

# A “idade de consentimento” e a emergência das cláusulas de exclusão da tipicidade pela proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico: cenário comparado e nacional e perspectivas de tratamento das relações sexuais consentidas entre adolescentes na justiça juvenil<sup>1</sup>

*Eduardo Rezende Melo<sup>2</sup>*

Juiz de Direito no estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução. 1. A questão do consentimento e a fixação de critérios etários. 1.1. A emergência das cláusulas de exceção ao controle penal: a proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico. 1.1.1. O retrato europeu. 1.1.2. Normativas disciplinando o consentimento entre adolescentes. 1.2. O cenário norte-americano. 1.3. O cenário latino-americano e caribenho. 1.4. O cenário africano. 1.5. Análise dos critérios. 2. O reconhecimento de exceções à idade de consentimento no Brasil em relação a adolescentes: um retrato da doutrina e da jurisprudência nacional. 3. Enquadramento legal e o papel da Justiça diante das lacunas legais: a experiência comparada e as possibilidades de interpretação garantidora de direitos sexuais de (crianças e) adolescentes, observando os critérios de proximidade etária como excludentes de violência. 4. À guisa de conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** o artigo discorre sobre as transformações do tratamento da questão do consentimento no direito penal sexual, particularmente em relação a adolescentes, para contextualizar as mudanças de abordagem da idade de consentimento no mundo em sua conjugação com a emergência das cláusulas de exclusão de tipicidade. Pautado em análise comparativa, internacional, mas também nacional, procura traçar as possibilidades analíticas e interpretativas que favoreçam ao mesmo tempo a promoção de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, como também sua proteção em relação a desníveis de poder, ao abuso e à exploração.

**Palavras-chave:** sexualidade juvenil; idade de consentimento; cláusulas de exceção; justiça juvenil.

---

<sup>1</sup> Este estudo foi originalmente redigido a pedido do Fórum Nacional da Justiça Juvenil (Fonajuv) para embasamento de posicionamento institucional sobre o tema.

<sup>2</sup> Pós-doutorando na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas na Universidade Nova de Lisboa, Portugal, na linha Direitos, Políticas e Justiça; doutor em Direito pela USP; mestre em Filosofia pela PUC/SP; mestre em Estudos Avançados de Direitos da Infância pela Universidade de Friburgo/Suíça; coordenador da área da Infância e Juventude na Escola Paulista da Magistratura; pesquisador colaborador do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Democracia e Memória”, do Instituto de Estudos Avançados (IEA) da USP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3281366731113070>; <https://orcid.org/0000-0003-3779-1814>

## Introdução

O tema da “idade de consentimento” nas relações sexuais é objeto de intensa disputa teórica e de grande diversidade de tratamento legal e deve ser tratado no âmbito de uma discussão mais ampla sobre o modo como considerados os direitos sexuais de crianças e adolescentes (MELO, 2023, nestes cadernos).

O presente artigo pretende discorrer sobre as transformações do tratamento da questão do consentimento no direito penal sexual para contextualizar as mudanças de abordagem da idade de consentimento no mundo em sua conjugação com a emergência das cláusulas de exclusão de tipicidade, adotando outra expressão utilizada no direito comparado (*close-in-age exemption clause*) que poderia ser traduzida como cláusula de exceção por proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico.

Valendo-nos da análise comparativa, internacional, mas também nacional, com análise de julgados dos vários tribunais estaduais, procuraremos traçar as possibilidades analíticas e interpretativas que favoreçam ao mesmo tempo a promoção de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, como também sua proteção em relação a desníveis de poder, ao abuso e à exploração.

### 1. A questão do consentimento e a fixação de critérios etários

Como apontam Kangaude e Skelton, “idade de consentimento” não é um termo jurídico, mas uma expressão conveniente utilizada para descrever a idade mínima abaixo da qual certos atos sexuais são proibidos, frequentemente pela lei penal (KANGAUDE & SKELTON, 2018). Com efeito, na evolução histórica de nossa legislação, o termo nunca foi adotado, havendo tão-somente a previsão legal de idade abaixo da qual se presumiria a ocorrência de violência quando a relação fosse mantida com um adulto.

Não obstante, o termo passa a ser largamente utilizado, colocando em cena o debate teórico em torno do que consistiria o consentimento e os sentidos de estabelecimento de parâmetros etários.

O tema do consentimento é altamente complexo, suscitando debates em áreas muito diversificadas: ético-filosóficos quanto à extensão e limites do consentimento em relação à permissibilidade de condutas (ARCHARD, 2018); políticas e teorias de gênero, em torno das dimensões estruturais de poder que atravessam as relações interindividuais, mas também em torno do tratamento diferenciado das distintas manifestações de sexualidade (WAITES, 2009); psicológicas em torno da competência de compreender e deliberar em um determinado contexto (PIAGET, 1994), mas também as críticas desse referencial, por ser excludente de todos aqueles que, para fundamentação de uma determinada concepção de Estado, deixavam de reconhecer a capacidade de consentir a diversos grupos sociais (MELO, 2021), como mulheres, escravizados, pessoas com deficiência (PALACIOS, 2008) e crianças (ALDERSON, 2018).

A lei inglesa sobre capacidade mental tem sido muito debatida nesse cenário, porque prevê que a capacidade de tomar decisões pressupõe: o entendimento da informação relevante para a decisão; a capacidade de reter a informação; o uso ou ponderação dessa informação como parte do processo de tomada de decisão, e a capacidade de comunicar a decisão por qualquer meio (REINO UNIDO, 2005). No entanto,

o próprio o Comitê sobre os direitos da pessoa com deficiência entende que o conceito funcional de capacidade mental é discriminatório por falsamente presumir-se capaz de avaliar o funcionamento interno da mente humana, denegando-lhe um direito humano fundamental quando não passa nessa avaliação (NAÇÕES UNIDAS, 2014). Em relação a crianças, Alderson sustenta que competência é mais que uma habilidade, é uma forma de relacionar e pode ser melhor compreendida quando as qualidades internas da criança são vistas dentro de uma rede de relações e influências culturais (ALDERSON, 1992).

Como reflexo dessa grande gama de problematizações, o capacitismo tem sido largamente debatido também em relação a crianças e adolescentes (MELO, 2021).

É nesse contexto que se insere o debate em torno de idades de consentimento para crianças e adolescentes.

A disparidade etária das idades de consentimento pelo mundo, retratadas desde os clássicos estudos de Graupner (GRAUPNER, 2000) revelam não apenas seu caráter aleatório, arbitrário (SILVEIRA, 2008), portanto político, mas também sua falta de consistência (ROBERTSON, 2021; WAITES, 2009).

Seu objetivo nem sempre foi o mesmo, como já vimos numa perspectiva histórica, com uma ênfase anterior em proteção da moralidade, do casamento e do status da mulher na sociedade, passando, paulatinamente, para um tratamento generalizado de fixação de idade para consentimento com adultos e uma paulatina problematização quanto a se ter um único critério etário rígido tanto para as relações de adultos com adolescentes como para as relações entre adolescentes. É nesse cenário em que se retoma o debate em torno do bem jurídico tutelado. Se, em relação a adultos, considera-se, portanto, que a indenidade, ou seja, a proteção contra o sofrimento de danos pela disparidade de poder possa ser afirmada para sustentar um limite etário, na consideração das relações paritárias entre adolescentes o bem jurídico deveria continuar a ser a liberdade (BOLDOVA PASAMAR, 2021; COUSO SALAS, 2009).

Trata-se de uma leitura atrelada aos princípios estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre os quais a participação e a evolução das capacidades a ela atrelada, reclamando que todos os direitos de crianças sejam interpretados à luz dessa referência valorativa (NAÇÕES UNIDAS, 2009). Uma interpretação que obriga os Estados-partes no cumprimento da Convenção (UNICEF, 2001).

Ora, a evolução das capacidades estabelece que, à medida que as crianças adquirem competências cada vez maiores, diminui a necessidade de direção e orientação por parte dos adultos e aumenta sua capacidade de assumir responsabilidades, tomando decisões que afetam sua vida. Trata-se, portanto, de uma noção ao mesmo evolutiva, pautada em um desenvolvimento gradual de autonomia, mas também participativa e empoderadora, transferindo o exercício de direitos dos adultos às crianças, e protetora, quando tais capacidades e competências não estejam amadurecidas (LANSDOWN, 2005). Portanto, se no âmbito do direito penal é questionável a admissibilidade de verdades - e critérios - absolutas (SILVEIRA, 2008), a consideração de um único critério afronta a natureza evolutiva da capacidade de crianças e adolescentes. É nesse sentido, de reconhecimento da evolução das capacidades dos adolescentes, que se pauta o direito penal sexual contemporâneo, ao problematizar critério único, excludente da possibilidade de reconhecimento de relações consensuais entre adolescentes de idade e desenvolvimento assemelhados (BOLDOVA PASAMAR, 2021; COUSO SALAS, 2009; GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

Nesse sentido, o Comitê de Direitos da Criança ressalta que, se, de um lado, “Os Estados-partes devem levar em conta a necessidade de equilibrar a proteção e a evolução das capacidades e definir uma idade mínima aceitável ao determinar a idade legal para o consentimento sexual”, de outro lado “Os Estados devem evitar criminalizar adolescentes de idades semelhantes por atividade sexual factualmente consensual e não exploratória” (NAÇÕES UNIDAS, 2016, §40).

A Unicef também considera que esses critérios legais devem “igualmente considerar a diferença de idade entre os parceiros envolvidos como uma indicação do equilíbrio de forças entre eles e abordar os casos em que estão envolvidos dois adolescentes menores de idade” (UNICEF, sem data).

A diferenciação de critérios não é uma prática contemporânea, havendo vários exemplos históricos. No entanto, seu fundamento mudou. Outrora - como ainda hoje em alguns países - havia definição de idade de consentimento apenas para meninas, porque a tutela penal era da honra e a prática sexual por meninos não pressupunha violação à honra - salvo nos casos de relações homoafetivas, proscritas -, evidenciando que o bem tutelado não era a capacidade de consentir, mas a honra da menina e da família (COUSO SALAS, 2009). Quando houve liberação de relações homoafetivas, muitos países estabeleceram - e ainda mantêm em vários locais - diferenças de idade para relações hetero ou homoafetivas. Um exemplo histórico de destaque foi a França na década de 1970, porque, no ensejo de discussão da reforma do Código Penal francês, pretendia-se criar idades diferenciadas conforme a orientação sexual dos adolescentes. O debate vai à grande mídia, com envolvimento da intelectualidade nacional. Françoise Dolto foi a público para enfatizar a importância de separar o que entende ser da ordem da violência sexual, quando há muita disparidade etária e de experiência entre os parceiros sexuais, e o que é da experimentação sexual entre pares. Nesse sentido, no debate em torno da idade de consentimento naquele país, a psicanalista francesa reputava que um marco fixo, estabelecido por lei, colocaria no mesmo plano crianças/adolescentes em situações diversas, de modo que propunha:

a) Obrigação de informação sexual às crianças sobre sexualidade desde os 6 anos (inclusive quanto ao incesto), bem como do direito de se defender de toda iniciativa contra si mesmos;

b) Fixação de uma idade de responsabilidade sexual (2 anos depois da puberdade = menstruação e espermatogênese), com obrigação de respeito da liberdade de todo parceiro sexual, de seu desejo ou não desejo quanto às modalidades de ação e de fecundação eventual (responsabilidade de geração) (DOLTO, 1979).

Posteriormente, por força do movimento LGBTQIA+, passou-se a questionar essa diferenciação de idades para consentimento entre práticas hetero e homoafetivas. O fundamento, em todos esses casos, era, portanto, fundamentalmente moral, com perspectiva de gênero. A distinção entre o que é da ordem do desnível de poder, da exploração, e o que é da ordem da experimentação da sexualidade é, portanto, um debate político de décadas.

O Child Rights International Network (CRIN)<sup>3</sup> em dossiê no qual discute a fixação de idades mínimas, sustenta que “nas áreas em que as restrições de idade não servem a propósitos protetivos e potencialmente refreiam o desenvolvimento, liberdades e mesmo

---

<sup>3</sup> Entidade que congrega diversas entidades internacionais de defesa dos direitos de crianças.

proteção de crianças (e.g., a liberdade de escolher ou deixar uma religião, acesso a mecanismos de reclamação), as idades mínimas deveriam ser evitadas. Onde tensões estão presentes entre a proteção das crianças e sua autonomia (e.g., no consentimento ao tratamento médico), a capacidade da criança deveria ser um fator decisivo e não ser considerada em generalidades, mas em relação ao caso em discussão, levando-se em consideração as normas sociais e culturais em um contexto dado, e os desequilíbrios de poder em jogo nas questões de consentimento. Todavia, as crianças enfrentam uma série de idades mínimas na definição do que seja infância e pelas quais são julgadas capazes de tomada de decisões por si mesmas ou se tornam sujeitas às mesmas leis aplicadas a adultos. A entidade critica as restrições baseadas apenas em critérios etários, porque pautam-se por assunções gerais feitas por adultos de que, primeiro, crianças não tem capacidade para assumir responsabilidade pela decisão sobre suas vidas e, por isso, devem ser protegidas, e, segundo, que os limites etários são o melhor meio de alcançar essa proteção, ainda que a infância envolva uma ampla variedade de habilidades e competências. Essas assunções não apenas ignoram as circunstâncias individuais das crianças, mas, em alguns casos, reduzem sua proteção, por exemplo para fazer uma reclamação ou procurar aconselhamento, sem consentimento parental (CRIN, 2016).

Assim, nesse campo da sexualidade, segundo essa entidade, todas as crianças deveriam ter acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva, independentemente de sua idade, inclusive crianças muito pequenas sob risco de abuso sexual e de infecções, independentemente de consentimento parental, por conta do desencorajamento à procura, devendo-se pressupor que toda criança procurando tais serviços é capaz e que o acesso será feito em seu interesse superior. Quanto às práticas sexuais, a entidade entende que a lei deveria estabelecer uma idade abaixo da qual as crianças não são consideradas capazes de consentimento sexual, com o objetivo de que essa idade mínima seja puramente protetiva, e não controladora da sexualidade das crianças, por exemplo criminalizando relações sexuais consentidas entre crianças de idades semelhantes. A legalidade do sexo consentido entre crianças deveria depender das idades relativas daqueles envolvidos, as dinâmicas de poder e o tipo de atividade sexual, de modo a que beijos, por exemplo, não sejam consideradas situações proibidas para adolescentes de 13 anos. Desse modo, a aplicação das leis reguladoras do consentimento sexual não deveria ir contra os direitos de crianças, como a denegação de sua capacidade progressiva (art. 5º da Convenção) ou pelo estabelecimento de diferentes idades de consentimento, de acordo com gênero ou sexualidade (art. 2º) ou com aplicação inconsistente. Deveria, ao contrário, levar em consideração as circunstâncias individuais, inclusive os desequilíbrios de poder que existem entre indivíduos, como também o sentido de um consentimento livre e informado, pela garantia de acesso à educação sexual de qualidade. Essencialmente, a seu ver, a distinção deveria ser desenhada entre uma política moralizante e a sexualidade de crianças contra a proteção de abuso sexual, já que a primeira não apenas limita a autonomia de crianças, mas também impede seu acesso à informação de saúde sexual e reprodutiva, que, como dito, deveria estar disponível a todas as crianças independentemente de sua idade (CRIN, 2016).

Essa consideração das circunstâncias individuais torna particularmente problemático o tratamento da sexualidade de adolescentes entre pares a partir de critérios estáticos como o da proteção contra a indenidade ou a vulnerabilidade (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021; MELO, 2023) pelo seu cunho potencialmente discriminatório.

Trata-se, com efeito, de uma análise intimamente correlacionada ao princípio e

direito a não ser discriminado em relação à idade. Para Breen, toda e qualquer distinção legislativa baseada apenas na idade ou em fases de desenvolvimento como único determinante deveria ser abandonada. Essas distinções deveriam ser substituídas por outra reconhecendo que a idade é um indicador útil, mas genérico da capacidade. A adoção da idade como um indicador geral deveria estar acompanhada de duas presunções refutáveis: a) a presunção de capacidade da criança/adolescente que esteja dentro de um específico grupo etário possa ser refutada por parte dos pais/responsáveis ou pelos tribunais; b) a presunção de falta de capacidade de criança/adolescente que não esteja dentro daquele grupo etário possa ser refutada por essa criança/adolescente específico, que se entenda capaz de tomar as decisões para exercício de seu direito (BREEN, 2006, p. 33)

Esse movimento de adequação tem ocorrido mundialmente, com o estabelecimento de critérios diferenciados, alterando de um lado as idades de consentimento para que possam enfrentar melhor as questões de abuso de poder, criando, de outro lado, cláusulas de exceção ao controle penal para a prática sexual entre adolescentes, além de estabelecer idades mínimas de capacidade sexual para relações mais ‘invasivas’ e de se procurar definir legalmente o que seja capacidade de consentimento.

Para tanto, parece interessante realizar uma sucinta introdução teórica sobre o contexto de emergência das cláusulas de exceção e, em seguida, proceder-se a uma análise regional desse movimento complexo para que possamos entender como isso se reflete - ou deixa de se refletir - no Brasil.

### **1.1. A emergência das cláusulas de exceção ao controle penal: a proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico**

A 15ª Conferência de Pesquisas Criminológicas, realizada em Estrasburgo/França, em 1982, levou à defesa pela doutrina do entendimento de que “não podendo os contatos sexuais entre jovens serem qualificados como casos de exploração ou abuso e sabendo-se que as experiências sexuais entre jovens são benéficas para o seu crescimento sexual, é legítimo propor que ‘no que diz respeito às pessoas que não tenham mais de três ou quatro anos que os membros do grupo protegido conviria excluí-las do campo de aplicação do direito penal’ e que, como a imaturidade dos menores não se limita à esfera sexual, a proteção penal da juventude deveria ser sistematicamente autônoma dos crimes sexuais (HORSTKOTTE apud NATSCHERADETZ, 1985).

Debates legislativos na Suíça poucos anos depois apontavam o quanto a mera regulamentação da idade de consentimento para práticas sexuais com adultos expunha adolescentes que mantivessem relações entre si à responsabilização criminal (SUÍÇA, 1985), advindo previsão legal no artigo 187, parágrafo segundo, do Código Penal suíço (SUÍÇA, 2023) de uma faixa etária de três anos entre adolescentes para reconhecimento da legitimidade de práticas sexuais sem a caracterização de abuso de poder.

Nos Estados Unidos, a temática surge também na década de 1980 igualmente, atribuindo-se a Huffman e Huffman a primeira referência à obra shakespeariana para aludir à necessidade de exceção ao estupro com presunção de violência (STROUT et al., 2020). Os autores analisavam as referências nas canções americanas sobre a sexualidade juvenil, evidenciando como as moças jovens e ‘atrativas’ eram “iscas de prisão”

(jailbait) e como a questão da sexualidade, dos romances, das práticas sexuais, eram, a despeito da idade, cada vez mais explícitas nas letras, indicando o retardo cultural das leis para com a realidade sociocultural do país (HUFFMAN & HUFFMAN, 1987).

Desde então o cenário tanto europeu, como americano e latino-americano tem se alterado velozmente, com um impacto mais modesto na África, a despeito de importantes debates e avanços em países como a África do Sul.

### 1.1.1. O retrato europeu

Passados cerca de 12 anos dos levantamentos já referidos realizados por Graupner na virada do milênio, Zhu e van der Aa atualizam criticamente aqueles dados, evidenciando três importantes desenvolvimentos ocorridos: um aumento da idade de consentimento, com maior ênfase na proteção de crianças em relação a experiências sexuais negativas com adultos; uma equalização da idade de consentimento para relações hetero e homossexuais; e finalmente um aumento da idade limite para comportamentos sexuais em relações de autoridade ou dependência (ZHU & VAN DER AA, 2017).

Estes desenvolvimentos devem ser lidos de forma conjugada com a evolução das cláusulas de exceção, até porque os mesmos autores informam que dezenas de estudos mostraram nesses países que a idade de iniciação sexual dos adolescentes é inconsistente com as idades de consentimento, dando o exemplo do Reino Unido, onde meninos iniciam-se sexualmente em média aos 13 anos, embora a idade de consentimento seja de 16 anos (ZHU & VAN DER AA, 2017).

A ênfase em diferenciação do escopo de reprimir a exploração sexual, e não a experimentação e vivência da sexualidade consensual entre adolescentes, é evidente na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, conhecida como Convenção de Lanzarote, adotada em 2007, que, em seu artigo 18, caracteriza e excepciona o abuso sexual, nos seguintes termos:

*Artigo 18º. Abusos sexuais 1. Cada Parte toma as medidas legislativas ou outras necessárias para qualificar como infracção penal os seguintes comportamentos dolosos: a) A prática de acto sexual com uma criança que, nos termos das disposições legais nacionais relevantes, não tenha ainda atingido a idade legal prevista para o efeito; b) A prática de acto sexual com uma criança: por meio de coação, violência ou ameaça; ou abusando de reconhecida posição de confiança, autoridade ou influência sobre a criança, incluindo o ambiente familiar; abusando de uma situação de particular vulnerabilidade da criança, nomeadamente devido a incapacidade mental ou física ou a uma situação de dependência. 15 2. Para efeitos do nº 1 do presente artigo, cada uma das Partes determina a idade abaixo da qual não é permitido praticar actos sexuais com uma criança. 3. O disposto na alínea a) do nº 1 não deve ser aplicado aos actos sexuais consentidos entre menores. (CONSELHO DA EUROPA 2007, grifo nosso).*

No mesmo sentido a Diretiva 2011/92 da União Europeia, tanto de seu Parlamento

quanto do Conselho, voltada ao combate do abuso sexual e da exploração sexual de crianças e da pornografia infantil, que explicitamente dispõe:

*(20) A presente directiva não regula as políticas dos Estados-Membros no que se refere a actividades sexuais consensuais em que possam estar envolvidas crianças, susceptíveis de serem consideradas normais na descoberta da sexualidade ao longo do desenvolvimento humano, tendo em conta as diferentes tradições culturais e jurídicas e as novas formas de as crianças e os adolescentes estabelecerem e manterem contactos, designadamente por meio das tecnologias da informação e da comunicação. Tais questões não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente directiva. Os Estados-Membros que façam uso das prerrogativas previstas na presente directiva deverão fazê-lo no exercício da sua competência. (PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU, 2011).*

No âmbito do Comitê de monitoramento de cumprimento da Convenção de Lanzarote, realizou-se recente levantamento e discussão entre representantes estatais sobre idades de consentimento e cláusulas de exceção, cujos resultados são públicos (LANZAROTE COMMITTEE, 2023), evidenciando que há cláusulas voltadas à regulamentação de exceções relativas à idade, na maioria dos países, em 18 deles<sup>4</sup>.

Desses 18 países, há equivalência entre o número de países que adotam critérios etários fixos e aqueles que preferem uma diretriz de proximidade etária e de desenvolvimento físico e psíquico, sem especificação das idades: nove países em cada grupo.

Em relação aos critérios etários, levando em consideração que há países com mais de um critério etário conforme a natureza do ato, tem-se um total de 11 indicadores, dos quais prevalece a diferença de três anos (em cinco países), seguido de três países em que a diferença é de cinco anos, dois em que a diferença é de quatro anos e um em que a diferença é de dois anos.

No segundo grupo, sem especificação de diferença de idades, a preocupação é fundamentalmente que não haja exploração.

Veja a tabela abaixo, pautada nos dados fornecidos pelos representantes estatais ao Comitê de Lanzarote (LANZAROTE COMMITTEE, 2023):

País	Idade de consentimento	Idade mínima	Critério
Áustria (artigos 206 e 207 do Código Penal, de acordo com lei de 1998)	14 anos	13 anos em caso de estupro, 12 anos em caso de outros atos sexuais	Três anos de diferença em caso de estupro (com penetração) ou quatro anos; pessoa não deve ter sido colocada em estado de agonia ou tratada de forma humilhante e se o ato não resulta em lesões ou morte

<sup>4</sup> No evento público de discussão dos dados, foram apresentados resultados de 24 países que teriam cláusulas de exceção (disponível em: <https://vodmanager.coe.int/live/?appname=salle6&image=assets%2Fimages%2Fcoe.jpg&langs=ori,en,fr>), mas não é o que se depreende das respostas do questionário, que serviram de fonte para a análise aqui feita.

Bélgica (projeto de lei em análise)	16 anos	14 anos	Diferença etária de três ou cinco anos, sem posição de autoridade ou de confiança (ascendente, fratria)
Croácia	15 anos		Diferença etária de três anos e grau de desenvolvimento psicológico e físico ou maturidade assemelhados, desde que as atividades não envolvam abuso ou violência, exploração ou coerção
Eslovênia - artigo 173 (5) do Código Penal	15 anos		Se houver idade comparável e correspondência de maturidade física e mental
Espanha (artigo 183 bis do Código Penal)	16 anos	14 anos	Proximidade etária e de desenvolvimento físico e psicológico ou de maturidade e se houver expressão de consentimento, o que exclui atos envolvendo abuso, fraude, violência, exploração, coerção. Se atos cometidos por menores de 14 anos, não há infração, por ser abaixo da idade mínima de responsabilidade
Estônia	16 anos	14 anos (mas a idade de compreensão é de 10 anos)	Diferença etária de cinco anos
Finlândia	16 anos		Inexistência de grande diferença etária e de maturidade mental e física das partes
França (artigo 222-23-1 do Código Penal)	15 anos	13 anos	Diferença de cinco anos do maior para com o menor, salvo em caso de exploração sexual ou incesto
Hungria	14 anos	12 anos	Diferença etária de cinco anos (menor de 18 anos)
Irlanda	15 anos	15 anos	Diferença etária de dois anos, sem relação de autoridade, intimidação ou exploração

Itália (artigo 609 quarter do Código Penal)	14 anos	13 anos	Diferença etária de quatro anos (ITALIA, sem data)
Malta	16 anos		Proximidade etária (não especificada) e de estágio/ nível de desenvolvimento, em atos que não envolvam abuso físico ou psicológico
Moldávia	16 anos		Proximidade etária e de desenvolvimento físico e mental
Noruega (seção 308 do código penal)	16 anos		Proximidade etária e de desenvolvimento
Romênia	16 anos		Diferença etária de três anos, salvo se cometida por membro familiar ou se tem alguma deficiência, situação de dependência ou estado de incapacidade física ou mental; se a vida da criança ficou em perigo ou se o ato foi cometido com o propósito de produzir material pornográfico
Sérvia (artigo 180, §4º, do Código Penal)	14 anos		Proximidade etária e de desenvolvimento mental ou físico
Suécia (capítulo 6, seção 5, do Código Criminal)	15 anos		Proximidade etária e de desenvolvimento, não envolvimento de violência
Suíça	16 anos		Diferença etária de três anos

Um exemplo destacado no evento foi da Croácia, cujo Código Penal, após estabelecer em seu artigo 158, §1º, que comete crime de abuso sexual “(1) Quem realizar relação sexual ou ato sexual equivalente com criança menor de 15 anos, ou induzi-la a realizar relação sexual ou ato sexual equivalente com terceira pessoa ou a praticar ato sexual igual a si mesmo”, disciplina no § 3º que “não há infração penal a que se referem os §§ 1º e 2º desse artigo se a diferença de idade entre as pessoas que praticam relação sexual ou ato sexual igual ou libidinoso não for superior a três anos.” (CROÁCIA, 2011).

No seminário realizado entre os representantes dos países, ponderou-se que, de um lado a análise dos critérios de maturidade pode permitir uma avaliação mais aprofundada da situação pelo julgador. No entanto, e de outro lado, esse critério tira segurança jurídica para a sociedade, particularmente as crianças e adolescentes. No

entanto, essa exigência de segurança também tem sido questionada porque acaba por impor margens legais muito estreitas (BOLDOVA PASAMAR, 2021) e iria de encontro às diretrizes que o CRIN sugere em sua análise sobre idades e capacidades.

### 1.1.2. Normativas disciplinando o consentimento entre adolescentes

De acordo com o levantamento europeu, apenas em oito países há uma definição legal sobre como definir o consentimento, sendo que na imensa maioria, em 33 deles, trata-se de matéria objeto de apreciação judicial.

O exemplo destacado de regramento do consentimento foi o irlandês, que, em seu Código Penal, assim regula a matéria na seção 48:

*(1) Uma pessoa consente em um ato sexual se ela livre e voluntariamente concorda em se envolver nesse ato.*

*(2) Uma pessoa não consente com um ato sexual se:*

*(a) Permitir a prática do ato ou submeter-se a ele devido à aplicação de força a si ou a outra pessoa, ou devido à ameaça de aplicação da força a si ou a outra pessoa, ou devido a um receio fundado de que a força possa ser aplicada a si ou a outra pessoa;*

*(b) Estiver dormindo ou inconsciente;*

*(c) É incapaz de consentir devido ao efeito do álcool ou de qualquer outra droga;*

*(d) Sofrer de uma deficiência física que o impeça de comunicar se concorda com o ato;*

*(e) Estiver enganado quanto à natureza e à finalidade do ato;*

*(f) Estiver enganado quanto à identidade de qualquer outra pessoa envolvida no ato;*

*(g) Estiver detido ilegalmente no momento em que o ato tiver lugar;*

*(h) A única expressão ou indicação de consentimento ou concordância com o ato provenha de outra pessoa que não a própria pessoa.*

*(3) Esta seção não limita as circunstâncias em que se pode estabelecer que uma pessoa não consentiu em um ato sexual.*

*(4) O consentimento para um ato sexual pode ser retirado a qualquer momento antes do início do ato, ou no caso de um ato continuado, enquanto o ato estiver ocorrendo.*

*(5) Qualquer falha ou omissão por parte de uma pessoa em oferecer resistência a um ato não constitui, por si só, consentimento para esse ato. (IRLANDA, 2017).*

Conforme debatido no evento, a intenção nessas situações seria afastar a possibilidade de legitimação de “prostituição infantil” como uma relação consentida, mesmo que entre pares da mesma idade. Por ser um país da Common Law, em que os julgamentos se dão por júri, a linguagem precisa ser simples, então os elementos do consentimento reclamam que seja livre e voluntário.

Trata-se, como apontado acima, de tema sujeito a intenso debate teórico, o que não tem impedido os países de debruçar-se sobre a questão, traçando elementos referenciais de análise.

## 1.2. O cenário norte-americano

No cenário norte-americano, os crimes de estupro contra menores de idade são considerados “statutory rape”, estupro pautado em presunção de violência, numa quase responsabilidade objetiva, bastando a demonstração da diferença etária. Nas pesquisas com adolescentes americanos, evidenciava-se que o primeiro parceiro tinha diferença etária de três ou mais anos, muitos adolescentes mantinham relações com mais de um parceiro, o que poderia ensejar milhões de processos por estupro. Tal situação indicou a necessidade de restrição da resposta penal apenas àqueles casos em que há grande diferença etária, mas não para as relações consensuais entre adolescentes que podem estar exercitando um comportamento sexual normal. Este entendimento refletia avaliações da opinião pública que, se de um lado, não aprova iniciação sexual precoce, de outro lado tampouco apoia a criminalização dessas condutas, quando consensuais. Nesse contexto, Bierie e Budd analisam a realidade legal dos estados americanos, tecendo um quadro abrangente pelo qual se verifica que 34 estados federados contam com cláusulas que afastam a presunção de violência. Em 26 desses 34 estados, a idade de consentimento é de 16 anos, sendo superior nos demais (BIEIRIE & BUDD, 2016).

Quanto aos critérios utilizados, os autores mostram que as idades mínimas prevaletentes são 13 e 14 anos em 14 estados cada, seguida de 12 anos em sete, 15 anos em seis, 16 anos em dois e menos de 12 em dois. Quanto à diferença etária, prevalece de quatro anos em 15 estados, seguida por dois e três anos em cinco estados respectivamente e de cinco anos em três estados. Há alguns estados com mais de um critério de diferença etária pautada em ter havido ou não penetração. É o caso de Minnesota, onde a diferença etária é de dois anos com penetração e de quatro anos quando houver apenas contato físico (BIEIRIE & BUDD, 2016).

Esse exemplo evidencia um problema adicional na normativa brasileira. Por se tratar de uma legislação voltada fundamentalmente para a conduta praticada por adultos, a indistinção entre atos de penetração ou meros toques para a caracterização do crime de estupro de vulnerável cria uma situação de possível desproporcionalidade na forma de tratamento das relações entre adolescentes.

## 1.3. O cenário latino-americano e caribenho

A idade de consentimento prevaletente na América Latina e Caribe é de 14 anos, sendo que na Argentina a idade é de 13 anos, no Uruguai de 15 anos, e em Cuba, Haiti, Guianas, Puerto Rico, Suriname e Venezuela, de 16 anos (PARRA-BARRERA et al., 2021). No entanto, ainda persistem diferenças em alguns países quanto à possibilidade de relações hetero e homossexuais com adolescentes, como no Paraguai (permitida apenas aos 17 anos) e Chile (apenas aos 18 anos).

Nesses países também tem havido a discussão em torno da diferença entre idade de consentimento, relativa à liberdade sexual, e indenidade sexual, quando por falta

de capacidade de consentir, estaria exposta a dano em seu desenvolvimento (PARRA-BARRERA et al, 2021).

Encontram-se cláusulas autorizando a relação entre adolescentes em cinco países, com os seguintes critérios:

País	Idade de consentimento	Idade mínima	Crítérios
Bolívia	14 anos	12 anos	Relação consensual, sem violência ou intimidação; diferença etária máxima de três anos (artigo 308 bis) (BOLÍVIA, 1999)
Costa Rica	13 anos	13 anos	Imputação de pena inferior para o caso de relação sexual com pessoa entre 13 e 15 anos, quando a diferença etária for no máximo de cinco anos; pena maior para cometimento de delito contra pessoa entre 15 e 18 anos e a diferença etária for de sete anos (artigo 159) (COSTA RICA, sem data)
Panamá	14 anos	Prejudicado	Específico para crime equivalente a assédio sexual, apenado quando praticado contra pessoa entre 14 e 18 anos. Relação permanente e diferença etária de cinco anos (artigo 176) (PANAMÁ, 2018)
Porto Rico	16 anos	14 anos	Diferença etária de até quatro anos (artigo 130 do Código Penal) (PUERTO RICO, 2012)
Uruguai	15 anos	13 anos	Diferença etária de oito anos (artigo 272, §1) (URUGUAI, sem data)

É de se registrar movimentos da sociedade civil na Jamaica igualmente postulando reforma legal (UPROOT, 2018).

#### 1.4. O cenário africano

No continente africano é de se destacar a situação da África do Sul, em que, embora a idade de consentimento seja de 16 anos, a idade mínima para atividade sexual é de 12 anos, com uma diferença etária de dois anos (GROOTBOOM, 2018). Na Namíbia é possível a relação consensual com pessoas abaixo de 14 anos se a pessoa mais velha está dentro de uma diferença etária de até três anos (KANGAUDE & SKELTON, 2018). Botswana elevou a idade de consentimento para 18 anos, mas prevê cláusula de exceção se ambos forem menores que essa idade ou se a diferença etária é de até dois anos, por exemplo entre adolescente de 17 e jovem de 19 anos (UNFPA East and Southern Africa, 2020). Na Tunísia, é permitida a relação entre jovens de 13 e 18 anos, se consentidas (LANZAROTE COMMITTEE, 2023).

Esses países destoam de um quadro geral muito restritivo, ainda focado na pro-

teção das meninas, proibindo relações homoafetivas, e com idades de consentimento muito elevadas.

### **1.5. Análise dos critérios**

Como se observa, não há um padrão uniforme de tratamento da questão, seja a nível global, seja a nível regional, e, nos estados federativos, não há homogeneidade nem ao menos nacional, como se vê no exemplo americano. Trata-se, mais uma vez, de questão sujeita a apreciação política, sem um norte claro pautado em evidências.

Não há, tampouco, uniformidade de estratégia de regulamentação, quanto à prevalência de critérios etários rigidamente definidos na legislação ou a previsão de referências valorativas a serem consideradas.

Esse cenário se repete no meio dos órgãos voltados à defesa de crianças e adolescentes.

Algumas organizações envolvidas com a luta contra a exploração sexual de crianças e adolescentes no mundo, como a ECPAT, defende uma diferença etária de dois a três anos para garantir que os jovens não sejam penalizados por atos sexuais consensuais com pares. Também sugerem que a idade a partir da qual a exceção se aplica deve ser estabelecida pelos Estados, mas poderia começar para jovens entre 12 e 16 anos de idade (ECPAT, sem data). Outras, como o CRIN, critérios mais flexíveis.

Na doutrina, o cenário é semelhante. Waites, ao tratar do debate legislativo inglês, também defende uma diferença etária de dois anos (WAITES, 2005), o que é problematizado por outros por sua rigidez e desconsideração de outros fatores importantes para equivalência em termos de maturidade e desenvolvimento (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

Trata-se, portanto, ainda, de uma temática sujeita a muitos debates e problematizações, em pleno processo tanto de desconstrução de uma postura mais moralista e protetiva, dissociada da evolução dos direitos de crianças, como de construção de parâmetros que possam ao mesmo tempo prover segurança jurídica e condições de exercício de direitos.

Evidencia-se, contudo, que, em muitos locais, à idade são somados critérios relativos à maturidade e desenvolvimento, dentre outros, trazendo à tona a importância de análise de quais seriam os elementos a se considerar no contexto social brasileiro.

## **2. O reconhecimento de exceções à idade de consentimento no Brasil em relação a adolescentes: um retrato da doutrina e da jurisprudência nacional**

Embora não haja previsão legal sobre cláusulas de exceção, a possibilidade de excepcionar o caráter absoluto da proibição de relações sexuais com pessoa abaixo de 14 anos, particularmente entre adolescentes, tem sido considerada no país, em razão do excessivo rigor do tratamento penal adotado, e as situações perplexas dele advindas fizeram com que doutrina e jurisprudência analisassem.

É curioso notar que, com exceção de alunos com trabalhos de conclusão de curso, a maioria dos textos teóricos disponíveis na rede mundial de computadores é de

operadores do direito, com uma prevalência de delegados de polícia, seguidos de promotores de justiça e de um magistrado.

Há uma predominância de denominação da exceção pela metáfora americana alusiva ao romance shakespeariano e por influência do direito norte-americano, com referência à diferença etária de cinco anos (SARAIVA, 2009; REGHELIN, 2022; COSTA et al., 2022), embora tal diferença seja minoritária naquele país.

Com exceção à referência à proximidade etária, alusiva a essa faixa, não há uma discussão mais aprofundada de critérios, havendo, pelo contrário, uma ênfase na menção a precedentes jurisprudenciais que reconhecem a possibilidade de *distinguishing* em relação ao precedente sumular. Cirino Filho, invocando a experiência americana (sem se referir a qual estado, dada sua diversidade), invoca o fator etário, a pré-existência de um relacionamento entre a vítima e o acusado como derivação da obra shakespeariana, e o caráter primário do acusado (CIRINO FILHO, 2023).

Em relação aos precedentes jurisprudenciais nacionais, há um julgado do STJ relativo a adulto em que se reconhece a cláusula Romeu e Julieta, por serem dois namorados, com filho, em relação aprovada pelos pais (STJ - AGRG NO RESP 1919722 / SP) e manutenção de absolvição em contexto semelhante, de relacionamento amoroso consentido pelos pais (REsp 1978197 e REsp 2006170), embora haja outros julgados em que não se admite a exceção de Romeu e Julieta (HC 585596; RHC 162079).

Nos tribunais estaduais, pesquisa realizada em agosto de 2023, focada exclusivamente em processos envolvendo adolescentes<sup>5</sup>, evidencia que o tema é recente, com pouca expressão. Embora haja uma prevalência de julgados contrários ao reconhecimento de qualquer exceção (20 casos) diante de 13 favoráveis, não se pode afirmar que haja uma posição consolidada nos tribunais pátrios. Na tabela abaixo são indicados os processos encontrados, sendo explicitados apenas os critérios daqueles que admitem exceção, porquanto os contrários entendem meramente que o consentimento não é passível de reconhecimento legal.

Tribunal	Convalidação de relações sexuais consentidas entre adolescentes e critérios	Não reconhecimento da possibilidade de convalidação de consentimento
TJRS	70084660364: existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima; consentimento da vítima no ato sexual; diferença de idade entre o agente e a vítima de até cinco anos	51110802120208210001
TJSC		0003839-17.2018.8.24.0080; 0002138-89.2017.8.24.0004
TJPR	0001733-09.2022.8.16.0131 Namoro; idades próximas, relação consentida	

<sup>5</sup> Um traço indica não terem sido encontrados julgados, nem contra, nem a favor do reconhecimento da exceção. As ementas e os trechos de fundamentação dos acórdãos que reconhecem as exceções estão no anexo 1.

TJSP		1507291-62.2019.8.26.0405; 1504418-30.2019.8.26.0554; 1518447-88.2022.8.26.0228
TJRJ		
TJES		
TJMG	1.0471.19.006667-3/001 0066673-19.2019.8.13.0471 (1): compartilhamento de realidade social entre adolescentes, pouca diferença etária (três anos), consentimento); 1.0210.22.000080-1/001 0000801-59.2022.8.13.0210 (1): contexto social deve ser analisado pelo magistrado, vulnerabilidade relativizada pela maturidade; 1.0166.16.002283-5/001 0022835-73.2016.8.13.0166 (2): desenvolvimento mental e maturidade sexual devem ser considerados, levando em consideração avanços sociais e acesso à informação e são passíveis de prova; 1.0231.17.030132-0/001 0301320-68.2017.8.13.0231 (1): consentimento da vítima, capacidade de autodeterminação deve ser analisada no caso concreto	1.0514.18.005273-0/001 0052730-34.2018.8.13.0514 (1); 1.0093.21.000583-6/001 0005836-94.2021.8.13.0093 (1); 1.0210.22.000080-1/001 0000801-59.2022.8.13.0210 (1)
TJMS		
TJMT		
TJGO	5462849.02.2018.8.09.0000 Relação consensual entre adolescentes sem exploração sexual	
TJDFT	00040820520198070013: capacidade de entender o ato, adolescentes maiores de 12 anos 739730, 00040820520198070013 capacidade de entender os atos 1749388, 07035741320228070013, mantém decisão que rejeitou a representação. Adolescentes de 12 e 11 anos, na mesma fase de vida, sem diferença de maturidade	20180130077087APR - (0007793- 52.2018.8.07.0013: dá provimento a recurso contra rejeição da representação com base em exceção
TJAM		
TJPA		

TJRO	7000695-70.2019.822.0003 Prévio relacionamento, consentimento dos pais ao namoro, união estável seguida de separação, pouca diferença de idade (13 e 15 anos)	
TJRR		
TJAP		0042644-77.2012.8.03.0001; 0045190-71.2013.8.03.0001
TJTO	O sistema era pouco preciso nas respostas, não foi possível aferir resultados	O sistema era pouco preciso nas respostas, não foi possível aferir resultados
TJMA		
TJPI		
TJCE		0014686-34.2017.8.06.0171
TJRN		
TJPB	00000226920138150241 Relação, casal de namorados, iniciação sexual precoce, convivência sob o mesmo teto	0001159-71.2018.815.0351; 00036221720108150011
TJPE		
TJAL		0708682-91.2020.8.02.0058 0000542-94.2009.8.02.0026
TJSE		202100335710 / 0004102-23.2019.8.25.0036
TJBA		0501290-77.2019.8.05.0271; 0501010-34.2019.8.05.0004; 0502422-97.2018.8.05.0080

### 3. Enquadramento legal e o papel da Justiça diante das lacunas legais: a experiência comparada e as possibilidades de interpretação garantidora de direitos sexuais de (crianças e) adolescentes, observando os critérios de proximidade etária como excludentes de violência

Esse percurso analítico nos convoca a refletir sobre a importância e necessidade de reconhecer direitos sexuais a crianças e adolescentes, empoderando-os desde as mais tenras idades, para que possam ter acesso a conhecimento sobre as situações de poder que podem afetar suas esferas de liberdade e, por conseguinte, de se defenderem, independentemente de precisarem contar com assistência parental, sempre que sua capacidade de entendimento e de maturidade lhes permita.

Trata-se, portanto, de uma necessidade de considerar a sexualidade infanto-juvenil como uma expressão natural, salutar, que deve ser considerada pelo direito não apenas sob o viés negativo, do controle e da tutela penal, mas também por uma

perspectiva pautada em direitos, em distintos campos da vida.

Nesse contexto, a grande régua de separação é a existência ou não de desníveis de poder, de situações de manipulação, abuso ou exploração, sexual ou pornográfica, e de relações de autoridade, sejam quais forem. A idade de consentimento é estabelecida como forma de proteção das crianças e adolescentes dessas situações, fundamentalmente em relação a adultos, mas também em relação a adolescentes, quando a diferença etária for expressiva.

Assim, entendemos que equivocada a proposta inicial do anteprojeto de novo Código Penal (BRASIL, 2012) e os posicionamentos da doutrina pátria ao pretender reduzir a idade de consentimento para autorização de relações sexuais em geral, particularmente com adultos. Invocar o Estatuto da Criança e do Adolescente para se buscar uma maior coerência de tratamento da capacidade de adolescentes (NUCCI, 2014; GRECO & RASSI, 2011) não é a melhor orientação, porque um(a) adolescente de 12 anos encontra-se, efetivamente, numa situação de grande disparidade de poder e sujeita a manipulação, abuso e exploração por adultos. O reconhecimento da capacidade de responsabilidade penal por parte de adolescentes deve, contudo, ser fundamento determinante para autorizar também o reconhecimento de sua capacidade de consentimento para práticas sexuais entre adolescentes, de idade e desenvolvimento psicofísico semelhantes.

Não havendo tais situações de desnível de poder, é legítima e lícita a experimentação sexual consensual entre (crianças e) adolescentes.

Essa legitimidade e licitude das relações sexuais consentidas entre adolescentes, vimos na primeira parte, podem ser fundamentadas com base em três grandes linhas argumentativas:

1. O bem jurídico tutelado visa à proteção da liberdade sexual de crianças e adolescentes contra abuso e exploração, inclusive para fins de pornografia, em contextos de desnível de poder, não se coadunando com a missão do direito penal sexual, num contexto democrático, qualquer abordagem de cunho moral, notadamente a suposta proteção de inocência ou do desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, de forma abstrata, sem lesividade concreta;

2. A prevalência de um tratamento exclusivamente penal da sexualidade infanto-juvenil, desconsiderando a possibilidade de sua expressão afirmativa, colide com a garantia de seus direitos sexuais, afetando dimensões existenciais na área da educação, da saúde, de direitos de personalidade, devendo o direito penal ser subsidiário e ultima ratio de intervenção;

3. As evidências estatísticas comprovam iniciação sexual de adolescentes em larga escala abaixo da idade de consentimento, devendo tais condutas serem interpretadas em consonância com o princípio da adequação social ou da tipicidade conglobante, excluindo-se sua natureza infracional, sob pena de ilegítimo e descontrolado efeito criminógeno e traumático para adolescentes.

Nesse contexto, embora se aluda às cláusulas de proximidade de idade como “exceção”, há de se ter presente que excepcional é a intervenção penal e que, nos termos de toda a normativa internacional, notadamente da Convenção sobre os Direitos da Criança e das Regras de Beijing, os contatos com a justiça juvenil devem ser também excepcionais, porque estigmatizantes. Por isso, a doutrina inclusive sustenta que, em

vez de cláusulas que excepcionem a norma penal, dever-se-ia haver uma regra geral que partisse da assunção de que as relações sexuais consentidas entre adolescentes sejam livres, exceto se houver alguma circunstância a indicar a existência de relação abusiva (BOLDOVA PASAMAR, 2021, p. 35).

Com efeito, há fundamentos jurídicos outros para afastar a intervenção penal criminalizadora das relações sexuais consentidas entre adolescentes, conforme se depreende da experiência internacional.

Nos EUA, as cortes têm sido chamadas para discutir a constitucionalidade do tratamento das relações sexuais entre adolescentes, entendendo que a vagueza de definição de critérios para definição sobre quem seria responsável por violações sexuais (como nas hipóteses de estupro bilateral) implicaria uma violação do devido processo legal e, portanto, da legalidade. Entendeu-se, ainda, que a criminalização de apenas um dos envolvidos, embora ambos estejam na mesma situação, também implicaria uma violação do direito a igual proteção garantida pela Constituição (STROUT et al, 2020).

Houve também entendimentos de que a criminalização dessas condutas implicaria em violação do direito à privacidade: regular a conduta sexual privada de pessoas consideradas capazes de consentimento evidenciaria um interesse estatal insuficiente a superar o direito de privacidade garantido pela Constituição, não sendo o qualificativo de menor ou adulto apto a interferir no direito de privadamente envolver-se em conduta sexual (STROUT et al, 2020).

A tutela do direito à privacidade foi igualmente objeto de consideração pela Suprema Corte sul-africana. No interessante caso “Teddy Bear”, a Teddy Clinic for Children e Rapcan<sup>6</sup> ajuizaram ação para questionar a constitucionalidade da normativa penal que criminaliza a atividade sexual entre crianças e a necessidade de notificar esses casos quando consensuais por entenderem que tal posicionamento viola direitos constitucionais. Sustentaram que relações na adolescência são ‘normativas’, adequadas, e que terem de enfrentar processo judicial causa-lhes estresse emocional na forma de vergonha, embaraço, raiva e arrependimento. Ademais, a criminalização de atos sexuais consensuais limita a capacidade dessas organizações de apoiar, educar e empoderar adolescentes em seu desenvolvimento sexual (GROOTBOOM, 2018).

A Suprema Corte entendeu que o estigma decorrente da criminalização de escolhas consensuais terá um impacto severo na vida social e na dignidade de crianças, de modo que o direito à privacidade de crianças é violado, já que elas devem ter assegurado o mesmo tipo de proteção do seu espectro interno de personalidade que aquele recebido por adultos, inclusive as relativas a preferências sexuais. A Corte também entendeu que, sequer à luz do princípio do interesse superior das crianças, seriam inconstitucionais essas provisões penais, porque minam as estruturas de suporte, prevenindo adolescentes de procurar apoio e potencialmente adotando condutas sexuais às ocultas. Nesse contexto, a notificação compulsória causa impacto negativo nas famílias porque as crianças são desencorajadas de discutir assuntos sexuais com seus pais ou cuidadores, enfatizando claramente que mesmo os mecanismos de diversão, como a remissão, são vitimizadores, não minorando a inconstitucionalidade dessas provisões (GROOTBOOM, 2018).

Como resultado, passou-se a permitir as relações consentidas entre adolescen-

<sup>6</sup> Acrônimo de *Resources Aimed at the Prevention of Child Abuse and Neglect*, i.e., recursos voltados à prevenção do abuso sexual e da negligência.

tes na faixa etária de 12 a 16 anos.

Remanesce, assim, a análise da natureza consensual das relações.

O primeiro aspecto a levar em consideração é, nos termos dos artigos 5º e 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o que a criança/adolescente tem a dizer. Por se tratar de direito de personalidade, direitos privados, como ensina a Corte Constitucional sul-africana, não incumbe aos pais ou a cuidadores quererem atribuir caráter violento quando os diretamente envolvidos assim não o considerem (COUSO SALAS, 2009).

Já na década de 1970, Foucault era crítico ao emprego do termo consentimento, que é uma noção contratual, quando aplicada para tratamento dos desejos e dos prazeres - ou uma armadilha, como expõe seu debatedor Hocquenghem - porque mistura o que seria da ordem do consentimento a contatos sexuais com coisas distintas como a possibilidade para uma criança de ser crida quando falando de suas relações sexuais ou de seus afetos, de suas ternuras, portanto da capacidade que se reconhece à criança de explicar o que é da ordem de seus sentimentos e da credibilidade que se lhe confere. Para ele, escutar uma criança deve permitir estabelecer qual foi o regime de violência ou de consentimento a que se submeteu. Segundo o filósofo francês, há dois abusos intoleráveis e inaceitáveis: um, supor que, por ser criança, não pode explicar o que se deu, outra, que não pode ser sujeito de consentimento. Por isso, a seu ver, uma barreira de idade fixada pela lei não teria muito sentido e dever-se-ia ter confiança na criança para dizer se sofreu ou não uma violência (FOUCAULT, 1994, vol. 3, p. 775-776). É o que se sustenta na contemporaneidade, quanto à necessidade de se ter o consentimento nessas relações entre pares como pedra de toque do direito penal (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

Entendimento em contrário criaria um verdadeiro paradoxo legal no Brasil. A recente Lei 13.431/17, que cria o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, valida a fala da criança/adolescente, independentemente da idade, reconhecendo que a criança pode decidir se quer ou não depor judicialmente para relatar o que viveu sexualmente - com as consequências que isso pode implicar, como a absolvição do acusado. Tal validação, contudo, não pode prevalecer apenas para a descrição dos fatos, como fonte de prova do ocorrido, deixando de valer para justificar uma conduta que ele ou ela experimentaram voluntariamente. Do contrário, haveria dois regimes de verdade<sup>7</sup> correlacionados à fala de crianças e adolescentes, limitando de antemão o que a criança pode ser, decidindo quais as formas de ser são reconhecíveis ou não. Resumida à condição de vítima, teríamos aqui a expressão do que Adorno designou como violência ética, em que o 'universal' deixa de concordar com o individual ou de inclui-lo e a própria pretensão de universalidade ignora os 'direitos' do indivíduo. Para o filósofo da Escola de Frankfurt, a norma ética que não oferece um modo de vida ou que se revela dentro das condições sociais existentes como impossível de ser apropriada tem de ser submetida à revisão crítica. Se ela ignora as condições sociais que também são as condições sob as quais toda ética deve ser apropriada, aquele ethos torna-se violento (BUTLER, 2017).

---

<sup>7</sup> Foucault esclarece que por "regime de verdade gostaria de entender o que constrange os indivíduos a um certo número de atos de verdade. Um regime de verdade é o que constrange os indivíduos a atos de verdade, o que define, determina a forma desses atos e que estabelece para esses atos condições de efetuação e efeitos específicos. Um regime de verdade é o que determina as obrigações dos indivíduos quanto aos procedimentos de manifestação do verdadeiro. Em que a verdade obriga além do fato que ela se manifesta? Qual é a legitimidade, o fundamento, a justificação de uma noção como essa, de regime de verdade?" (FOUCAULT, 2012, p. 91).

Em suma, é a diferença entre ouvir e escutar a criança/adolescente, se aquilo que ela relata de si a quem dirige seu relato implica que as duas partes da interlocução se sustentam e se alteram pela cena da interpelação (BUTLER, 2017).

Assim, antes de tudo, as exceções de proximidade etária apelam a que crianças/adolescentes sejam escutadas por seus pais, pelos educadores, pela sociedade, pelas instituições de proteção, de segurança e de justiça. Uma escuta que reconheça o significado social do que dizem, enquanto expressam uma demanda por direito, e respeitando-se essa fala.

Nesse contexto, é importante observar os posicionamentos do Ministério Público de que estamos à frente de uma situação de derrotabilidade da norma penal, que autoriza o Ministério Público a requerer o arquivamento do processo (FONTELES, 2023). É o que se preconiza na Espanha (BOLDOVA PASAMAR, 2021, p. 14). Importante registrar, ainda, a existência de nota técnica do Ministério Público do Piauí contra a consideração da presunção de violência de forma absoluta em relações sexuais praticadas por adolescentes, devendo-se ter cuidado para não criminalizar o ‘namoro’ entre adolescentes (COSTA, 2021).

Essa análise, contudo, não demanda perscrutações ou avaliações psicológicas, notadamente nos casos de simetria etária, que deveriam bastar em termos fáticos, salvo prova em contrário por quem o alega, para justificar a conclusão de semelhante desenvolvimento psicofísico (BOLDOVA PASAMAR, 2021, p. 28). Não seria, portanto, nem ao menos o caso de instauração de procedimento policial, porque estamos à frente de um caso de atipicidade.

Nesse sentido é importante retomar o debate teórico entre acordo e consentimento. Na doutrina dualista, o acordo refere-se às incriminações que protegem expressões tipificadas de liberdade, numa continuidade entre a autonomia e o bem jurídico típico, mediatizando sua expressão positiva. Assim, excluiria a tipicidade. O consentimento, por sua vez, diria respeito à proteção de bens jurídicos em nome de sua dignidade intrínseca, posta entre parênteses a atitude do portador concreto. O consentimento, pela descontinuidade entre autonomia e bem jurídico, excluiria a antijuridicidade ou ilicitude. Os crimes sexuais, assim, por tutelarem a liberdade, reclamariam acordo e, em relação a crianças e adolescentes, a questão seria da capacidade de dar concordância (ANDRADE, 1991), porque envolveria, para Roxin, uma dimensão essencialmente fática, e não jurídica, como o requereria o consentimento, porque decorre exclusivamente da vontade da pessoa, pressupondo apenas a vontade natural (ROXIN, 1992, p. 338-339). A crítica à teoria dualista repousa fundamentalmente no fato de que, para aquela, os vícios de vontade não afetariam o acordo, apenas o consentimento, entendendo Greco e Rassi, ser uma reflexão de base civilista, que não deveria ser aplicada para análise da ação no direito penal (GRECO & RASSI, 2011, p. 101). Tal crítica, contudo, não afasta a conclusão de que o acordo, ou consentimento, afastam a tipicidade da conduta.

Em se tratando de falta de tipicidade, é consentâneo, coerente e promissor o precedente do TJDF acima referido, mantendo a rejeição de representação porque houve relação consensual.

Em havendo dúvida, trata-se de questão sujeita à apreciação judicial, da mesma forma como ocorre em outros países (BIERRIE & BUDD, 2016; LANZAROTE COMMITTEE, 2023).

Esses requisitos do consentimento em relação a adolescentes têm sido indicados

como aqueles comuns a adultos, como vontade livre de interferências, baseada em informação completa, veraz, oportuna e suficiente - daí a importância da educação sexual (MELO, 2023) -, por conseguinte, sem violência e intimidação, nem comprometida pelo uso de álcool ou drogas ou por qualquer outro meio de privação de sentidos, nem por erro, ignorância ou engano, sem relação de superioridade ou de poder (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

A esses critérios são somados outros, a que respondem as exceções de proximidade etária (*close-in-age exemption clauses*), que são ferramentas importantes de análise do consentimento, não como critérios rígidos, mas como referenciais analíticos da existência de consentimento entre pares, pessoas em desenvolvimento, com a necessidade de reconhecimento de sua capacidade evolutiva. São critérios meramente orientativos.

Tal análise não pode ser feita a partir de padrões morais, mas que levem em consideração a prática de vida efetiva de adolescentes neste país e as dinâmicas de poder a que estão sujeitos os adolescentes nas diferentes faixas etárias, mas também as responsabilidades crescentes que passam a assumir. Trata-se de um preceito que se expressa em diversas exposições de motivos, nacionais e estrangeiras, e também é referida em julgados e na doutrina.

Ademais, como vimos histórica e comparativamente, as análises pautadas em evidências, levando em consideração as práticas sexuais de adolescentes no país, são importantes balizas e diretrizes para a consideração dos casos concretos.

Como é sabido, não há, no país, referências normativas, diversamente de outros países que contam com critérios etários como uma idade mínima de capacidade sexual (diferente da idade de consentimento), ou com critérios de aferição caso a caso.

Resta saber, então, se o ordenamento jurídico, em sua unidade, coerência e completude (BOBBIO, 1960), permite uma resposta hermenêutica.

Em nosso sistema, aos 12 anos, adolescentes são responsáveis pela prática de atos infracionais dolosos. Podem deslocar-se sem autorização entre comarcas contíguas ou em regiões metropolitanas (artigo 83, parágrafo único, do ECA). Tem poder de escolher se querem ou não ser colocados em família substituta (artigo 28 do ECA), de forma intransponível. É uma referência de capacidade, como a própria doutrina penal tem invocado, embora, repita-se, equivocadamente com o intuito de redução da idade penal para relações com adultos.

Embora seja um padrão etário relativamente minoritário no cenário internacional, encontra-se também dentro dos parâmetros aceitos e é inclusive referido por entidades respeitadas e voltadas ao combate da exploração sexual de crianças e adolescentes, como a ECPAT.

Embora a idade média de iniciação sexual seja de 13 anos, justamente em razão das disparidades e singularidades, contar-se com uma certa margem de elasticidade parece razoável, de modo que se encontra respaldado na realidade nacional, pautada em evidências. Seria, portanto, um possível critério interpretativo.

Ponderaremos, mais adiante, se haveria de ser absoluto ou relativo.

Em relação à diferença etária, trata-se de um elemento importante na caracterização das diferenças de abuso de poder. Conforme salientam Bierie e Budd, quanto maior a diferença etária, maior a probabilidade de abuso de poder, inclusive mediante

uso de substâncias, com o aumento de incidentes (BIEIRIE & BUDD, 2016).

Sem uma base legal, parece arbitrário querer fixar parâmetros fixos no país. É certo que, numa perspectiva sistêmica, pelos padrões e normas educacionais, considera-se que há defasagem idade-série quando a diferença etária é superior a dois anos (MOREIRA, 2013; UNICEF, 2018), porque, nesse contexto, a diferença de capacidade cognitiva e emocional, mas também de condição física entre os adolescentes, seria mais significativa. Essa diferença de dois anos poderia ser cogitada como um critério sistêmico, até porque, em tese, a normativa educacional prevê a possibilidade de aceleração dos estudos para esses alunos para garantir essa homogeneidade. Entretanto, não bastasse ser uma diferença etária pequena para as relações sexuais (COUSO SALAS, 2009), o respeito a essa padronização idade-seriação não é uma realidade. Conforme levantamentos realizados, há enorme quantidade de alunos com defasagem etária no Brasil: 12% dos alunos nos estágios iniciais do ensino fundamental e 26% nos estágios finais (CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE SÃO PAULO, 2019). Portanto, mesmo a adoção desse critério, embora passível de consideração, seria temerária se feita de forma absoluta.

Diferentemente do que se propala no país ao se invocar a exceção de Romeu e Julieta, a média de diferença etária nos estados americanos não é de cinco anos, mas de três ou quatro anos, como vimos. Verifica-se que, na Europa, quando fixado, prevalece o critério de diferença etária de três anos. Nos dois países africanos que a estabelecem, a diferença etária é de dois anos. Na América Latina, contudo, os parâmetros parecem mais amplos.

Esses referenciais, embora não vinculantes, nem passíveis de serem propostos como parâmetros fixos, podem servir como balizas, especialmente para a consideração dos casos, dentro de uma perspectiva comparativa e, portanto, sociológica do direito (ANCEL, 1973). Importante ter presente, também, que, em muitos países, há sistemas de gradação, com diferenças etárias menores para adolescentes de idade mais próxima à de capacidade mínima ou para aquelas situações em que as práticas sexuais sejam mais invasivas, com penetração (vaginal, oral ou anal), visando evitar que haja a possibilidade de que tais atos ocorram quando as diferenças forem muito grandes, ou quando as idades forem muito baixas.

Se, em termos legais, poderia ser interessante contar com referenciais etários que parametrizem a conduta das pessoas para facilitar, inclusive, questões probatórias e para garantir segurança jurídica, duas ressalvas deveriam ser feitas. Primeiro, levando em consideração a natureza evolutiva das capacidades de adolescentes, seria recomendável, de lege ferenda, que exemplos normativos estrangeiros fossem considerados, contemplando diferenças etárias variadas conforme a idade mínima ou os atos praticados, como agora aludido. O exemplo de Minnesota, considerando uma diferença etária de dois anos para adolescentes aos doze anos, e de três ou quatro anos para faixas etárias maiores, pode ser uma solução.

Segundo, parece também importante observar a experiência de países que contam com esse tipo de exceção há décadas e que reputam necessário deixar margem de apreciação individualizada, caso a caso, se necessário, pelos tribunais. Mesmo nos Estados Unidos, onde há uma prevalência de critérios etários, os tribunais aferem se há ou não consentimento. Na esteira do entendimento de Breen sobre uma relação discriminatória com o uso de idades legais fixas, uma interpretação conforme a Convenção au-

torizaria refutar as presunções, que não de ser relativas (BREEN, 2006), distribuindo-se o ônus da prova, tanto de demonstração de competência ou de incompetência, conforme esteja fora ou dentro dos lapsos diferenciais etários. Couso Salas tem entendimento semelhante (COUSO SALAS, 2009).

Terceiro, a importância de definição de critérios do que se entende por consentimento, a exemplo do que se deu na Irlanda. São referenciais pedagógicos importantes para a população, mas também para as cortes, mas que devem levar em consideração as distintas linhas de força políticas em torno da matéria, não se tratando de uma questão meramente racional, mas dependente de suporte e de garantia de diversos outros direitos correlatos.

Temos, portanto, como grandes critérios referenciais para análise a exclusão de situações de abuso e exploração, idades mínimas de capacidade sexual, diferenças etárias gradativas conforme a idade mínima e o tipo de ato, proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico.

Mas não é só. Embora a invocação da cláusula Romeu e Julieta tenha aberto portas para a consideração da exceção, é preocupante ver o quanto, por seu intermédio, há um retorno ao moralismo no âmbito do direito penal, algo que deveria ter sido superado pelo novo tratamento do bem jurídico focado na liberdade sexual, mesmo para crianças e adolescentes.

Com efeito, a exigência, como critério de reconhecimento da exceção, de que haja um relacionamento entre adolescentes é algo completamente incondizente com as práticas de aproximação amorosa e sexual da juventude na contemporaneidade, mais afeita às “ficadas” do que relações duradouras. Trata-se, ademais, de uma interpretação muito literal de uma metáfora que, conforme estudiosos americanos, foi empregada muito mais para aludir à erotização e sexualização das canções americanas, num jogo de sedução e temor na relação com menores de idade pelo risco de serem presos (daí a referência ao *jailbait*), do que para justificar a necessidade de um relacionamento romântico como condição para a exclusão da tipicidade (STROUT et al., 2020; HUFFMAN & HUFFMAN, 1987). Há de se lembrar que o fundamental da trama shakespeariana não é o fato de serem adolescentes, mas de ser um amor proibido, não aceito pelas famílias, que precisa ser consumado às ocultas, de maneira dissimulada, justamente para não serem surpreendidos pelos adultos. Era disto também que se tratavam as canções erotizadas juvenis. Ademais, como mostram os estudos citados, essa exigência de relacionamento amoroso não é uma condição para aplicação da exceção nos Estados Unidos (BIERIE & BUDD, 2016), tampouco na Europa, sendo excluída claramente essa referência relacional por autores que estudam a matéria (BOLDOVA PASAMAR, 2021). Em verdade, a exigência de relacionamento para convalidar o consentimento nada mais é que a cláusula moralista vigente nos códigos penais do passado que isentavam o ofensor de pena caso se casasse com a mulher desonrada.

Todavia, as cortes brasileiras têm adotado tal critério, o que se mostra completamente inaceitável à luz do moderno direito penal sexual e do direito da infância e a juventude, sendo fundamental que se adote uma perspectiva democrática e laica no tratamento da sexualidade de crianças e adolescentes.

Outra questão importante a se analisar nos julgados brasileiros é uma questão novamente moralista em relação ao gênero, verificando-se uma absoluta prevalência da responsabilização masculina nesses casos consensuais. Trata-se de um fenômeno tam-

bém observado em outros países: nos EUA, onde se indica ainda a prevalência de meninos negros (STROUT et al., 2020), e na África do Sul (KANGAUDE & SKELTON, 2018). Não se trata, obviamente, de um questionamento para que as meninas sejam processadas em vez dos rapazes, mas uma problematização da persistência da visão de que os meninos são ativos e as meninas são tratadas passivamente como vítimas, reproduzindo, portanto, os mesmos valores moralistas que presidiam a tutela dos costumes.

Outro ponto que merece atenção é a situação dos adolescentes de 12 anos, razão de termos referido a necessidade de debater se eventual idade mínima de capacidade sexual há de ser absoluta ou relativa.

A doutrina penal pátria, quando se manifesta de forma crítica ao caráter absoluto da idade de consentimento, é a favor de que o limite de 12 anos seja intransponível (NUCCI, 2015; GRECO & RASSI, 2011; ESTEFAM, 2009), embora todos estejam refletindo na relação de adultos com adolescentes.

No entanto, tal situação é paradoxal. Um(a) adolescente de 17 anos, já nos estertores de sua adolescência, portanto com pleno conhecimento e maturidade sexual, que venha a manter relação sexual com outro(a) de 13, se consentida, não será punido(a). No entanto, um(a) adolescente de 12 anos, recém-saído da infância, que venha a explorar a sexualidade com outro(a) de 11, eventualmente um(a) colega de classe, poderia ser punido(a) ou, no mínimo, processado(a).

Tal cenário é tão mais grave quando se tem presente que, com a redação ampliada dada ao estupro de vulnerável, qualquer toque passa a ser considerado como tal crime, conforme jurisprudência do STJ:

Processo AgRg no REsp 1682363 / RJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 2017/0163707-6. Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma. Data do julgamento: 19/10/2017. Data da publicação/fonte: DJe 27/10/2017. Ementa: Agravo Regimental em Recurso Especial. Penal. Estupro de vulnerável. Tentativa. Arts. 14, I, e 217-A, ambos do CP. Acórdão, que reconheceu a aplicação da modalidade tentada, com fundamento no princípio da razoabilidade. Toques íntimos. Prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Consumação configurada. Afastamento da forma tentada. Agravo regimental improvido.

Não se trata, portanto, apenas de uma questão de ter ou não relação sexual com algum tipo de penetração, mas da própria exploração dos corpos, que pode ter certa margem de “naturalidade” entre crianças e adolescentes, conforme reconhecido pelas associações médicas, para se ter um padrão mais normativo do tema. Como acentua o departamento de Justiça Juvenil americano,

*crianças em idade escolar e adolescentes de 9 a 13 anos podem experimentar um aumento substancial nos pensamentos e sentimentos sexuais. Os primeiros sentimentos de atração sexual podem ocorrer a partir dos 9 a 12 anos de idade, com o início das fantasias sexuais ocorrendo vários meses a um ano depois. Esse desenvolvimento pode ser seguido por um “surto” de interesse e atrações sexuais. A atração sexual por colegas da mesma idade aumenta perto do final desse período de desenvolvimento, com comportamentos interativos tipicamente começando com provocações lúdicas dos outros. (NCSBY, sem data).*

Vimos que um dos precedentes jurisprudenciais nacionais citados, e que ensejou absolvição, foi julgado do TJDF envolvendo adolescentes de 12 e 11 anos.

Saraiva, um dos primeiros juristas a discorrer sobre a exceção de Romeu e Julieta no Brasil, trazia igualmente o exemplo de uma relação entre menino de 13 e menina de 11 anos em “manobras sexuais investigatórias” (SARAIVA, 2009).

Vimos que alguns estados americanos preveem a possibilidade efetiva de aplicação da exceção para menores de 12 anos, como West Virginia (BIERRIE & BUDD, 2016). Kangaude e Skelton, na África do Sul, questionam-se igualmente por que não estender essas isenções a 11 anos (KANGAUDE & SKELTON, 2018).

Ora, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, a adolescência, sob critério biológico, inicia-se aos 10 anos (OMS, sem data). Portanto a mesma diferença etária poderia ser aplicada entre um adolescente de 12 e uma criança de 10 anos, o que estaria em conformidade com a defasagem etária aceitável para a educação.

Outra possibilidade interpretativa é a de considerar a idade mínima para efeito de atos mais invasivos (com penetração vaginal, oral ou anal), não se autorizando esse tipo de ato com menores de 12 anos, mas admitindo as “manobras sexuais investigatórias” referidas por Saraiva, que fariam parte do desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes.

Trata-se de uma situação preocupante, porque, em muitos desses casos, não são sequer os envolvidos que procuram providências, mas pais que, não aceitando as práticas, apresentam dificuldade em lidar com as manifestações sexuais na infância, interpretando a sexualidade nas crianças a partir de suas próprias dificuldades, ou seja, da sua história de educação sexual ao longo da vida (MAIA, sem data, p. 5).

Parece, portanto, fundamental que remanesça uma margem de apreciação judicial mesmo nesses casos.

#### **4. À guisa de conclusão**

Para concluir, algumas diretrizes interpretativas poderiam ser estabelecidas:

1. As relações sexuais consentidas entre adolescentes de idades e contextos socioculturais e econômicos semelhantes presumem-se livres, ainda que abaixo da “idade de consentimento” prevista no artigo 217-A do Código Penal e, exceto em caso de comprovada disparidade de desenvolvimento físico-psíquico, de abuso de poder ou de exploração comercial, inclusive para efeito de pornografia, não devem ser objeto de atenção da justiça juvenil por atipicidade da conduta.

2. Condutas sexuais praticadas por adolescentes de 12 anos de idade com o consentimento de crianças de idade e fases de desenvolvimento psicofísicas assemelhadas devem ser consideradas atípicas, ressalvada comprovação em contrário de abuso, exploração ou desnível de poder.

3. Em caso de necessidade de processo judicial para comprovação de (falta de) consentimento, parâmetros comparativos relativos à existência ou não de disparidade de poder podem ser utilizados prudencialmente, tais como a proximidade etária e de desenvolvimento psicofísico, contexto socioeconômico e cultural semelhantes, ou ainda

relacionamento ou experiência sexual prévia como expressão de maturidade sexual para tomada de decisão.

Com essa análise, torna-se clara a necessidade de mudanças no país, aprimorando-se o modo de considerar os direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes, limitando a intervenção penal única e exclusivamente às situações em que houver abuso ou exploração. Uma tarefa que há de envolver a sociedade como um todo, mas a Justiça em particular, adotando uma perspectiva pautada em direitos, que logre resguardar as crianças e adolescentes de abusos de poder, sem com isso interferir indevidamente em sua esfera privada e na expressão de sua sexualidade.

### Referências bibliográficas

ALDERSON, Priscilla. In the genes or in the stars? Children's competence to consent. *Journal of medical ethics*, vol. 18, pp. 119-124, 1992.

\_\_\_\_\_. Giving children's view "due weight" in medical law. *International Journal of Children's Rights*, Leiden, v. 26, n. 1, p. 16-37, mar., 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

BIEIRIE, David M.; BUDD, Kristen M. Romeo, Juliet, and Statutory Rape. Sexual Abuse. *A Journal of Research and Treatment*, p. 1-26, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/305384348\\_Romeo\\_Juliet\\_and\\_Statutory\\_Rape](https://www.researchgate.net/publication/305384348_Romeo_Juliet_and_Statutory_Rape).

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli editore, 1960.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 23-16, p. 1-41, 2021.

BOLIVIA. *Ley (n. 2033) de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual del 29 de octubre de 1999*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/59479/68751/S99BOL02.htm>.

BRASIL. *Projeto de lei do Senado n. 236 de 2012*. Anteprojeto de código penal. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1694633443077&disposition=inline&\\_gl=1\\*1a2aq8h\\*\\_ga\\*MTAzNTYzODg2MC4xNjk2NjkWODY3\\*\\_ga\\_CW3ZH25XMK\\*MTY5NjcwNzAyMC40LjAuMTY5NjcwNzAyMC4wLjAuMA](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1694633443077&disposition=inline&_gl=1*1a2aq8h*_ga*MTAzNTYzODg2MC4xNjk2NjkWODY3*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NjcwNzAyMC40LjAuMTY5NjcwNzAyMC4wLjAuMA).

BREEN, Claire. *Age discrimination and children's rights*. Ensuring equality and acknowledging difference. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo*. Crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

CIRINO FILHO, Ronisson Lima. *A exceção de Romeu e Julieta e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-excecao-de-romeu-e-julieta-e-a-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1821849923#:~:text=A%20Exce%C3%A7%C3%A3o%20de%20Romeu%20e%20Julieta%20consiste%20na%20descaracteriza%C3%A7%C3%A3o%20da,idade%20diferencial%20n%C3%A3o%20seja%20long%C3%ADnqua>.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais*, 2007. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046e1d8>.

CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE SÃO PAULO. *Resolução, de 22-7-2019*. Disponível em: [https://midiasstoragesec.blob.core.windows.net/001/2021/03/resoluo\\_22072019.pdf](https://midiasstoragesec.blob.core.windows.net/001/2021/03/resoluo_22072019.pdf)

COSTA, Adriano Sousa; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ALMEIDA, Renê. *A exceção de Romeu e Julieta e o estupro bilateral*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-27/academia-policia-excecao-romeu-julieta-estupro-bilateral#:~:text=Na%20verdade%2C%20a%20doutrina%20mais,contexto%20de%20descoberta%20da%20sexualidade>.

COSTA, Joselisse Nunes de Carvalho. *Nota técnica n. 01 de 2021 do centro de Apoio Operacional de defesa da infância e juventude do Ministério Público do Piauí*. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/10/Nota-Tecnica-01-2021-Ato-sexual-entre-adolescentes-.pdf>.

COSTA RICA. *Código Penal*. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_costa\\_rica.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf). Lei que altera o artigo 159. Disponível em: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83353&nValor3=106995&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83353&nValor3=106995&strTipM=TC).

COUSO SALAS, Jaime. *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 73, 2009. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/73](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/73).

CRIN. *Age is arbitrary: setting minimum ages*. Discussion paper, 2016. Disponível em: [https://archive.crin.org/sites/default/files/discussion\\_paper\\_-\\_minimum\\_ages.pdf](https://archive.crin.org/sites/default/files/discussion_paper_-_minimum_ages.pdf).

CROÁCIA. *Código Penal*, 2011. Disponível em: [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011\\_11\\_125\\_2498.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_11_125_2498.html).

DOLTO, Françoise. Extraits d'une lettre à propos d'un procès en cours. *Recherches*, vol. 37, p. 84-86, 1979.

ECPAT. *Age of Consent Law is Appropriate*. Disponível em: <https://ecpat.org/our-impact/>.

ENNEW, Judith. *The sexual exploitation of children*. New York: St. Martin's Press, 1986.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. Comentários à lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONTELES, Samuel Sales. O dilema do Ministério Público diante da derrotabilidade das regras (defeasibility). *Revista do Ministério Público do RS*, n. 79, jan-abr, p. 55-84, 2023. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-MP-RS\\_n.79.04.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-MP-RS_n.79.04.pdf).

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 4 v, 1994.

\_\_\_\_\_. *Du gouvernement des vivants*. Paris: Gallimard (Curso no Collège de France entre 1979-1980), 2012.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento* (art. 183 quater del Código Penal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

GRAUPNER, Helmut. *Sexual Consent. The Criminal Law in Europe and Overseas*. Archives

of *Sexual Behavior*, 29(5), 415-461, 2000. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1001986103125>.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro & RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2011.

GROOTBOOM, Lance Patrick. *The criminalization of consensual sexual acts between children*. Tese submetida à Faculdade de direito da Universidade Nelson Mandela, 2018. Disponível em: [http://vital.seals.ac.za:8080/vital/access/manager/Repository/vital:30823?site\\_name=GlobalView&view=null&f0=sm\\_creator%3A%22Grootboom%2C+Lance+Patrick%22&sort=null](http://vital.seals.ac.za:8080/vital/access/manager/Repository/vital:30823?site_name=GlobalView&view=null&f0=sm_creator%3A%22Grootboom%2C+Lance+Patrick%22&sort=null).

HUFFMAN, James; HUFFMAN, Julie Sexism and Cultural Lag: The Rise of the Jailbait Song, 1955-1985. *Journal of Popular Culture*. Volume 21, Issue 2, p. 65-83, 1987. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0022-3840.1987.2102\\_65.x](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0022-3840.1987.2102_65.x).

IRLANDA. *Código Penal*, 2017. Disponível em: <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2017/2/eng/enacted/a0217.pdf>.

ITÁLIA. *Código Penal*. Disponível em: [https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale/519\\_1\\_1](https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale/519_1_1).

KANGAUDE, Godfrey Dalitso; SKELTON, Ann. (De)Criminalizing Adolescent Sex: a rights-based assessment of age of consent laws in Eastern and Southern Africa. *Reproductive health in Sub-Saharan Africa - Original Research*. *Sage Open*, p. 1-12, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2158244018806036>.

LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las facultades del niño*. Firenze: Save the children: Unicef, 2005.

LANZAROTE COMMITTEE. *Focused questionnaire aimed at gathering information for a forthcoming exchange of views to build capacity Legal age for sexual activities / Age of sexual consent*. Compilation of information received from State Parties and other stakeholders, 2023. Disponível em: <https://rm.coe.int/legal-age-for-sexual-activities-age-of-sexual-consent-compilation-of-i/1680a3b36d>.

MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. *Sexualidade e educação sexual*. Disponível em: [https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155340/3/unesp-nead\\_reei1\\_ee\\_d06\\_s03\\_texto02.pdf](https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155340/3/unesp-nead_reei1_ee_d06_s03_texto02.pdf).

MELO, Eduardo Rezende. *Direito ao desenvolvimento*. Arqueologia de um dispositivo na subjetivação de crianças e adolescentes. São Paulo: Intermeios, 2021.

\_\_\_\_\_. A sexualidade de crianças e adolescentes e os dilemas da tutela penal: direitos sexuais na infância e juventude e seus reflexos na justiça juvenil. In: *Cadernos Jurídicos*. Temas fundamentais da justiça juvenil. Perspectiva pautada em direitos e em garantias e os desafios para a proteção integral. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2023.

MOREIRA, Camila. *Distorção idade-série na educação básica*, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/distorcao-idade-serie-na-educacao-basica/111821615>

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. General Comment n. 12. *The right of the child to be heard*, 2009. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F12&Lang=en).

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *General Comment*

n. 1, *Article 12: Equal recognition before the law*, 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-1-article-12-equal-recognition-1>.

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. *General comment n. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11).

NATSCHERADTEZ, Karl Prehaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

NCSBY - National Center on the Sexual Behavior of Youth. *Normative sexual behavior*. Disponível em <https://www.ncsby.org/content/normative-sexual-behavior>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OMS - Organização Mundial da Saúde (sem data). *Adolescent health*. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/adolescent-health#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/adolescent-health#tab=tab_1).

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

PANAMÁ. Código Penal, 2018. Disponível em: <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>. Lei que altera o artigo 176 disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106790/131151/F-1290510704/LEY%2021%20PANAMA.pdf>

PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0093>.

PAIGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo, Summus, 1994.

PUERTO RICO. *Código penal*, 2012. Disponível em: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Justicia/146-2012/146-2012.pdf>.

REGHELIN, Elisangela Melo. Exceção de Romeu e Julieta, Direito Penal e Política Criminal: reflexões atuais sobre uma antiga conversa. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*. Brasília, volume 13, n. 8, p. 143-178, 2022. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/934>.

REINO UNIDO. *Mental capacity act*, 2005. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9>.

ROBERTSON, Stephen. Age of Consent Laws. *Children and Youth in History*, Item #230, 2021. Disponível em: <https://chm.gmu.edu/cyh/teaching-modules/230.html>.

ROBERTSON, Stephen. “Age of Consent Laws [Table]”. *In Children and Youth in History*, Item #24, 2021. Disponível em: <https://chm.gmu.edu/cyh/primary-sources/24.html>.

SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a Romeo and Juliet law. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. São Paulo. *Boletim do IBCCrim*, 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4915/>.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

STROUT, Jean; VASUDEVAN, Divya; SHAH, Riya Saha. Protecting Youth from themselves: the overcriminalization of consensual sexual behavior between adolescents. *Children's Legal Rights Journal*. volume 40, issue 1, 2020. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=clrj>.

SUÍÇA. *Feuille fédérale suisse*, 1985, II 1021. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1985/2\\_1009\\_1021\\_901/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1985/2_1009_1021_901/fr).

SUÍÇA. *Código penal*, 2023. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr).

UNFPA East and Southern Africa. *Criminalization of consensual sexual acts among adolescents in East and Southern Africa*, 2020. Disponível em: <https://esaro.unfpa.org/en/publications/technical-brief-criminalization-consensual-sexual-acts-among-adolescents-east-and>.

UNICEF. *Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño*. Nova York/ Genebra: Unicef, 2001.

UNICEF. *Legal minimum ages and the realization of adolescents' rights*. Disponível em: <https://www.unicef.org/lac/media/2806/file>.

UPROOT, JYAN - Jamaica Youth Advocacy Network, THE PACT. *Legislative reform and adolescent and youth sexual and reproductive rights: decriminalizing consensual sex between adolescents and amending legislation which adversely impacts gay men and other men who have sex with men, transgender people, drug users and sex workers*. UPROOT brief for policymakers, 2018. Disponível em: <https://www.childrenandaids.org/sites/default/files/2018-11/Legislative%20reform%20and%20adolescent%20and%20youth%20sexual%20and%20reproductive%20rights.pdf>.

URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>.

WAITES, Mathew. *The age of consent*. Young people, sexuality and citizenship. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2009.

ZHU, G., & VAN DER AA, S. Trends of age of consent legislation in Europe: A comparative study of 59 jurisdictions on the European continent. *New Journal of European Criminal Law*, 8(1), 14-42, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/2032284417699293>.

