

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima

**A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL NO DESENVOLVIMENTO SEXUAL DE
ADOLESCENTES**

Belo Horizonte

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima

**A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL NO DESENVOLVIMENTO SEXUAL DE
ADOLESCENTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

| | |
|-------|--|
| L732i | <p>Lima, Bárbara Carolina de Almeida Mendes</p> <p>A intervenção jurídico-penal no desenvolvimento sexual de adolescentes / Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima. Belo Horizonte, 2019. 97 f.</p> <p>Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Brasil [Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009]. 2. Adolescência - Comportamento sexual - Brasil. 3. Sexualidade - Aspectos jurídicos - Brasil. 4. Liberdade sexual - Brasil. 5. Direitos sexuais. 6. Direito penal - Legislação – Brasil. I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 343.2</p> |
|-------|--|

Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima

**A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL NO DESENVOLVIMENTO SEXUAL DE
ADOLESCENTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas

Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo (Orientadora)

Prof^a. Dr^a. Esther Maria de Magalhães Arantes

Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Belo Horizonte, 13 de março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maria Elena e Hélio, que, com amor, dedicação e renúncia apoiaram toda a minha trajetória acadêmica.

Ao meu amado e iluminado irmão Fernando, pela amizade, inspiração e exemplo.

Ao Henrique, pelo apoio, companheirismo e cumplicidade ao longo desta e tantas outras experiências importantes.

À minha orientadora Professora Doutora Klélia Canabrava Aleixo, pela confiança, pelo apoio e não apenas pelas contribuições dadas para este trabalho, mas também por trazer contribuições para uma perspectiva do Direito extremamente comprometida com os indivíduos.

Aos demais professores que contribuíram para meu aprimoramento acadêmico e pessoal, também agradeço. Sou especialmente grata ao Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, por sua generosidade e apoio; ao Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão; ao Professor Doutor Guilherme Coelho Colen; e à Professora Doutora Marinella Machado Araújo.

Aos meus amigos e companheiros do curso de mestrado: Efigênia Carine Martins, Taís Clark, Poliana Lino, Leandro Teixeira, Fernanda Kelly Fernandes e José Mário Chaves, também externo a minha gratidão. Em especial, agradeço às amigas Izabela Guedes e Renata Oliveira, cujo incentivo e ajuda foram fundamentais para meu ingresso no programa de pós-graduação.

A Deus e à Nossa Senhora especialmente agradeço pelas bênçãos, e por agraciarem a minha existência com a companhia de tantas pessoas especiais.

RESUMO

O presente estudo trata dos direitos sexuais dos adolescentes menores de catorze anos, sob a perspectiva do respeito à liberdade sexual e à autonomia compatíveis com o efetivo estágio de maturidade daqueles indivíduos. Utilizando como pressuposto teórico a incompatibilidade dos discursos materialmente fundados na teoria da situação irregular com a proteção conferida à infância e à adolescência pela Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, realizou-se a análise da interpretação conferida ao artigo 217-A, *caput*, do Código Penal pelos ministros da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. A partir da adoção do método indutivo, o estudo se desenvolveu com o propósito de verificar a pertinência dos argumentos expostos no julgamento do Recurso Especial 1.480.881 com o tratamento extrapenal conferido à sexualidade dos adolescentes. Realizou-se, ainda, com fundamento no método dedutivo, a verificação da pertinência dos referidos argumentos com a teoria do bem jurídico e os valores formalmente tutelados no campo da sexualidade a partir da Lei 12.015 de 2009. Verificado que os argumentos que sustentam a intervenção punitiva no campo da sexualidade dos adolescentes possuem déficit de legitimidade, compreendeu-se, ao final, que em matéria sexual, no campo jurídico-penal, ainda se encontra latente a perspectiva de que os adolescentes são objeto de tutela jurídica, o que deslegitima o exercício do poder punitivo.

Palavras-chave: Adolescência. Doutrina da proteção integral. Direitos sexuais. Intervenção penal.

ABSTRACT

The present study deals with the sexual rights of adolescents under the age of fourteen, from the perspective of respect for sexual freedom and autonomy compatible with the effective maturity stage of those individuals. Using as theoretical presupposition the incompatibility of the discourses based on the theory of the irregular situation of the protection granted to childhood and adolescence by the Constitution of the Republic of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent, It was analyzed the interpretation given to article 217-A, *caput*, of the Penal Code by the ministers of the 3rd Section of the Superior Court of Justice. Using the inductive method, the study was developed with the purpose of verifying the coherence of the arguments presented in the judgment of Special Appeal 1,480,881 and the perspectives of non criminal instances about adolescent sexuality. The deductive method was also used to verify the pertinence of the arguments with the theory of legal interest and the values formally protected in the field of sexuality from Law 12.015 of 2009. It was verified that the arguments that support the intervention punitive in the field of sexuality of adolescents have a deficit of legitimacy, understanding, in the end, that in sexual matters, in the legal-criminal field, it is still latent the perspective that adolescents are object to legal protection, which does not legitimize the exercise of punitive power.

.

KEYWORDS: Adolescence. Doctrine of integral protection. Sexual rights. Criminal Intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg – Agravo Regimental

AIDS - *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)

Art. - Artigo

CP – Código Penal

CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

Des. – Desembargador

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EDcl – Embargos de Declaração

et al. – *et alii* (e outros)

FEBEM - Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor.

Min. – Ministro

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

Sic - *sic erat scriptum* (assim estava escrito)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPI – Tribunal de Justiça do Piauí

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF - *United Nations International Children's Emergency Fund* (Fundo Internacional de Emergência para a Infância das Nações Unidas)

§ - parágrafo

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 A ATUAL TUTELA DO DESENVOLVIMENTO SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PERMANÊNCIAS E RUPTURAS ENTRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O ARTIGO 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL..... | 15 |
| 2.1 O julgamento da apelação criminal nos autos da ação penal número 0001476-20.2010.8.0043 pelo Tribunal de Justiça do Piauí..... | 27 |
| 2.2 O julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça: a virada jurisprudencial determinante para a edição da súmula 593 | 32 |
| 2.3 A Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018 e o recrudescimento da (pseudo) tutela à dignidade sexual dos adolescentes vulneráveis | 39 |
| 3 DA INDIFERENÇA AO STATUS DE SUJEITOS DE DIREITOS: A TUTELA ESTATA L AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O PAULATINO RECONHECIMENTO AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS..... | 41 |
| 3.1 Do Código Mello de Mattos ao Estatuto da Criança e do Adolescente: breves considerações acerca da paulatina conquista de direitos na infância | 42 |
| 3.2 O reconhecimento de direitos sexuais dos adolescentes a partir de uma perspectiva construtivista | 53 |
| 4 A PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA SEXUALIDADE DOS ADOLESCENTES SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE SEXUAL..... | 65 |
| 4.1 A teoria do bem jurídico como baliza legitimadora da intervenção jurídico penal..... | 65 |
| 4.2 Dos costumes à dignidade sexual: o discurso manifesto de tutela jurídico-penal a partir da teoria do bem jurídico. | 75 |
| 6 CONCLUSÕES | 87 |
| REFERÊNCIAS..... | 91 |

1 INTRODUÇÃO

Segundo se extrai do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente especial atenção, assegurando-lhes o exercício de seus direitos, entre os quais a dignidade e a liberdade, com absoluta prioridade.

O texto constitucional foi redigido em um contexto jurídico-político, nacional e internacional, de reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente. Neste mesmo contexto, outro marco legislativo importante foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que rompe com o modelo de tutela jurídica fundado na situação irregular para inaugurar o modelo de proteção integral aos interesses das pessoas em desenvolvimento, além da inserção no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção sobre os Direitos da Infância, através do decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Essas alterações na ordem jurídica foram extremamente importantes para a temática deste trabalho, pois, sob o modelo da proteção integral, as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, e não mais como objeto de tutela jurídica. Evidencia esta mudança de perspectiva, a previsão legal segundo a qual às crianças e aos adolescentes devem ser assegurados todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 3º, Lei 8.069/1990), o que se constitui como diretriz interpretativa indeclinável para aplicação de qualquer norma jurídica que afete os interesses desses indivíduos.

Ainda neste sentido, são relevantes as orientações interpretativas expressamente previstas no artigo 6º do ECA (BRASIL, 1990), entre as quais se destaca a de que a aplicação da lei deve levar em consideração a “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Ante o exposto, é fundamental que se proporcione às crianças e aos adolescentes a adequada tutela ao desenvolvimento de sua sexualidade, como desdobramento do desenvolvimento físico e comportamental, e expressão de sua liberdade e dignidade. O zelo quanto aos contornos da tutela conferida pelo direito penal aos direitos sexuais das pessoas em desenvolvimento também é importante em razão do mandado de criminalização contido no artigo 227, §4º da Constituição, segundo o qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. (BRASIL, 1988).

Na legislação infraconstitucional, a observância do aludido comando constitucional é identificada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nos artigos 240 ao 241-E, bem como no Código Penal (CP), nos artigos 213, §1º; 217-A, *caput* e §5º, ao 218-C; 227, §1º; e 230, §1º. Verifica-se a partir da leitura de tais normas que os tipos penais incriminadores previstos no ECA, em suma, contêm a descrição de condutas relacionadas às práticas de pornografia infantil, enquanto os tipos penais constantes no CP voltam-se, formalmente¹, à proibição de condutas que impliquem em abuso, em violência e em exploração sexual de crianças e adolescentes.

Se por um lado não há dúvidas quanto à imprescindibilidade da lei penal proibir, sob ameaça de pena, as condutas que importem em violência, em abuso ou em exploração sexual de crianças e adolescentes, por outro, a intervenção jurídico-penal não pode obstar a manifestação do desenvolvimento sexual das pessoas menores de dezoito anos.

Levando em consideração a necessária proporcionalidade entre a tutela penal e os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e considerando que a norma proibitiva não pode ser excessiva ou insuficiente na proteção do bem jurídico que busca tutelar, o presente trabalho dedica-se ao estudo do artigo 217-A, *caput* do Código Penal e da interpretação que lhe conferiu a súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual inspirou a inserção do §5º ao artigo mencionado, a partir alteração da Lei 13.718/2018.

O recorte proposto decorre da tensão verificada entre a possibilidade de valorização das expressões de natureza sexual dos adolescentes menores de catorze anos e sua preservação contra práticas de violência, abuso ou exploração sexual. Aos maiores de catorze e menores de dezoito anos, embora igualmente identificadas como pessoas em desenvolvimento, não se verifica a mencionada tensão, pois se reconhece a possibilidade de expressarem consentimento válido, sendo possível a intervenção jurídico-penal apenas nos casos de emprego de violência ou grave ameaça (art. 213, §1º, CP), ou se presentes atividades de contraprestação, como prostituição e pornografia.

Aos menores de catorze anos, entretanto, tem-se configurado, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a partir da Lei 13.718/2018 também pelo legislador, um modelo de tutela jurídico-penal que rechaça a prática lícita de

¹ Chama-se atenção para o aspecto formal do propósito incriminador em razão das críticas que serão realizadas no curso do trabalho.

conjunção carnal, ou outras condutas libidinosas, ainda quando a suposta vítima afirme sua anuência e liberalidade quanto à prática sexual: a posição assumida pelo STJ, e posteriormente pelo Poder Legislativo, chama a atenção por não permitir a abertura interpretativa compatível com a diferenciação etária e de maturidade entre crianças e adolescentes presente no ECA.

Ao delimitar que o consentimento, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima são irrelevantes para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §5º, CP), estariam o Superior Tribunal de Justiça e o legislador proporcionando a preservação dos interesses de adolescentes de até catorze anos? Estariam o STJ e o legislador interpretando o comando previsto no artigo 227, §4º da Constituição em harmonia com o que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente?

Especialmente sob o impulso destes questionamentos, o Capítulo 2 inicia-se com a breve abordagem da tutela das pessoas menores de catorze anos, antes da alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009, e as razões indicadas pelo legislador para justificar a mudança no regime de tutela aos menores de catorze anos.

A Lei 12.015/2009 foi aprovada a partir de discussões em torno do projeto proposto pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da exploração sexual de crianças e adolescentes, criada em 2003 com o propósito de investigar casos de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no país. Destacase, para os fins deste trabalho, que a lei passou a prever a dignidade sexual como bem jurídico tutelado em substituição à tutela dos costumes, e inseriu o tipo penal do estupro de vulnerável em substituição ao regime de presunção de violência, até então contido no artigo 224, alínea a, do Código Penal, desde 1940.

Ainda no Capítulo 2, são apresentados os fundamentos expostos no acórdão da Apelação Criminal 2013.0001.007817-2 julgada pelo Tribunal de Justiça do Piauí e no acórdão do Recurso Especial 1.480.881, os quais se relacionam à tese jurisprudencial expressa no enunciado da súmula 593 do STJ. Tais fundamentos são tomados como referencial para discussões acerca da aptidão argumentativa exposta no acórdão do STJ para promover intervenção jurídico-penal legítima em face do desenvolvimento sexual dos adolescentes.

A partir de investigações exploratórias², e de diagnósticos realizados com o emprego do método indutivo, no que concerne à identificação dos fundamentos manifestos³ do poder punitivo em relação à figura do estupro de vulnerável, sedimenta-se a hipótese de deslegitimação da intervenção estatal no campo do desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes.

A abordagem dos argumentos em torno da deslegitimação da intervenção punitiva é feita sob dois vieses. No Capítulo 3 identifica-se a incoerência entre a perspectiva jurídico penal de proteção dos direitos sexuais dos adolescentes e o efetivo reconhecimento desses indivíduos como sujeitos de direitos. Além disso, são apresentadas iniciativas internas e internacionais de reconhecimento e promoção dos direitos sexuais das pessoas menores de dezoito anos.

O Capítulo 4 aborda o segundo viés que permite sustentar a deslegitimação da intervenção punitiva no campo do desenvolvimento da sexualidade dos adolescentes. Para tanto, utiliza-se como argumento a teoria do bem jurídico, que é apresentada como suporte dogmático apto a exercer a função de contenção do poder punitivo estatal. Dá-se destaque ao histórico conteúdo discriminatório e moralista da legislação penal brasileira em matéria sexual, e os contornos teóricos que deveriam ser observados para a efetiva tutela à dignidade sexual.

Por fim, constata-se que a deslegitimação da intervenção punitiva no campo da sexualidade dos adolescentes tem, de fato, fundamentos variados, alguns dos quais mais explícitos e abertos à pronta refutação, pautada no plano da racionalidade do ordenamento jurídico, ou, especificamente pautada em critérios dogmático-penais. De qualquer modo, compreende-se que é imprescindível manter o comprometimento do Direito Penal com a tarefa de contenção do poder punitivo, buscando-se reforçar a importância da análise e crítica multifacetada do Direito Penal, a fim de que seja possível verificar a existência, ou não, de repercussão prática dos argumentos abstratamente construídos no campo da dogmática. Ou seja, verificar se o Direito Penal, enquanto ramo da ciência jurídica, tem correspondido à expectativa de ser uma

² De acordo com Joseane Suzart Lopes da Silva, “a pesquisa exploratória é utilizada, geralmente, diante da existência de poucos dados disponíveis acerca de determinado problema e objetiva aprofundar e aperfeiçoar as ideias e a construção de hipóteses ou de respostas antecipadas – apresentando um planejamento relativamente simples e objetivo. Visa proporcionar maior familiaridade com o tema com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses, assumindo frequentemente as formas de pesquisa bibliográfica e estudo de caso”. (SILVA, 2013, p. 1).

³ Faz-se aqui referência à distinção feita por Eugênio Raul Zaffaroni entre as funções manifestas – expressas, declaradas e públicas – do poder punitivo, e as funções latentes ou reais do exercício deste poder. (ZAFFARONI, *et al.* 2011, p. 88).

ciência social aplicada e, portanto, não descuidada dos indivíduos e do corpo social. Se os tipos penais incriminadores têm sido construídos em atenção aos princípios norteadores do Direito Penal.

Em que pese tratar-se de uma abordagem pontual de uma norma proibitiva, os argumentos apresentados no trabalho podem ser utilizados como balizas para a realização críticas a outros tipos penais incriminadores, a partir de uma perspectiva de intervenção mínima e garantista⁴ do direito penal.

⁴ A referência ao garantismo tem como fundamento os limites à intervenção punitiva propostos por Luigi Ferrajoli, cujos axiomas apresentados na obra “Direito e razão” (2010) são elaborados a partir do comprometimento com a legalidade estrita e com a racionalidade, imprescindível à construção do Estado de direito, permitindo discutir pormenorizadamente, e em abstrato, questões relacionadas às legitimação do sistema de persecução criminal. Alguns dos argumentos apresentados pelo autor servirão de inspiração para a abordagem realizada no capítulo 4 do trabalho.

2 A ATUAL TUTELA DO DESENVOLVIMENTO SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PERMANÊNCIAS E RUPTURAS ENTRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O ARTIGO 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

Por inovação legislativa proporcionada pela Lei 12.015, desde 2009 o Código Penal prevê, no título VI, da parte especial, crimes relacionados à tutela da dignidade sexual, entre os quais se inserem os crimes sexuais contra vulneráveis, dispostos no capítulo II do referido título.

Considerando os propósitos deste trabalho, a análise desenvolvida concentrar-se-á no estudo do crime denominado “estupro de vulnerável”, previsto no artigo 217-A, *caput*, cuja conduta incriminadora consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos.

Ao buscar a proteção do desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes⁵, a inovação legislativa aparentemente encerrou discussões doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes da tutela conferida pela legislação anterior às pessoas menores de catorze anos, a qual estabelecia, no artigo 224⁶, alínea a, a previsão de presunção de violência para os crimes cometidos contra vítima não maior de catorze anos.

Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal, o legislador destacou que a presunção de violência contida no art. 224, alínea a, tinha o objetivo de preservar a capacidade de uma pessoa menor de catorze anos consentir com a prática sexual, haja vista que ela não teria ciência quanto ao objeto de seu consentimento. A exposição de motivos destaca ainda a preocupação do legislador quanto à redução do limite de idade a partir da qual se reconhecia a possibilidade de consentimento da vítima.

Na legislação anterior ao Código Penal de 1940, a presunção se estabelecia em relação às pessoas menores de dezesseis anos. Entretanto, o legislador compreendeu que seria oportuna a diminuição da idade em razão das alterações comportamentais da sociedade da época. Verificou-se que, comparativamente ao período que inspirou a legislação anterior, ao final dos anos 1930 as pessoas já

⁵ A abordagem quanto ao conteúdo do bem jurídico tutelado, identificando o desenvolvimento sexual enquanto desdobramento da dignidade sexual, será realizada no capítulo 4 do trabalho.

⁶ A redação do dispositivo legal era a seguinte: “Artigo 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. BRASIL, 1940.

apresentavam comportamento sexual antes dos dezesseis anos, o que foi considerado fato social evidente, mesmo sendo adjetivado na exposição de motivos como “conhecimentos sexuais precoces”.

Além de justificar a redução da idade de presunção de violência, a exposição de motivos explicitou o fundamento que sustentava a ficção estabelecida. Tratava-se da *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, da presunção de violência em razão do completo desconhecimento da vítima em relação aos fatos e atos sexuais, o que comprometeria sua possibilidade de consentimento válido (BRASIL, 1940).

É de se destacar ainda que, mesmo estando o legislador comprometido com a tutela aos costumes (bem jurídico então tutelado pelo título VI da parte especial), fez-se constar na exposição de motivos que naquela época seria hipócrita abstrair da realidade e negar que a partir dos catorze anos a pessoa não tenha uma “noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem” (BRASIL, 1940, p.1).

Ainda em relação à presunção de violência, Nelson Hungria esclarece que a ficção jurídica prevista no art. 224, alínea a, tratava-se de presunção relativa. A afirmativa é seguida de fundamentação histórica relacionada à elaboração do projeto de lei que deu azo ao Código Penal de 1940. Na condição de membro da Comissão Revisora do projeto apresentado por Alcântara Machado, Hungria esclarece que na redação original do dispositivo constava que não se admitiria prova em contrário nos casos de presunção de violência. Entretanto, a Comissão compreendeu que tal expressão não deveria constar no texto legal, uma vez que a interpretação sistemática do Código não se compatibilizava com a responsabilidade penal objetiva, que permitiria a responsabilização do agente pelo resultado lesivo ao bem jurídico sem que se fizesse necessária a identificação de conduta dolosa⁷ (HUNGRIA, 1981, p. 230)⁸.

O compromisso do Código Penal e da dogmática jurídico-penal com o princípio da culpabilidade, expresso pelo bocado latino *nulla poena sine culpa*, prevalece até

⁷ Não se ignora que a ideia de responsabilidade penal objetiva, ao se afastar do modelo de Direito Penal fundado na responsabilidade pessoal e no princípio da culpabilidade, permite a atribuição de responsabilidade ao agente pelo resultado sem a necessidade de demonstração de dolo ou culpa. Entretanto, não se fez menção ao comportamento culposo no texto em razão da inexistência de tipo culposo em relação aos crimes sexuais.

⁸ É oportuno destacar que em julgamento ocorrido em 2010 no Superior Tribunal de Justiça o tema envolvendo a responsabilidade objetiva do réu foi também discutido, resultando na absolvição do acusado, por se considerar a presunção absoluta de violência (e, logo, a responsabilidade objetiva do acusado) seria vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro (STJ, REsp. 494.792/SP, 2010)

os dias atuais⁹ e tem grande relevância na contenção do arbítrio estatal, conforme destaca Muñoz Conde:

[a culpabilidade] não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por quê, e para quê, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio. (MUÑOZ CONDE, *apud* BITENCOURT, 2012, p. 62)

Apesar dos fundamentos encontrados na exposição de motivos do Código Penal, e das contribuições da doutrina nacional e estrangeira convergindo para uma interpretação mais restritiva da presunção de violência prevista no artigo 224, alínea a, é possível identificar a alteração de posicionamento jurisprudencial após a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁰. A alteração interpretativa que ampliou o escopo punitivo em relação às condutas sexuais praticadas com menores de catorze anos, que passou a compreender como absoluta a presunção presente no artigo 224 do CP deveu-se especialmente ao mandado de criminalização contido no art. 227, §4º, segundo o qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. (BRASIL, 1988)¹¹.

Ao longo do tempo, diferentes interpretações do mencionado dispositivo constitucional cindiram opiniões. Questionava-se, especialmente em relação às figuras do estupro e do atentado violento ao pudor de vítimas não maiores de catorze anos, se a presunção de violência prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, possuía natureza relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*).

Em relação à divergência doutrinária quanto à natureza da presunção de violência, tem-se, exemplificativamente, a posição de Rogério Greco no sentido de

⁹ Neste sentido é lição da doutrina brasileira, mencionando-se, exemplificativamente, BITENCOURT, 2014, p. 61.

¹⁰ Exemplificativamente, é possível identificar como acórdãos que se posicionam em favor da presunção relativa de violência os seguintes: REsp 342/GO, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, data do julgamento 18/12/1989; e o REsp 46424/RO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, data do julgamento 14/06/1994. Já os acórdãos que sustentam a presunção absoluta de violência podem ser exemplificados pelos seguintes: REsp 15414/PR, Rel. Min. Pedro Acioli, data do julgamento 10/08/1992; e REsp 119603 / MG, Rel. Min. Anselmo Santiago, data do julgamento 19/05/1998.

¹¹ Nesse sentido é, exemplificativamente o voto do Ministro Carlos Velloso no Habeas Corpus 74.983-6/RS, no qual afirma “Não há, na citada norma do art. 224, a, do Cód. Penal, nada de atentatório à responsabilidade subjetiva. O que deve ser entendido é que a lei estabelece a presunção de violência com base na afirmativa de que a menor de 14 anos não sabe querer. Se o agente, mesmo existindo a norma, age conscientemente e a constrange à prática da conjunção carnal, agiu com culpa, na modalidade dolo.”

que a presunção de violência seria absoluta¹², por ter o legislador se pautado pelo dado objetivo da idade da vítima. Por sua vez, Cezar Bitencourt compreendia que a violência deveria ser tida como relativa, pois esta seria a posição que melhor preservaria o princípio do contraditório e da presunção de inocência, uma vez que seria dada ao réu a oportunidade de demonstrar a inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. (BITENCOURT, 2009, p. 49).

No campo da jurisprudência, ilustram a divergência apontada as decisões abaixo:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.

2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime.

3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.

4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1021634 / SP. Relator Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 out. 2010. (grifou-se)

(...) ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. (...).

Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato.

¹² O autor faz expressa referência a este posicionamento mesmo em textos recentes fazendo menção à divergência doutrinária e jurisprudencial, afirmando que se discutia se a "(...) presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, para nós, não existe dado mais objetivo que a idade". (GRECO, 2015, v. 3. p. 539).

Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 804999 / SC. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 fev. 2010. (grifou-se)

Os julgados exemplificam as divergências de entendimento entre a quinta e a sexta turma do STJ no tocante à interpretação do art. 224, alínea a, do CP: a primeira, inclinada à ideia de presunção absoluta de violência, e, a segunda, à presunção relativa de violência. Observa-se que, nos julgados apresentados, a experiência sexual da apontada vítima é valorada de maneira diversa, afastando-se sua relevância no primeiro caso, e, no segundo, tomando-a como um dos critérios contextuais hábeis a afastar a presunção de violência.

Esta divergência entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça foi explicitada em um julgamento corrido em 23 de novembro de 2011, no qual os ministros que então compunham a terceira seção detiveram-se na análise da natureza absoluta ou relativa da presunção de violência em relação às práticas sexuais com menores de 14 anos. Na oportunidade do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1021634/ SP foram expostos argumentos diversos para fundamentar ora a presunção relativa, ora a presunção absoluta de violência. À época sagrou-se vencedora a tese da presunção relativa de violência, sendo oportuna a análise dos principais argumentos apresentados, uma vez que parte deles foram posteriormente utilizados para a interpretação do art. 217-A, *caput*, do CP.

Os argumentos em prol da presunção relativa foram inicialmente apresentados pela ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, cujo voto apenas não foi acompanhado pelos ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz. De acordo com a ministra relatora, o objeto de tutela do art. 224, alínea a, do CP recai sobre a capacidade da vítima se posicionar em relação a fatos de natureza sexual, não se restringindo a análise à mera ausência de conhecimentos acerca dos atos sexuais em si mesmo considerados.

Nesta perspectiva, a *innocentia consilii* da vítima deveria ser analisada segundo o seu grau de maturidade psicoética para lidar com assuntos relacionados à vida

sexual e suas consequências, sendo tais parâmetros relevantes para avaliar a validade do consentimento expresso pela pessoa menor de 14 anos de idade¹³.

Além disso, a ministra Maria Thereza de Assis Moura defendeu a ideia de que o direito não pode ser tido com estático, que a parte especial do Código Penal, da década de 1940, deve se compatibilizar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo ainda importante valorar a existência de relação amorosa existente entre a vítima e o réu para afastar a tipicidade da conduta relacionada à práticas sexuais com menores de 14 anos. Em favor da interpretação apresentada, o ministro Celso Limongi afirmou ainda que:

Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI!

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. (STJ, HC 88.664/GO, 2009)

Fazendo também alusão à doutrina de Renato de Mello Jorge Silveira, o ministro critica a passividade dos magistrados, que na atualidade não exercem seu mister apenas como voz da lei, não podendo, portanto, adotar acriticamente a escolha legislativa aleatória pela fixação de um marco absoluto que distingue a possibilidade de consenso e a presunção de violência. Ao agir acriticamente, estariam os intérpretes, e, em especial os magistrados, permitindo o descompasso entre a vida e o direito, deixando de ponderar as mudanças sociais envolvendo a educação sexual de jovens, a qual é variável segundo a região do país e as particularidades sócio culturais dos envolvidos.

Os argumentos em prol da presunção absoluta de violência foram expostos a partir da divergência norteadada pelo voto do ministro Gilson Dipp, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.021.634 de 2011. Em síntese,

¹³ No mesmo sentido, STJ, EREsp. 666.476, 2008.

sustenta-se que jurisprudenciais do STJ e do STF apontam para a interpretação de que a violência presumida tem caráter absoluto, o que, se inobservado, poderia converter a vítima do estupro em réu¹⁴, especialmente nas hipóteses em que são valoradas as experiências sexuais anteriores, as quais poderiam ser utilizadas como forma de discriminação. Quanto à valoração do comportamento da vítima, o ministro ainda afirma que o art. 224, alínea a, do CP deveria ser considerado como instrumento legislativo de proteção da liberdade sexual das pessoas menores de 14 anos, cuja incapacidade volitiva seria inafastável, tendo optado o legislador pela fixação de um dever geral de abstenção de realizar práticas sexuais com menores de 14 anos, não fazendo sentido estabelecer a distinção comportamental em razão da possibilidade de maiores de 12 anos responderem por atos infracionais.

(...) nem mesmo a “criminalização” de condutas de crianças ou adolescentes como ato infracional previsto no seu Estatuto pode constituir argumento transversal para deduzir a exclusão de tipicidade do réu pelo suposto comportamento degradado das vítimas, sobretudo as menores de 14 anos.

(...) a possibilidade de ser o menor responsabilizado por atos infracionais não traduz por si só fundamento para, no caso de estupro contra menor de 14 anos, sobrevalorizar o comportamento da vítima como fator de exclusão do crime do agente, em especial quando se cuida de adolescente feminina caso em que esse juízo depreciativo ainda reforça manifesto e injusto preconceito contra a mulher.

Ademais, o comportamento da vítima, de regra - embora com exceções que a própria lei estipula - é antes circunstância judicial considerada para a fixação da pena-base do agente (art. 59 CP), não se prestando à exclusão de tipicidade. (BRASIL, 2012, p. 22)

Na visão do ministro Gilson Dipp, o comportamento anterior da vítima não poderia ser valorado para afastar a tipicidade da conduta, uma vez que seria papel do Poder Judiciário garantir-lhe a dignidade, e a possibilidade de manifestação, inclusive através de avaliação médica de seu desenvolvimento psicoemocional, em respeito ao devido processo legal. É oportuno observar que mesmo indicando a possibilidade de oitiva da vítima no caso concreto, o ministro afasta a possibilidade de os aspectos

¹⁴ Considerando que no caso concreto julgado as apontadas vítimas eram do sexo feminino, em seu voto o ministro Gilson Dipp faz menções ao gênero quando aborda o papel do sujeito passivo nos crimes sexuais envolvendo adolescentes. Esse fato, entretanto, é ressaltado pelo ministro Og Fernandes, o qual aponta a necessidade de se repensarem alguns valores questionando se se chegaria à mesma conclusão de presunção absoluta de violência na hipótese de uma jovem de dezoito anos do sexo feminino ter relações sexuais com um garoto de um pouco menos de quatorze anos. Essa questão chama a atenção para os propósitos do trabalho, pois é identificada como um indício de que a tutela à dignidade sexual em geral, e em particular de adolescentes, é pautada por preconceitos sociais arraigados culturalmente.

personais – como experiência, discernimento e manifestação de vontade – interfiram no juízo de tipicidade da conduta.

Acompanhando e complementando o voto divergente, a ministra Laurita Vaz afirmou que a *innocentia consilli* que baseia a presunção expressa no art. 224, alínea a, do CP relaciona-se à impossibilidade de compreensão, de maturidade e de capacidade psicoética da vítima quanto aos efeitos decorrentes dos atos sexuais, não se confundindo, portanto, com o mero conhecimento objetivo do que seja um ato sexual.

A negação genérica da possibilidade de compreensão e maturidade da vítima é justificada ainda pela “difícilíssima verificação concreta” da validade do consentimento da vítima, o que seria reforçado pela necessidade de cumprimento da literalidade da lei penal, já que seria ineludível que o legislador intentou proteger a “liberdade sexual da menor de 14 anos, infligindo a um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações” (BRASIL, 2012, p. 24).

Diferentemente do que sustentou Nelson Hungria, para a ministra a interpretação da natureza absoluta da presunção de violência não poderia dar azo à responsabilidade objetiva do agente, uma vez que ainda seria possível ao réu alegar no caso concreto a existência de erro de tipo ou erro de proibição¹⁵. Com isso, a ministra afirma que a presunção (absoluta ou relativa) está relacionada ao dolo do agente e não à qualquer outro fator, entre os quais, o consentimento da vítima, que extrapolaria a objetividade mínima requerida pela aplicação do direito.

Arrematando os argumentos apresentados, a ministra Laurita Vaz cita um trecho de um voto anteriormente proferido pelo ministro Felix Fischer,

Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão “de menor”. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, **justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua**

¹⁵ Nada obstante o acerto quanto à possibilidade de afastamento da tipicidade pelo erro de tipo ou afastamento da culpabilidade pelo erro de proibição, nota-se que há uma confusão quanto ao conteúdo da ideia de responsabilidade penal objetiva, que se encontra relacionada à aplicação do princípio da culpabilidade, conforme mencionado acima.

lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, **e apesar de expresso texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil.** (BRASIL, 2012, p. 25/26 – grifou-se)

O que se observa no trecho mencionado é uma perspectiva conservadora em relação à existência de práticas sexuais entre jovens, as quais estariam proscritas ante o não reconhecimento da possibilidade de manifestação válida de prazer sexual entre pessoas menores de 14 anos. Além disso, verifica-se no discurso a associação, por vezes equivocada¹⁶, entre a realização de práticas sexuais por menores de 14 anos e prostituição infantil.

Divergindo dessa compreensão e votando em apoio à compreensão de que a presunção de violência do art. 224, alínea a, do CP deve ser tida como relativa, o ministro Og Fernandes contribui com a discussão propondo, com outras palavras, o afastamento de uma interpretação meramente gramatical da legislação penal, valorizando a perspectiva histórico-evolutiva das relações sociais.

Acho que o cenário, repito, que estamos a viver agora é parecido com o da letra da música de Raul Seixas, "Metamorfose Ambulante".

Às vezes, é melhor não ter uma opinião formada sobre tudo e poder, em certas circunstâncias, relativizar ou interpretar os fatos de acordo com o tempo, a sociedade, os costumes de um determinado momento que não se ajustam a uma legislação que, nesse tema – veja-se, estamos a tratar aqui de crime de violência sexual, de costumes, de cultura, de um código que foi feito na década de 1940, baseado no Código Rocco Italiano, com feição fascista, obviamente, no que tinha de bom e de ruim.

Não teríamos que repensar os valores, os costumes e o próprio rejuvenescimento do tipo penal – que se tornou mais grave, seja pela hipótese agora abrangente? Seria uma heresia falar em estupro de homem no Brasil, no Código Penal, dos anos 1940. Agora não é mais, o tipo é mais grave, mas ele se adequou a um novo perfil. (BRASIL, 2012, p. 28/29)

¹⁶ Como se verá no capítulo seguinte, a mesma associação entre expressão de sexualidade e prostituição infantil se verifica no relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou casos de exploração sexual infantil, e foi responsável pela elaboração do projeto de lei que culminou na Lei 12.105/2009.

A atualização interpretativa para melhor adaptação ao contextual não se afasta da perspectiva de proteção à criança e ao adolescente, inclusive, em razão do imperativo constitucional que a determina. Entretanto, continua o ministro, a nova realidade socialmente experimentada abre espaço para que a interpretação da norma penal não se fixe a partir de uma presunção *juris et de jure*.

Sendo estes os fundamentos jurídicos de maior destaque naquela ocasião, a 3ª seção criminal do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento acerca da matéria decidindo, por maioria de votos, que a presunção de violência prevista no então revogado art. 224, alínea a, do Código Penal, possuía caráter relativo, cedendo a presunção, no caso concreto, nas hipóteses em que se demonstre a inexistência de lesividade ao bem jurídico de natureza sexual tutelado na norma penal incriminadora.

Ao analisar o mencionado acórdão da 3ª seção criminal do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.021.634/SP, Ana Elisa Bechara destaca que as dissonâncias existentes nos votos explicitam as dificuldades que a doutrina jurídico-penal enfrenta, a longa data, em relação aos crimes sexuais. As dificuldades decorrem da influência dos tabus na atividade legislativa, quando da elaboração de normas gerais e abstratas, e na interpretação e aplicação do Direito, embora se reconheça que eles não se prestem a lastrear racionalmente os fundamentos do poder punitivo estatal.

Outra dificuldade correlata, diz respeito à análise do bem jurídico que materialmente se verifica no injusto penal de crimes sexuais. Isso porque, o (pré) conceito em relação à conduta sexual de pessoas jovens impacta na valoração da liberdade, do desenvolvimento e da intangibilidade sexual própria de cada indivíduos, e, por consequência, impacta na definição do momento e condições em que estariam legitimadas as manifestações de sexualidade, notadamente dos menores de 14 anos, cuja capacidade de autonomia e autodeterminação sexuais é questionada.

É neste cenário que a norma penal incriminadora revela a pressuposição de que a realização de condutas de cunho sexual poderiam afetar o desenvolvimento, dito saudável e normal, dos indivíduos, acarretando em alterações negativas no aspecto físico, relaciona ou psíquico. Entretanto, ressalta Ala Elisa Bechara:

Há que se ver, porém, que tais pretensos riscos ou resultados negativos não estão empiricamente comprovados, fundamentalmente nos casos de práticas sexuais consentidas com adolescentes que possuem conhecimentos na área de educação sexual. Ao contrário, nessas hipóteses pode-se afirmar que o exercício da sexualidade é apto a favorecer o desenvolvimento psíquico e a

própria afetividade em futuras relações interpessoais. (BECHARA, 2012, p. 22)

É com fundamento neste argumento que autora, na esteira no que afirmou a ministra Maria Thereza de Assis Moura, afirma que não se mostra possível a fixação abstrata e absoluta de um marco biológico a partir do qual se reconhece a capacidade de autodeterminação sexual, o que se mostraria como juízo apriorístico não necessariamente condizente com a realidade social.

Analisando-se o texto constitucional a partir de sua unidade, verifica-se que antes de mais nada os valores, princípios e objetivos ali expressamente estabelecidos - inclusive na esfera penal – devem relacionar-se ao próprio fundamento democrático conferido ao Estado. Assim, é justamente a observância a essa natureza democrática e personalista do Estado brasileiro que impede uma leitura meramente positivista quanto à pretensão obrigatoriedade de tipificação penal a partir da Constituição. Na verdade, a interpretação constitucional remete a um circuito hermenêutico complexo, que compreende de modo dinâmico diversas manifestações concretas do ordenamento jurídico, bem como diferentes agentes relacionados à política do Direito, com o fim de estabelecer critérios específicos para o balanceamento de interesses sociais sobre os quais incidem as prescrições constitucionais. Apenas sob tal enfoque as prescrições constitucionais na esfera penal podem materializar-se de modo produtor no âmbito político-criminal. Por isso, embora seja uma relação de relevância, o vínculo entre a Constituição e o Direito Penal não pode ser tomado de forma piramidal positivista e, assim, determinante em sentido absoluto, mesmo no âmbito dos denominados “mandados explícitos de criminalização”. (BECHARA, 2012, p. 22-23).

A crítica realizada pela autora é relevante, por chamar a atenção para os reais fundamentos da intervenção penal na esfera do desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes. Estaria a tipificação de condutas ainda focada na preservação de tabus, de um modelo de moral sexual e posturas paternalistas? Apesar do reconhecimento da influência pós-positivista¹⁷ no direito brasileiro¹⁸, a leitura do artigo 227, §4º, da Constituição, feita de modo restritivo e dissociada do atual contexto social, atende à proposta teleológica do constituinte originário quanto à proteção das crianças e adolescentes? Deixar-se-á, por ora, em suspenso o enfrentamento das questões

¹⁷ De acordo com Luís Roberto Barroso, “o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas e abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Esses valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionamento à atividade do intérprete”. (BARROSO, 2009, p. 340).

¹⁸ Neste sentido, Paulo Bonavides destaca que juristas brasileiros, entre eles destacando Eros Roberto Grau, “proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição”. (BONAVIDES, 2006, p. 296-295).

formuladas, a fim de se verificar se a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009 enseja, ou não, a permanência das discussões dogmáticas e jurisprudenciais destacadas.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei 12.015/2009 promoveu inúmeras inovações no tratamento dos crimes sexuais no Brasil. Em atenção à delimitação do objeto de pesquisa, merece destaque a alteração no *nomen juris* do título VI da parte especial do Código Penal, que deixava de prever os crimes contra os costumes para prever os crimes contra a dignidade sexual¹⁹. Da mesma forma, deve-se destacar a criação do art. 217-A e a revogação do art. 224 do Código.

Quanto à criação da figura do estupro de vulnerável, a exposição de motivos da lei esclarece que:

o constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos. (BRASIL, 2004, p. 288)

A opção da exposição de motivos, quanto à ausência de flexibilização no que toca à configuração de vulnerabilidade de pessoas menores de catorze anos, repercutiu nos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de considerar válido o consentimento expresso por uma pessoa menor de 14 anos quanto à realização de condutas de conteúdo sexual.

¹⁹ As repercussões desta alteração serão objeto de análise do capítulo 4 do presente trabalho.

Como critério comparativo no campo da doutrina, em referência aos mesmos autores mencionados acima, Rogério Greco manteve o argumento de que o critério etário foi uma opção político-criminal do legislador de natureza objetiva, não existindo margem para sua flexibilização. (GRECO, 2016, p. 778).

Já Bitencourt afirma que o “menor de quatorze anos é exatamente o infanto-juvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e que, agora, finalmente, o legislador penal reconhece a sua vulnerabilidade”. (BITENCOURT, 2014, p. 95). Aduz ainda o autor que o que caracteriza a vulnerabilidade é a inexistência de plena disponibilidade de exercício da liberdade sexual, que está afastada na hipótese legal (*idem*, p. 98). Essas afirmativas, entretanto, não afastam a tônica de crítica e a identificação de abertura legislativa para a interpretação e consequente flexibilização do critério adotado no art. 217-A, *caput*, do CP²⁰.

Em relação à jurisprudência, verificou-se a retomada das discussões quanto ao reconhecimento, ou não, da tipicidade de condutas de natureza sexual envolvendo menos de 14 anos. Os debates tiveram como ápice o julgamento de um Recurso Especial (1.480.881/ PI) pela 3ª Seção do STJ em 2015, cuja importância para o tema deste trabalho justifica a realização de uma análise mais detida, a começar pelo acórdão da apelação criminal que lhe precede.

2.1 O julgamento da apelação criminal nos autos da ação penal número 0001476-20.2010.8.0043 pelo Tribunal de Justiça do Piauí

Em 02 de abril de 2014, a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí, em votação unânime, julgou procedente a apelação criminal interposta pelo acusado de cometimento do crime de estupro contra vítima menor de

²⁰ O autor tece considerações acerca das espécies de vulnerabilidade e sua abrangência. A análise leva em consideração a redação do art. 217-A, *caput* e parágrafos, e do art. 218-B, ambos do Código Penal. Bitencourt identifica que, especialmente no *caput* do art. 217-A, e no art. 218-B, o legislador trata do conceito de vulnerabilidade a partir de dois marcos etários: a vulnerabilidade no estupro de vulnerável do menor de catorze anos, e a vulnerabilidade do menor de 18 no tipo penal de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Essa distinção leva o autor a afirmar a existência de vulnerabilidade absoluta naquele primeiro caso, e vulnerabilidade relativa no segundo. Esta primeira distinção levará à diferenciação entre presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade e vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, cujos termos serão esclarecidos adiante em razão da expressa menção que lhe faz o acórdão do STJ que dá origem à tese atualmente expressa na súmula 593.

14 anos, absolvendo-o das acusações com fundamento na atipicidade material da conduta.

De acordo com o relatório do acórdão, a denúncia narrava o acusado havia sido preso em julho de 2010, em cumprimento a mandado de prisão, por ter mantido relações sexuais, de forma continuada, por um período de aproximadamente um ano com uma adolescente nascida em 14 de abril de 1997, possuindo, portanto, à época 13 anos. Segundo foi apurado, o acusado frequentava a casa do pai da vítima por manter vínculo de amizade com a família, sendo apontado como pessoa de confiança pelos familiares ouvidos no curso do inquérito policial. Destacou o Ministério Público na peça inaugural que a vítima era virgem quando manteve a primeira relação sexual com o acusado, que o fato foi descoberto após um ano em razão da desconfiança da mãe da adolescente, que o acusado confessou que mantinha relações sexuais com a menor há cerca de um ano, que a adolescente afirmou que apenas manteve relações sexuais com o acusado pormenorizando os atos praticados. Ainda de acordo com o órgão acusador, a vítima sofria coação psicológica por não compreender a seriedade dos atos realizados e que era por ele perseguida desde os nove anos de idade.

Na sequência, o relatório do acórdão destaca as alegações da defesa e da acusação. Em síntese, a defesa afirma ter o acusado agido em erro tipo, por desconhecer a idade da vítima, cujo comportamento em festas e locais restritos a menores de idade denotava maturidade incompatível com uma pessoa menor de 14 anos; além disso, ressaltou que acusado e vítima mantinham relacionamento amoroso, que nunca houve pressão ou violência para que praticassem atos de conteúdo sexual, os quais ocorreram sempre de forma consensual; que deveria ser relativizada a presunção de violência, uma vez que a vítima tinha consciência de suas ações. O Ministério Público, sustentando a manutenção da condenação do acusado, ressaltou a inexistência de dúvidas quanto à autoria e materialidade delitivas, não encontrando respaldo nos autos a alegação de erro de tipo.

Em seu voto, o relator Erivan Lopes destaca que não há controvérsias acerca dos fatos narrados na denúncia, sendo inconteste que o acusado manteve relações sexuais consensuais com menor de 14 anos. Entretanto, o que estaria em discussão no caso seria a tensão entre a mera subsunção do fato ao tipo penal incriminador e a necessidade de interpretação do Direito Penal com fincas nos princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, e nos valores culturais internalizados. Estes princípios e valores, no entender do desembargador, deveriam

ser levados em consideração na análise da dinâmica dos fatos, permitindo a valoração da personalidade e comportamento dos atores envolvidos.

Levando tal premissa em consideração, o magistrado passa a analisar detidamente as declarações e depoimento prestados pela vítima no curso do processo. Da narrativa exposta no inquérito destaca-se que na visão da vítima seu envolvimento com o acusado iniciou-se quando ela tinha nove anos, pois ele frequentava sua casa e ela passou a nutrir sentimentos por ele. Neste período não há precisão quanto à prática de qualquer ato de conteúdo libidinoso entre eles. Ainda sem precisão temporal, a vítima narra que ela declarou seu interesse pelo réu, o qual passou a retribuir suas investidas, com trocas de beijos e abraços. Em meados de 2009 ocorreu a primeira relação sexual com o acusado, sendo a relação então estabelecida entre eles relatada da seguinte forma pela adolescente:

(...) que Rogério dizia que quando a depoente ficasse maior de idade iria casar com a mesma; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de Rogério; que se apaixonou por Rogério; que afirma não saber que era contra a lei que um maior mantivesse relação sexual com uma menor; que não tem intenção de prejudicar Rogério, (fls. 18/19); que não teve relação sexual com nenhum outro homem, apenas com Rogério, mas admite que foi ela que deu em cima de Rogério (...). TJPI, 2014, p. 7.

Entre as declarações prestadas na fase inquisitiva e processual não foram identificadas contradições, mas apenas o detalhamento das condutas, o que permitiu o relator afirmar que, não obstante a menoridade, “a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual” (TJPI, 2014, p. 8). Além disso, destaca o desembargador que “o discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real”.

Dando continuidade à análise da perspectiva das pessoas envolvidas no caso, o desembargador apresenta o depoimento dos pais da adolescente. Em relação ao depoimento da genitora, confere-se ênfase ao fato de que o réu era considerado uma pessoa de conduta ilibada, de bom comportamento, além do fato de não existir oposição ao relacionamento futuro entre ele e a menor. Os trechos enfatizados são os seguintes:

Rogério frequentava a sua casa, que o considerava uma pessoa amiga; que uma vez brincou com Rogério, dizendo ao mesmo que ele seria um bom marido para sua filha, (...) que quando houve comentários de que sua filha estava solta enamorando, este namoro só envolvia Rogério; (...); que seu filho disse que o pai da menor pediu para que a depoente encerrasse o processo e que deixasse a menor morar com Rogério na casa dele; (...); que acha que Rogério tem um bom comportamento e que nunca ouviu falar dele com outras mulheres; que depois de solto Rogério vem ligando muito para sua casa, pedindo que viesse em juízo dizer que concorda com o casamento deles; que se for para sua filha ser feliz e no futuro se a mesma quiser construir uma família com o acusado, não tem nada contra. TJPI, 2014, p. 8.

Em relação ao pai, o depoimento chama a atenção o fato de que mesmo depois de ter descoberto a existência de relacionamento afetivo e sexual entre a filha e o acusado, a amizade entre eles se manteve. O pai da adolescente afirmou ainda que “é comum mulheres de 12 a 14 anos constituírem família na região, que o depoente acha certo; que inclusive quando a mãe da vítima casou tinha treze anos, mesma idade da vítima” (TJPI, 2014, p. 9), o que explicita um aspecto cultural bastante valorizado pelo relator no momento de avaliação da tipicidade material da conduta.

Por fim, apresentou-se o interrogatório do acusado, que confessou o cometimento de práticas sexuais com a adolescente a partir de dezembro de 2009, quando ela já teria treze anos de idade; que se envolveu por ter começado a gostar da menor e se apaixonou; que pretende constituir família com ela; que nunca a forçou a manter relações sexuais; que nunca ficou com outras mulheres, por gostar muito da adolescente.

Ante o cenário apresentado, o relator afirmou que apesar da ocorrência de relação sexual entre um adulto de 25 anos e uma menor de 14 anos, seria necessário verificar se ela deve ser considerada vulnerável, nos termos previstos pelo tipo penal previsto no art. 217-A do CP. De acordo com o magistrado, é intensamente reprovável social e penalmente a prática de violência que coage, constrange ou força o menor de 14 anos à prática sexual. Entretanto, a referida reprovação não se faria presente em casos nos quais se verifique o menor possui discernimento em relação ao fato, consentimento, livre manifestação de vontade e concordância.

O voto menciona a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, mas afirma-se que o conceito de vulnerabilidade inserido pela Lei 12.015/2009 deve ser verificado no caso concreto, não se restringindo ao critério etário. Isso porque, não se pode afirmar, em absoluto, que uma pessoa com menos de 14 anos seja absolutamente vulnerável, não tenha a mínima noção do que seja

uma relação sexual, expressar seu consentimento ou manifestar sua vontade em relação ao ato.

E, então, analisando o caso em julgamento, entendeu o relator que a menor “não se em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos” (TJPI, 2014, p. 11). Foram também apontados como fundamentos aptos a afastar a tipicidade da conduta o fato de que existia relacionamento afetivo entre o acusado e a vítima, não se restringindo o contato entre eles à realização de práticas sexuais, além da inexistência de violência real contra a vítima.

O entendimento firmado é ainda lastreado pela indicação de precedentes jurisprudenciais do STF, do STJ e do próprio tribunal do Piauí. Entre os julgados mencionados, o *habeas corpus* 110876/RS, de relatoria do ministro Nilson Naves, afirma que:

O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiem vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado. Não é papel do Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la.

Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes. (STJ *apud* TJPI, 2014, p. 13, grifou-se)

Além desse entendimento que compreende que a tutela jurídico-penal em relação à sexualidade deve se dar de forma restritiva e com valorização dos interesses e manifestações pessoais, outro precedente do STJ apontado é bastante relevante por ir ao encontro das proposições deste trabalho. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Especial 1214407/SC no qual se reconhece a necessidade de análise das circunstâncias do caso concreto para que se possa punir a ocorrência de relações de natureza sexual contra menor de 14 anos, sobretudo se se tratar de vítima adolescente, ou seja, as pessoas que possuem entre 12 e 14 anos de idade incompletos.

Foram esses os fundamentos apresentados pelo relator para afastar a ocorrência de crime de estupro de vulnerável pela ausência de tipicidade material da conduta, não se verificando, pois, a existência de lesão à dignidade sexual e

desenvolvimento sexual da vítima. Os argumentos apresentados foram acolhidos pelos demais desembargadores da 2ª Câmara Especializada Criminal por votação unânime.

2.2 O julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça: a virada jurisprudencial determinante para a edição da súmula 593

A acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, acima apresentado, foi objeto de recurso especial interposto pelo Ministério Público, cujo julgamento tem destacada importância para o trabalho, pois é o marco a partir do qual se verifica a aparente ruptura²¹ com as discussões em torno da intervenção jurídico-penal em prol da tutela do desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes.

Foi a partir do julgamento do Recurso Especial 1.480.881/ PI, que a quinta e a sexta turmas do STJ passam a assumir um discurso comum²² acerca do crime de estupro de vulnerável. Além de fixar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria, o julgamento teve repercussão imediata em inúmeros casos de estupro de vulnerável, pois foi admitido como recurso repetitivo representativo de controvérsia jurisprudencial, com fundamento no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973. O dispositivo da lei processual civil, complementado pela Resolução 8 do STJ, estabelecia o procedimento a ser adotado nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

No julgamento do recurso especial em comento, o relator – ministro Rogério Schietti – identificou que a controvérsia em torno do consentimento da vítima no estupro de vulnerável era uma questão relevante, reproduzida em uma multiplicidade de recursos, fundamentando, então, a submissão do julgamento do recurso especial 1.480.881 como representativo da controvérsia à Terceira Seção. Na mesma decisão

²¹ É possível afirmar que a ruptura foi apenas aparente, pois em outros tribunais persistem as discussões quanto à possibilidade do consentimento da vítima ser considerando apto para afastar a tipicidade da conduta. Neste sentido: TJMG. Apelação Criminal 0065782-64.2015.8.13.0074. Rel. Alberto Deodato Neto. Data de Julgamento: 11/09/2018; TJMG Apelação Criminal 0170685-07.2012.8.13.0382, Rel. Marcílio Eustáquio Santos Data de Julgamento: 25/07/2018.

²² Note-se que esta unidade de entendimentos não pode ser afirmada em relação à condutas de natureza sexual envolvendo um indivíduo menor de dezoito anos e um menor de quatorze. Não foram identificados julgados relativos a casos como estes, em que ambos os sujeitos da conduta típica forem menores de idade, o que afasta a possibilidade de uma análise voltada às repercussão jurídico-penais das experiências sexuais trocadas entre menores de idade. Entretanto, em termos abstratos, em harmonia com a hipótese do trabalho, compreende-se que apenas a análise em concreto poderia revelar a ofensa à dignidade sexual, e, então, eventual intervenção punitiva estatal.

monocrática, proferida em 05 de fevereiro de 2015, determinou que se oficiasse aos presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos presidentes dos Tribunais de Justiça, para que suspendessem o processamento dos recursos especiais que tratassem de idêntica questão de direito.

A decisão, transitada em julgado em 17 de dezembro de 2015, assenta os argumentos jurídicos que afastam a relevância da análise do consentimento da vítima, de sua experiência sexual prévia, e das condições socioculturais para a configuração do crime de estupro de vulnerável. A tese firmada consolidou-se com a publicação da súmula 593 do STJ, em 06 de novembro de 2017, e, apesar de não ter caráter cogente, tem sido aplicada em inúmeras decisões no país²³.

Pelos motivos apresentados, a análise dos fundamentos da decisão proferida no recurso especial 1.480.881 é imprescindível para a compreensão da atual tutela do desenvolvimento da sexualidade das crianças e adolescentes, o que se fará a seguir, para que nos capítulos seguintes sejam apresentados os argumentos que permitem questionar sua adequação para alcançar o fim proposto.

Em 26 de agosto de 2015, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, a 3ª Seção do STJ reuniu-se com o propósito de discutir se a aquiescência da vítima menor de catorze anos teria relevância jurídico-penal para afastar a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. Conforme já mencionado, o caso concreto que deu azo à discussão referia-se a um recurso especial interposto pelo Ministério Público do Piauí, em que alegava a negativa de vigência do artigo 217-A do Código Penal em razão da absolvição de um indivíduo acusado de estupro de vulnerável, com fundamento no consentimento da vítima menor de catorze anos. Em primeira instância o acusado foi condenado por estupro de vulnerável em continuidade delitiva. Todavia, foi absolvido em segunda instância, segundo os fundamentos apresentados no item 2.1

Em seu voto, o ministro Rogério Schietti confere destacada importância a um trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Piauí no qual o relator afirma que os depoimentos da vítima revelavam que ela, apesar da menoridade, possuía pelo

²³ Exemplificativamente, é possível indicar as seguintes decisões do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1540152, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2018; RHC 98478, Rel. Felix Fischer, DJe 01/08/2018; AgRg no AgRg nos EREsp 1553474, Rel. Ribeiro Dantas, DJe 19/06/2018; AgRg no REsp 1710101, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/04/2018. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, exemplificam o afirmado os seguintes acórdãos: Embargos Infringentes e de Nulidade 0024611-42.2012.8.13.0395, Rel Flávio Leite, Data de publicação: 29/08/2018; Apelação Criminal 0037010-81.2010.8.13.0231, Rel. Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 16/05/2018.

conhecimento da diferença de idade entre ela e o acusado (13 e 25 anos, respectivamente), além de ficar claro que houve consentimento para a realização das relações sexuais e não houve o emprego de qualquer tipo de violência física contra a vítima. O ministro ainda destacou do acórdão o seguinte:

É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetivo estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.

Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.11. (grifou-se)

Vê-se que os desembargadores se afastam da aplicação objetiva do artigo 217-A, criticando a mera atividade de subsunção. De tal maneira, eis que outros fatores devem ser valorados, como a possibilidade de discernimento e consentimento pela pessoa menor de 14 anos, a existência de relação afetiva, ou experiência sexual pretérita.

Opondo-se a esta perspectiva, o ministro Rogério Schietti, seguido à unanimidade por seus pares, entendeu ter sido violado o artigo 217-A, *caput*, do CP, fazendo referência à convergência de entendimentos do STJ a partir de 2014, no sentido de que o marco etário dos catorze anos é um critério objetivo para se verificar a ausência de condições para consentir na realização atos de natureza sexual. Schietti afirma ainda que

(...) **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09** ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL,

especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.**
 . BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.16. (grifos no original)

O ministro refutou a afirmação feita no acórdão do TJPI de que a vítima não estaria em situação de vulnerabilidade, indicando a ausência de parâmetros para se chegar a tal conclusão. Ele ainda sustentou que a decisão do tribunal do Piauí reflete a perpetuação de um discurso excludente, patriarcal e sexista, o qual confere maior atenção à valoração do comportamento da vítima do que ao comportamento do acusado.

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com "grau de discernimento", segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.17).

Assim, conforme o ministro, para a preservação do comando legislativo, não competiria ao julgador a tarefa de relativizar o dado objetivo da idade da vítima, mesmo ao argumento de valorização dos aspectos culturais, pois isto seria um desvio teleológico da função de julgar e traria prejuízos ao campo de proteção estatal às crianças e adolescentes:

(...) com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.19-20. grifos no original)

Conferindo atenção ao amparo estatal às pessoas em desenvolvimento, o ministro faz breve menção ao histórico de proteção à infância e adolescência a partir do Código Criminal no Império, de 1830, até a indicação de leis esparsas produzidas após o ano 2000, as quais produziram alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, e no Código Penal, no sentido de tornar mais gravosa a intervenção jurídico-penal nos casos de pornografia infantil, favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Esse lento, porém constante, **progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente** não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.22. grifos no original).

E, portanto, ainda de acordo com o ministro Schietti, é com fundamento no princípio da proteção integral que se deve afastar qualquer argumento que infirme o escopo objetivo de aplicação do art. 217-A do Código Penal.

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.480.881/PI. Relator Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015, p.22-23. grifos no original)

Ao negar a possibilidade de que os magistrados avaliem o contexto sociocultural e familiar da suposta vítima de estupro de vulnerável, o ministro Rogério Schietti defende que a questão em discussão é essencialmente jurídica, pois decorre da adoção “de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes”. (BRASIL, 2015b, p. 23) e não de um viés moralista.

Entretanto, o ministro admite uma exceção aos argumentos expostos:

É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do **casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos,** relacionamento amoroso, **resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos** – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais. (BRASIL, 2015b, p. 23). Grifou-se.

Assim, de acordo com o voto, em regra, seria preciso observar um dever de abstenção quanto aos menores de catorze anos, sendo inapropriado atribuir ao

consentimento dessas pessoas a possibilidade de excluir a tipicidade da conduta de atos libidinosos ou conjunção carnal, especialmente após a Lei 12.015/2009.

Segundo Rogério Schietti,

a tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas. (BRASIL, 2015b, p. 32). Grifou-se.

Como oposição a esta tradição, competiria ao direito estabelecer uma idade mínima para que os adolescentes pudessem consentir livremente com o ato sexual. O que, no Brasil, teria ocorrido com fundamento em um documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*). De acordo com a tradução feita, embora não haja norma internacional que indique a idade mínima para o consentimento sexual, o Comitê da Convenção dos Direitos da Criança considerava treze anos um patamar muito baixo. Por fim, o ministro argumenta que a legislação brasileira está alinhada com a de outros países, fazendo menção expressa às normas de três estados norte-americanos e da Itália.

Pois bem, a despeito das características e circunstâncias do caso concreto que deu azo ao julgamento, o destaque aos argumentos jurídicos utilizados no acórdão é útil, pois eles têm se multiplicado nos julgamentos do STJ, e nos tribunais estaduais. O reflexo disso é a fixação de uma nova dinâmica de tratamento jurídico das práticas sexuais envolvendo crianças e adolescentes até os catorze anos, pautada pelo proibicionismo e conservadorismo.

Sob a ótica da antiga tutela aos costumes, e antes da Constituição de 1988, afastar a possibilidade de expressão da sexualidade abaixo dos catorze anos talvez não causasse espanto, pois se poderia cogitar a viabilidade de utilização da intervenção punitiva para fins de preservação de tabus e de um modelo de moral sexual. Embora possa parecer desarrazoado, é a preservação desses valores que se revelava, por exemplo, na previsão de extinção de punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, em vários dos crimes contra os costumes (previsão do artigo 107, inciso VII, do Código Penal, revogado pela Lei 11.106/2005).

Entretanto, a partir Constituição de 1988, a valorização dos indivíduos sob a perspectiva de sua dignidade, liberdade e autonomia privada não se compatibiliza com essa ordem de ideias. Poder-se-ia objetar que os referidos valores constitucionais aplicados ao campo da sexualidade são próprios da análise da conduta de adultos. Contudo, em atenção ao microssistema jurídico de defesa da criança e do adolescente, fundados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto 99.710/1990), é de se conferir à pessoa em desenvolvimento todos os direitos fundamentais, sem prejuízo da proteção integral que lhe é assegurada. (artigo 3º, ECA).

O reflexo disso no campo da sexualidade diz respeito à necessidade de compatibilização dos direitos de liberdade e saúde sexual ao estado de maturidade física e mental da pessoa em desenvolvimento. No entanto, essa postura de respeito ao desenvolvimento das crianças e adolescentes é desafio que ultrapassa a mera efetivação de direitos previstos no ECA: é um desafio ao discurso de negação à subjetividade das pessoas em desenvolvimento, tema que será abordado no próximo capítulo deste trabalho.

2.3 A Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018 e o recrudescimento da (pseudo) tutela à dignidade sexual dos adolescentes vulneráveis

Os argumentos apresentados no julgamento do Recurso Especial 1.480.881/PI repercutiram não apenas na edição da súmula 593, publicada em novembro de 2017, mas também serviram de inspiração para a alteração legislativa promovida pela Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, cujo art. 2º previu, entre outras alterações, o acréscimo do parágrafo 5º ao artigo 217-A, com a seguinte redação “as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

A alteração legislativa foi indicada pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, na Câmara dos Deputados, durante a tramitação do Projeto de Lei 5.452 de 2016. O texto relativo ao mencionado §5º foi aprovado sem alterações nas duas casas do Congresso Nacional e se baseou nos seguintes argumentos:

A adoção desse dispositivo tem por objetivo conferir maior proteção à pessoa vulnerável, sobretudo para impedir a sedimentação de entendimentos jurisprudenciais que afastem a incidência do crime de estupro de vulnerável pelo fato de a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores à ocorrência do crime, mormente porque o dispositivo referido adota critério objetivo para a caracterização da vulnerabilidade, qual seja, ser a vítima menor de quatorze anos de idade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017, p. 5).

Trata-se, portanto, de reação legislativa que busca inibir o debate jurisprudencial acerca do reconhecimento da ausência de lesividade, em concreto, do bem jurídico tutelado pelo art. 217-A, reforçando ainda o comando abstrato de abstenção quanto à realização de práticas sexuais envolvendo menores de 14 anos, ignorando a possibilidade de diferentes estágios de desenvolvimento da maturidade e consciência corporal e sexual de cada indivíduo.

Conforme se verá no capítulo seguinte, o marco etário apontado sequer guarda coerência ou justificativa em relação às demais normas que tutelam os direitos da infância e adolescência. Além disso, a alteração legislativa se mostra distanciada dos debates doutrinários e legislativos acerca da adequada tutela legal conferida ao menores de idade, os quais têm apontado para a necessidade de maior harmonia legislativa, tratando diferentemente crianças e adolescentes.

Exemplo do que se afirmou é a proposta contida no texto do Projeto de Lei 236 de 2012, que trata do anteprojeto de Código Penal, cujo texto original proposto pela comissão de juristas apresenta no art. 186 o tipo penal chamado estupro de vulnerável com a seguinte descrição “manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos. Pena – prisão de oito a doze anos” (SENADO, 2012, p. 74).

Se a alteração promovida pela Lei 13.718/2018 aparentemente põe fim à histórica divergência jurisprudencial mencionada no trabalho, a restrição interpretativa formulada pelo Legislativo deve, por outro lado, impulsionar os debates doutrinários acerca da matéria. Isso porque a defesa dos direitos das crianças e adolescentes deve se pautar pela busca da máxima efetividade dos direitos a elas reconhecidos, não se quedando ao argumento de que a maior proteção se compatibiliza com a mera proibição, tal como fizeram os legisladores.

3 DA INDIFERENÇA AO STATUS DE SUJEITOS DE DIREITOS: A TUTELA ESTATA L AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O PAULATINO RECONHECIMENTO AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Tomando-se como marco temporal os primeiros decênios do século XIX, que delimitam o processo de elaboração de normas jurídicas próprias do recém-declarado independente Estado brasileiro, identificam-se poucas iniciativas legislativas no tocante à tutela dos indivíduos que ainda não haviam alcançado a maioridade.

A análise dessa conquista paulatina de direitos deve-se dar de forma abrangente. Isso porque o reconhecimento de direitos às crianças e adolescentes, entre os quais os direitos sexuais, delimitam-se no campo cível, competido ao direito penal, ramo caracterizado pelo princípio da *ultima ratio*, a tutela excepcional aos direitos e valores já reconhecidos, sob a ameaça de pena.

Assim, tomando por pressuposto a importância dos direitos conferidos na seara cível, verifica-se que, apenas no século XX, foram envidados os primeiros esforços em direção à tutela jurídica peculiar à infância, a qual identificava os menores de idade²⁴ como objetos destinatários de regramentos e proteção jurídica, contexto que não comportava a ideia de reconhecimento de direitos sexuais a esses indivíduos. Apenas a partir da década de 1980 é que são identificadas as primeiras iniciativas de discussão dos direitos reprodutivos dos adolescentes e, posteriormente, o reconhecimento incipiente do direito à manifestação da sexualidade. Ainda hoje, conforme será sustentado a seguir, o reconhecimento aos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas em desenvolvimento é tema controverso, o que, não raro, acarreta na proteção ineficaz desses direitos.

Já no campo criminal, é possível notar que a partir do Código Criminal do Império de 1830²⁵ são previstas sanções mais gravosas aos crimes sexuais cometidos contra vítimas de tenra idade²⁶. Essa maior reprovabilidade de crimes sexuais

²⁴ Em que pese a atual inadequação do uso da expressão “menores de idade”, justifica-se o seu emprego, em parte do texto, em observância ao período histórico e à carga preconceituosa que o caracteriza.

²⁵ As indicações legislativas que fundamentam tal afirmação são abordadas no Capítulo 4, item 4.2.

²⁶ É digno de nota que apesar da previsão legal mencionada, o passado escravocrata brasileiro repercutiu no tratamento conferido às filhas de família, às moças brancas, de bem e cristãs, e às crianças indígenas e escravas, as quais eram objeto de todo tipo de abuso e violência, na medida em que eram consideradas propriedades, eram objetificadas, e, portanto, não eram reconhecidas como pessoas, como sujeitos de direitos. Em que pese o Código Criminal ser posterior à abolição da escravatura e não se poder extrair tal informação a partir da literalidade de seu texto, é sabido que

cometidos contra crianças e adolescentes foi reproduzida em legislações posteriores, e ainda se faz sentir na legislação atual, seja em razão da figura do estupro qualificado pela idade da vítima (art. 213, §1º, segunda parte, CP), seja em razão do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a título de exemplo. O que se irá discutir é se a maior reprovação da conduta do sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, segundo a interpretação que lhe confere a atual jurisprudência do STJ, importa em preservação ou negação ao desenvolvimento sexual.

Considerando, pois, as razões apresentadas, a seguir se fará uma breve exposição da paulatina conquista de direitos pelas crianças e adolescentes ao longo do século XX, identificando o momento de surgimento dos direitos reprodutivos e sexuais, bem como destacando o quanto o reconhecimento tardio daquelas pessoas como sujeitos de direitos repercute no (des)respeito à sua aptidão para expressão da própria sexualidade.

3.1 Do Código Mello de Mattos ao Estatuto da Criança e do Adolescente: breves considerações acerca da paulatina conquista de direitos na infância

Após a independência do Brasil, permaneceram vigentes as disposições das Ordenações Filipinas quanto à matéria cível até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Tanto no Livro Quarto das Ordenações, quanto no Código Civil de 1916, observa-se completa indiferença aos direitos da infância. Em suma, as disposições direcionadas aos menores de idade relacionavam-se à capacidade civil, algumas disposições quanto aos contratos, sucessões e sobre o casamento²⁷.

O silêncio legislativo foi rompido pela Lei 4.242 de 03 de janeiro de 1921, a qual estabeleceu o orçamento público para o exercício de 1921, reservando dotação orçamentária para que a União criasse estruturas de atendimento aos menores que se encontrassem em situação de abandono ou delinquência.

Art. 3. Fica o Governo autorizado: I. A organizar o serviço de assistência e proteção á infância abandonada e delinquente, observadas as bases seguintes: a) construir um abrigo para o recolhimento provisório dos menores

alterações legislativas não rompem com práticas culturalmente arraigadas. Essa distinção de tratamento poderia também gerar reflexões para os comportamentos culturalmente aceitos na atualidade, no sentido de se questionar se os direitos sexuais, e demais direitos das crianças e adolescentes, têm sido pensados de forma verdadeiramente abrangente, ou se permanecemos criando leis, teorias e políticas públicas voltadas para as pessoas de boa família.

²⁷ Assim os artigos: 5º, 6º, 9º, 154, 183, 185, 214, 326, 379 e 384 do Código Civil de 1916.

de ambos os sexos que forem encontrados abandonados ou que tenham cometido qualquer crime ou contravenção; b) fundar uma casa de preservação para os menores do sexo feminino, onde lhes seja ministrada educação doméstica, moral e profissional. c) Construir dos pavilhões, anexos à Escola Premunitória 15 de Novembro, para receberem os menores abandonados e delinquentes, aos quais será dada modesta educação literária e completa educação profissional, de modo que todos adquiram uma profissão honesta, de acordo com as suas aptidões e resistência orgânica.(...) (BRASIL, 1921).

A referida lei orçamentária estabeleceu as hipóteses que caracterizavam o abandono, a perda do poder familiar, entre outras disposições que convergiam para a configuração do que posteriormente denominou-se “fase da situação irregular”, cuja característica principal é a de considerar os menores de idade como destinatários passivos da tutela jurídica, ou seja, como objetos de proteção.

Esta ótica se fez presente também no Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, também conhecido como Código de Menores ou Código Mello Mattos. O primeiro documento legislativo que trata exclusivamente do tema da infância define, no artigo 1º, seu objeto e fim: “o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.” (*sic*).

Assim como na Lei orçamentária de 1921, o Código tem como parâmetro a fixação de disposições indistintas aos menores em conflito com a lei penal e aqueles que eventualmente não se amoldassem nos parâmetros de normalidade social ou estivessem sem amparo parental e familiar, aos quais se atribuía o *status* de abandonados.

Ao anunciar o propósito de estabelecer normas de assistência e proteção aos menores em situação de abandono e delinquência, o referido Decreto, em verdade, retrata uma das características do positivismo criminológico brasileiro, pois atribui relevância aos aspectos sociais como fatores influenciadores de comportamentos indesejados, estabelecendo medidas de controle, as quais competiriam aos pais, familiares, tutores, juízes e instituições estatais.

Exemplifica tal afirmação o fato do Código considerar como abandonados os menores de 18 (dezoito) anos que se encontrem eventualmente sem habitação certa ou meios de subsistência em razão da enfermidade dos pais, e os que frequentem locais de jogo ou de moralidade duvidosa (BRASIL, 1927, artigo 26), estabelecendo como repercussão jurídica possível sua apreensão e depósito em lugar conveniente, para fins de guarda, educação e vigilância (BRASIL, 1927, artigo 55). Entre os locais

indicados para fins de internação estavam hospitais, asilos, institutos de educação, escolas de preservação ou escolas de reforma, os quais também se destinam à recepção dos menores identificados como delinquentes.

Sendo assim, a cultura de internação – ou depósito, nos dizeres do Código – não distinguia aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade social e familiar, daqueles acusados de cometer condutas tipificadas como crimes ou contravenções, o que reforça a crítica quanto à desatenção aos direitos das crianças e adolescentes e sua reificação no âmbito jurídico.

As disposições do Código acerca das manifestações de sexualidade dos menores de idade eram coerentes com a tônica moralista e pseudoprotetiva já indicada²⁸. Isso fica evidenciado ao designar como libertinos os menores que, com habitualidade, perseguissem ou convidassem companheiros ou transeuntes para a prática de atos obscenos; assim como aqueles que se entregassem à prostituição, vivessem em casa de prostituta ou frequentassem casa de tolerância para a prática de atos obscenos; aqueles que fossem encontrados em qualquer casa, ou lugar não destinado à prostituição, praticando atos obscenos com alguém, ou ainda aqueles que vivessem da prostituição alheia. (BRASIL, 1927, artigo 30).

Nota-se, a partir do exposto, que o Código não se mostra alheio ao desenvolvimento da sexualidade dos menores, mas confere ao exercício das práticas sexuais tônica pejorativa e repressiva²⁹.

Os libertinos figuravam no rol dos indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, considerados menores abandonados, sobre os quais poderiam recair medidas interventivas a cargo dos pais, do tutor, do guardião ou do Estado. Estas medidas, em linhas gerais, voltavam-se ao reestabelecimento da regularidade da situação do menor, expressão que remonta à fixação de padrões comportamentais socialmente aceitáveis, destacando-se a possibilidade de imposição aos pais ou responsáveis de adotarem medidas úteis à “moralidade do menor”. (BRASIL, 1927, artigo 55).

²⁸ É oportuno observar que durante o período de vigência do Código Mello Mattos intensificou-se o debate acerca dos direitos humanos no plano internacional, com destaque para a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968, ocorrida em Teerã. Apesar dos avanços alcançados, mesmo no plano internacional, não se verifica a preocupação em assegurar os direitos sexuais e reprodutivos. Se esta foi a postura assumida em relação aos adultos, em relação aos adolescentes a postura é de invisibilidade e ausência de parâmetros protecionistas.

²⁹ Nas primeiras décadas de vigência do Código de Menores, essa tônica pejorativa e repressiva era o único parâmetro legal de abordagem da sexualidade de não adultos. Mesmo não rompendo com essa tônica, em 1954, a lei 2.312 passa a tratar da questão sob a perspectiva da saúde e da higiene, ao implantar normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, além de introduzir a educação sanitária e higiene nos currículos escolares.

Ainda quanto à questão do tratamento de comportamentos libertinos, é preciso destacar que o Código Mello Mattos não fixa um parâmetro etário para a identificação de condutas de natureza sexual entre os menores, o que permite inferir que não há uma pré concepção quanto à idade mínima a partir da qual se reconhece o início do desenvolvimento da sexualidade³⁰. Por outro lado, é possível identificar o reconhecimento legislativo de maior maturidade a partir dos 14 (catorze) anos, vez que somente se submeteria a um procedimento persecutório de natureza jurídico-penal o menor com idade superior àquela (BRASIL, 1927, artigo 69), estabelecendo-se também a mesma idade como limite para o acesso ao trabalho, que era proibido até os doze anos, mas admitido aos maiores de doze e menores de catorze que tivessem completado a instrução primária. (BRASIL, 1927, artigo 102).

A identificação do maior grau de maturidade aos catorze anos é arbitrária, pois não se esclarece a opção legislativa na exposição de motivos da lei, tampouco são identificados subsídios em outros ramos do conhecimento que permitam estabelecer alteração biopsicológica que justifique o marco cronológico estabelecido.

É relevante destacar o surgimento do uso indiscriminado de marcos temporais para se reconhecer direitos, ou mesmo se admitir a intervenção estatal na esfera individual. Isso porque a idade de catorze anos permanece sendo utilizada no campo jurídico-penal como marco etário de reconhecimento da maturidade sexual (o que se evidencia pela redação do revogado artigo 224, alínea a, e do atual artigo 217-A, *caput*, ambos do Código Penal) sem que se possa justificar a opção legislativa a partir de dados ou estudos interdisciplinares realizados com crianças e adolescentes.

A opção legislativa de tratar negativamente o tema e deixar à margem discussões quanto ao desenvolvimento da sexualidade dos menores passa por tímida alteração quando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 5.692/1971) estabelece, em seu artigo 10, que “será instituída obrigatoriamente a Orientação Educacional, incluindo aconselhamento vocacional, em cooperação com os professores, a família e a comunidade” (*sic*) (BRASIL, 1971, artigo 10). Esta norma seria regulamentada poucos anos depois pelo Ministério da Educação, por meio do Conselho Federal de Educação, o qual expediu o Parecer 2.264/1974, que previu a

³⁰ Este é um dado relevante, pois a imposição de limites às expressões da sexualidade é uma construção forjada a partir da modernidade (FOUCAULT, 2013). A repercussão do discurso de poder que constrói comportamentos no campo da sexualidade chega ao Brasil com o atraso característico das demais expressões do pensamento moderno europeu, o que justifica a não reprodução dessa perspectiva inibidora na legislação do início do século XX.

abordagem da saúde e da sexualidade nas escolas como conteúdos integrantes da orientação educacional (MOARES, VITALLE, 2015) ³¹. De acordo com o parecer, as abordagens relacionadas à saúde sexual deveriam ser voltadas para os alunos do 2º grau, o que contemplaria os jovens com idade variável entre 14 e 18 anos, reforçando o reconhecimento da maturidade a partir do marco etário já mencionado.

As demais normas e programas governamentais da década de 1970, quanto ao desenvolvimento da sexualidade dos menores, foram voltadas à atenção à gestante em tenra idade. Exemplificam estas iniciativas o Programa de Saúde Materno-Infantil, de 1975, o qual visou atender pessoas de 5 (cinco) até 19 (dezenove) anos de idade; a Lei 6.202/1975, que estabelece o regime domiciliar de estudos para gestantes estudantes a partir do oitavo mês de gravidez e no curso da licença maternidade; bem como o Programa de Prevenção da Gravidez de Alto Risco, de 1978, voltado especialmente para a gravidez na adolescência.

Na sequência, o Código Mello Mattos foi revogado pela Lei 6.697/1979, a qual institui o Código de Menores. Em que pese a inovação, a lei dá continuidade ao modelo implementado nos anos 1920, o que se evidencia já no artigo 1º, o qual enuncia que o texto legislativo fixa normas acerca da assistência, da proteção e da vigilância dos menores de até 18 (dezoito) anos que se encontrassem em situação irregular. (BRASIL, 1979, artigo 1º).

Embora o Código de Menores não utilize a expressão “menores abandonados”, a descrição legal do que se considera situação irregular engloba hipóteses de vulnerabilidade econômica e social, maus tratos, cometimento de infração penal e perigo moral – caracterizado pelo fato do menor “encontrar-se, de modo habitual, em

³¹ O referido Parecer foi elaborado no contexto de estudos de um grupo de trabalho do Conselho Federal de Educação para a implantação de programas de saúde nas escolas de ensino de 1º e 2º graus. Na definição dos conteúdos a serem ministrados, a comissão identificou que para os alunos do 2º grau deveriam ser proporcionados conhecimentos “referentes à evolução puberal, educação sexual, gestação, puericultura e saúde mental. (...) O ensino deve objetivar que o aluno adquira paulatinamente e em consonância com seu desenvolvimento físico e mental hábitos e prática de higiene, conhecimento sobre anatomia e fisiologia humanas, profilaxia de doenças, regras básicas de nutrição e saúde mental, medidas e atitudes de segurança no lar, na escola, no trabalho, no trânsito, no esporte e diversões, do crescimento e desenvolvimento do homem, inclusive noções de puericultura e da legislação dos recursos de saúde disponíveis em sua comunidade. (...) A profundidade dos conhecimentos ensinados, a intensidade e extensão das atividades serão condicionadas pelos recursos didáticos e pelo nível de desenvolvimento local. Serão necessariamente diferentes em escolas rurais e urbanas. O importante é que o aluno adquira os hábitos e conhecimentos necessários para manter e, eventualmente, melhorar as condições de higiene própria e de seu meio e para cuidar da conservação de sua saúde, tomando medidas de profilaxia ao seu alcance, bem como conheça o essencial para que no momento próprio venha a assumir suas responsabilidades na criação de seus filhos (...)”. (BRASIL, 1974, p. 72/73).

ambiente contrário aos bons costumes” ou no caso de “exploração em atividade contrária aos bons costumes”. (BRASIL, 1979, artigo 2º).

Especialmente no campo da sexualidade, o Código de Menores mantém o silêncio legislativo em torno dos direitos sexuais e reprodutivos, e as poucas menções que relacionam a expressão da sexualidade com menores de idade se dá de modo depreciativo, tal como o mencionado perigo moral, e a realização de atividades que desafiam os bons costumes, sem que haja qualquer referência legislativa que permita compreender qual seria o alcance pretendido com o uso de tais expressões.

Em que pesem as apontadas continuidades, o Código supracitado prevê que sua aplicação deverá levar em consideração a proteção dos interesses do menor, com prevalência sobre outros interesses ou bens juridicamente tutelados (BRASIL, 1979, artigo 5º), bem como indica que deve ser observado o contexto socioeconômico e cultural do menor e seus pais ou responsável, além de prever que a aplicação da lei contará com o estudo de cada caso por equipe técnica, sempre que possível. (BRASIL, 1979, artigo 4º). Tais disposições demonstram importante avanço formal quanto à proteção da infância, posto que colocam em destaque os interesses do menor e se mostram sensíveis às influências sociais, culturais e econômicas na formação e desenvolvimento dos indivíduos.

Entretanto, a narrativa legislativa revela, em verdade, a preocupação em regular os direitos dos pais, ou responsáveis, o que esvazia o conteúdo formalmente protetivo das previsões contidas nos mencionados artigos 4º e 5º.

Apesar da ausência de enfrentamento do tema da sexualidade infanto-juvenil³² na legislação interna, no plano internacional intensificaram-se discussões sobre o tema. Como desdobramento da previsão de direitos reprodutivos da mulher, afirmados no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em 1984, na Holanda, compreendeu-se a necessidade de se realizarem ações de atenção à saúde também das adolescentes, o que ocorreu a partir do Programa de Assistência Integral da Saúde da Mulher. Este programa, entre outras pautas, dedica-se à abordagem da gravidez na adolescência, doenças sexualmente transmissíveis e mudanças de

³² Embora atualmente o termo revele uma imprecisão, pois de acordo com o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/ 2013) são consideradas jovens as pessoas entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, historicamente o termo serviu para se fazer referência à fase da infância e adolescência, que é o sentido que se quer atribuir ao longo do texto. Oportuno que se esclareça que entre as referências consultadas um autor faz uso da expressão “infanto-adolescente”, a qual é mais precisa, mas ainda não largamente utilizada pela doutrina especializada.

comportamento na sociedade. (MOARES, VITALLE, 2015). De modo semelhante, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 apenas tangencia a questão da sexualidade das crianças³³, prevendo no artigo 24 medidas educativas voltadas à orientação, à saúde e à reprodução.

No Brasil, nos últimos anos da década de 1980, temas como a gravidez precoce, e outros considerados relevantes para a população infanto-juvenil, como a violação de direitos das crianças pobres, incentivaram o Movimento de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, cuja mobilização repercutiu nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte, resultando no reconhecimento de direitos individuais e sociais às crianças e adolescentes nos artigos 227 e 228 da Constituição de 1988: os direitos e a proteção especial previstos na Constituição foram consolidados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) - o Estatuto inaugura a fase de proteção integral da criança e do adolescente, identificando-os como sujeitos de direitos, conferindo-lhes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de envolver a família, a sociedade e o Estado neste projeto de protagonismo das pessoas em desenvolvimento.

Esta alteração legislativa se insere no movimento mundial de valorização dos direitos humanos e da cidadania, de reconfiguração do modelo de sociedade e de família, que implicam na necessária reconfiguração das relações estabelecidas entre os adultos e as crianças e adolescentes.

No contexto familiar, o que se verifica é a progressiva ruptura com o modelo patriarcal, histórico da família brasileira, centrado na autoridade masculina e na hierarquia. Neste modelo, os filhos – sobretudo os menores de idade – eram subjugados ao poder paterno, reproduzindo o modelo jurídico que identificava a população infanto-juvenil como objeto de tutela. Com valores significativamente diferentes, o modelo de família eudemonista não se funda na autoridade de um indivíduo ou em relações hierárquicas. A nova configuração familiar se compromete com o desenvolvimento de seus membros, com relações de respeito, comunhão e afeto recíprocos. Essa configuração permite às crianças e aos adolescentes novo campo de desenvolvimento, coerente com a proteção integral, vez que a obediência e a invisibilidade cedem espaço para a igualdade, a autonomia, a liberdade, a responsabilidade e o reconhecimento progressivos.

³³ Ressalta-se que, nos dizeres da Convenção, considera criança todo ser humano com menos de 18 (dezoito) anos de idade. (BRASIL, 1990 b, art. 1º).

O campo de garantias e direitos das crianças e dos adolescentes nos anos 1990 também sofreu a influência de novos debates internacionais acerca dos direitos humanos. Tendo como marco a segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1993, realizada em Viena, passou-se a discutir que a efetivação dos direitos humanos não estava relacionada apenas à formulação de enunciados amplos, tal como a Declaração de Direitos Humanos de 1948. Entendeu-se que a complexidade das sociedades demandava a especificação de direitos humanos, para melhor promoção dos direitos de grupos minoritários que historicamente foram negligenciados ou excluídos, a exemplo das mulheres e das crianças.

A Conferência de Viena também recomendou que se eliminassem todas as formas de discriminação baseadas no sexo, a fim de que fosse prestigiado o desenvolvimento harmonioso da personalidade de meninas e meninos, aos quais deveriam ser garantidos ambiente familiar seguro e proteção plena. Além disso, na Convenção, se retomou o tema do planejamento familiar e da violência sexual, com destaque para a exploração sexual infanto-juvenil, pornografia infantil e estupro, com reforço à necessidade de espaços de proteção especiais para os grupos minoritários e vulneráveis a estes crimes.

As discussões proporcionadas pela Convenção de Viena permitiram identificar alteração sensível do escopo dos direitos humanos, que passava a abrigar novos direitos e novos sujeitos de direitos, com destaque para a inclusão de direitos sexuais e a inclusão das crianças e adolescentes.

Entretanto, os discursos em torno dos direitos sexuais permaneciam majoritariamente com conotação negativa, tanto no cenário interno, quanto no cenário internacional³⁴: a preocupação não era propriamente refletir sobre as implicações de se reconhecer os direitos sexuais como direitos humanos, mas lidar com problemas relacionados ao sexo, como violência, abuso, gravidez precoce e mortalidade das gestantes.

No Brasil, também se faz um recorte do debate em torno da sexualidade infanto-juvenil, não pela via do reconhecimento dos direitos sexuais, mas pela via do

³⁴ Uma exceção no plano internacional pode ser identificada nos debates ocorridos na Conferência Mundial sobre a População, ocorrida no Cairo em 1994. Nela foram discutidos os direitos de cidadania das mulheres a partir da ideia de autodeterminação de seus corpos e relações, sem que essas questões fossem necessariamente articuladas com a ideia de violência. Foram também destacados os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos. Entretanto, não se pôde identificar a transposição desse discurso positivo para o campo de desenvolvimento da sexualidade das crianças e adolescentes.

controle e da disciplina, operacionalizados a partir de inúmeras normas que abordavam a questão sob a ótica da saúde e/ou da educação.

Nesse sentido, é possível destacar que a partir da previsão de estabelecimento de uma política pública de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (ECA, art. 86 e seguintes), o Poder Executivo, por atuação dos Ministérios da Saúde e da Educação, bem como o Poder Legislativo, e o Conselho Federal de Medicina, estabeleceram uma série de normas voltadas à promoção da saúde sexual; procedimentos educativos sobre transmissão e prevenção do vírus HIV; planejamento familiar, como direito de todo cidadão, admitindo-se a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes mediante autorização judicial; maior controle das mortes maternas; melhoria de dados da vigilância epidemiológica de óbitos de mulheres em idade fértil, dos 10 aos 49 anos; orientação sexual como direito, a partir de abordagem transversal dos temas nas escolas³⁵.

A perspectiva de inclusão dos adolescentes verificou-se na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento Cairo + 5, ocorrida em 1999, oportunidade em que a ONU realizou avaliação das estratégias estabelecidas no encontro anterior e as atualizou. A Conferência chamou a atenção para a necessidade de redução da mortalidade materna, e para maior atenção à saúde reprodutiva dos adolescentes, incluída a prevenção às doenças sexualmente transmissíveis, notadamente para a AIDS. Foram elaboradas recomendações, entre as quais a inclusão e o protagonismo dos jovens em discussões relativas à saúde sexual e reprodutiva, igualdade e equidade de gênero, conduta sexual responsável, prevenção de violência sexual, além da prevenção da gravidez precoce e da mortalidade materna.

Essa nova abordagem da sexualidade juvenil foi desenvolvida no Brasil, sobretudo, a partir dos anos 2000, novamente com o enfoque nos campos da saúde e da educação, voltadas à redução da morte materna e neonatal, orientação e educação sexual, planejamento familiar e combate ao abuso e à violência sexual.

No campo da orientação e educação sexual, deve-se destacar o Programa Saúde Integral de Adolescentes e Jovens, desenvolvido pelo Ministério da Saúde em

³⁵ Os temas mencionados podem ser encontrados nos seguintes documentos: Portaria Interministerial n. 796, de 29/05/1992, dos Ministérios da Educação e Saúde; Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996; Resolução 256 do Conselho Nacional de Saúde, de 01 de outubro de 1997; Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996;

2007. No manual do Programa são definidas diretrizes de atendimento pautadas nos seguintes pilares:

Na organização da atenção à saúde do adolescente e do jovem devem ser levados em consideração os seguintes aspectos:

- **adequação dos serviços de saúde às necessidades específicas de adolescentes e jovens, respeitando as características da atenção local vigente e os recursos humanos e materiais disponíveis;**
- **respeito às características socioeconômicas e culturais da comunidade,** além do perfil epidemiológico da população local;
- participação ativa dos adolescentes e jovens no planejamento, no desenvolvimento, na divulgação e na avaliação das ações. (BRASIL, 2007, p.1) Grifou-se.

Nos inúmeros atos de natureza normativa elaborados a partir dos anos 2000³⁶, verifica-se o reconhecimento de atividades sexuais pelos adolescentes, e eventualmente por crianças. Reconhece-se ainda a necessária autonomia entre os direitos sexuais e reprodutivos e a necessária atenção e promoção a tais direitos, como expresso nas Diretrizes Nacionais para a Atenção Integral à Saúde de Adolescentes e Jovens na Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde:

Pessoas jovens são reconhecidas como sujeitos de direitos sexuais e direitos reprodutivos, afirmados como Direitos Humanos e que aportam condições para o alcance da igualdade de gênero. A consciência desse direito implica em reconhecer a individualidade e a autonomia das pessoas jovens, estimulando-os a assumir a responsabilidade com sua própria saúde. Nas faixas mais baixas da adolescência, como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, e a caminho para a autonomia, eles e elas ainda necessitam de proteção aos seus direitos de cidadãos o que não impede de que sejam estimulados a se responsabilizarem também pelo autocuidado à saúde.

(...)

Na atenção integral às adolescentes grávidas para a redução da mortalidade materna tem-se como prioridade: (...)

- inserir o desenvolvimento de um trabalho educativo em saúde que respeite as necessidades específicas das pessoas jovens sobre a saúde sexual e saúde reprodutiva, com informações científicas e claras, sobre as abordagens de gênero, dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, especificidades étnico/raciais, e de livre orientação sexual, levando em consideração, também, as diferenças de inserção sociocultural, a forma de organização de povos específicos, entre eles os índios, os ciganos, os quilombolas e outras

³⁶ A título exemplificativo: Portaria 1.508/ 2005 do Ministério da Saúde; Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento de 2005, Lei 11.108/2005; Marco Teórico Referencial: Saúde Sexual e Saúde Reprodutiva de Adolescentes e Jovens, elaborado pelo Ministério da Saúde em 2006; Resolução 1.811 do Conselho Federal de Medicina, de 2006; Decreto 6.286 de 2007; Lei 11.664 de 2008; Lei 12.010 de 2009; e Lei 12.015 de 2009.

populações tradicionais, garantindo, desse modo, maior assimilação e resolubilidade (...). (BRASIL, 2010, p. 01).

Não obstante todos os avanços apontados, é preciso questionar se a identificação das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, nos moldes formulados pela teoria da proteção integral, repercute efetivamente no reconhecimento de seus direitos sexuais. É possível notar que, sob o aspecto quantitativo, a sexualidade de crianças e adolescentes tem mobilizado inúmeras iniciativas educacionais e de saúde. Contudo, tais iniciativas refletem a ruptura com a postura *adultocêntrica*? Qualitativamente, essas leis, diretrizes, resoluções não estariam ainda reproduzindo o modelo de tutela, segundo o qual crianças e adolescentes seriam objeto de interesses e desmandos dos adultos?

Tais questionamentos são importantes, pois eles repercutem diretamente na análise dos argumentos apresentados no julgamento do Recurso Especial 1.480.881. Com esta decisão, e a súmula que dela decorreu, estaria o STJ protegendo os direitos sexuais das crianças e adolescentes? Ou estaria reproduzindo a lógica do controle das condutas das crianças e adolescentes por não reconhecer sua capacidade de autonomia?³⁷ Refletir acerca dessas questões é também refletir a respeito da legitimidade de um controle generalista, indiferente às peculiaridades individuais dos sujeitos, e que se forja sob a justificativa de proteção dessas pessoas cuja fala não se quer ouvir.

Retomando a premissa traçada no início deste capítulo, como é possível justificar a harmonia e a racionalidade do direito interno, que de uma perspectiva cível reconhece direitos sexuais e reprodutivos, pelo menos, aos adolescentes, e de uma perspectiva jurídico-penal elabora um discurso de negação às condutas sexuais dos adolescentes de até 14 anos?

Em atenção à necessária coerência entre o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos dos adolescentes nos plano cível e repercussão jurídico-penal correlata, indeclinavelmente pautada pela subsidiariedade que caracteriza este ramo o Direito, é que, a partir deste ponto do trabalho, discussões e argumentos em torno

³⁷ Ressalta-se que a capacidade de autonomia não é absoluta segundo o artigo 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança, uma vez que o próprio dispositivo menciona que os direitos previstos na Convenção devem ser exercidos de forma adequada e de acordo com a evolução da capacidade de exercício. Assim, o texto da Convenção, tal como se sustenta no presente trabalho, aponta para a necessidade de verificação do grau de maturidade da criança e do adolescente como elemento indispensável a ser avaliado na promoção de direitos, o que, obviamente, apenas se pode avaliar no caso concreto, e não por ficção legislativa.

da ilegitimidade da intervenção jurídico-penal no desenvolvimento sexual terão como enfoque os adolescentes³⁸.

3.2 O reconhecimento de direitos sexuais dos adolescentes a partir de uma perspectiva construtivista

Conforme se constatou no subitem anterior, no contexto jurídico atual é inegável o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos³⁹ aos adolescentes, o que se evidencia pela expressiva gama de normas voltadas à educação e à orientação sexual, bem como ao atendimento e zelo com a saúde da gestante adolescente. Todavia, a incorporação desses direitos no campo normativo e no campo do discurso não necessariamente permite a afirmação da condição dos adolescentes como sujeitos de direitos.

Em que pese o comprometimento do ECA na defesa dos interesses jurídicos dos adolescentes, a histórica condição de subordinação aos interesses dos adultos ainda é um desafio a ser enfrentado, mesmo porque a elaboração do Estatuto não resulta do consenso e de um processo homogêneo de tomada de consciência acerca dos direitos das crianças e adolescentes⁴⁰.

³⁸ É preciso que se destaque, porém, que o recorte proposto não implica na concepção de que a adolescência se configura como fenômeno homogêneo. Ao contrário, é preciso reconhecer que os diferentes contextos familiares, socioculturais, econômicos, raciais e de gênero repercutem na formação e na maturidade dos indivíduos, o que é fundamental para se avaliar o grau de consciência e autonomia para o exercício de direitos, entre os quais os direitos sexuais e reprodutivos.

³⁹ Segundo uma perspectiva histórica, primeiro foram reconhecidos os direitos reprodutivos e depois os direitos sexuais aos adolescentes. Sem dúvida, ambos contribuem para a promoção do desenvolvimento sexual. Entretanto, e levando em consideração os propósitos deste trabalho, será conferido destaque aos direitos sexuais, por se compreender que sua abordagem tem maior pertinência com o conteúdo proibitivo do art. 217-A. Esclarece-se que foram realizadas pesquisas sobre os direitos reprodutivos, destacando-se duas interessantes fontes: o relatório da ONU publicado em 2018 intitulado “Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe” e o artigo de Lucia Alves da Silva Lara e Carmita Helena Najjar Abdo que aborda aspectos interessantes da gravidez precoce no Brasil. Quanto ao relatório da ONU, constatou-se que nos últimos dez anos houve um crescimento médio de 74% do índice de gravidez antes dos 15 (quinze) anos na América Latina e Caribe, existindo dados de gravidez a partir dos 10 (dez) anos, o que tem chamado a atenção da ONU para a formulação de um campo de ação específico. No artigo mencionado, elaborado por integrantes do Ambulatório de Estudos em Sexualidade Humana, Departamento de Ginecologia e Obstetrícia da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, constatou-se que a iniciação sexual no Brasil tem ocorrido aos 13 (treze) anos ou menos.

⁴⁰ Alguns doutrinadores identificam também como barreira para a consolidação do *status* de sujeitos de direitos as crianças e adolescentes a dificuldade em se estabelecer a estruturação do direito da criança e do adolescente, reputando-o como direito de menor importância. Nesse sentido: “(...) a influência do Direito Civil e do Direito Penal na conformação do Direito da Criança e do Adolescente é um vetor de grande relevância a ser considerado. A patente hegemonia do pensamento civilista - sob o paradigma de crianças e adolescentes como pessoas incapazes ou relativamente incapazes, e do pensamento penalista, sob a ótica sancionatória e punitiva voltada à proteção genérica dos bens

No Brasil, em importante trabalho de pesquisa, Pinheiro (2006) mostrou como diferentes representações de criança estiveram presentes nos debates da Constituinte. Ao lado da representação como sujeito de direitos, também estiveram presentes as representações da criança como objeto da assistência, controle, disciplinamento e repressão. O fato de ter-se afirmado, através do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que crianças e adolescentes são titulares de direitos não significou que as demais representações tenham sido automaticamente banidas da vida social. Ao contrário, persistem em maior ou menor grau e são passíveis de emergir com grande força, dependendo dos agenciamentos que se dão em torno da infância e da adolescência em determinada conjuntura. (ARANTES, 2012, p. 46).

No campo da sexualidade, às controvérsias quanto à imagem que se tem em relação à capacidade de compreensão e decisão dos adolescentes, somam-se inúmeros tabus e preconceitos. Embora o Brasil reproduza imagem de hipersensualidade e sexualidade, o conservadorismo em matéria sexual é uma realidade que se faz sentir, por exemplo, na rejeição e na violência contra casais homoafetivos, e no tratamento diferenciado da valoração de múltiplas experiências sexuais, vistas com demérito em relação à mulher e prestígio em relação aos homens.

O resultado desses paradoxos é a recorrente abordagem dos direitos sexuais de forma pejorativa, valorizando mais o debate sob o aspecto das violações do que de sua promoção. Nesse sentido,

a sexualidade de crianças e adolescentes tem sido frequentemente abordada pelo direito a partir de sua violação. Neste sentido, embora constitua um grave problema, a questão do abuso e da exploração sexual tem determinado a discussão sobre a temática.

Tal situação revela a existência de dificuldades na sociedade brasileira de aceitação e discussão do conteúdo afirmativo da sexualidade de crianças e adolescentes. Tratam-se de obstáculos decorrentes de concepções morais, bem como de um processo de socialização centrado nas crenças e interesses dos adultos. (ALEIXO, 2010, p. 3).

No mesmo sentido, é possível afirmar que

(...) é de fundamental importância a reflexão desenvolvida por diferentes autores do processo de negatização que marca a trajetória dos direitos sexuais. Como afirma Petchesky (1999, p. 26), as campanhas em favor dos

jurídicos, comprometem uma formação acadêmica que prime por uma prática do direito infanto-juvenil a partir de categorias e tipos especializados e adequados à realidade de todo o universo criança e adolescente enquanto coletividade com demandas essenciais. É nesse sentido que todo o percurso de estruturação do direito da criança e do adolescente tem encontrado barreiras para o seu avanço, sendo renegado como direito 'menor', como as próprias crianças e adolescentes por muitos anos o foram". (ORSINI, SOUZA, SILVA, 2017, p. 81).

direitos humanos das mulheres receberam em geral maior atenção quando "enfatazaram os piores horrores a que estas estavam submetidas. Tais campanhas capitalizaram a imagem das mulheres como vítimas. Um problema é que essa construção negativa dos direitos sexuais permeia o discurso geral sobre os direitos humanos". Historicamente, a violação dos direitos humanos sempre recebeu mais atenção. Parece-me que esse impasse está na própria história de afirmação dos direitos sexuais como direitos humanos nas sociedades modernas. Esse debate em torno da violação está entre os desafios colocados para aqueles que pretendem contribuir com uma delimitação mais clara dos conteúdos dos direitos sexuais. Se o campo permanecer fixado em uma ideia de sexualidade ligada ao abuso, violência e coerção, dificilmente será possível a elaboração de legislações, políticas públicas e programas comprometidos com uma agenda positiva dos direitos sexuais como direitos humanos. (LEITE, 2012, p. 4)

A relevância dessa crítica para o objeto de estudo do trabalho é bastante significativa e se evidencia no Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da exploração sexual de crianças e adolescentes, a partir do qual se elaborou o projeto de lei posteriormente aprovado sob a Lei 12.015/2009.

Na época em que foi desenvolvido o trabalho da CPMI, o parâmetro legislativo para proteção das crianças e adolescentes contra o crime de estupro era o art. 224, alínea a, do Código Penal.

Nos 11 (onze) casos mencionados no Relatório da CPMI⁴¹, envolvendo menores de 14 (catorze) anos, averiguou-se a existência de prostituição ou de exploração sexual, crimes com tipificação autônoma no Código Penal. Entretanto, foram estes os casos tomados como referência pelos parlamentares para refutar a possibilidade de existirem relações sexuais consentidas e não prejudiciais ao desenvolvimento dos adolescentes entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos. Observa-se, portanto, que a lógica da CPMI foi a de afirmação dos direitos sexuais dos menores de 14 (catorze) anos exclusivamente a partir da violação desses direitos.

É inegável que o reconhecimento da sexualidade como direito nos anos 1990 foi construído a partir de debates em torno da violência e do abuso, inicialmente tendo como foco as mulheres e, posteriormente, as crianças e adolescentes. Entretanto, há décadas são empreendidos esforços no sentido de desvincular a sexualidade da violência, reconfigurando-a como algo positivo, à medida que os direitos sexuais inserem-se no escopo dos direitos humanos.

O conceito de direitos sexuais só começou a ser forjado na década de noventa do século passado, pelos movimentos de gays e lésbicas europeus

⁴¹ Os casos mencionados encontram-se descritos nas páginas 48, 57, 68, 108, 114 e seguintes, 165 e seguintes, 172, 178, 181 e seguintes, 186 e 355 do Relatório da CPMI.

e norte-americanos e passou também a ser assumido por setores do movimento feminista. O conceito de direitos sexuais foi forjado na perspectiva de descolar a sexualidade da reprodução e da patologia. Ele dissemina a ideia da sexualidade como algo positivo em si mesmo, um direito humano, não necessariamente ligado à violência, ao casamento ou à reprodução. Estrutura-se, assim, como um dispositivo político no campo dos direitos humanos. (LEITE, 2012, p. 4).

Se o processo de afirmação positiva dos direitos sexuais entre os adultos foi (e permanece sendo) difícil, por enfrentar preconceitos e modelos comportamentais sedimentados pelo conservadorismo, no campo da infância e adolescência tais questões são ainda mais difíceis. Isso porque ainda existe muita resistência em se reconhecer às pessoas em desenvolvimento o acesso à sexualidade sob a forma do prazer e não da vitimização. Resistência que, de algum modo, coloca xeque premissas do próprio modelo de proteção integral, pois argumentativamente é inconsistente afirmar-se que alguém tem o *status* de sujeito de direitos, nos termos previstos no art. 3º, *caput*, do ECA, e simultaneamente tornar proscritos parte desses direitos.

(...) ao ganhar expressão no campo dos direitos humanos, a ideia de direitos sexuais, construída a partir das lutas feministas e LGBT, abre espaço para que novos sujeitos passem também a ser titulares desses direitos. Os direitos sexuais podem se generalizar, passando a ser não mais direitos de alguns, mas de todos. Proponho discutir como os direitos sexuais, nessa perspectiva positiva, podem compor a agenda de direitos humanos fundamentais dos adolescentes e jovens. Contudo, não podemos perder de vista que os direitos sexuais são "um produto em construção" e que enfrentam dificuldades políticas, sociais e culturais para seu efetivo reconhecimento.

A discussão acerca da possibilidade de afirmação da sexualidade como um direito dos adolescentes pode desvelar algumas das mais complicadas dificuldades dessa construção. Os adolescentes em nossa sociedade são sujeitos de direitos? Seriam os adolescentes, assim, sujeitos de direitos sexuais? A ideia de exercício da sexualidade como direito baseia-se em princípios que podem moldar uma nova perspectiva de atuação junto a esse público, focada no prazer, na autonomia, na possibilidade de liberdade, de exercício de direitos e, por isso também, em um novo patamar de cidadania desses sujeitos. (LEITE, 2012, p. 4).

Essas críticas chamam a atenção, pois é possível observar que as narrativas e os argumentos presentes no Relatório da CPMI da exploração sexual de crianças e adolescentes reforçam os aspectos negativos da sexualidade. A identificação dessa tônica é importante para se compreender o plano de fundo de um discurso formalmente fundado na liberdade e na dignidade sexual, mas que permanece excludente em razão da negação à liberdade sexual dos menores de 14 (catorze)

anos⁴² e da desconfiança genérica quanto à capacidade dos adolescentes entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos. Afirma-se isso, pois, diferentemente do reconhecimento de direitos sexuais aos adolescentes – a essa época já explicitados em atos normativos do Ministério da Saúde e da Educação, a CPMI contenta-se em respeitar “certa liberdade sexual” daquelas pessoas. (BRASIL, 2004, p. 288).

Essa deturpação também pôde ser observada no julgamento do STJ tomado como marco teórico do trabalho⁴³. No acórdão do Recurso Especial 1.480.881, afirma-se, com fundamento no documento *Minimum age of sexual consent* do Unicef, que a fixação da idade mínima para o consentimento sexual válido aos 14 (catorze) anos estaria em consonância com o entendimento do Comitê da Convenção dos Direitos da Criança, que considerava 13 (treze) anos um patamar muito baixo para este fim. Contudo, acessando o *link* disponível no próprio acórdão, as informações relativas à idade mínima para o consentimento são as seguintes:

A idade legal para o consentimento - a idade mínima legal a partir da qual se pode decidir fazer sexo com alguém - varia um pouco ao redor do mundo.

Para dar apenas alguns exemplos da idade heterossexual de consentimento: se se está vivendo em algumas partes dos Estados Unidos, ou no Egito, esta idade é a partir dos 18 anos; na Irlanda do Norte, 17; na Namíbia, 16; na Suécia, 15; no Canadá, 14; na Coreia, 13; no México, 12. Mas 16 anos é de longe a idade mais comum de consentimento.

Em alguns países, há também diferentes idades de consentimento para meninas e meninos, e para gays e lésbicas, embora em muitos países a prática sexual homoafetiva permaneça ilegal.

Não existem leis ou diretrizes internacionais sobre a idade de consentimento, embora a Convenção sobre os Direitos da Criança preveja o direito a proteção contra todas as formas de abuso e exploração sexual. Além disso, o Comitê dos Direitos da Criança, que acompanha como os direitos das crianças estão sendo implementados em todo o mundo, argumenta que os países com baixa idade legal de consentimento devem aumentá-lo⁴⁴. (UNICEF, 2018. Tradução nossa).

⁴² De forma acrítica a comissão estabelece essa vedação, sem contudo levar em consideração as previsões contidas na Lei 12.594/2012, entre as quais a “disponibilização de ações de atenção à saúde sexual e reprodutiva e à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis” (art. 61, IV) como forma de promover a atenção integral à saúde do adolescente no Sistema de Atendimento Socioeducativo. Além disso, a lei prevê que é “assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima” (art. 68). Assim, diferentemente da CPMI, o legislador de 2012 compreendeu a necessidade de distinguir os direitos sexuais das crianças e adolescentes, reconhecendo em relação à este último grupo a possibilidade de realização de práticas sexuais.

⁴³ As críticas estendem-se à Lei 13.718, em especial quanto ao acréscimo do §5º ao art. 217-A, CP.

⁴⁴ No original: “The legal age of consent – the minimum legal age at which you can decide to have sex with someone – varies quite a bit around the world.

Além de não explicitar uma idade mínima para a iniciação sexual, o mesmo documento afirma, diferentemente do que concluiu a 3ª seção do STJ, a necessidade de que as crianças⁴⁵ sejam ouvidas:

Mesmo se você é jovem demais para votar, tem idade suficiente para ter opiniões. Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança diz que você tem o direito de expressar essas opiniões - e tê-las escutadas. Em particular, você deve ter sua opinião em decisões que afetam você, e suas opiniões devem ser valorizadas de acordo com sua idade e maturidade⁴⁶. (UNICEF, 2018. Tradução nossa).

A importância de se ouvir a opinião, e, particularmente, quanto aos atos sexuais, o consentimento, é também destacada pela UNESCO nas Diretrizes Técnicas Internacionais sobre Educação Sexual (*International technical guidance on sexuality education*) publicada no ano de 2018.

As Diretrizes fazem ampla abordagem de como deve ser elaborada a educação sexual dentro de quatro segmentos etários: dos 5 (cinco) aos 8 (oito) anos, dos 9 (nove) aos 12 (doze), dos 12 (doze) aos 15 (quinze), e dos 15 (quinze) aos 18 (dezoito) anos ou mais, proporcionando o debate de todas as temáticas dos direitos sexuais nessas quatro fases, com abordagens que respeitem o desenvolvimento médio do público alvo.

Exemplificativamente, em relação ao consentimento, à privacidade e ao cuidado quanto ao próprio corpo, as Diretrizes estabelecem que o ponto fundamental de trabalho entre as crianças de 5 (cinco) a 8 (oito) anos é a ideia de que todo mundo tem o direito de decidir quem pode tocar seu corpo, onde e de que maneira. Em

To give just a few examples of the heterosexual age of consent: If you are living in some parts of the United States, or in Egypt, it's 18; in Northern Ireland, it's 17; in Namibia, 16; in Sweden, 15; in Canada, 14; in Korea, 13; in Mexico, 12. But 16 is by far the most common age of consent.

In some countries, there are also different ages of consent for girls and for boys, and for gay men and lesbians, though in many countries gay and lesbian sex remains illegal.

There aren't any international laws or guidelines on the age of consent, though the Convention on the Rights of the Child says that you have the right to be protected from all forms of sexual abuse and exploitation. In addition, the Committee on the Rights of the Child, which keeps track of how children's rights are being implemented around the world, argues that countries with a low legal age of consent should raise it."

⁴⁵ Vale lembrar que, de acordo com a Convenção dos Direitos da Criança, no âmbito da ONU, consideram-se crianças todas as pessoas menores de 18 (dezoito) anos.

⁴⁶ No original: "Even if you are too young to vote, you are old enough to have opinions. What's more, the Convention on the Rights of the Child says you have the right to express those opinions – and have them listened to. In particular, you should have your say in decisions that affect you, and your opinions should be given 'due weight' according to your age and maturity".

relação ao grupo composto por crianças entre 9 (nove) e 12 (doze) anos, trabalha-se a importância de entender o que atenção sexual indesejada é e a necessidade de privacidade no curso do crescimento. No grupo que abrange jovens entre 12 (doze) e 15 (quinze) anos, as principais ideias trabalhadas são as de que todos têm direito à privacidade e à integridade, ao cuidado quanto ao próprio corpo, bem como o fato de que todos têm o direito de estar no controle do que farão, ou não, no campo sexual, e, portanto, devem comunicar ativamente e reconhecer o consentimento seus parceiros. Por fim, no grupo acima dos 15 (quinze) anos busca-se esclarecer que o consentimento é fundamental para uma saúde saudável, para um comportamento sexual prazeroso e consensual, além de também ser importante estar ciente dos fatores que podem afetar a capacidade de reconhecer ou dar consentimento. (UNESCO, 2018, p. 56).

Verifica-se, pois, que há, no contexto mundial, a valorização das opiniões das crianças e adolescentes, e mesmo o reconhecimento de que podem livremente consentir com práticas sexuais por volta dos 12 (doze) anos. No plano interno, o ECA também prevê a possibilidade/necessidade de se ouvir a criança e o adolescente, por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão (art. 28, §1º), além de estar expresso o direito das crianças e adolescentes serem ouvidos e a participarem nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, de sorte que sua opinião seja devidamente considerada pela autoridade judiciária competente (art. 100, parágrafo único, XII).

Portanto, se existem previsões no âmbito interno e internacional acerca da possibilidade e da necessidade de se dar voz às crianças e adolescentes⁴⁷, como medida importante para a promoção de seus direitos e interesses; se há o reconhecimento internacional e interno pacífico de que, ao menos, os adolescentes possuem direitos sexuais, não é razoável que o Direito Penal ignore esses direitos como fez na fundamentação do acórdão do REsp 1.480.881.

O plano de proteção à infância e à adolescência no atual contexto não pode deixar de ter em mira o reconhecimento desses indivíduos como sujeitos de direitos,

⁴⁷ Esther Maria de Magalhães Arantes destaca que o respeito à opinião da criança é um dos princípios filosóficos e jurídicos que norteiam a interpretação da Convenção sobre os Direitos da Criança, ao lado da não discriminação, melhor interesse da criança e do direito à sobrevivência e ao desenvolvimento. (ARANTES, 2012, p. 46)

sob o risco de que se perpetue o modelo de situação irregular disfarçado pelo modelo de proteção integral, tornando-o vazio de sentido.

(...) Há um fenômeno discrepante em que a lei parece estar mais avançada do que o contexto social a que se busca legislar.

Um dos principais efeitos desse cenário tem sido o obstáculo do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. A herança assistencialista e paternalista que permeia o percurso histórico de evolução dos direitos de crianças e adolescentes reverbera na manutenção de uma visão adultocêntrica, de modo que a autonomia e o protagonismo da criança e do adolescente encontram-se, comumente, declinados aos interesses dos adultos ao seu entorno, afetando-lhes o direito de participar da vida pública e institucional em conformidade com o desenvolvimento biológico, físico e psicossocial que lhes são inerentes. (ORSINI; SOUZA; SILVA, 2017, p. 80).

Especialmente em relação ao tipo penal do estupro de vulnerável e a interpretação que lhe conferiu o STJ desde 2015, essa distorção do modelo de proteção integral é notória, assim como é notória a perspectiva moralista em relação à sexualidade dos adolescentes.

A Lei 12.015/2009 alterou o Código Penal brasileiro o tocante aos crimes sexuais. **Embora aparente uma certa evolução, na medida em que sob o aspecto formal a questão da moralidade foi substituída pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, a legislação penal continuou refletindo uma postura proibitiva e de natureza moral sobre a sexualidade infanto-juvenil.**

A figura típica do “estupro de vulnerável” prevista no art. 217-A é exemplar manifestação dessa postura. Trata-se de dispositivo legal de manifesta influência norte-americana que criminaliza o sexo consensual com menores de 14 anos, com pena mais severa do que a correspondente ao crime de estupro convencional, em afronta ao princípio da proporcionalidade. **Partindo do pressuposto de que crianças e adolescentes menores de 14 anos não têm capacidade jurídica para consentirem na prática de atos sexuais, a legislação penal proibiu-os de se autodeterminarem sexualmente, transformando a natural experiência sexual em crime. A justificativa para tal proibição está assentada no discurso da necessidade de proteção do “desenvolvimento regular da sexualidade da criança e do adolescente”. Tal proteção foi posta a partir da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição.**

A concepção de proteção subjacente à norma penal remonta à ideologia do Código de Menores que tem o viés de tutela, do controle de menores desajustados sociais e que devem ser objeto de intervenção. A proteção que se quer dar a partir da proibição do exercício da sexualidade ignora como inerente a própria constituição humana, insuscetível de uma abordagem legalista de regulação. (ALEIXO, 2010, p.3. Grifou-se).

A proteção à sexualidade que ignora a natureza dos direitos sexuais como direitos humanos ignora também os princípios da autonomia progressiva e do melhor interesse, previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança. Esses princípios colocam a criança e o adolescente no protagonismo do seu processo de desenvolvimento, *pari passu* com sua capacidade progressiva de inserção na vida social, de tal modo que possam interferir nas escolhas relacionadas à sua vida, e, mais do que titularizarem direitos em um plano formal, possam exercê-los segundo sua condição de pessoa em desenvolvimento.

(...) a autonomia progressiva vem ao encontro da condição de sujeito de crianças e adolescentes, caracterizando-se como um espectro da expressividade desse novo sujeito que nasce pelo enfoque normativo das legislações latino-americanas a partir da década de 1990. Reconhecer que há uma autonomia progressiva é reconhecer que a infância, a adolescência e a transição para a fase adulta são um processo não abrupto, que conjuga o amadurecimento biológico ao seu encontro familiar e social.

(...) Dessa maneira, nem todas as crianças deixam de sê-lo com a mesma idade e do mesmo modo. Seria verdadeiro contrassenso imaginar que o desenvolvimento ocorresse de forma linear e realmente compartimentado em idades ou centímetros.

(...) a autonomia da criança se perfaz enquanto direito na possibilidade ativa de participação e real projeção da sua personalidade em meio social, político e jurídico, não como um igual, mas respeitado, ouvido e reconhecido em suas diferenças biológicas, físicas e psicológicas. (ORSINI; SOUZA; SILVA, 2017, p. 93).

A compreensão segundo a qual para a configuração do crime de estupro de vulnerável é irrelevante eventual consentimento da vítima merece ser revista, pois nega a autonomia progressiva aos adolescentes, negando, por consequência, a proteção integral. Além disso, proporciona a abertura para uma proteção ineficiente, pois a idade não é um parâmetro seguro de aferição do grau de maturidade⁴⁸, o qual também recebe a influência de fatores familiares, sociais, econômicos e de gênero – em que pese a afirmação em contrário da 3ª seção do STJ, que refuta a importância desses fatores para a análise dos crimes sexuais envolvendo menores de 14 (catorze) anos.

⁴⁸ No campo médico, a Escala de Tanner é por vezes utilizada para a configuração da puberdade, etapa que poderia ser relacionada à iniciação sexual. Entretanto, a Escala apenas define padrões anatômicos identificados com a puberdade, o que evidencia que, na adolescência, a idade cronológica não é um parâmetro seguro para a caracterização biopsicossocial de um indivíduo.

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 (LGL\1940\2) c/c art. 103 do ECA (LGL\1990\37)) 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 CP (LGL\1940\2) 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 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" 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.

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. (FARIA; VIANNA, 2016, p. 17-18. Grifou-se).

Em face do exposto, pode-se afirmar que a fixação de uma idade de consentimento rígida é insuficiente, e mesmo ineficiente, para a proteção do desenvolvimento sexual dos adolescentes. Embora seja este o padrão legislativo utilizado por vários países⁴⁹ para a elaboração de tipos penais que buscam tutelar crianças e adolescentes no campo da criminalidade sexual, a restrição interpretativa

⁴⁹ Exemplificativamente, Peru, México, Espanha e França.

à literalidade do texto legal, ou mesmo à vontade do legislador, é técnica hermenêutica inadequada para proporcionar à norma o alcance a seu espectro de tutela.

Afirmar que a interpretação do art. 217-A, *caput*, do CP deve preservar a intenção do legislador expressa na exposição de motivos da Lei 12.015/2009, ou deve se contentar com o conteúdo gramatical do preceito primário, o qual não admitiria margem interpretativa, é retomar discussões hermenêuticas, desenvolvidas a partir do século XVIII, centradas na dicotomia *voluntas legislatoris* e *voluntas legis* (respectivamente), e no falacioso princípio *in claris cessat interpretativo*.

Especialmente no contexto pós-positivista, em que se valoriza a força normativa dos princípios e da Constituição, é preciso que a atividade interpretativa contemple a complexidade dos valores jurídicos e sociais. Nesse sentido, a interpretação do art. 217-A, *caput*, CP, deve ter como pressuposto o reconhecimento dos direitos sexuais dos adolescentes como pertencentes ao campo dos direitos humanos, bem como deve considerar que a intervenção punitiva deve ser compatível com os valores constitucionais da dignidade humana e proteção integral dos adolescentes.

Para o alcance desses propósitos, é indispensável a adoção de uma perspectiva construtivista e positiva dos direitos sexuais. Essa perspectiva é também importante para que se harmonizem as esferas de abordagem jurídico-penal e administrativa da sexualidade dos adolescentes, em coordenação de esforços para tornar efetivo o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e, com isso, o reconhecimento de sua autonomia progressiva.

Buscou-se explicitar neste capítulo que a fundamentação teórica jurídico-penal da proteção da sexualidade, sobretudo, de adolescentes, não é coerente com os debates internos e internacionais relacionados ao tema, cuja preocupação é quanto à promoção dos direitos sexuais. Assim, os argumentos do legislador – apoiados no Relatório da CPMI da exploração sexual de crianças e adolescentes, e os argumentos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça – expostos no acórdão do REsp 1.480.881 e na súmula 593 – mostram-se frágeis e inadequados para a proteção dos interesses dos adolescentes, o que delimita o primeiro plano de ilegitimidade da intervenção jurídico-penal no desenvolvimento sexual dos adolescentes.

Essa dissonância não esgota a crítica, que pode ser também articulada, e complementada, a partir de abordagem dogmática jurídico-penal. Então, sustentada a ilegitimidade da intervenção punitiva no campo da teoria geral do Direito, por sua

incoerência dentro do ordenamento jurídico, no capítulo seguinte sustentará a ilegitimidade da intervenção punitiva por sua incoerência na tutela ao bem jurídico dignidade sexual.

4 A PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO DA SEXUALIDADE DOS ADOLESCENTES SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE SEXUAL

Conforme já destacado, entre as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 duas chamam especial atenção para o debate proposto neste trabalho. Além da previsão da figura típica do estupro de vulnerável, a lei alterou o *nomen juris* do Título VI da parte especial do Código Penal, prevendo os “crimes contra a dignidade sexual” em substituição à previsão dos “crimes contra os costumes”.

Esta mudança é significativa por indicar, ao menos formalmente, uma aproximação da tutela da sexualidade com os valores constitucionais, notadamente da dignidade da pessoa humana e liberdade, além de explicitar a ruptura com o modelo moralista e conservador, estabelecido desde o Código Criminal do Império de 1830. Acrescente-se que, especificamente em relação à criança e ao adolescente, a referência à tutela da dignidade sexual possibilita também maior compatibilização da intervenção punitiva com a teoria da proteção integral, e seus desdobramentos.

Para a construção da crítica em torno da legitimidade da intervenção punitiva a partir do bem jurídico tutelado, far-se-á primeiro a contextualização da teoria do bem jurídico no campo da dogmática penal.

4.1 A teoria do bem jurídico como baliza legitimadora da intervenção jurídico penal

As primeiras formulações acerca da ideia de bem jurídico tiveram inspiração iluminista⁵⁰ e, desde então, com diversas mudanças conceituais, passou a compor a formulação epistemológica do Direito Penal, fundada na teoria do crime.

Paul Johann Anselm Feuerbach, no século XIX, sob a influência da teoria do contrato social inseriu no Direito Penal a noção de direito subjetivo relacionada à necessidade de prevenção geral negativa. De acordo com Jescheck:

⁵⁰ Cláudio Brandão identifica a origem remota da ideia de bem jurídico em estudos desenvolvidos no XVI, pela escola de Salamanca. Segundo o autor: “(...) muitas das conclusões hoje extraídas da epistemologia penal, como é o caso da vinculação proporcional da pena à culpabilidade e da possibilidade do costume derogar uma lei penal, foram expressamente defendidas por Francisco de Vitória. Pois bem, é também em Vitória, no escrito *De legibus*, que podemos extrair as conceituações que dão o germen para a construção do conceito de bem jurídico.”. BRANDÃO, 2018, p. 14.

As teorias penais dos séculos XVII e XVIII foram certamente determinadas por ideias preventivas, mas Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), o maior criminalista Alemão da primeira metade do século XIX, distinguiu o ponto de vista teórico claramente entre prevenção geral e prevenção especial. Feuerbach vinculou a prevenção geral à cominação de pena, tornando-a o centro do seu sistema. Desse modo levou a teoria da pena da sua ilustração ao seu apogeu. Feuerbach não se apoiava no utilitarismo clássico de Beccaria e Bentham, mas ele tentou estabelecer um elo entre sua teoria e a ética kantiana. A cominação de pena teria que produzir "prevenção geral através da coerção psicológica". JESCHECK, 1981, p. 99 (tradução nossa)⁵¹.

Com o propósito de limitar o poder punitivo, Feuerbach vincula a função do Direito Penal à tutela de interesses, identificados como direitos subjetivos, individuais ou do Estado, que poderiam ser extraídos de cada crime em espécie.

O conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do Iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por Paul Johann Anselm Feuerbach por volta do século XIX, como uma arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente 'bens jurídicos'. HASSEMER, 2005, p. 56.

Contudo, a dificuldade de estabelecer o conceito de direito subjetivo e a resistência na utilização de uma concepção civilista no campo jurídico-penal, limitaram a utilização da formulação teórica de bem jurídico de Feuerbach⁵². A aproximação doutrinária entre a concepção de bem jurídico e o Direito Penal foi feita por Birnbaum, o qual, diferentemente de Feuerbach não identificava no bem jurídico um direito, mas um bem material, em sentido naturalista, individual ou coletivo, tutelado pelo Estado. Esta vinculação do bem jurídico às leis da natureza, e não ao ordenamento jurídico, gerou muitas críticas à formulação teórica feita por Birnbaum.

⁵¹ No original: "Las teorías penales de los siglos xvii y xviii habían estado certamente determinadas por las ideas preventivas, pero unicamente Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), el más grande criminalista alemán de la primera mitad del siglo xix, distinguió desde el punto de vista teórico claramente entre prevención general y prevención especial. Feuerbach vinculó la prevención general a la conminación penal, haciendo de ella el centro de su sistema. De este modo condujo la teoría penal de la lustración a su cénit. Feuerbach no se apoyaba ya en el utilitarismo clásico de Beccaria y Bentham, sino que intentaba extender un puente entre su teoría y la ética kantiana. La conminación penal tenía que producir "prevención general a través de la coacción psicológica"."

⁵² Apesar do limitado impacto teórico da concepção de bem jurídico formulada por Feuerbach, a grande contribuição do autor para a teoria do delito foi estabelecer que o poder punitivo deveria ser vinculado à proteção de um interesse identificável no tipo penal. Fixou-se, assim, a importância do princípio da legalidade, pois o fim preventivo geral negativo defendido pelo autor apenas poderia ser alcançado se às pessoas fosse dado conhecer o conteúdo proibido através da lei.

Karl Binding promove significativa alteração deste cenário. Além de cunhar a expressão “bem jurídico” – *Rechtsgut*, Binding passa a analisá-lo em função da norma, compreendendo-o como fundamento da antinormatividade, e como valor social (BRANDÃO, 2018, p. 8-9).

Na acepção de Binding o bem jurídico é uma situação valorada pelo legislador como condição imprescindível ao normal desenvolvimento da vida entre os cidadãos (todo lo que ante los ojos del legislador resulta de valor para la comunidad jurídica, en cuanto condición de una sana existencia de la misma).

Por isso, o bem jurídico não é tratado como dado anterior à norma, mas é produto de criação legislativa, desvinculando-se o conceito de qualquer característica substancial que pudesse orientar o legislador no momento em que realiza a normatização penal. SALES, 2006, p. 421.

Binding foi criticado pelo formalismo de sua proposta, e por limitar a esfera de proteção da norma jurídico-penal aos direitos previamente formulados por outros ramos do Direito. Isso impulsionou a retomada de análise do bem jurídico fundada em categorias pré-jurídicas, destacando-se no final do século XIX o pensamento de Franz von Liszt, o qual conferia destacada importância ao bem jurídico, identificando-o como um interesse, um bem do homem reconhecido e protegido pelo Direito. Além disso, Liszt vincula o conceito à antijuridicidade, a qual, em sentido material, seria a violação do bem jurídico.

No início do século XX, a teoria do bem jurídico passa por uma reformulação significativa sob o impulso de estudos desenvolvidos no contexto da Escola sudocidental alemã, ou Escola de Baden, e a afirmação do método neokantista, que possibilitou a inserção da filosofia dos valores no Direito (BRANDÃO, 2018, p. 8). Em relação ao Direito Penal, a abertura valorativa se dá por obra de Gustav Radbruch.

Essa contraposição entre as ciências causais e as ciências culturais, incluindo entre estas últimas a ciência jurídica, de acordo com sua referência ao mundo dos valores, é aceita e continuada por outro grande filósofo de direito e grande penalista: Gustav Radbruch. Se ponto de partida é a ideia kantiana da impossibilidade de derivar os valores da realidade, de consolidar o dever ser sobre o ser, de transformar as leis naturais em verdadeiras normas. "O reino dos valores e do mundo dos fatos coexistem como duas órbitas paralelas, sem se cruzarem. Esta relação entre valor e realidade, entre o ser e o dever ser, é o que se chama de dualismo metodológico". É justamente esse dualismo metodológico que caracteriza a distinção entre ciências naturais e jurídicas. MOÑOZ CONDE, 2001, p. 177/178 (tradução nossa) ⁵³

⁵³ No original: “Esta contraposición entre ciencias causales y ciencias culturales, incluyendo dentro de estas últimas a las jurídicas, según su referencia al mundo de los valores, es aceptada y continuada

Na Escola de Baden o bem jurídico passou a ter papel destacado, pois foi o ponto de partida para a aplicação do método valorativo.

(...) se tivermos em mente que o sistema da Parte Especial do Direito baseia-se no conceito do objeto afetado, que a exposição de um tipo penal qualquer se baseia especialmente na definição do objeto em questão, que as doutrinas fundamentais do direito penal só podem ser desenvolvidas em vista do objeto ofendido pelo crime, não consideraremos a caracterização unitária desses objetos como uma atividade supérflua.

Nós aderimos à opinião de von Liszt (especialmente, Revista da ciência conjunta do Direito penal, t. 6, p. 672), segundo a qual o conceito de bem jurídico tem um significado capital para o estudo da parte geral e, portanto, também para a ciência jurídico-criminal. MAYER, 2000, p.105/106. (tradução nossa)⁵⁴

De acordo com Max Ernst Mayer, de uma perspectiva político-criminal, apenas se justifica a intervenção punitiva para proteger bens jurídicos, o que acarreta no primeiro plano de valoração capaz de identificar uma tripla qualidade em relação a este bem: ele deve ser merecedor de proteção, precisar de proteção e ter a capacidade de ser protegido. Se assim formulado, o tipo penal traz uma carga intrínseca de desvalor por prever a conduta proibida sob a ameaça de pena, concretizando-se tal desvalor ante a ausência de uma causa de justificação. Ou seja, segundo Mayer, o campo de valoração da tipicidade apenas se aperfeiçoa com a formulação do conceito de injusto penal, e, com ele, do conceito de desvalor do resultado.

O conceito de desvalor do resultado retoma a necessidade de valoração do bem jurídico inicialmente realizada na esfera político-criminal. Isso porque, a violação do

por otro gran filósofo del derecho y gran penalista: Gustav Radbruch punto de partida es la idea kantiana de la imposibilidad de derivar los valores de la realidad, de cimentar el deber ser sobre lo que es, de trocar las leyes naturales em verdaderas normas. "El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad,

entre el ser y el deber ser, es lo que se llama el dualismo metodológico". Es precisamente este dualismo metodológico lo que caracteriza la distinción entre ciencias naturales y jurídicas."

⁵⁴ No original: Pudiese parecer que con estas ideas no se ha ganado mucho. Pero si tenemos presente que el sistema de la Parte especial del Derecho penal descansa en el concepto del objeto afectado, que la exposición de un tipo delictivo cualquiera en particular se basa en la definición del objeto afectado, que las doctrinas fundamentales del Derecho penal sólo pueden ser desarrolladas en vista del objeto ofendido por el delito, no consideraremos como una empresa superflua la caracterización unitaria de estos objetos.

Adherimos a la opinión de von Liszt (cfr., especialmente, Revista de la ciencia conjunta del Derecho penal, t. 6, p. 672), según quien el concepto de bien jurídico posee un significado capital para la doctrina jurídica general y, por ende, también para la ciencia jurídico-penal.

bem jurídico protegido pelo direito, não amparada por uma causa de justificação, faz com que a conduta seja considerada materialmente antijurídica e o resultado dela decorrente seja considerado um resultado jurídico valorativamente injusto.

O duplo momento de valoração do bem jurídico leva Winfried Hassemer, na década de 1970, a identificar funções intrassistemáticas e extrassistemáticas da teoria do bem jurídico na obra *Theorie und soziologie des verbrechens*. Sob a perspectiva extrassistemática, o bem jurídico adquire importância político criminal, orientando o legislador a definir os valores que são dignos de proteção pelo Direito Penal. Em razão das peculiaridades deste ramo da ciência jurídica, caracterizado, entre outros, pelo princípio da subsidiariedade, a definição do bem jurídico a ser tutelado tem relevância como critério balizador da legitimidade, ou não, da intervenção punitiva. O desenvolvimento deste aspecto do bem jurídico ganhou na doutrina um viés crítico, segundo o qual a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos⁵⁵, segundo valores constitucionalmente orientados. Para Hassemer, que denomina essa perspectiva extrassistemática de conceito crítico ao sistema, a intervenção punitiva jurídico-penal não referida a um bem jurídico deve ser considerada terror estatal.

Ainda no sentido crítico, podem ser apontados no plano internacional, Ramacci, Cerezo Mir, Bustos Ramirez, e no plano interno Regis Prado e Rodrigo Ienacco. Entretanto, é inegável que entre os autores que têm uma posição crítica e constitucionalmente orientada acerca da teoria do bem jurídico, destaca Claus Roxin:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quanto estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde,

⁵⁵ Entre os posicionamentos divergentes, merece destaque o de Günther Jakobs, segundo o qual o Direito Penal não se presta à tutela de bens jurídicos, senão a tutela à norma. “Sob o aspecto formal, o Direito Penal é legitimado pela aprovação conforme à Lei Fundamental das leis penais. A legitimação material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional. A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática (...)”. JAKOBS, Günther. 2008 p. 61-62. Ainda em rechaço ao bem jurídico como objeto de tutela do Direito Penal, podem ser citados Hirsch e Stratenwerth.

segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.

Não obstante, ela se legitima historicamente desde o pensamento jurídico-racional da ilustração que serve de base à forma de Estado democrático. Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível. Estes ideais de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluto, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restritivas da liberdade.

De tudo isto resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre e quando isso não se possa alcançar de outra forma melhor.

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. ROXIN, 2009, p. 16-18.

Ainda sob o aspecto extrassistemático, muitos doutrinadores sustentam que ao proteger bens jurídicos, o Direito Penal deve se afastar da tutela de convicções políticas, morais, religiosas, ideológicas ou sentimento (ROXIN, 2009, p. 12). Assim também Muñoz Conde e Jellinek, os quais defendem a necessidade de afastamento entre direito penal e moral.

Em relação ao segundo aspecto apresentado por Hassemer, pela perspectiva intrassistemática, o bem jurídico se insere na estrutura da ciência penal, definindo um fim valorativo para a teoria do crime, na medida em que a lesão não justificada ao bem jurídico caracteriza a antijuridicidade material, assim como o juízo de desvalor do resultado refletido na sanção penal a ser imposta.

Se o injusto penal se satisfizesse com o desvalor da ação, esquecer-se-ia que ele só pode se fundamentar ante a lesão ao bem jurídico, ou seja, o desvalor do resultado. A função ético-social do direito penal consiste na promoção do respeito aos bens jurídicos, vista como a melhor garantia de sua integridade. A produção (ou gravidade) do resultado não pode ser indiferente, portanto, para o injusto. Não pode ser relegada ao mero

fundamento de reestabelecimento da norma. WEZEL, 2004, p. 71 (Tradução nossa)

Alessandro Baratta também aborda a dicotomia em relação ao bem jurídico mencionando uma função imanente ao sistema do direito penal positivo, e uma função extrassistemática. A primeira função apontada, também chamada de função intrassistemática, seria aquela direcionada à interpretação teleológica e construção sistemática das normas punitivas. Seu reflexo no sistema punitivo é a necessidade de que a conduta prevista sob ameaça de pena seja antijurídica sob os aspectos formal e material⁵⁶. Já a segunda função – extrassistemática – refere-se ao “critério de apreciação do sistema positivo e da política criminal”⁵⁷:

(...) A nível ideológico e político trata-se da individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) da produção de normas penais (função de legitimação e/ou de limitação); a nível exegético e dogmático trata-se da interpretação e da sistematização teleológica das normas; as diferenças têm relação com os pressupostos ontológicos e epistemológicos que intervêm nas operações próprias dos dois níveis do discurso.

O conceito intra-sistemático do bem jurídico é normalmente utilizado pelo legislador na elaboração da "parte especial" do código penal e na intitulação das leis que introduzem modificações no código penal, tomando-se por base o objeto a proteger-se. Da mesma forma, na "parte geral" do código penal, o legislador utiliza o conceito de bem jurídico nas suas próprias elaborações técnico-jurídicas: pensemos somente na formulação do estado de necessidade justificante do art. 34 do código penal alemão. Então veremos que nem sempre se trata, na função extra-sistemática do bem jurídico, de definições "tácitas" do legislador e de meras construções doutrinárias. Na maioria das vezes trata-se de enunciados legislativos que determinam os objetos de tutela prestada pelas normas penais e que devem ser elaborados pela doutrina e jurisprudência. BARATTA, 1994, p. 6.

Na atividade jurídica, prática ou acadêmica, os dois significados de bem jurídico se aproximam, vez que o intérprete ao mesmo tempo em que avalia a antijuridicidade

⁵⁶ “Antijuridicidade formal é a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo (Binding); antijuridicidade material é a lesão ou a ameaça do interesse protegido pela norma.” BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. p. 5.

⁵⁷ Cumpra esclarecer que embora identifique essa distinção entre as funções do bem jurídico, o próprio Baratta dirige-lhe a seguinte crítica: “(...) se submetemos a distinção entre teorias intra-sistemáticas e extra-sistemáticas a uma análise mais rigorosa, veremos que esta não é tão precisa como poderia parecer à primeira vista. Nesta distinção classificam-se os discursos segundo a intenção dos autores, mas não se pode considerá-la totalmente apropriada para classificá-los segundo as premissas epistemológicas e os conteúdos. Isto só seria possível se a definição extra-sistemática de áreas de interesses dignos de tutela fosse realmente independente da definição intra-sistemática, isto tanto com relação às premissas epistemológicas quanto aos conteúdos e se, inversamente, o critério do bem jurídico utilizado nas operações exegéticas e sistemáticas sobre as normas existentes fosse realmente independente das valorações político-criminais direcionadas ao que deveria ser tutelado pelas normas penais.” *Idem*, p. 6.

material da conduta, identificando a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, reflete acerca da compatibilidade constitucional da tutela do bem jurídico indicado no tipo penal incriminador.

É verdade que no injusto derivado da realização dos tipos penais há um desvalor de resultado consistente na lesão ou em perigo de bem jurídico, mas, em qualquer caso, uma compreensão dessa lesão antijurídica ajustada à realidade requer uma reflexão sobre o que "é" realmente um bem jurídico, como um passo prévio para estabelecer o marco conceptual que permite afirmar se - e, em caso afirmativo, de que maneira - a realidade é suscetível de ser lesionada ou colocada em perigo. KAHLO, 2016, p. 50⁵⁸ (tradução nossa)

Não obstante o expressivo apoio doutrinário em torno da importância da teoria do bem jurídico como fundamento e limite do Direito Penal, os teóricos em muito divergem quanto aos limites do bem jurídico. Alguns, como Hassemer, formulam uma teoria pessoal do bem jurídico, buscando limitar o alcance da intervenção jurídico penal aos valores e interesses referidos aos indivíduos, deslegitimando a tutela de bens jurídicos coletivos. Outros, como Roxin, embora reconheçam a inarredável subsidiariedade dos bens jurídicos penais, englobam também valores de natureza coletiva, sob a tônica de que seriam relevantes para a harmônica convivência social, compatibilizando os avanços e novas necessidades de tutela:

A definição que aqui se propõe distingue um conceito "pessoal" de bem jurídico com o que, de forma similar, foi desenvolvido primeiramente por Rudolphi, Marx e Hassemer há mais de trinta anos e de acordo com o projeto alternativo alemão do ocidente. Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quanto servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral.

Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um

⁵⁸ "Es cierto que en el injusto derivado de la realización de esos tipos legales se da un desvalor de resultado consistente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero, de cualquier modo, una comprensión de esa lesión antijurídica ajustada a la realidad exige una reflexión acerca de qué "es" realmente un bien jurídico, como paso previo para establecer el marco conceptual que permita afirmar si —y, en caso afirmativo, de qué modo— esa realidad es susceptible de ser lesionada o puesta en peligro."

Estado de Direito liberal, desde o qual parte a minha argumentação. ROXIN, 2009, p. 19.

Em relação à criminalidade sexual, esta divergência não tem impacto significativo, vez que sob qualquer ângulo não se reconhece a compatibilidade entre a teoria do bem jurídico e a proteção de valores morais. A ilegitimidade de uma norma proibitiva calcada na moral decorre da sua inaptidão para lesar ou expor a perigo bens jurídicos alheios, por ser muitas vezes uma infração penal sem vítima. Seria este o caso de uma conduta capitulada como estupro de vulnerável, na forma do art. 217-A, *caput* do CP, em que o adolescente apontado como vítima tenha informações quanto ao desenvolvimento de sua sexualidade, maturidade concretamente averiguada, e tenha expressado seu consentimento para a prática sexual.

SEHER (2016, p. 83) afirma que as normas moralistas não remetem a uma relação autor – vítima, não castigam com fundamento na lesão a uma pessoa, mas sim em razão do valor em si mesmo considerado. A partir da categorização feita pelo autor, o delito de estupro de vulnerável envolvendo adolescentes maiores de 12 anos, poderia ser identificado como uma norma de moralismo estrito, destinada à proteção de uma questão moral cuja infração poderia ser considerada um mal em si mesmo. Seria este o fundamento de se proibir a prática sexual consentida envolvendo maiores de 12 anos por não se reconhecer como valor socialmente aceito a possibilidade de jovens terem prazer sexual. Ou ainda, a norma poderia ser identificada com a finalidade de conservadorismo moral. Neste sentido, seria perpetuada a proteção de um valor tradicional de desprestígio aos adolescentes, ainda identificados como objeto de tutela jurídica e não como sujeitos de direito.

Como reforço à negação destas perspectivas moralistas, o intérprete deverá identificar na intervenção jurídico-penal as funções que tornam legítimo o emprego da teoria do bem jurídico para limitar o exercício do poder punitivo, reforçando ainda a racionalidade do sistema. Quanto a estas funções, Luiz Regis Prado destaca:

1. Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado: o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionam ou colocam em perigo autênticos bens jurídicos. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais.

2. Função teleológica ou interpretativa: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico.

(...)

3. Função individualizadora: como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico;

4. Função sistemática: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. (...). PRADO, 2011, p. 60-61

Considerando os fins deste trabalho, a função de garantia e a função teleológica (ou ainda aspecto intrassistemático) do bem jurídico ganham destaque na contenção do poder punitivo estatal à medida que não conferem legitimidade à intervenção que esteja desvinculada do efetivo propósito de promoção dos direitos sexuais dos adolescentes. Ressalta-se que, para que seja legítima a intervenção do sistema punitivo, não basta a adequação formal da conduta ao tipo e a configuração da antijuridicidade em aspecto formal, como se verifica nos argumentos apresentados no acórdão do Recurso Especial 1.480.881. Faz-se, em verdade, imprescindível a configuração da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado o que se verifica, dogmaticamente, à luz da tipicidade material e da antijuridicidade material. Ou seja, nos casos de estupro de vulnerável, na forma do art. 217-A, *caput*, CP, seria preciso verificar a existência de lesão à liberdade sexual e à autodeterminação dos adolescentes⁵⁹.

Com isso, busca-se realizar o que Baratta chama de “verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema”. No caso em análise, a verificação qualitativa refere-se à crítica de ilegitimidade da intervenção punitiva que não vise tutelar a dignidade sexual enquanto valor individual, mas sim afirmar *standards* comportamentais em matéria sexual ou afirmar valores moralistas e paternalistas.

No âmbito da criminalidade sexual, existe um longo histórico de preconceitos e moralismos travestidos de tutela ao livre desenvolvimento e manifestação da sexualidade. Exemplo disso no plano internacional foi a criminalização de relações homoafetivas na Alemanha até 1994, e no caso do Brasil o reconhecimento de causa

⁵⁹ Com esta afirmação, está-se assumindo a posição de que o crime de estupro de vulnerável é crime material, por abrigar na descrição contida no preceito primário a existência de um resultado naturalístico, consistente lesão ao objeto material, identificado como a pessoa sobre a qual recai a conduta de natureza sexual ou libidinosa.

extintiva de punibilidade pelo casamento do agente com a vítima dos crimes contra os costumes, o que se manteve em nosso ordenamento jurídico até o ano de 2005⁶⁰.

Hodiernamente, deve-se refletir, por exemplo, acerca da legitimidade da intervenção estatal no campo de desenvolvimento sexual de adolescentes. Isto por que, a figura típica prevista no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, a despeito de buscar a tutela da liberdade sexual e autodeterminação dos adolescentes, tem sido interpretada de forma objetiva, pressupondo a existência de vulnerabilidade, sem se preocupar com a verificação da antijuridicidade material, ou verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema. A interpretação judicial fixada a partir do julgamento do REsp 1.480.881, e ratificada pela edição da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, não dá abertura para que se faça qualquer análise individualizada das condutas em tese delitivas, o que esvazia de sentido o discurso de valorização da dignidade e desenvolvimento sexual dos adolescentes entre doze e catorze anos incompletos. Além disso, esta perspectiva neutraliza e desconsidera a vítima a pretexto de proteger sua dignidade, o que é um paradoxo insuperável.

Verifica-se, portanto, é que, a despeito do papel do bem jurídico penal e suas funções de contenção do poder punitivo, o sistema de justiça criminal permanece reproduzindo discursos moralistas, centrados em um parâmetro valorativo externo ao indivíduo supostamente protegido em seus interesses pelo direito penal. Neste sentido, o histórico do tratamento da criminalidade sexual no Brasil, a despeito dos diferentes bem jurídicos manifestamente tutelados, traz como discurso latente a preservação de um padrão moral de aceitabilidade das práticas sexuais.

4.2 Dos costumes à dignidade sexual: o discurso manifesto de tutela jurídico-penal a partir da teoria do bem jurídico.

Segundo doutrina atualmente majoritária, o direito penal tem como fim a proteção de bens jurídicos, constitucionalmente respaldados, em face de condutas que lhes causem lesão ou perigo de lesão⁶¹. Em razão da relevância da teoria do bem jurídico para conferir legitimidade e racionalidade à intervenção punitiva, far-se-

⁶⁰ A previsão se encontrava no inciso VII do art. 107 do Código Penal, e, juntamente com o inciso VIII do mesmo dispositivo, foi revogado pela Lei 11.106/2005.

⁶¹ Ilustrativamente, é esse o posicionamento de Claus Roxin (2009, p. 12), RUDOLPHI, Hans-Joachim Rudolphi (1991, p. 82), Bernd Schünemann (2005), Luiz Regis Prado (2011, 25) e Rodrigo Iennaco de Moares (2016, p. 35)

á a seguir um breve histórico da tutela à sexualidade no Brasil. Por uma questão de coerência metodológica com a análise anteriormente feita acerca da tutela das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico, serão consideradas apenas as normas elaboradas no país a partir da declaração de independência.

O Código Criminal do Império de 1830 previa os crimes de natureza sexual no Título II da parte especial, intitulado “Dos crimes contra a segurança individual”, e, em específico no Capítulo II, denominado “Dos crimes contra a segurança da honra”. Entre os artigos 219 a 225 encontravam-se as figuras típicas agrupadas sob a rubrica “estupro”, e nos artigos 226 a 228 as condutas agrupadas sob a rubrica “raptó”.

As condutas típicas descritas voltavam-se, sobretudo, à mulher virgem, à mulher honesta⁶² e à menor de dezessete anos. Em sua maioria, os tipos penais não previam o emprego de violência ou grave ameaça como modo execução do crime, e quase todas as condutas admitiam como causa de extinção da punibilidade o casamento com a vítima.

Nota-se que não há uma proteção voltada à sexualidade das crianças, posto que mesmo a menor de dezessete anos é qualificada como mulher, conforme o artigo 219 do Código, o que se mostra compatível com a absoluta indiferença jurídica em relação à infância naquele período. Outro destaque é o tipo penal derivado previsto no artigo 222, segundo o qual a conduta de cópula carnal, com emprego de violência ou grave ameaça, contra uma prostituta teria pena de prisão de um mês a dois anos, ao passo que, para uma vítima considerada honesta, a pena de prisão é de três a doze anos. A distinção quanto ao preceito secundário do tipo penal explicita a tônica moralista que norteava a criminalização de condutas no contexto da criminalidade sexual no Brasil, sendo evidente o tratamento discriminatório conferido à prostituta em comparação com a mulher de reconhecida retidão moral.

⁶² Embora não tenha existido definição legal, a expressão “mulher honesta” se fez presente na legislação brasileira até sua revogação pela Lei nº 11.106 (BRASIL, 2005), e poderia ser compreendida como aquela fiel cumpridora da exclusividade sexual marital (LOBO, p. 52). A distinção entre a prostituta e a chamada mulher honesta pode ser compreendida como resultado de um processo social patriarcal de exclusão. Nesse sentido, é a contribuição de Bárbara Natália Lages Lobo: “(...) Relativamente às mulheres, as moralidades se apresentaram de forma ainda mais perversa, englobando os padrões dirigidos aos homens, acrescentadas da objetificação e estigmatização. A austeridade sexual objetificou a mulher, decorrendo daí a sua estigmatização dentro ou fora dos padrões masculinos impostos. Nesse sentido, as mulheres que se adequam aos padrões de conduta impostos, como boa esposa, mãe ou mulher honesta³⁶, recebem visibilidade social, ainda que objetificadas. Entretanto, as mulheres que não se adequam a esses padrões sentem sobre si o peso da discriminação, seja pela invisibilidade, seja pela criminalização, a partir da reprovação moral de sua conduta.” (LOBO, p. 52)

O tratamento conferido à sexualidade a partir do século XIX na Europa se refletiu no Código Criminal do Império. Embora, em linhas gerais, o Código tenha sido identificado como liberal, especialmente no tocante à pessoalidade das penas e seus critérios de fixação, em relação aos crimes sexuais encontrava-se permeado por um puritanismo de teor repressivo.

O Código de 1890, por sua vez, definiu no Título VIII da parte especial os Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor, versando sobre a criminalidade sexual os capítulos I a III.

Assim como no Código anterior, o texto legal estabeleceu maior proteção às mulheres honestas, virgens ou não, em detrimento das “mulheres públicas” ou prostitutas. Entretanto, uma das inovações que chama bastante atenção para os propósitos deste trabalho é a previsão de presunção de violência das condutas agrupadas sob a rubrica “Violência Carnal” – artigos 266 a 269, e “Rapto” – artigos 270 a 276, sempre que a pessoa ofendida fosse menor de 16 (dezesesseis) anos.

A despeito de se observar um continuísmo em relação ao preconceito contra algumas mulheres, bem como em relação ao viés puritano, moralista e repressivo dos tipos penais, é importante a diferenciação da tutela conferida às pessoas menores de 16 anos, inaugurando o conceito de presunção de violência que se perpetuará até o advento da Lei 12.015/2009.

No Código Penal de 1940, em sua redação original, os crimes sexuais encontram-se previstos no Título VI da parte especial – Dos crimes contra os costumes. Em que pese a ausência de referência expressa da tutela à honra ou à moral, a valoração de fatores externos ao indivíduo sustenta a interpretação dos tipos penais, o que se extrai da lição de Nelson Hungria:

O direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão-somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais. Já vai longe o tempo em que o direito repressivo se informava da moral religiosa, para incluir no elenco dos chamados *delicta carnis* quaisquer concupiscências extramatrimoniais. A hegemonia teológica fazia, então, com que a lei do Estado assumisse até mesmo a função de cuidar da pureza das almas, como um bem em si mesma. No Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico-penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercuro dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-social, a moral pública sob o ponto de vista sexual. De todos estes meios de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social, ressaí o pudor, que se pode dizer a essência dos demais, constituindo o principal objeto de proteção das normas jurídicas

relativas à atividade genésica. O pudor é o *moderator cupiditatis*, é o corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros. Como diz Guiau, o pudor civilizou o amor. É uma vitória da cultura, no sentido da racionalização dessa força da natureza, que é o amor. (HUNGRIA, LACERDA, FRAGOSO, 1981, p. 77)

Ainda em seus comentários gerais sobre o Título VI da parte especial do Código Penal, Nelson Hungria deixa transparecer a moral cerceadora das manifestações da sexualidade, a medida que dá ênfase ao sexo a partir de sua função reprodutora e de preservação de um padrão de normalidade quanto às práticas sexuais:

(...) o prazer genésico, utilizado pela natureza como um engodo à função perpetuadora da espécie, é freqüentemente procurado como um fim em si mesmo. Daí, os desvios viciosos, os escusos atalhos que se rasgam à margem da estrada real das conveniências e interesses sociais sob o ponto de vista sexual. Ora, o pudor exerce uma ação preventiva ou de resistência contra esses descaminhos, porque traduz, no tocante ao indivíduo, um complexo psíquico de inibição em defesa dos critérios ético-sociais atinentes ao amor genésico, e, do ponto de vista coletivo, uma injunção de observância das formas de normalidade e reserva impostas, no que respeita à função sexual, pela experiência e necessidade sociais.

(...)

Com a evolução social, o pudor passou a ser um complexo sentimento concernente a toda a conduta do indivíduo sob o prisma sexual. Tomou-se o imperativo sentimento social que, no espirituoso comentário de Pitigrilli (*Oltraggio al pudore*), faz com que uma finíssima tela de crepe da China, cobrindo o corpo de uma mulher, adquira a intransponibilidade de uma muralha da China.. . É a norma central do código da dignidade humana atinente às funções sexuais, isto é, da ética sexual, que foi o germe da moral em geral, embora não seja de aceitar o conceito freudiano, demasiadamente unilateral e generalizador, de que toda a moral, nos seus múltiplos aspectos, se tenha desdobrado de par com os tabus relativos às funções genésicas.

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. (HUNGRIA, LACERDA, FRAGOSO, 1981, p. 79/81)

Da análise da rubrica do Título VI da parte especial, Hungria atrela a tutela aos costumes à preservação de um padrão moral social quanto à manifestação da sexualidade:

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovadas pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em tomo dos fatos sexuais. (HUNGRIA, LACERDA, FRAGOSO, 1981, p. 93)

A ideia de preservação de uma moralidade social no âmbito da criminalidade sexual afeta a forma como são tratadas as figuras típicas que formalmente tutelam os menores de idade.

Da redação original do Código de 1940, observa-se uma maior proteção das mulheres maiores de 14 e menores de 18 anos, virgens e honestas. As pessoas que correspondiam a este estereótipo de sujeito passivo poderiam ser vítimas de crimes como posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto.

Quanto às pessoas menores de quatorze anos, a tutela penal se dava com a previsão de figuras qualificadas do estupro e atentado violento ao pudor, além da presunção de violência em relação aos demais crimes, conforme previsão do artigo 224, alínea a, CP.

A ideia de violência presumida – justificava a doutrina, devia-se ao fato de que menores de catorze anos, por sua tenra idade, não poderiam consentir com a prática de atos sexuais, ou, não poderiam prestar consentimento juridicamente válido. Em que pese tal argumentação prestar-se à defesa do caráter absoluto da presunção de violência, importantes juristas, como Magalhães Noronha e Nelson Hungria, compreendiam que a presunção estabelecida no art. 224, alínea a, do Código Penal, deveria ser relativizada a partir da interpretação do contexto histórico e cultural.

Esta interpretação é reforçada pela exposição de motivos elaborada pelo ministro Francisco Campos, o qual justifica a redução da idade de tutela penal (de dezesseis anos no Código de 1890 para catorze no Código de 1940) em atenção à evidência de que naquela época verificava-se maior precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.

Conforme já salientado no capítulo 2, interpretação do artigo 224, alínea a, do Código Penal pelo Superior Tribunal de Justiça era oscilante, ora considerando a presunção de violência relativa, ora absoluta.

O tratamento legislativo dos crimes sexuais no Brasil foi profundamente alterado a partir da entrada em vigor da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Entre as alterações realizadas, a primeira que chama atenção é a alteração no *nomem iuris* do título VI da parte especial, o qual abandona a tutela aos costumes e passa a proteger a dignidade sexual, como bem jurídico e, portanto, vértice interpretativo no campo da criminalidade sexual.

Para fins de adequada proteção, a identificação da dignidade sexual como faceta da dignidade humana se afigura desafiadora sob a perspectiva conceitual. Isso porque, as discussões em torno do conceito de dignidade humana têm atravessado séculos.

A ideia de dignidade humana era tratada na Antiguidade e na Idade Média a partir de uma premissa sacralizada, como atributo humano conferido por um Ser superior⁶³. A dessacralização do conceito se deu a partir de Kant, o qual, na “Fundamentação da metafísica dos costumes” afirma:

(...) o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. KANT, 1974, p. 56.

Já a apropriação jurídico-positiva da dignidade humana dá-se a partir de meados século XX em normas como o Estatuto da Organização das Nações Unidas (1945), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949. Em relação aos dois últimos textos normativos, deve-se destacar que:

Na tradição do Direito alemão, isso significou, principalmente, afirmar que todos têm direito a ser tratado como pessoas, sendo respeitados de modo igual os seus direitos fundamentais (direitos humanos) independentemente de sexo, raça, língua, religião ou opiniões políticas, condições de nascimento, econômicas e sociais. (...)

Para os italianos, a dignidade não é tão intangível e sua adjetivação não se faz com referência ao “humano”, mas, sim, fala-se em uma “dignidade social” e está ligada ao desenvolvimento “segundo as próprias possibilidades e a própria escolha, uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material e espiritual da sociedade” (art. 4º, §2º da Constituição italiana de 1948). Isso significa atar à ideia de dignidade a um conceito “econômico social” e, por isso mesmo, associá-la ao “trabalho” como forma de dignificação do homem. A preocupação aqui não é com a pessoa em si (a partir de bases jusnaturalistas), como acontece na doutrina alemã, mas no processo de inserção dessa pessoa no tecido social; isto é, a pessoa assume não apenas um direito, mas também um dever de contribuir para o progresso da sociedade com seu trabalho. Ao que parece, essa vertente da ideia de

⁶³ “Estudos indicam que na China Imperial, século IV a. C., confucionistas afirmavam que cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade. (...) No período da Escolástica, Santo Tomás de Aquino (*sic*) irá conjugar dignidade com o fato de que o ser humano foi criado à semelhança de Deus, razão pela qual reside sua especialidade e, como consequência, sua capacidade de autonomia, autodeterminação, dando-lhe vontade própria, e, assim, liberdade por natureza”. FERNANDES, 2016, p. 303-304.

dignidade parecer ter ficado olvidada por alguns juristas brasileiros que importaram a matriz alemã. FERNANDES, 2016, p. 305.

De fato, majoritariamente a doutrina brasileira adotou a perspectiva alemã, e, embora a Constituição de 1988 não contemple uma norma que valide tal posicionamento doutrinário, a previsão do art. 1º, inciso III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da república, é tomada como diretriz interpretativa para a aplicação de todo o sistema normativo, constitucional e infraconstitucional, com foco no indivíduo.

Essa perspectiva é relevante para o exercício de construção do conceito de dignidade sexual a partir da dignidade humana, pois a valoração daquele bem jurídico na esfera penal deve levar em consideração o sujeito de direitos apontado como sujeito passivo. Assim, a valoração da lesão ou perigo de lesão à dignidade sexual deve ser feita em face de uma pessoa concretamente considerada, a partir da verificação de sua autodeterminação, consciência e da livre manifestação da sexualidade. Com isso, não se pode admitir como fundamento da punição a moralidade sexual, os bons costumes ou qualquer outro argumento que destoe do âmbito de uma tutela individual.

Esse argumento depreende-se ainda da função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana:

Do ponto de vista de sua dimensão objetiva impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática.

(...)

Aliás, é justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte, também uma hierarquização) de bens (...).

Assim, precisamente no âmbito dessa “função hermenêutica” do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e dos direitos fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez de Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida” (SARLET, 2004, p. 103-111).

Esta função pode ser apropriada no âmbito jurídico penal como reforço de preservação e estrita observância do bem jurídico tutelado, vez que a dignidade (no caso, sob a matiz sexual), repita-se, individual e concretamente referida, não pode ser relegada a segundo plano para que se incrimine um comportamento tido como moralmente reprovável, sob pena de se verificar o arbítrio do exercício do poder punitivo.

Portanto, a dignidade sexual, enquanto espécie do gênero dignidade humana, pode ser compreendida como o conjunto de atributos que permite a cada pessoa reconhecer-se e sentir-se respeitada em sua individualidade e autonomia, pelo Estado e pela comunidade, na expressão livre de sua sexualidade, lascívia e prazer.

A interpretação da dignidade sexual, em sua função hermenêutico-integradora, levou doutrinadores brasileiros a identificarem em relação ao crime de estupro de vulnerável a tutela específica da liberdade sexual. Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes contribuições:

O bem jurídico protegido imediato, no crime de estupro de vulnerável, é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual (...).

Nos crimes constantes dos demais capítulos, do mesmo Título, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, considerando que cada um desses tipos tem seu próprio bem jurídico imediato.

Na realidade, na hipótese do crime sexual contra vulnerável não se pode falar de liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade. Na verdade, mais do que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade (BITENCOURT, 2014, p. 98-99).

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre seu próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também o seu desenvolvimento sexual.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que assim se entende a “autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu próprio comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios o sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais” (GRECO, 2016, p. 728-729).

A tutela penal, no caso em epígrafe [estupro de vulnerável], visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual (...) (PRADO, CARVALHO, CARVALHO, 2014, p. 1046).

É interessante observar que todos os autores mencionam a liberdade sexual como bem jurídico do estupro de vulnerável, mas propõem sua limitação de modo dissociado dos atributos individuais, e da maturidade já alcançada pelo sujeito em desenvolvimento. Isso permite submeter à crítica o próprio conceito de dignidade sexual, pois sua abertura conceitual permite que se façam manobras retóricas com o propósito de restringir ou negar sua existência.

O abandono do surrado jargão, “dos crimes contra os costumes”, é bem-vindo. Entretanto, a nova expressão, “dos crimes contra a dignidade sexual”, não é merecedora dos mesmos aplausos.

Nelson Hungria explica que o vocábulo “costumes” foi empregado para “significar (sentido estrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sexuais. O que a lei penal se propõe tutelar, in *subjecta materia*, é o interesse concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.”

Entretanto, assiste razão à DIX SILVA quando afirma que o Código Penal de 1940, “... partilhando da percepção de uma sociedade não conflitiva-tão cara aos positivistas-impôs uma normatividade que expressava uma ‘convicção’ de que os brasileiros possuiriam-aprioristicamente-uma determinada ‘moralidade sexual’ e partilhavam, todos, de uma mesma compreensão acerca de ‘sentimento de pudor’ e de ‘bons costumes’.

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada previstas no art.5º, X da CF, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual (BRODT, 2011, p. 170).

Por tais razões, o reforço quanto à análise do bem jurídico nos casos de estupro de vulnerável, além de atender ao comando constitucional de fundamentação das

decisões judiciais (art. 93, inciso IX), tem papel relevante sob o aspecto dogmático no juízo acerca da tipicidade, em especial sob o seu aspecto material. Nesse sentido:

(...) Para a caracterização do fato típico - conduta considerada lesiva a determinado bem jurídico que deve ser tutelado - devem ser levados em consideração três aspectos: o formal, o subjetivo e normativo ou material. A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal. O aspecto subjetivo refere-se ao estado psíquico do agente. Por sua vez, a tipicidade material refere-se à realização de atividade valorativa, implicando um juízo de valor para se aferir se determinada conduta possui relevância penal. BRASIL, STJ. *Habeas Corpus* 192242/MG, 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Data de julgamento 22/03/2011.

No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara destaca a necessidade de que a tutela da sexualidade de crianças e adolescentes se dê a partir da avaliação entre a liberdade e a intangibilidade sexuais, as quais teriam o condão de contribuir com a análise do conteúdo material do delito, exigindo que a construção típica tenha abertura para a “valoração concreta da realidade no âmbito comunicativo social” (BECHARA, 2012, p. 22/23). Assim, a autora ressalta que a valorização do conteúdo material do injusto somente se verifica quando é avaliada em concreto a autodeterminação do sujeito a ser tutelado, especialmente tratando-se de crianças.

Referida intangibilidade não pode, entretanto, ser confundida com ideia absoluta de proibição do exercício da sexualidade, entendida como forma de perversão, com sentido pecaminoso ou imoral, o que, no âmbito de um Estado Democrático, não poderia ser objeto de intervenção do Direito e menos ainda da intervenção jurídico-penal. Retomando-se a dicotomia entre liberdade e intangibilidade sexual, verifica-se que esta última apenas pode prevalecer quando ausente a primeira, isto é, somente é possível justificar a proteção penal da intangibilidade sexual de menores de 14 anos quando estes não puderem exercer sua autodeterminação sexual. (BECHARA, 2012, p. 22)

Considerando então que a tipicidade material se insere no âmbito do conceito analítico de crime enquanto⁶⁴ da categoria dogmática da tipicidade, incorporando à esta o princípio da ofensividade, segundo o qual só há crime ante a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado, também conhecido pelo aforismo latino *nullum crimen sine iniuria*. Como etapa indeclinável da verificação da adequação típica, a

⁶⁴ Vale destacar que a tipicidade enquanto categoria dogmática é composta também pela tipicidade formal, que encerra um juízo de adequação da conduta ao tipo penal expresso na norma penal incriminadora; pelo elemento subjetivo, dolo ou culpa; pelo nexos causal, que liga a conduta praticada e o resultado proibido.

tipicidade material é campo que dá azo à argumentação em torno da legitimidade, ou ilegitimidade, da intervenção jurídico-penal.

Com isso, retoma-se a teoria do bem jurídico em sua função limitadora à intervenção punitiva estatal, vez que a ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico afasta o reconhecimento da tipicidade da conduta, não se permitindo falar em crime contra a dignidade sexual na ausência de proteção da liberdade sexual e autonomia de um sujeito de direitos concretamente identificado.

A despeito desta argumentação teórica, no julgamento do Recurso Especial 1.480.811, o ministro relator afirmou em seu voto que “desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e **não do seu sujeito passivo**” (grifou-se).

A partir da premissa de que compete ao Direito Penal a tarefa de tutelar bens jurídicos, é preciso ressaltar que a palavra da pessoa apontada como vítima tem relevância central para se aferir a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, sob ameaça de ilegitimidade da intervenção punitiva estatal.

Se o propósito do legislador, expresso na exposição de motivos da Lei 12.015/2009, foi de proteger o desenvolvimento da sexualidade de crianças e adolescentes entre doze e quatorze anos incompletos, é preciso eles sejam ouvidos, notadamente por uma equipe multidisciplinar para que se avalie o grau de maturidade do adolescente, seu grau de informação e autodeterminação em relação aos assuntos sexuais, bem a existência de consentimento para a prática do ato.

A coisificação do adolescente menor de catorze anos, e, portanto, a negação de que seja titular de direitos é, de fato, o que não permite individualizá-lo no âmbito do processo e da dogmática jurídico-penal. Isso porque, o reconhecimento da sua condição de sujeito de direitos acarretaria na necessidade de dar-lhe voz e compreender que a noção de desenvolvimento deve ser avaliada de um prisma individual, tal como deve ser a noção de dignidade sexual.

É de se mencionar que em seu voto o ministro Rogério Schietti utiliza-se de vasta literatura estrangeira como fundamento em uma perspectiva de aparente valoração da criança e do adolescente, ressaltando os processos culturais de precocidade da introdução de assuntos de natureza sexual no cotidiano, e mesmo de casamentos realizados em tenra idade. Todavia, é de se questionar a adequação de

tais críticas fundadas na observação de autores estrangeiros e fora do contexto sociocultural brasileiro no século XXI.

Em crítica ao acórdão reformado o ministro relator enfatiza que os desembargadores não apoiaram seu convencimento em elementos probatórios que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, conduta familiar e social, etc. Todavia, ao se admitir o critério etário como marco de aferição absoluto da vulnerabilidade, tampouco estes elementos probatórios são avaliados ou reputados válidos para fins de afastamento da intervenção punitiva, o que coloca em xeque o verdadeiro propósito do tipo penal incriminador, impulsionando a investigação acerca de seus propósitos latentes.

Pelo exposto, verifica-se que mesmo ante a divergência de posicionamentos quanto ao alcance, e conseqüente legitimidade dos bens jurídico-penais, a discussão em torno da dignidade sexual, como no Brasil, ou autodeterminação sexual, na Alemanha, ou integridade sexual, na Argentina, deve ter uma conotação referida ao sujeito, não se legitimando a intervenção de cunho moralista ou de qualquer modo paternalista.

6 CONCLUSÕES

A tutela jurídico-penal à sexualidade de crianças e adolescentes tem se pautado pelo mandado de criminalização contido no art. 227, §4º da Constituição, cujo propósito de punição contra práticas que importem no abuso, na violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes, não implica na ausência de reconhecimento de direitos sexuais das pessoas em desenvolvimento. Tais direitos sexuais seriam desdobramentos dos direitos individuais reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção dos Direitos da Criança e se materializariam nos direitos à educação sexual, à assistência de saúde no campo sexual e na possibilidade de realização de práticas sexuais consentidas, eis que fruto da autonomia que se deve reconhecer às pessoas menores de dezoito anos.

É preciso, todavia, que se compreenda que os direitos sexuais das crianças e adolescentes não são direitos absolutos, devendo ser reconhecidos e assegurados consoante o grau de desenvolvimento e maturidade apresentados pelo indivíduo. Disso decorre que os direitos sexuais não serão assegurados e exercidos de modo uniforme por todos aqueles que não atingiram a maioridade, mas sim devem respeitar o individual desenvolvimento físico, psíquico, comportamental, relacional e cultural das crianças e adolescentes.

A classificação entre crianças e adolescentes realizada pelo ECA é um indicativo da necessária diferenciação do grau de maturidade entre os menores de idade e, conseqüentemente, da necessária diferenciação da tutela jurídica, penal e extrapenal, que se lhes deve conferir. Entretanto, o tipo penal do estupro de vulnerável e a interpretações jurisprudencial e legislativa quanto ao seu alcance desafiam essas premissas extraídas do microsistema de tutela da pessoa em desenvolvimento.

Em razão disso, a proposta de discussão sobre os direitos sexuais, a liberdade e a autonomia dos adolescentes, menores de 14 anos envolvidos em práticas sexuais promovida por este trabalho, se propôs a superar o campo de incidência do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, interpretado à luz dos argumentos jurídicos expostos no voto do ministro Rogério Schietti, no julgamento do Recurso Especial 1.480.881, e, posteriormente, pelo Legislativo no §5º inserido no referido artigo.

Ao se afirmar a deslegitimação da intervenção jurídico-penal para punir algumas condutas formalmente capituladas como estupro de vulnerável, não se buscou formular argumentos hábeis à retomada da discussão acerca da presunção

absoluta ou relativa de violência, existente à época da vigência do art. 224, alínea a, do Código Penal. Esta opção de não tratar a vulnerabilidade sob a modalidade de vulnerabilidade absoluta ou vulnerabilidade relativa, foi conscientemente tomada para que as críticas formuladas em torno dos planos de deslegitimação apresentados estimulem a revisitação da intervenção punitiva em relação a outros tipos penais, não restringindo o campo argumentativo ao art. 217-A, *caput*, CP.

A partir da análise dos fundamentos apresentados no acórdão de referência do Superior Tribunal de Justiça, foram estabelecidos o que se chamou de dois planos de deslegitimação da intervenção punitiva, igualmente significativos e válidos para rechaçar a previsão contida no recém inserido §5º ao art. 217-A, CP.

No primeiro deles, buscou-se apresentar a aparente superação da teoria da situação irregular pela teoria da proteção integral, cujos contornos normativos no plano interno foram estabelecidos pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. As previsões acerca da infância e adolescência extraídas dessas normas permitem afirmar mais do que a existência de um ramo do direito denominado direito infanto-juvenil, permite afirmar a existência de princípios e regras jurídicas que dão suporte legal à teoria da proteção integral, entendida como teoria geral do direito da infância e da juventude.

Entre as normas mencionadas destaca-se o art. 3º do ECA, cuja redação permite afirmar categoricamente que as crianças e adolescentes são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro, por titularizam todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. São também relevantes as previsões do Estatuto que asseguram o direito das crianças e adolescentes serem ouvidas e participar das decisões que afetem seus interesses (art. 100, parágrafo único, XII, ECA) e orientam o intérprete a considerar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º, ECA).

Compreendeu-se, a partir daí, que as decisões, sobretudo as de natureza jurídica, devem ser elaboradas em harmonia com os direitos infanto-juvenis, o que não se pôde notar em relação à decisão 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.480.881.

Afirma-se que o legislador e as decisões judiciais devam preservar os direitos previstos do Estatuto da Criança e do Adolescente em razão da necessidade de preservar a racionalidade e lógica do ordenamento jurídico brasileiro, parâmetro

dogmático e hermenêutico que orienta a formulação teórica e a aplicação das normas jurídico-penais, e que pode ser também extraído do princípio da *ultima ratio*.

A incoerência interna provocada pela decisão mencionada também se faz sentir em relação às políticas públicas de promoção da saúde e educação sexuais das crianças e adolescentes. As políticas públicas que se logrou identificar encontram-se em harmonia com os direitos e deveres previstos no ECA, e com documentos internacionais elaborados no âmbito das Nações Unidas, os quais conferem abertura para a afirmação de direitos sexuais dos adolescentes, para o respeito à autonomia progressiva, e para a compreensão de que a formação da individualidade das crianças e adolescentes recebe a influência da família, da comunidade, e de todas as relações intersubjetivas estabelecidas.

Saliente-se, ainda, que no acórdão foram identificados um equívoco e uma omissão quanto a algumas orientações da UNICEF, as quais foram apresentadas sob a forma de reforço aos argumentos de fixação de idade ideal superior a 13 anos para o consentimento válido quanto às práticas sexuais. Enquanto, na verdade, as informações permitiam refutar esse argumento, e a omissão permitia refutar a desconsideração à escuta ativa da aponta vítima de estupro de vulnerável.

Em conjunto, as razões expostas no Capítulo 3 permitiram identificar quatro fundamentos contidos no acórdão do STJ que não poderiam lastrar a intervenção punitiva no desenvolvimento sexual de adolescentes: a desconsideração abstrata do consentimento da vítima; a desconsideração de experiência sexual anterior da vítima; a negação da influência de fatores familiares, regionais e o acesso à informação na formação sexual; que a absolvição do acusado de estupro de vulnerável fundada no consentimento da vítima se compatibiliza com valores patriarcais e sexistas.

O último dos argumentos contidos no acórdão que tem nível de abstração apto à sua reprodução em outros julgados, e, portanto, interessa ao debate proposto, é aquele que afirmar existir a partir da Lei 12.015/2009 a redobrada preocupação com o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, tutelados em sua dignidade sexual.

Conforme se demonstrou no Capítulo 4, o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora possui dois campos de limitação do poder punitivo: um campo extrassistemático, e um campo intrassistemático. Em relação ao primeiro plano, salvo poucas exceções, a doutrina compreende ter ocorrido avanço legislativo na

substituição da tutela dos costumes pela tutela da dignidade sexual, de sorte que é possível afirmar a compatibilidade constitucional do tipo de estupro de vulnerável.

Por outro lado, no campo intrassistemático, o bem jurídico, e sua efetiva lesão ou perigo de lesão não amparados por causa de justificação, é indispensável para a definição da antijuridicidade material da conduta delitiva, e, por consequência, do desvalor do resultado, legitimando a intervenção punitiva.

Embora tenha igualmente se oposto à interpretação do art. 217-A, *caput*, CP como um dever geral de abstenção de práticas sexuais com menores de catorze anos, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Piauí dedicou-se, no campo dogmático, a afastar a ocorrência de tipicidade material da conduta, sem fazer menção direito infanto-juvenil, ou à harmonia e coerência interna do ordenamento jurídico brasileiro. Ao afastar a ocorrência da tipicidade material, não discorreu o acórdão sobre o conteúdo do bem jurídico tutelado, mas teve o mérito de se dedicar à análise pormenorizada do caso concreto para identificar se houve ou não lesão aos direitos sexuais da menor de catorze anos, preocupação de ordem prática da qual não deveria se esquivar qualquer pessoa envolvida nos procedimentos de persecução criminal.

Se a tutela à dignidade sexual é louvável, não se pode dizer o mesmo da interpretação que ignora a opinião dos sujeitos cuja dignidade e liberdade que se quer tutelar. Esta postura não é compatível com a análise da antijuridicidade material, logo, não permite afirmar o desvalor do resultado apontado como lesivo, e, então, não permite legitimar a intervenção punitiva.

A análise das relações de poder permitiu ainda identificar que o desrespeito ocorrido no campo da sexualidade dos adolescentes se insere em um contexto mais amplo de disciplina e controle dos corpos, operado pelas estratégias de poder repressivo e opressor.

O campo de análise multifacetado realizado por este estudo tem uma aplicação que supera a crítica à interpretação do tipo de estupro de vulnerável envolvendo supostas vítimas adolescentes com menos de catorze anos. Os esforços de conjugação de diferentes metodologias podem ser replicados, e adaptados à outras análises comprometidas com o enfretamento teórico-prático da ciência penal, em especial, no que toca à interpretação de tipos penais comprometidos com a teoria do delito, e com a limitação do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Klélia Canabrava. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. Boletim IBCCRIM, v. 209, p. 3-3, 2010.
- AMARAL, Marta Araújo Amaral; FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da. Entre o desejo e o medo: as representações sociais das adolescentes acerca da iniciação sexual. **Revista da Escola de Engemagem da USP**. São Paulo, v. 40. n. 4. Dez. 2006.
- ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Direitos da Criança e do Adolescente: um debate necessário. **Psicologia Clínica**. Rio de Janeiro, v. 24. n. 1. P. 45-56, 2012.
- _____. **Mediante quais práticas a Psicologia e o Direito pretendem discutir a relação? Anotações sobre o mal-estar**. Disponível em: <<http://www.aasptjisp.org.br/sites/default/files/arquivos-artigos38-1285183711.pdf>> Acesso em 11 jul. 2018.
- _____. **Os direitos da criança e do adolescente e o depoimento sem dano**. ITC – Instituto de Terapia Cognitiva. Disponível em <<http://www.itcbr.com/refletir-01.shtml>> Acesso em 11 jul. 2018.
- AZEVEDO, Rosemeiry Capriata de Souza.; RAMOS, Flavia Regina Souza. Arqueologia e genealogia como opções metodológicas de pesquisa na enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília (DF) 2003 maio/jun; 56: 288-291. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reben/v56n3/a14v56n3.pdf>> .Acesso em 04 abr. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2002.
- BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 2003, v.I.
- _____. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 2003, v.II, I.
- BECHARA, Ana Elisa Liberadore S. **Presunção de violência no estupro de vulnerável**: comentário à decisão da 3ª seção criminal do STJ no ERESP 1.021.634. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 97, jul./ago, 2012, p 511-551.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. V. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial. V. 4. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae**, Vol. 3, N. 4, Jan.-Jun. 2018. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61/40>> Acesso em 04 abr. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 12 nov. 2018.
- _____. **Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Rio de Janeiro/ RJ dez. 1940.
- _____. **Decreto 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Rio de Janeiro/ RJ out. 1927.

- _____. **Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Brasília/ DF nov. 1990.
- _____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império. Rio de Janeiro/RJ, dez. 1830.
- _____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro/ RJ jan. 1916.
- _____. **Lei 4.242, de 03 de janeiro de 1921**. Fixa a Despesa Geral dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. Rio de Janeiro/ RJ jan. 1921.
- _____. **Lei 5.692, de 12 de agosto de 1971**. Lei de Diretrizes e Bases para o 1º e 2º graus. Brasília/ DF ago. 1971.
- _____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília/ DF jul. 1990.
- _____. **Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Brasília/ DF ago. 2009.
- _____. **Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Brasília/ DF jan. 2012.
- _____. **Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Brasília/ DF set. 2018.
- _____. **Exposição de motivos da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 06 ago. 2018.
- _____. **Exposição de motivos da parte especial do código penal Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmecp_parte_especial.pdf>. Acesso em 01 ago. 2018.
- _____. **Ministério da Educação**. Parecer n. 2.264/1974 do Conselho Federal de Educação. Brasília/DF 06 ago. 1974. Disponibilizado por e-mail em atenção à lei de acesso à informação, após solicitação encaminhada para <CneSe@mec.gov.br>
- _____. **Ministério da Saúde**. Diretrizes Nacionais para a Atenção Integral à Saúde de Adolescentes e Jovens na Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde. Brasília/ DF, 2010. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_atencao_saude_adolescentes_jovens_promocao_saude.pdf>. Aceso em 04 de setembro de 2018.
- _____. **Ministério da Saúde**. Saúde integral de adolescentes e jovens: orientações para a organização de serviços de saúde. Brasília/ DF, 2007. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescentes_jovens.pdf>. Aceso em 04 de setembro de 2018.
- _____. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=5>> Brasília/ DF, jul. 2004. Acesso em 25 ago. 2018.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1295596 / MG**, Relator Campos Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 11 jun. 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22PRESUN%C7%C3O+DE+VIOL%CANCIA%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=438>>. Acesso em 06 ago. 2018
- _____. **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial 666.474/MG**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça 03 abr. 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=767495&num_registro=200702240529&data=20090403&formato=PDF>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial 762.044/SP**, Rel. Min. Nilson Naves. Diário de Justiça 14 abr. 2010.

Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=901852&num_registro=200601688290&data=20100414&formato=PDF>.

Acesso em 20 ago. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.021.634/SP**, Rel. Min. Maria Threza de Assis Moura. Diário de Justiça Eletrônico 23 mar. 2012. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079892&num_registro=201100993132&data=20120323&formato=PDF>.

Acesso em 20 ago. 2018

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 74.983-6/ RS**, Relator Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874983%2EENUM%2E+OU+74983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybonruua>>. Acesso em 06 ago. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 88.664/GO**, Rel. para o acórdão Min. Celso Limongi. Diário de Justiça 08 set. 2009. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701876874&dt_publicacao=08/09/2009>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 342/GO**, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, Diário de Justiça 19 fev. 1990 p. 1048. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22PRESUN%C7%C3O+DE+VIOL%CANCIA%22&data=%40DTDE+%3E%3D+19890101+E+%40DTDE+%3C%3D+20000101&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=52>>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 15414/PR**, Rel. Min. Pedro Acioli, Diário de Justiça 31 ago. 1992 p. 13653. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22PRESUN%C7%C3O+DE+VIOL%CANCIA%22&data=%40DTDE+%3E%3D+19890101+E+%40DTDE+%3C%3D+20000101&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=51>>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46424/RO**, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário de Justiça 08 ago. 1994. p. 19576. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+19890101+E+%40DTDE+%3C%3D+20000101&livre=%22PRESUN%C7%C3O+DE+VIOL%CANCIA%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=48>>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1312620 / MG**, Relator Maria Thereza de Assis Moura. Diário de Justiça, Brasília, 29 ago. 1997. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ESTUPRO+DE+VULNER%C1VEL&ref=ART+ADJ+%270217A%27&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=233>>. Acesso em 06 ago. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 119603/MG**, Rel. Min. Anselmo Santiago, Diário de Justiça 22 jun. 1998. p. 186. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22PRESUN%C7%C3O+DE+VIOL%CANCIA%22&data=%40DTDE+%3E%3D+19890101+E+%40DTDE+%3>>

C%3D+20000101&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=34 >. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 804999 / SC**, Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 fev. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ESTUPRO+DE+VULNER%C1VEL&ref=ART+ADJ+%270217A%27&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=271>>. Acesso em 12 ago. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 494792 / SP**, Relator Celso Limongi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 fev. 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=940279&num_registro=200201700680&data=20100222&formato=PDF>. Acesso em 12 ago. 2018

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1021634 / SP**, Relator Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 out. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1021634&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em 06 ago. 2018.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora**. Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 13, jul/2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher**: Relatório do Projeto de Lei no 5.452, de 2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1591249&filename=SBT+1+CMULHER+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

CARVALHO JUNIOR. **O adolescente responsável: imputabilidade, sociabilidade e necessidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COELHO, Yuri Carneiro; MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal**. In. PRADO, Luiz Regis (org.). Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O Direito Penal e a legislação penal brasileiros no século XXI**: entre a normatividade e a política criminal. In. FRANCO, Alberto Silva; BALDAN, Édson DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das Leis Penais**: Teoria e Prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

DONNA, Edgardo Alberto. **Delitos contra la integridad sexual**. 2 ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANA, Túlio. **Maioridade sexual**: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo. Vol. 118, 2016. p. 15 – 54.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica. Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade do saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- GRACIA MARTÍN, Luis. **La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno**. México: UBIJUS, 2011.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol. 3. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.
- _____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. 8. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.
- KAHLO, Michael. **Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho penal**. In *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Org. HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Madri: Marcial Pons, 2016.
- KAUFMANN, Armin. **La misión del Derecho Penal**. Trad. Santiago Mir Puig. In. *La reforma del Derecho Penal II*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona, 1981.
- LEITE, Vanessa. **A sexualidade adolescente a partir de percepções de formuladores de políticas públicas: refletindo o ideário dos adolescentes como sujeitos de direitos**. **Psicologia Clínica**. Rio de Janeiro, v. 24. n. 1. 2012.
- LOBO, Bárbara Natália Lages. **Sexo, trabalho, direito e reconhecimento: a igualdade de existência das mulheres trabalhadoras sexuais**. 2017. 357 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
- MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social Y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
- _____. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2003.
- MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- _____. **Crimes culturalmente motivados e violência sexual contra a mulher**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- MORAES, Silvia Piedade de; VITALLE, Maria Sylvia de Souza. **Direitos Sexuais e reprodutivos na adolescência: interações ONU-Brasil**. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 20. n. 8. Ago. 2015

- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2001.
- NETO, Wanderlino Nogueira. Sexualidade infanto-adolescente e seu reconhecimento como direitos humanos: a necessidade de mais reflexão e teorizações. **Psicologia Clínica**. Rio de Janeiro, v. 24. n. 1. 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *et. al.* **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. Disponível em < <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>> Acesso 06 ago. 2018
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. **As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais**. *In*: Direito da criança e do adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Org. Marcelo de Mello Vieira, Paulo Tadeu Righetti Barcelos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- PIAUI. **Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº. 2013.0001.007817-2**. Rel. Des. Erivan Lopes, Data de julgamento 02 de abril de 2014. Disponível em < http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201300010078172 >. Acesso em 28 mar. 2019.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net/crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em 02 fev. 2018.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. *In* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 15-01, 2013, pp. 01-27.
- _____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación Jurídico-penal. **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales**. Coord. Bernd Schünemann. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
- SALES, Renata Celeste; Da formação do enunciado criminológico à produção dos corpos infames na via do jornalismo policial: ressonâncias na esfera sócio-jurídica. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** v. 21, n. 41. Belo Horizonte 2018. Disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18371>>. Acesso em 12 nov. 2018.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. **Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 848, jun., 2006, p 416-437.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O Direito Penal é a ultima ratio de proteção de bens jurídicos!** - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado liberal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, mar./abr., 2005.

SEHER, Gerhard. **La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico**. In La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Org. HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Madri: Marcial Pons, 2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei 236 de 2012**. Disponível em <

[https://legis.senado.leg.br/sdleg-](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1556209141321&disposition=inline)

[getter/documento?dm=3515262&ts=1556209141321&disposition=inline](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1556209141321&disposition=inline)>. Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Pesquisa científica no campo jurídico: aspectos gerais e a importância da metodologia para a eficiência e a coerência da investigação**. Salvador, 2013. Disponível em < <http://abdecon.com.br/index.php/em-acao/outras-publicacoes/pesquisa-cientifica-no-campo-juridico-aspectos-gerais-e-a-importancia-da-metodologia-para-a-eficiencia-e-a-coerencia-da-investigacao/>> Acesso em 01 nov. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato Melo Jorge da. **Crimes Sexuais**. Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 33, p. 133-158, 2001.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **International technical guidance on sexuality education: an evidence-informed approach**. Disponível em

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002607/260770e.pdf>>. Paris: 2018. Acesso em 16 set. 2018.

UNICEF. **Are you old enough?**. Disponível em <

https://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm> [s. l.] Acesso em 30 de setembro de 2018.

ONU. **Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe**. Disponível em

<[https://www.unicef.org/panama/spanish/EmbarazoAdolescente_ESP\(1\).pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/EmbarazoAdolescente_ESP(1).pdf)>

Acesso em 16 de out. 2018.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coord. Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *et. al.* **Direito penal brasileiro**. Vol. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimação do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.