identificados outros métodos para definição ou complementação do conceito da idade de consentimento. Tais métodos de definição não são necessariamente utilizados isoladamente, havendo, em alguns países, a conjugação de vários deles.

3.1. Diferenciação por orientação sexual

Em alguns países, como as Bahamas, a idade de consentimento para atividades heterossexuais é 16 anos, mas as homossexuais só são permitidas a partir dos 18⁴³ (e o Uzbequistão).⁴⁴ Trata-se de um modelo discriminatório claramente pautado em valores morais e que seria totalmente incompatível com o princípio da igualdade consagrado na Constituição brasileira.

3.2. Diferenciação entre homem e mulher

Em algumas jurisdições, a discriminação para fins de permissão para prática de atos sexuais é concernente ao gênero. Na República Democrática do Congo, por exemplo, a idade mínima para a prática de atos sexuais é 14 anos para as mulheres e 18 anos para os homens.⁴⁵ Em outros, como no Chade e na Namíbia, somente as mulheres estão sujeitas à idade de consentimento, que foi estabelecida em 14 anos para o Chade⁴⁶ e 16 para a Namíbia. O exemplo dos três países, embora aparentemente paradoxais, demonstram a mesma imposição machista de submissão da mulher. No primeiro exemplo, assume-se que a mulher estaria apta a praticar atos sexuais quatro anos antes que os homens - construção legislativa claramente direcionada aos casamentos de meninas adolescentes. Já no segundo e terceiro, parte-se do princípio que somente as mulheres são incapazes de praticar atos sexuais em determinado momento da vida. Vê-se que, em alguns Estados, não há preocupação alguma com a efetiva proteção da autodeterminação sexual de adolescentes e somente reproduzem discursos profundamente ligados à moral e religião. Este tipo de distinção seria totalmente inconstitucional em nosso sistema jurídico por sua evidente incompatibilidade com a igualdade constitucional entre homens e mulheres consagrada pela Constituição de 1988.

3.3. Diferenciação pelo estado civil

Em alguns países, somente é possível considerar-se apto para a prática de atos sexuais a partir do casamento, independentemente da idade em que este seja contraído. São exemplos desta escolha legislativa o Irã,⁴⁷ Oman⁴⁸ e Catar.⁴⁹ Percebe-se que, nesses sistemas, reflexão acerca da vulnerabilidade das crianças e adolescentes é inteiramente ignorada, dando lugar à reafirmação dos valores morais e religiosos de suas respectivas sociedades: basta estar-se apto/a ao casamento para perder-se qualquer perspectiva de ter sua fragilidade sexual protegida pelo Estado. Um modelo completamente incompatível com o princípio da liberdade consagrado na Constituição brasileira.

3.4. Diferenciação em função de relação de confiança ou autoridade

No Reino Unido, a idade de consentimento geral estabelecida é 16 anos, mas esta é aumentada se o companheiro do adolescente se encontrar em uma posição de confiança ou autoridade com este, tal como ocorre com professores e médicos. Nestes casos, a idade de consentimento estabelecida é de dezoito anos. Somente não haverá tal aumento se o adolescente for casado ou for reconhecidamente um parceiro civil daquele com o qual praticou ato sexual.⁵⁰

Já na França, a variação ligada à relação de autoridade ou confiança se manifesta não só no aumento da idade de consentimento, quanto também no aumento de pena. Segundo o art. 227-26 do Código Penal francês, quando um ato sexual sem violência é realizado com um menor de quinze anos (que é a idade de consentimento estabelecida na legislação), a pena passa a ser de dez anos de prisão, o que representa aumento em duas vezes da pena privativa de liberdade estabelecida pelo art. 227-25. Para os indivíduos entre quinze e dezoito anos, a comissão de atos sexuais passa a ser penalizada quando há relação de autoridade ou confiança, com três anos de prisão, enquanto é permitida nos demais casos.⁵¹ O mesmo ocorre na Hungria, na qual há um aumento da pena nos casos de abuso de confiança.⁵²

3.5. Exceção da idade próxima (Close-in-age exception)

Uma das melhores soluções apresentadas pelos países é a chamada *close-in-age exception*, segundo a qual se estabelece uma idade de consentimento que será considerada como a idade padrão, mas admite-se que pessoas de idade inferior ao estabelecido pratiquem atos sexuais com indivíduos que se mantêm na mesma faixa etária que elas. Seu fundamento baseia-se na ideia e que indivíduos de idade aproximada têm menor probabilidade de se aproveitar da idade um do outro, na medida em que se encontram, usualmente, em condição semelhante de amadurecimento sexual, psicológico e cognitivo.

No Canadá, por exemplo, a idade de consentimento padrão é estabelecida como catorze, mas existe a possibilidade de ser reduzida até aos 12 anos, se ambos os parceiros se encontrarem em idade próxima.⁵³ Já na Itália, a *close-in-age exception* é de três anos, permitindo, segundo estas condições, a prática de atos sexuais por indivíduos de 13 anos.⁵⁴ A Suíça também estabelece a distância temporal máxima em 3 anos.⁵⁵

Esta solução parece-nos viável, no contexto brasileiro, para se evitar o início da persecução infracional em casos entre pessoas de idade próxima, nos quais a probabilidade de haver ao menos perigo concreto de se ferir a autodeterminação sexual do adolescente é muito baixa, visto que ambos os agentes se encontrariam em semelhante etapa de desenvolvimento.

Assim, a potencialidade lesiva ultrapassa, entre agentes de semelhante idade, os limites mínimos do perigo concreto, sendo necessário considerar a inexistência do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável.

Resta, contudo, definir o que seria idade próxima. Caso opte-se pela determinação abstrata, como faz a legislação canadense, corre-se o risco de conceder excessiva discricionariedade ao judiciário, que poderia,

para casos idênticos, condenar ou absolver, de acordo com as convicções pessoais de cada juiz. Já diante da possibilidade de se definir previamente um número a ser considerado próximo, percebe-se que, provavelmente, a aplicação desta exceção acarretaria efeitos apenas no que concerne ao ato infracional. A não ser que se estipulasse como próximo o intervalo temporal de cinco (5) ou seis (6) anos, a exceção beneficiará somente menores de 18 anos, puníveis por ato infracional análogo à conduta do 217-A nos termos do artigo ^{RTD} 103 do ^{RTD} ECA.

Ainda que a utilização da *close-in-age exception* seja restringida de tal forma, sua relevância na proteção do adolescente permanece patente, pois a iniciação sexual frequentemente dá-se entre indivíduos de semelhante idade, e sua punição, ainda que em sede de ato infracional, pode acarretar experiências extremamente traumáticas tanto para o suposto agente, quanto para aquele que a legislação pretendia proteger.

3.6. Critério subjetivo

Outro método de definição da idade de consentimento é a inserção de elementos que abrem a possibilidade de se analisar se a pessoa possuía maturidade o suficiente para praticar o ato sexual. Na Albânia, por exemplo, a idade de consentimento definida para mulheres é 14, mas existe a ressalva em razão da maturidade.⁵⁶ Já na Alemanha, a idade de consentimento pré-estabelecida também é catorze anos, mas a ilegalidade do ato sexual é estendida até os dezoito anos, quando realizado por pessoa maior de 21 anos com menor de 18 anos, quando o primeiro enganar o segundo, utilizando-se da sua condição de menor idade e maturidade sexual ainda em desenvolvimento, impedindo-o assim de formular seu consentimento adequadamente.⁵⁷

3.7. Variações da pena em função da idade de consentimento

A última modalidade de definição de idade de consentimento encontrada foi a ocorrente na China, El Salvador e na Turquia, onde a pena do indivíduo que praticou o ato sexual com o adolescente é estabelecida de acordo a idade dele.

Também no Peru, o art. 173 do Código Penal estabelece graduações precisas, baseadas na idade da vítima ou na posição de confiança que o agente ocupava perante a ela:

"Artículo 173. Violación de menor de catorce años

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3."⁵⁸

Por fim, no Código Penal Jordânico, há uma graduação de pena complexa para aqueles que praticam atos sexuais com mulheres com menos de 15 anos de idade ou 12 anos de idade.⁵⁹

3.8. As experiências brasileiras na proteção do adolescente e de sua liberdade sexual

No Brasil, a idade de consentimento veio se modificando ao longo do tempo, mas há muito,⁶⁰ como referência, as idades de catorze e dezoito anos. Embora hoje somente haja restrições sexuais em dezoito anos para atividades envolvendo contraprestação (tais como prostituição e pornografia), até 2005 o cenário era muito diferente, definindo como crime, no art. 217, conjunções carnavais praticadas com mulher virgem entre catorze e dezoito anos, "aproveitando-se de sua experiência ou justificável confiança".

Atualmente, a idade de consentimento para atos sexuais é de 14 anos, conforme o novo art. 217-A do ^{RTD} CP, modificado pela Lei 12.015/2009, art. 3.º. O mencionado dispositivo legal define como "estupro de vulnerável" o ato de "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos", determinando pena de reclusão de 8 a 15 anos, independentemente da existência de violência real, física ou psíquica.

4. Tabus não são bem jurídico algum. Lesividade e a autodeterminação do adolescente

Haja vista a variável velocidade no desenvolvimento e amadurecimento sexuais, passamos à análise do estupro de vulnerável, para buscarmos, no futuro, possíveis diretrizes para a determinação legislativa de uma idade de consentimento que seja não apenas adequada à realidade social e biológica adolescente, mas, também, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isto, faz-se necessário analisar alguns elementos inerentes ao Direito Penal (sempre sob uma perspectiva constitucional), quais sejam a questão do bem jurídico lesado no crime de estupro de vulnerável e o direito do adolescente a sua própria liberdade sexual.

Não é novidade o fato de que uma intervenção penal somente será legítima na medida em que o ato realizado apresentar lesividade. Isto significa dizer que não deve haver sanção penal se o comportamento realizado não ferir o bem jurídico que o tipo busca proteger ou não houver perigo concreto de fazê-lo.

O princípio da lesividade é o responsável por definir o resultado, um dos elementos constitutivos do tipo penal. Não é por menos que a lesividade foi classificada por Ferrajoli como uma das garantias penais substanciais.⁶¹

Sua origem advém do princípio da utilidade penal, responsável por limitar a esfera de proibição das leis penais - somente os custos individuais e sociais mais graves, que representam efetiva nocividade a elemento considerado importante e merecedor de proteção, poderão ser tutelados pela norma penal. Também é decorrente do princípio constitucional da necessidade,⁶² segundo o qual a intervenção punitiva só deve ser realizada quando extremamente necessário.⁶³

Existem dois grandes âmbitos de aplicação do princípio da lesividade: o primeiro, de nível legislativo, visa impedir que o legislador formule tipos penais que não representem ofensa à liberdade de outrem, ou que já tenham sido consagrados como inofensivos. O segundo âmbito, de nível jurisdicional-aplicativo, exige que o juiz exclua a subsistência do crime quando o fato, embora se apresente na conformidade do tipo, seja concretamente inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.⁶⁴

Ambos os âmbitos devem ser analisados conjuntamente. Não é possível, por exemplo, que uma conduta seja incriminada por ir contra ao que alguns denominam "moral e bons costumes", assim como não se pune condutas que não ultrapassem o âmbito interno ou não prejudiquem ninguém a não ser o próprio agente, pois não há ameaça ou efetiva lesão a um bem que, de tão relevante, é tutelado pela esfera penal. Conforme ressalta Silveira, meras imoralidades não se mostram carecedoras de tutela penal, uma vez que não representam elas verdadeiras ofensas a bens jurídicos e que o direito penal de um Estado Democrático deve se mostrar protetor sobretudo de liberdades.⁶⁵

Isto se refletirá não só no processo de elaboração da norma, mas a cada aplicação desta no caso concreto. A lesão ao bem jurídico deve ser demonstrada não apenas na formulação da norma penal, como também a cada vez que o suposto ato típico for praticado.

Existe, todavia, uma dificuldade em se definir o bem jurídico. Primeiramente porque, assim como o conceito de "dano" e "lesão", a aceção daquilo que possui relevância a ponto de se justificar a criminalização de determinados atos que o ameaçam é extremamente valorativa.⁶⁶ Além disso, o legislador penal brasileiro não encontra nos textos constitucionais uma determinação definida e organizada dos bens que deveria tutelar. Em terceiro lugar, há que se considerar a possibilidade de o bem jurídico que carece de tutela não estar propriamente na Constituição, o que acarreta a necessidade de se considerar tal documento como fonte principal, mas também se abrir à possibilidade de outros bens jurídicos cuja tutela penal, no entanto, jamais podem entrar em conflito com os princípios constitucionais.

Embora haja algumas divergências acerca da possível amplitude do bem jurídico, certo é que nem todos os elementos existentes na vida em sociedade poderão configurar um bem jurídico passível de ser protegido por meio da tipificação criminal. A moral, por exemplo, não recebe aceção valorativa na Constituição para se tornar um bem jurídico.

Assim, os comportamentos considerados como negativos para uma parcela da sociedade, que assim os valora devido a convicções culturais, mas que não violam o direito de pessoa alguma, são chamados de "tabus" e jamais podem representar um bem jurídico.⁶⁷ Para saber se uma norma penal protege (erroneamente) um tabu, basta verificar se o comportamento analisado, ainda que considerado inaceitável por um grande grupo, prejudica alguém.

Tal prejuízo não pode ser apenas às convicções ou crenças de determinado círculo social, é necessário que haja dano a algo ou alguém e que este seja grave a ponto de justificar a ação penal como uma tentativa de

evitá-lo. Logo, mesmo que quase todas as pessoas do país se posicionassem moralmente contrárias a determinado ato realizado pelo grupo social não dominante, que ninguém prejudica ao realizá-lo, não seria isto o suficiente para criminalizá-la. Caso fosse possível criminalizar uma conduta tão-somente por ser esta um tabu considerado inaceitável pela maioria, além de se ter uma imposição inteiramente antidemocrática da maioria frente à minoria, seria uma afronta à lógica e aos princípios constitucionais da lesividade, pois se a conduta não lesa ou ao menos gera riscos de lesão a direitos alheios, não há por que ser proibida. ⁶⁸

O ato imoral ou reprovável, porém não lesivo jamais poderá, portanto, ser objeto de tipificação. Ou como ressalta Jorge de Figueiredo Dias,

"Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente." ⁶⁹

Para garantirmos que o estupro de vulnerável não é apenas uma criminalização errônea de um tabu (ou em que medida isto ocorre), é necessário identificar o bem jurídico por ele protegido.

Em 2009, o capítulo de crimes sexuais passou por uma grande mudança. Além das significativas modificações no caput do estupro comum e no polêmico estabelecimento da idade de catorze anos como marco para uma presunção absoluta de violência ou fraude em atos sexuais, alterou-se o título dos capítulos e do livro, normalmente utilizados para se verificar qual o bem jurídico possivelmente protegido pelas normas que neles se inserem.

O art. 217-A, que define como crime a conjunção carnal ou outros atos libidinosos com menor de 14 anos, surgiu, por intermédio da Lei 12.015/2009, dentro do recém-nomeado Cap. II, "Dos crimes sexuais contra vulnerável", inserido no Tít. VI ("Dos crimes contra a dignidade sexual"), o qual engloba, entre outros, também os "crimes contra a liberdade sexual" (Capítulo I).

Ora, é fácil perceber que a nomeação do Cap. II em nada contribui para o bem jurídico, visto que a simples alegação da vulnerabilidade do indivíduo (que, como já vimos, é frequentemente refutável) não constitui bem passível de tutela penal. Também não é a liberdade sexual, como ocorre no estupro descrito no art. 213, até porque a proibição absoluta da prática de atos sexuais abaixo dos catorze anos pode ser, como veremos, lesiva a este bem jurídico, que paradoxalmente passa a ser tutelado pelo Cap. I quando o indivíduo completa catorze anos.

Poder-se-ia induzir, então, que o bem jurídico seria a dignidade sexual, como sugere o Tít. VI. Entretanto, como definir um bem jurídico tão amplo? A própria palavra dignidade já apresenta histórico de imensa indefinição, quando utilizada como um direito humano. Associada à sexualidade, a compreensão da palavra se torna mais difícil de obter, sem que seja feito um juízo valorativo que passe pela moral ou religião. Embora possa ser compreendida como o meio para prover as condições adequadas para o bom desenvolvimento da sexualidade, a utilização do termo "dignidade" também pode levar ao entendimento de que determinadas condutas sejam "certas" ou "erradas", justamente pela confusão valorativa feita com a palavra "digna".

Devido a isto, acreditamos ser o bem jurídico do art. 217-A, assim como a matriz dos bens jurídicos protegidos pelos crimes do Tít. VI, não "a vulnerabilidade" da criança e do adolescente tampouco uma indefinida e ampla "dignidade sexual", mas, sim, a autodeterminação sexual. Tal expressão é utilizada na Alemanha para classificar os crimes sexuais e é dotada de maior precisão, pois tanto garante a liberdade sexual do indivíduo quanto protege o desenvolvimento desta, sendo mais ampla do que a pura "liberdade sexual" (que em crianças e em adolescentes realmente vulneráveis ainda se encontra em fase de formação) e menos perigosa que "dignidade sexual".

Para os adolescentes que não formaram sua capacidade de consentimento antes dos catorze anos, a norma do 217-A é perfeita, pois protege seu desenvolvimento cognitivo, hormonal e psicológico no que se refere à sexualidade, buscando garantir que o adolescente se desenvolva sem os traumas que poderiam ser causados pela atividade sexual fora de seu tempo ideal. Todavia, aos adolescentes que já desenvolveram a capacidade de consentir e o desejo e compreensão concernente aos atos sexuais, a norma do mencionado artigo torna-se inútil, na medida em que é retirada toda sua lesividade.

A autodeterminação sexual deste indivíduo, especialmente tutelada devido à sua condição de desenvolvimento e conseqüente vulnerabilidade, perde seu caráter de vulnerabilidade e se torna uma autodeterminação de alguém que é capaz de consentir com atos sexuais e crescer com eles. Seja por motivos sociais, biológicos, neurológicos ou psicológicos, o adolescente que já desenvolveu seu poder de tomada de decisões a um nível que o permita escolher realizar ou não atos sexuais não deve ter a mesma tutela que têm hoje os maiores de catorze anos, pois caso seus atos continuem a ser enquadrados nos termos do art. 217-A, não poderá desenvolver adequadamente sua autodeterminação e liberdade sexuais, devendo forçosamente

esperar até os catorze para iniciar sua vida sexual, a fim de que seu parceiro não seja punido penalmente ou com medidas socioeducativas decorrentes da prática de ato infracional.

Desta forma, ao mesmo tempo em que a autodeterminação sexual do adolescente configurará bem jurídico passível de ser protegido por norma penal, na medida em que há indivíduos desta faixa etária que não se encontram prontos para compreender e praticar voluntariamente atos sexuais, não se deve esquecer que a liberdade sexual também é direito do adolescente. Não se justifica, portanto, manter uma tipificação que proteja parte das pessoas às quais se refere e lesione o direito da outra parte. Assim, torna-se imprescindível o cuidado extremo na formulação de um tipo penal que proíba atos sexuais dos indivíduos desta faixa etária - caso contrário, a própria norma que visa proteger o mencionado bem jurídico acaba por violá-lo.

A análise da lesividade ou exposição ao risco que um bem jurídico sofre deve levar em consideração três fatores: a frequência desses comportamentos, a intensidade da necessidade da preservação do objeto merecedor de tutela e a intensidade da ameaça contra este. Esses fatores, que em todos os crimes se apresentam com nuances próprias em cada contexto social e em cada momento histórico,⁷⁰ são ainda mais mutáveis no contexto em que alguns titulares do bem jurídico protegido realmente precisam de proteção e outros não só não precisam, como são prejudicados pela criminalização.

Assim, independentemente do critério de definição da idade de consentimento utilizado na tipificação do estupro de vulnerável, parece-nos razoável admitir que sempre será preciso considerar a possibilidade de uma prova em contrário, que demonstre que o adolescente possuía plena capacidade de consentimento e que sua liberdade sexual seria lesada, no caso, se seu parceiro de atos sexuais fosse punido criminalmente pela prática de tais atos.

Se o adolescente já possui capacidade de decisão o suficiente para escolher pela prática de um ato sexual, seu companheiro não lesa bem jurídico algum, razão pela qual é totalmente ilógico que a ele seja imputada uma pena pelo seu comportamento. Vê-se, portanto, que a presunção absoluta de violência ou fraude extraída do artigo 217-A do Código Penal não pode ser mantida, na medida em que pode causar a figura absurda de violação do bem jurídico protegido pela própria tipificação penal do comportamento.

5. Por uma modificação no atual conceito de idade de consentimento no Brasil

Como já demonstrado, a definição estática da idade de catorze anos como marco para constituição do estupro de vulnerável enfrenta alguns percalços. Com o adiantamento do processo de amadurecimento sexual e devido à variadíssima velocidade no processo de formação cognitiva entre cada adolescente, faz-se necessário buscar um novo método de se proteger os aqueles que não adquiriram a maturidade cognitiva e sexual suficientes para consentirem com atos sexuais, porém sem mitigar os direitos de quem já os adquiriu.

As tentativas de se definir a capacidade de decisão dos adolescentes não são importantes apenas para a compreensão do estupro de vulnerável, mas dotam-se de relevância em diversas áreas do direito.

No direito civil, tal faixa etária é discutida devido à capacidade para aquisição de direitos e para exercê-los por si mesmo, seja diretamente, por representação ou assistido por outrem. Tal definição é importante, na medida em que completa o conceito de personalidade.⁷¹

Os indivíduos com menos de 18 anos, adolescentes ou crianças, terão sempre capacidade de direito, pois esta possuem todos dotados de personalidade, mas não a capacidade de fato, qual seja a aptidão para utilizar os direitos na vida civil e exercê-los por si mesmo. Sabendo da necessidade de se analisar a extensa faixa etária adolescente com precisão, dividiu-se, no Direito brasileiro, a incapacidade em razão da idade de forma gradativa. Como se sabe, serão absolutamente incapazes (e, portanto, ligados à vida jurídica por meio da representação) os menores de dezesseis anos, adquirindo, entre os dezesseis e os dezoito anos, a incapacidade relativa.

Como ressalta Caio Mário,⁷² o critério definido pelo legislador é inteiramente arbitrário, sem considerar as variações individuais que interferem no momento no qual surgem na pessoa os predicados necessários ao estabelecimento de seus contatos diretos com a vida jurídica. A estipulação do critério dos dezesseis anos, embora não seja completo o suficiente para abranger as particularidades da idade, serve à estabilidade jurídica.

Não obstante possa ser tal critério interessante aos atos da vida que se refletem no direito civil, o mesmo não acontece com aqueles que dizem respeito à individualidade e sexualidade. Assim, não é adequado à definição da idade de consentimento o argumento de que uma definição generalista e dotada de presunção absoluta seria necessária à idade de consentimento, uma vez que não seria possível, com um único critério, abranger todas as particularidades deste momento de transição para a vida adulta.

Diferentemente da vida civil, a determinação estática de uma idade para a prática de atos sexuais é de fato

capaz de tolher violentamente os direitos do adolescente, sobretudo sua liberdade sexual, ao passo de que, na vida civil, tal risco não existe. Isto porque o adolescente ou mesmo a criança, não sendo capaz (ou apenas relativamente incapaz) de participar por si só como agente em um negócio jurídico, sempre poderá fazê-lo por intermédio da representação ou da assistência, pois sempre lhe pertencerá a capacidade de direito, sem a qual sequer se possui personalidade. Naturalmente tal raciocínio não é válido para a prática de atos sexuais, e assumir que todos os indivíduos atingirão, em mesma idade, a capacidade de consentimento implica ignorar que "a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é dispensado". ⁷³

Outro argumento constantemente utilizado para defender a determinação da idade de catorze anos como único critério de definição da idade de consentimento no Brasil é o de que seria possível, mediante construção jurisprudencial, aceitar a prática de atos sexuais com indivíduos entre doze e catorze anos. Segundo estes, o juiz, ao verificar que o adolescente possuía plenas condições de consentir com o ato sexual realizado, poderia facilmente deixar de responsabilizar o parceiro do adolescente criminalmente, alegando que a presunção de violência ou fraude nos atos sexuais envolvendo menores de catorze anos é relativa.

De fato, há diversos autores que defendem este posicionamento na doutrina, bem como há decisões no STJ que se direcionam a tal entendimento no que se refere ao crime anterior à Lei 12.015/2009. ⁷⁴ A discussão entre presunção absoluta e presunção relativa iniciou-se ainda na legislação anterior, na qual o ato sexual

praticado com menor de 14 anos poderia ser enquadrado nos termos do art. 224, *a*, do ^{RTD} CP, que indicava a existência de violência presumida quando o indivíduo era menor de catorze anos. Ali fazia sentido discutir se havia presunção relativa ou absoluta de violência, visto que a lei claramente se referia à criminalização de um ato sexual cometido com menor de catorze anos devido à violência que o adolescente provavelmente teria sofrido. Nesse interim, discutiu-se se todo ato sexual cometido com adolescente que não havia atingido os catorze anos necessariamente seria cometido de violência, ao que a 5.ª Turma do STJ decidiu que não, podendo, portanto, haver prova da inexistência da violência. Entretanto, há, ainda, decisões no sentido de se considerar a presunção de violência como absoluta.

Já no art. 217-A, incluído pela supracitada lei de 2009, a criminalização dos atos sexuais praticados com adolescentes não se fundamenta, segundo o texto normativo, na ideia de violência. Na nova figura do estupro de vulnerável, a presunção recai sobre a vulnerabilidade das crianças e adolescentes menores de catorze anos. Ora, vê-se bem que violência e vulnerabilidade são conceitos inteiramente distintos, pois enquanto um pressupõe a existência de um constrangimento ilegal, causado pelo agente do crime, o outro se fundamenta na incapacidade de compreensão e discernimento que, para a lei, é inerente a todo menor de catorze anos.

A vulnerabilidade é, conforme Rassi, conceito polissêmico protegido pelo direito penal em diferentes contextos e que, no art. 217-A, decorre da imaturidade do adolescente púbere frente aos atos sexuais. ⁷⁵ Justamente por este liame indissolúvel entre a motivação da norma e o bem jurídico que a vulnerabilidade, no estupro de vulnerável, a vulnerabilidade também vai ser questão de fato que deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto quando o adolescente detém idade entre doze e quatorze anos". ⁷⁶

Um indivíduo que se aproveita da vulnerabilidade do menor de catorze anos para com ele praticar atos sexuais não necessariamente se utiliza de violência, em qualquer uma de suas formas, podendo, também e sobretudo utilizar-se da fraude, mais conveniente à situação da criança e do adolescente que não formulou sua capacidade de tomada de decisão. É nos casos de fraude, inclusive, que a presunção de vulnerabilidade se torna mais necessária, haja vista a dificuldade de se provar que uma criança ou adolescente optou por realizar o ato sexual tão somente porque estava sendo enganada ou ludibriada.

Mas como conferir essa abertura de percepção da vulnerabilidade diante de um tipo penal que taxativamente impõe a idade de quatorze anos como marco da idade de consentimento?

Mesmo que haja decisões no sentido de se considerar a presunção de violência do estupro de menores de catorze anos, nos termos da antiga lei, como uma presunção passível de prova em contrário, este entendimento não poderia ser automaticamente transportado para o contexto do estupro de vulnerável.

Primeiro porque a presunção contida no art. 217-A do ^{RTD} CP é concernente à vulnerabilidade da suposta vítima, e não à violência do agente. Segundo, devido ao fato de a redação do art. 217-A, *caput*, não abrir possibilidade alguma de consideração de uma prova em contrário, que demonstre a inexistência de vulnerabilidade. Ao definir esta forma de estupro como "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", o mencionado artigo, ainda que tenha sido redigido com base na presunção de vulnerabilidade, é taxativo ao tipificar o crime como qualquer conduta sexual cometida com um menor de catorze anos, havendo, portanto, pouco espaço de interpretação para se alegar a relatividade da presunção.

Neste sentido se deu a decisão proferida pela terceira seção do STJ em recurso especial no rito de recurso repetitivo, em agosto de 2015, após seis anos de disputa entre o argumento da impossibilidade de se admitir

uma presunção de vulnerabilidade estática devido às particularidades sociológicas, psicológicas e biológicas de cada adolescente e o da taxatividade explícita existente na redação do art. 217-A.

No REsp 1.480.881/PI (rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJ* 26.08.2015), diante do questionamento acerca da prática de atos sexuais com menor de quatorze anos com o qual o agente possuía relacionamento amoroso, decidiu a terceira seção, por unanimidade, determinar que "o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime [previsto no art. 217-A, *caput*, do  [CPI](#)]."

A título de fundamentação, alegou-se que "[a] modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar". ⁷⁷

Conforme já analisamos em pontos anteriores, desconsiderar a evolução moral dos costumes sociais e o grau de desenvolvimento da maturidade sexual, ao invés de proteger os adolescentes, acaba criando a possibilidade de violar um bem jurídico que também a eles pertence: a liberdade sexual. A restrição completa de atos sexuais envolvendo adolescentes menores de catorze anos impede o desenvolvimento saudável daqueles que já detêm capacidade de se iniciar sexualmente, pois a criminalização do ato do parceiro também repercute negativamente na vida do adolescente, que se verá proibido de decidir sobre o próprio corpo e vivenciará a responsabilização criminal daquele com o qual praticou atos sexuais consentidos. Ignorar a especificidade do concreto ao se analisar a vulnerabilidade do adolescente acarreta o comprometimento do que Díez Ripollés denomina "autorrealização pessoal", considerando que a sexualidade é uma área vital na qual seria especialmente reconhecível uma grande contribuição do indivíduo quanto ao significado de sua própria existência. ⁷⁸

Tal situação ocorre não apenas no âmbito do crime como, também, no ato infracional análogo ao estupro de vulnerável. Diante da presunção absoluta e inflexível, basta que, em um casal de adolescentes, um dos parceiros sexuais seja menor de catorze anos para que a vida do outro seja profundamente modificada pela estigmatização que também o ato infracional e a medida socioeducativa carregam, quando a situação, na verdade, pode se tratar apenas de duas pessoas em desenvolvimento buscando juntas o caminho para a maturidade sexual.

Todavia, no que concerne à interpretação legislativa, é compreensível a dificuldade de se admitir a relatividade da presunção de violência quando a própria lei estipula com tanta clareza idade específica para a presunção de violência. O que se poderia alegar, no caso, é a falta de lesividade do bem jurídico, nos casos em que o adolescente possui capacidade de consentimento. Mesmo que o bem jurídico do tipo penal analisado seja a vulnerabilidade ou a dignidade sexual da criança e do adolescente (e não a autodeterminação sexual, como já defendido acima), a prova da capacidade do consentimento demonstraria que a ação descrita no art. 217-A, no caso específico, não lesaria bem jurídico algum, razão pela qual não deve se conformar como crime.

Embora este argumento seja forte, sobretudo devido ao imprescindível princípio da lesividade, é inadequado deixar que toda situação em que haja um adolescente entre 12 e 14 anos com capacidade de consentimento seja juridicamente resolvida desta forma. Não por qualquer fragilidade no princípio da lesividade, mas devido à tradição jurídica brasileira no que concerne às decisões judiciais, no qual não há hierarquia de provas e ao juiz é permitido convencer-se livremente, desde que fundamentadamente. Apesar de os mencionados princípios processuais penais serem indispensáveis ao modelo processual penal brasileiro, um de seus efeitos primários é a possibilidade de o juiz decidir de acordo com suas convicções morais, históricas ou religiosas, e posteriormente buscar uma fundamentação.

Diante da capacidade de consentimento do adolescente, o juiz pode ignorar qualquer análise psicológica feita com a suposta vítima, bem como anular suas declarações, por considerar que não é "adequado" um indivíduo entre 12 e 14 anos praticar relações sexuais (mesmo sendo este indivíduo capaz de ser responsabilizado pela prática de atos infracionais, que também requerem capacidade de decisão). Submeter a proteção à liberdade sexual do adolescente que já é capaz de consentir tão somente à análise do juiz, no que se refere ao princípio da lesividade, seria, portanto, insuficiente e demasiadamente arriscado.

Devido a isto, parece-nos razoável que, além da indispensável análise acerca da lesividade do bem jurídico protegido pelo art. 217-A, haja efetivamente a modificação legislativa para adaptação do tipo penal aqui estudado à realidade brasileira. Algumas exceções à presunção vulnerabilidade já previamente determinadas por lei, tais como a chamada *close-in-age exception*, ⁷⁹ evitariam que adolescentes fossem submetidos a

medidas socioeducativas tão-somente por expressarem sua curiosidade e desejo sexuais com pessoas de idade próxima.⁸⁰ Ao proteger a liberdade sexual do menor de 14 anos, o Estado não tem como objetivo evitar que tais menores cometam ato libidinoso entre si, mas pretende proteger estes de pessoas que possam se aproveitar deles, abusando de sua vulnerabilidade, de sua incapacidade de completa compreensão diante das situações. Como já discutindo, não havendo vulnerabilidade, não há crime, e tal situação é especialmente frequente em casos nos quais o ato sexual é praticado entre indivíduos de idade próxima.

Outra medida interessante seria a constatação, em lei, da presunção relativa de vulnerabilidade, deixando ao juiz a possibilidade de absolver caso fosse provado que a suposta vítima tinha capacidade de autodeterminar-se sexualmente. Para isto, seria necessária uma reforma em todo o *caput* do art. 217-A, a fim de que ficasse clara a inexistência da responsabilização objetiva na prática sexual com menores de catorze anos (e maiores de doze).

Apesar de não serem as crianças o objeto do presente estudo, é importante ressaltar que a elas é completamente compreensível a presunção de vulnerabilidade tal como é vista hoje. A criança não só é destituída da capacidade cognitiva para realizar conscientemente atos sexuais, como também carece de proteção especial estatal, razão pela qual as mudanças aqui analisadas não se aplicam a elas. Também não se aplicam aos atos sexuais nos quais há algum tipo de contraprestação envolvida, pois o consentimento, nesses casos, não depende apenas do amadurecimento sexual, psicológico e cognitivo do adolescente, mas é subordinado, também, a inúmeras variantes sociais.

6. Conclusão

A principal conclusão retirada desta pesquisa se refere não à definição concreta da idade de consentimento, mas à dificuldade de defini-la sem deixar de proteger aqueles que não possuem capacidade de consentimento formada ou sem violar a liberdade sexual daqueles que a possuem.

Diante dos resultados encontrados no presente estudo, vemo-nos diante da impossibilidade de se abandonar o conceito de idade de consentimento. É preciso, contudo, analisar com maior precisão a lesividade das condutas que se encaixam no tipo penal do art. 217-A, a fim de que se verifique a autodeterminação sexual (ou mesmo a vulnerabilidade) foram violadas.

A análise da lesividade da conduta não pode, como demonstrado, ser influenciada por valorações morais e religiosas. Caso não haja lesão (ou seja, quando for possível provar que o adolescente detinha capacidade para decidir consentir com o ato sexual), não há por que falar-se em crime, respeitando-se assim, o princípio da lesividade.

Dentre os mecanismos de definição estudados, destaca-se o *close-in-age-exception*, que poderia ser utilizado no Brasil em complemento ao critério objetivo estipulado nos catorze anos. Tal mecanismo, se inserido no contexto legislativo, auxiliaria a proteção da liberdade sexual do adolescente sem deixar de tutelar sua autodeterminação sexual, protegendo os menores de catorze anos mais vulneráveis que seus parceiros (na medida em que continua sendo possível a aplicação do estupro por violência, grave ameaça ou fraude). Essencial, no entanto, é atentar para a imprescindibilidade de análise do bem jurídico protegido em cada caso concreto, a fim de se verificar se de fato houve lesividade e, não havendo, concluir-se pela impossibilidade de configuração do estupro de vulnerável.

7. Referências bibliográficas

AFGHAN. *Afghanistan Penal Code*. Disponível em: [www.aceproject.org/ero-en/regions/asia/AF/Penal%20Code%20Eng.pdf/view]. Acesso em: 11.10.2013.

ALBERASTURY, Arminda. *Adolescência Normal: um enfoque psicanalítico*. Trad. Suzana Maria Garogaray Balvé. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

ALBANIA. *Criminal Code of Republic of Albania*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5164/file/Albania_CC_am2013_en.pdf]. Acesso em: 23.10.2013.

ARMONE, Jacqueline M. Adolescents May Be Older Than We Think: Today 25 Is the New 18, or Is It? *International Journal of Celiac Disease*, vol. 2, 2014, p. 47-48.

AZERBAIJAN. *Criminal Code of the Azerbaijan Republic*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1658/file/4b3ff87c005675cfd74058077132.htm/preview]. Acesso em: 21.09.2013.

BAHAMAS, *Statute Law of the Bahamas - Sexual Offences and Domestic Violence Act*, chapter 99. Disponível

em: [http://laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1991/1991-0009/SexualOffencesandDomesticViolenceAct_1.pdf]. Acesso em: 03.06.2014.

BERTOL, Carolina Esmanhoto; SOUZA, Mériti de. Transgressões e adolescência: individualismo, autonomia e representações identitárias. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, vol. 30, n. 4, dez. 2010. Disponível em: [www.pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000400012&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 14.06.2014.

BOCK, Ana Mercês Maria. A adolescência como construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. *Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (Abrapee)*, vol. 11, n.1, p. 63-76, jan.-jun. 2007.

BORGES, Ana Luiza Vilela; SCHOR, Nêia. Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005, p. 499-507.

BRASIL. *Código Penal*. Dec.-lei 2.848 de 07.12.1940.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069 de 13.07.1990.

_____. STJ, 5.^a T., AgRg no REsp 483.793/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 13.05.2014.

_____. STJ, 6.^a T., REsp 1.189.374/MS, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011.

_____. STJ, 6.^a T., AgRg no REsp 1.214.407/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28.09.2011.

_____. STJ, 5.^a T. REsp 1.021.634/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 04.10.2010.

_____. Ministério da Saúde. *Programa Saúde do Adolescente - bases programáticas*. 2. ed. Brasília; Ministério da Saúde, 1996. Disponível em: [www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_05.pdf]. Acesso em 21.05.2014.

_____. Ministério da Saúde. *Comportamento sexual e percepções da população brasileira sobre HIV/Aids*. Brasília: Coordenação nacional de DST e Aids, 2000. Disponível em: [www.aids.gov.br/publicacao/comportamento-sexual-da-populacao-brasileira-e-percepcoes-do-hivaida]. Acesso em: 01.06.2014.

_____. STJ. 3.^a T., REsp 1.480.881/PI, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26.08.2015, *DJe* 10.09.2015.

CAMARANO, Ana Amélia et al. Caminhos para a vida adulta: a múltipla trajetória dos jovens brasileiros. *Última Década*, n. 21, Valparaíso, dez. 2004, p. 11-50. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/udecada/v12n21/art02.pdf]. Acesso em: 30.05.2014.

CANADA. *Criminal Code*. Government of Canada. Disponível em: [www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-72.html]. Acesso em: 25.05.2014.

CHILE. *Código Penal del Chile*. Disponível em: [www.leychile.cl/N?i="1984&f=2010-12-18&p]. Acesso em: 08.10.2013.

CUNHA, A.G. *Índice do vocabulário do português medieval*. Fundação Casa de Rui Barbosa. v. 1 [A] Rio de Janeiro, 1986. Apud: HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua...* cit, p. 89.

DEUTSCHLAND. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: [http://dejure.org/gesetze/StGB.html]. Acesso em: 15.10.2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia - O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch, 1981.

EL SALVADOR. *Código Penal de El Salvador*. Dec. 1030. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_EL_Salvador.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

ENGLAND. *Code of England and Wales*. Section 94. Disponível em: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235826/0299.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

EYSENSTEIN, Evelyn. Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência e saúde*. vol. 2, n. 2, p. 6-7 jun. 2005.

ESPAÑA. *Criminal Code of the Kingdom of Spain*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5160/file/Spain_Criminal_Code_Codigo_Penal.pdf]. Acesso em: 13.12.2013.

FERRAJOLI. *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAZ, Elisabeth Anhel et al. Iniciação sexual de jovens: análise de variáveis a partir de gênero. Trabalho apresentado no XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP. Setembro de 2006. Disponível em: [www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_561.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.

FRANCE. *Code Pénal*. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr]. Acesso em: 12.06.2014.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas. Ensaios XCVIII ao CCIII*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GLOBAL RESOURCE AND INFORMATION DIRECTORY (GRID). *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em: 22.06.2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRID - Global Resource and Information Directory. *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em 22.06.2014.

GROSS, Francis L. *Introducing Erik Erikson: An invitation to his thinking*. Lanham, MD: University Press of America, 1987.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. Objetiva: Rio de Janeiro, 2008.

INHELDER, Bärbel; PIAGET, Jean. *Da lógica da criança a lógica da adolescente: ensaio sobre a construção das estruturas operatórias formais*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1976.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Indicadores sociais. Crianças e adolescentes*. IBGE, 1997. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/defaulttab.shtm]. Acesso em: 21.05.2014.

IRAN. *Islamic Penal Code of Iran*. trad. por Mission for Establishment of Human Rights in Iran (MEHR IRAN). Disponível em: [www.mehr.org/Islamic_Penal_Code_of_Iran.pdf]. Acesso em: 12.10.2013.

ITALIA. *Codice Penale Italiano*. Disponível em [www.isd.olografix.org/faq/cod_pen.htm#querela]. Acesso em: 22.05.2014.

JAPUR, Ana Carolina et al. Puberdade precoce: a experiência de um ambulatório de Ginecologia Infanto-Puberal. *Rev. Bras. Ginecol Obstet*, vol. 29, n. 2, p. 96-102, 2007. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbgo/v29n2/07.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.

JORDAN. *Jordanian Penal Code n. 16 of 1960*. Disponível em: [www.corpus.learningpartnership.org]. Acesso em: 23.08.2013.

KAZAQUISTAN. *Criminal Code of the Republic of Kazakhstan. Law n. 197 from 16 July 1997*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1681/file/ca1cfb8a67f8a1c2ffe8de6554a3.htm/preview]. Acesso em: 11.10.2013.

KRÜGER, Helmut. *Introdução à psicologia social*. Temas Básicos de Psicologia, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *ver. Bras Epidemiol*, vol. 14, n. 1, p. 147-56, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbepid/v14s1/a15v14s1.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.

MOÇAMBIQUE. *Código Penal*. Disponível em: [www.portaldogoverno.gov.mz/Legisla/legisSectores/judiciaria/codigo_penal.pdf]. Acesso em: 14.10.2013.

OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA,

Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 419-476.

OMAN. *Omani Penal Code*. trad. Unodc -United Nations Office on Drug and Crime. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid="6409&"]. Acesso em: 24.06.2014.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARAGUAY. *Código Penal de Paraguay*. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1. 23. ed, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

PERU. *Código Penal del Peru*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

QATAR. *Law n. 11 of 2004 - Penal Code*. Disponível em: [portal.www.gov.qa]. Acesso em 12.12.2013.

RAPPAPORT, C. R. Psicologia do desenvolvimento: A idade escolar e a adolescência (v. 4). São Paulo: E.P.U, 1982. Apud: SHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos, Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26, n. 2, p. 231.

RASSI, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 92, p. 61-93. set.-out. 2011.

ROXIN, Claus . *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: Editora C.H. Beck, 2006.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. *Código Penal*. Aprovado pela Lei 6/2012. Disponível em: [www.rjcp.org/sections/informacao/anexos/legislacao-sao-tome-e2539/codigos-e-estatutos-sao2859/codigo-penal-sao-tome-e/downloadFile/file/Codigo_Penal.pdf?nocache="1365762644.85"]. Acesso em: 17.10.2013.

SCHOEN-FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos*, Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, abr.-jun. 2010, vol. 26, n. 2, p. 227-234.

SCHWEIZ . *Schweizerisches Strafgesetzbuch*. Disponível em: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html]. Acesso em: 23.05.2014.

SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora. Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28 n. 1, p. 101-108.

SERRA, E. Adolescência: perspectiva evolutiva. Anais do VII Congresso Infad. Espanha: Oviedo, 1997, p. 24-28 . Apud SHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos*, Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, abr.-jun. 2010, vol. 26 n. 2, p. 231.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SRI LANKA. *Penal Code of Sri Lanka*. Disponível em: [www1.umn.edu/humanrts/research/srilanka/statutes/Penal_Code.pdf]. Acesso em: 11.10.2013.

STEINBERG, L. Risk-taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 16, 2007, p. 58, apud OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010.

TURKEY. *Criminal Code of the Republic of Turkey*. Disponível em: [www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview]. Acesso em: 11.10.2013.

UKRAINE. *Criminal Code of Ukraine*. Disponível em: <www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16257/preview> Acesso em 12.12.2013.

UNICEF, *Situação mundial da infância em 2011: adolescência- uma fase de oportunidades*. Nova Iorque: UNICEF, 2011. Disponível em [www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf]. Acesso em: 09.02.2014, p. 11.

UNITED KINGDOM. *Sexual Offences Act 2003*. Disponível em [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003]. Acesso em:

13.08.2013.

UNITED STATES. *Counter reports on Human Rights Practices 2011 - Democratic Republic of the Congo*. United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.: 2011, p. 37. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/186395.pdf]. Acesso em: 13.08.2013.

URUGUAI. *Código Penal Uruguayo*. Disponível em [www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l2t10.htm]. Acesso em: 23.01.2014.

UZBEKISTAN. *Criminal Code of the Republic of Uzbekistan*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1712/file/a45cbf3cc66c17f04420786aa164.htm/preview]. Acesso em: 15.06.2014.

VENEZUELA. *Código Penal de Venezuela*. Disponível em: [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf]. Acesso em: 09.10.2014.

VIANNA, Túlio. *Um Outro Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WALLIS, Lucy. A adolescência acaba aos 25 anos? *BBC News 28.9.2013*. Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an.shtml]. Acesso em: 10.06.2014.

Pesquisas do Editorial

- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - VENDER OU EXPOR À VENDA FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRO REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE - DESCARACTERIZAÇÃO - AGENTE QUE FOTOGRAFA, CONSENSUALMENTE, ADOLESCENTE EM CENAS DE SEXO EXPLÍCITO - VÍTIMA COM COMPLEIÇÃO FÍSICA AVANTAJADA, COMPATÍVEL COM PESSOA ADULTA, QUE SUSTENTA A ALEGAÇÃO DE ERRO DE TIPO - INTELIGÊNCIA DO ART. 241, CAPUT, DA LEI 8.069/1990., de Paulo Rossi - RT 917/2012/477
- PEDOFILIA NAS REDES SOCIAIS, de David Augusto Fernandes - RT 928/2013/255
- O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E NOVOS VALORES: LIBERDADE E DIGNIDADE SEXUAL, de Hélia Maria Amorim Santos Barbosa - RDIJ 2/2013/31

NOTAS DE RODAPÉ

1

Basta nos lembrarmos que até 2002 somente um indivíduo de 21 anos era considerado completamente instituído de capacidade para praticar atos da vida civil.

2

Por amadurecimento sexual não nos referimos somente aos fatores químicos e biológicos que incentivam a sexualidade - estes existem, segundo alguns autores, desde a infância. Há que se levar em consideração, também, a capacidade de compreensão de tais impulsos sexuais, inclusive a capacidade de compreendê-los e de se decidir, tendo em vista sua própria personalidade e convicções, antes de realizar um ato sexual. À esta habilidade de tomada de decisão sub a perspectiva do ato sexual chamamos de capacidade de consentimento.

3

A idade de consentimento seria, portanto, o momento no qual o indivíduo torna-se capaz de decidir, de acordo com seu meio, desenvolvimento sexual, com sua personalidade e suas próprias convicções, se deseja (e como deseja) praticar um ato sexual.

4

Não ignoramos a existência de decisões que determinam que o critério etário estabelecido pelo art. 217-A deveria ser compreendido como fator de presunção relativa, sendo possível a prova em contrário. Entretanto, como veremos mais à frente, a terceira seção do STJ, ao julgar o REsp 1.480.881 (Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, j. 26.08.2015, publicado em 10.09.2015) por meio do rito do recurso repetitivo, bloqueou qualquer argumento de relativização da idade de consentimento para os fins do art. 217-A do  [CP](#), ao fundamento de que "a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados".

5

É importante esclarecer, ainda, que a idade de consentimento tratada neste artigo não abrange as atividades libidinosas vinculadas a uma contraprestação. Estas possuem caráter altamente diferenciado e merecem uma pesquisa autônoma, porquanto lidam com um fator de forte influência no processo de decisão e de formulação de consentimento: a situação econômica do adolescente e de sua família.

6

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. Objetiva: Rio de Janeiro, 2008. verbete "adolescente", p. 89.

7

RAPPAPORT, C. R. *Psicologia do desenvolvimento: A idade escolar e a adolescência* (Vol. 4). São Paulo: E.P.U, 1982. Apud: SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos, Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26, n. 2, p. 231.

8

SERRA, E. *Adolescência: perspectiva evolutiva*. Anais do VII Congreso Infad (p. 24-28). Espanha: Oviedo, 1997. Apud: SCHOEN- FERREIRA, Helena, AZNAR-FARIAS, Maria. *Adolescência através dos séculos, Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, Abr-Jun 2010, vol. 26 n. 2, p. 231.

9

Cf. BOCK, Ana Mercês Maria. A adolescência como construção social: estudo sobre livros destinados a pais e educadores. *Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (Abrapee)*, vol. 11, n.1, jan.-jun. 2007, p. 63-76 e BERTOL, Carolina Esmanhoto; SOUZA, Mériti de. Transgressões e adolescência: individualismo, autonomia e representações identitárias. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, vol. 30, n. 4, dez. 2010. Disponível em: [pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script="sci_arttext&pid=S1414-98932010000400012&lng=pt&nrm=iso], Acesso em: 14.06.2014.

10

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua (...)*, cit, p. 89.

11

CUNHA, A.G. Índice do vocabulário do português medieval. Fundação Casa de Rui Barbosa. Vol. 1 [A] Rio de Janeiro, 1986. Apud: HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Grande Dicionário Houaiss da Língua (...)*, cit, p. 89.

12

Embora seu estudo fosse baseado em teorias biológicas, Hall já reconhecia a influência da cultura no processo de formação do adolescente, o que se caracterizava como inovador para sua época (1904). Cf. SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora. Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28, n. 1, p. 101-108, p. 102.

13

Aqui, a adolescência transforma-se no período do aprendizado, que para as mulheres compreendia o lapso temporal entre a primeira comunhão e o casamento e, para os homens, a primeira comunhão e o bacharelado.

14

Erik Homburg Erikson foi o psicólogo germano-americano que desenvolveu a já mencionada Teoria Psicossocial, pautada em elementos da antropologia histórica e da psicanálise, e foi o primeiro a dividir, do ponto de vista psicossocial, o desenvolvimento humano em oito estágios, dos quais a adolescência representaria o quinto e seria marcado pela construção da identidade.

15

GROSS, F. L. *Introducing Erik Erikson: An invitation to his thinking*. Lanham, MD: University Press of America, 1987, p. 39.

16

Para estes, a vida adulta e a capacidade de decidir plenamente só se iniciaria aos 26 anos, após a completa mielinização do lobo frontal . Cf. ARMONE, Jacqueline M.. Adolescents May Be Older Than We Think: Today 25 Is the New 18, or Is It?. *International Journal of Celiac Disease*, vol. 2, 2014, p. 47.

17

WALLIS, Lucy. A adolescência acaba aos 25 anos? *BBC News* 28.09.2013, Disponível em: [www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130925_adolescencia_termina_25anos_an.shtml]. Acesso em: 10.06.2014.

18

UNICEF, *Situação mundial da infância em 2011: adolescência - uma fase de oportunidades*. Nova Iorque: Unicef, 2011.

Disponível em: [www.unicef.org/brazil/pt/br_sowcr11web.pdf]. Acesso em: 09.02.2014, p. 11.

19

BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Saúde do Adolescente - bases programáticas. 2. ed. Brasília; Ministério da Saúde, 1996, p. 5 Disponível em: [www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_05.pdf]. Acesso em: 21.05.2014.

20

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) . *Indicadores sociais. Crianças e adolescentes*. IBGE, 1997. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/defaulttab.shtm]. Acesso em: 21.05.2014.

21

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069 de 13.07.1990. art. 2.º.

22

EYSENSTEIN, Evelyn. Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência e saúde*. vol. 2., n.2., jun. 2005, p. 6.

23

Exemplos: Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959 e Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada no Brasil em 1990. Embora os tratados internacionais se refiram a todos os menores de 18 anos como crianças, diferenciamos, em âmbito nacional, os termos crianças e adolescentes, visto que foi esta a opção de nosso legislador, como demonstra, por exemplo, o  [ECA](#) e os art. 203 e 227 da Constituição Federal.

24

OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 441.

25

Idem, p. 421.

26

Idem, p. 433-434.

27

Enquanto alguns autores consideram que a mielinização do córtex pré-frontal se finaliza aos dezoito anos, outros compreendem que isto somente aconteceria aos vinte e um e, outros, até os vinte e cinco, como já mencionado.

28

KRÜGER, Helmut . *Introdução à psicologia social*. Temas Básicos de Psicologia, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986, p. 42.

29

INHELDER, Bärber., PIAGET, Jean. *Da lógica da criança a lógica da adolescente: ensaio sobre a construção das estruturas operatórias formais*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1976, p. 251-252.

30

São as cinco fases freudianas: 1.oral; 2.anal; 3.fálica; 4.latência; 5. genital. Cf. FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas. Ensayos XCVIII al CCIII*. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

31

SENNA, Sylvia Regina Carmo Magalhães, DESSEN, Maria Auxiliadora. Contribuições das Teorias do Desenvolvimento Humano *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, jan.-mar. 2012, vol. 28, n. 1, p. 102.

32

ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, p. 69.

33

Os oito estágios desenvolvidos por Erikson em ordem cronológica, são: 1.confiança vs. desconfiança básica; 2. Autonomia vs. Vergonha e dúvida; 3. Iniciativa vs. Culpa; 4. Diligência vs. Inferioridade; 5. Identidade vs. Confusão de identidade; 6. Intimidade vs. Isolamento; 7. Generatividade vs. Estagnação e 8. Integridade vs. Desespero. ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987, p. 227-256.

34

KRÜGER, Helmut. *Introdução à psicologia social. Temas básicos de psicologia*, vol. 12. São Paulo: EPU, 1986, p. 43.

35

CAMARANO, Ana Amélia et al. Caminhos para a vida adulta: a múltipla trajetória dos jovens brasileiros. *Última Década*, n. 21, Valparaíso, dez. de 2004, p. 23. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/udecada/v12n21/art02.pdf]. Acesso em: 30.05.2014.

36

BRASIL. Ministério da Saúde. *Comportamento sexual e percepções da população brasileira sobre HIV/AIDS*. Brasília: Coordenação nacional de DST e Aids, 2000. Disponível em: [www.aids.gov.br/publicacao/comportamento-sexual-da-populacao-brasileira-e-percepcoes-do-hiv aids]. Acesso em: 01.06.2014.

37

Nesse sentido, Cf. FERRAZ, Elisabeth Anhel et al. Iniciação sexual de jovens: análise de variáveis a partir de gênero. Trabalho apresentado no *XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, Abep. Set. 2006. Disponível em:

[www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_561.pdf]. Acesso em: 01.06.2014, MALTA, Deborah Carvalho et al. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *Rev Bras Epidemiol*, vol. 14, n. 1, 2011, p. 147-56. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbepid/v14s1/a15v14s1.pdf]. Acesso em: 01.06.2014, e BORGES, Ana Luiza Vilela; SCHOR, Néia. Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005, p. 499-507.

38

STEINBERG, L. Risk-taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science. *Current Directions in Psychological Science*, vol. 16, 2007, p. 58, *apud* OLIVEIRA, Miguel, PAIS, Lúcia G. *Tomada de decisão na adolescência: do conflito à prudência*, In: FONSECA, Antônio Castro (Ed). *Crianças e Adolescentes: Uma Abordagem Multidisciplinar*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 429.

39

JAPUR, Ana Carolina et al. Puberdade precoce: a experiência de um ambulatório de Ginecologia Infanto-Puberal. *Rev Bras Ginecol Obstet*, vol. 29, n. 2, 2007, p. 97, Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbgo/v29n2/07.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.

40

CAMARANO, Ana Amélia et al. *Caminhos para a vida...*, cit, p. 22.

41

Após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 2.874, o art.  173 do  CP Peruano voltou a vigor com a seguinte redação, promulgada em 1998: "Artículo 173. Violación de menor de catorce años. El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad (...)".

42

Exemplos de países que adotam este critério são: Brasil, Armênia, Afeganistão, Azerbaijão, Peru, Índia, Casaquistão, Rússia, Sri Lanka, Bangladesh, Burma e Brunei.

43

Artigo 16 (1) do Sexual Offences and Domestic Violence Act. Cf. BAHAMAS, *Statute Law of the Bahamas - Sexual Offences and Domestic Violence Act*, chapter 99. Disponível em: [www.laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1991/1991-0009/SexualOffencesandDomesticViolenceAct_1.pdf]. Acesso em: 03.06.2014.

44

Artigo 128 do Código Penal do Uzbequistão. Cf. UZBEKISTAN. *Criminal Code of the Republic of Uzbekistan*. Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/1712/file/a45cbf3cc66c17f04420786aa164.htm/preview]. Acesso em: 15.06.2014.

45

UNITED STATES. *Counter reports on Human Rights Practices 2011 - Democratic Republic of the Congo*. United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.: 2011, p. 37. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/186395.pdf]. Acesso em: 13.08.2013.

46

Art. 277 do Código Penal do Chade. Cf. GRID - Global Resource and Information Directory. *Chad- Country Profiles*. Family online Safety Institute. Disponível em: [www.fosigrid.org/africa/chad]. Acesso em: 22.06.2014.

47

No Irã, não há idade de consentimento mínima, contanto que as pessoas envolvidas estejam casadas,. Tal prática é denominada "fornicação", segundo os artigos 135 a 138 do Código Penal Iraniano, e é punida com 70 a 75 chibatadas, para homens e mulheres, respectivamente, e com exílio para os homens. Além disso, a homossexualidade é criminalizada, nos termos dos artigos 109 a 113, e a punição varia entre chibatadas e pena de morte. Cf. IRAN. *Islamic Penal Code of Iran*. Trad. Mission for Establishment of Human Rights in Iran (Mehr Iran). Disponível em: [www.mehr.org/Islamic_Penal_Code_of_Iran.pdf]. Acesso em: 12.12.2013.

48

Artigo 218 do Código Penal de Oman. Cf. OMAN. *Omani Penal Code*. Disp. UNODC -United Nations Office on Drug and Crime. Disponível em: [www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUId="6409&"]. Acesso em 24.06.2014.

49

Artigos 296 e 197 do Código Penal do Catar. Embora seja proibida qualquer atividade sexual fora do casamento, há um aumento de pena para aqueles que cometerem tal crime com indivíduos menores de dezesseis anos, nos termos do art. 297. Cf. QATAR. *Law n. 11 of 2004 - Penal Code*. Disponível em: [portal.www.gov.qa]. Acesso em: 12.12.2013.

50

Seções 16 e 23 do Ato de Crimes Sexuais de 2003. UNITED KINGDOM. *Sexual Offences Act 2003*. Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003]. Acesso em: 13.08.2013.

51

Art. 227-27 do Código Penal francês. Interessante comentar que, além das penas privativas de liberdade mencionadas, a legislação francesa determina uma multa específica para aqueles que cometem o que aqui denominamos de estupro de vulnerável. Para os atos sexuais com menores de quinze anos, porém sem relação de autoridade ou confiança, a multa é 75 mil euros (art. 227-25). Já para as relações sexuais em que o companheiro exerce relação de autoridade ou confiança, a multa é aumentada de para 150 mil euros, quando se tratar de menor de 15 anos, e estabelecida em 45 mil euros, quando o adolescente estiver entre quinze e dezoito anos. Cf. FRANCE. *Code Pénal*. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr]. Acesso em: 12.06.2014.

52

Par. 198 do Código Penal húngaro.

53

Art. 150.1 do Código Penal canadense. Cf. CANADA. *Criminal Code*. Government of Canada. Disponível em: [www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-72.html]. Acesso em: 25.05.2014.

54

Art. 609 *quater* do Código Penal italiano . Cf. ITALIA. *Codice Penale Italiano*. Disponível em: [www.isd.olografix.org/faq/cod_pen.htm#querela]. Acesso em: 22.05.2014.

55

Art. 187 (1) e (2) do Código Penal suíço . Cf. SCHWEIZ . *Schweizerisches Strafgesetsbuch*. Disponível em: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html]. Acesso em: 23.05.2014.

56

A abertura para um critério que envolve a maturidade do adolescente ou criança somente é considerada para as mulheres, segundo o art. 100 do Código Penal da Albânia. Cf. ALBANIA. *Criminal Code of Republic of Albania* Disponível em: [www.legislationline.org/download/action/download/id/5164/file/Albania_CC_am2013_en.pdf]. Acesso em: 23.10.2013.

57

Seções 176, 176 a e 179 do Código Penal alemão. Cf. DEUTSCHLAND. *Strafgesetsbuch*. Disponível em: [www.dejure.org/gesetze/StGB.html]. Acesso em: 15.10.2013.

58

PERU. *Código Penal del Peru*. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf]. Acesso em: 12.03.2014.

59

Se o homem é casado e pratica atos sexuais com uma mulher que não sua esposa, será punido com 5 anos de árduo trabalho temporário, segundo o art. 292-A. Caso a mesma situação ocorra, porém a mulher seja menor de 15 anos, a pena será de sete anos. Caso o homem não seja casado e realize ato sexual com uma mulher, com menos de 15 anos, será penalizado nos termos do art. 294-A, mas somente haverá uma pena mínima (5 anos) se a vítima tiver menos de 12 anos de idade, segundo o art. 294-B. Cf. JORDAN. *Jordanian Penal Code n. 16 of 1960*. Disponível em: [www.corpus.learningpartnership.org]. Acesso em: 23.08.2013.

60

No código penal de 1890, a presunção expressa foi estipulada contra o menor de dezesseis anos, porquanto compreendia-se, na doutrina majoritária, que o indivíduo com idade inferior à citada não possuía capacidade de discernimento. Já ali surge o embrião da justificativa da presunção de violência, pois, no art. 272, assumia-se a existência de violência perante o menor de dezesseis anos, independentemente de se tratar de mulher honesta ou não e de ter havido consentimento verbal na prática sexual. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 313 e ss. Tal situação se

modificou já na redação original do código de 1940, quando o marco etário passa dos dezesseis aos catorze anos.

61

O autor classifica as garantias penais entre substanciais e instrumentais. Fazem parte do primeiro grupo, além da lesividade, a materialidade e a culpabilidade, na medida em que constituem os pressupostos da pena. Já o segundo grupo, destinado às garantias processuais, abrange a presunção de inocência, a prova e a defesa. Cf. FERRAJOLI. *Derecho y razón* - Teoria del garantismo penal. Trad. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 463-464.

62

O princípio da necessidade é dedutível do *caput* do art. ^{RTO} 5.º da ^{RTO} CF/1988, que garante aos estrangeiros e brasileiros "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Assim, fica evidente que as privações ou restrições desses direitos invioláveis só se justificam quando estritamente necessárias. Isto porque as penas são formas de privação e/ou restrição desses direitos invioláveis, razão pela qual elas só se justificam quando aquele bem não só é um bem jurídico, mas quando a resposta penal é a única que eficientemente o tutela.

63

Idem, p. 465.

64

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 8.

65

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais...* cit, p. 139-141.

66

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón ...*cit, p. 467.

67

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I - Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4.ed. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 27, Rn.43-44.

68

VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.4-5.

69

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia - O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2.

reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 405 - 406.

70

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 171.

71

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 1, p.225.

72

Idem, p. 235.

73

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

74

Nesse sentido, STJ, 6.^a T., REsp 1.189.374/ MS, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 01.02.2011; STJ, 6.^a T., AgRg no REsp 1.214.407/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28.09.2011. Tal entendimento, entretanto, não é unânime, havendo constantes decisões da 5.^a T. em sentido contrário, tais como: STJ, 5.^a T., AgRg no AREsp 483.793/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 13.05.2014; STJ, 5.^a T., REsp 1.021.634/SP, rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 04.10.2010.

75

RASSI, , João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. *RBCrim* 92/69-70, set.-out. 2011.

76

GRECO Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel . *Crimes contra a...*, cit, p. 10.

77

BRASIL. STJ. REsp 1.480.881/PI, 3.^a T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *DJ* 26.08.2015, *DJe* 10.09.2015.

78

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 221-222.

79

Assim como nos países que já adotam este critério, a *close in age exception* somente deveria ser verificada entre adolescentes, não sendo aplicáveis para crianças, uma vez que estas requerem, pela maior vulnerabilidade, maior proteção estatal.

É relativamente comum a responsabilização de adolescentes pelo ato infracional análogo ao art. 217-A, mesmo quando ambos os envolvidos possuem menos de catorze anos (o que implicaria a figura absurda do estupro mútuo), ou quando um dos indivíduos possui catorze ou um pouco mais e o ato sexual é feito em ambiente de clara paridade de condições entre os dois indivíduos, como ocorre entre parceiros sexuais de treze e quinze anos. O caso concreto que motivou o surgimento desta pesquisa, inclusive, refere-se a três indivíduos que praticavam, sem violência, atos sexuais lúdicos em uma piscina. Dois deles, um de treze e um de quinze anos, foram representados pela prática de ato infracional análogo ao 217-A, contra o terceiro, também de treze anos.