

A sexualidade de crianças e adolescentes e os dilemas da tutela penal: direitos sexuais na infância e juventude e seus reflexos na justiça juvenil¹

Eduardo Rezende Melo²

Juiz de Direito no estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Breve excursão histórico sobre o tratamento da sexualidade de crianças e adolescentes pelo direito, particularmente pelo direito penal. 2. O cenário penal e o dilema da missão do direito penal sexual democrático: liberdade ou moralidade? 3. Das políticas de controle da sexualidade infanto-juvenil à emergência do debate em torno dos direitos sexuais. 3.1. As pesquisas sobre sexualidade de crianças e adolescentes, a importância de um olhar sociológico ao tema e seus reflexos penais. 3.2. O impacto do tratamento exclusivamente penal da sexualidade em relação a outras esferas da existência: a colisão de direitos entre o tratamento penal e a garantia de direitos sexuais. Referências bibliográficas.

Resumo: o artigo contextualiza as transformações do tratamento da sexualidade juvenil tanto histórica como sociologicamente, procurando problematizar o tratamento penal das relações sexuais consentidas entre adolescentes à luz da emergência dos direitos sexuais e dos impasses e dilemas causados pela prevalência de uma perspectiva repressiva à proteção integral. O artigo postula pela necessidade de um tratamento diferenciado das relações sexuais consentidas entre adolescentes no campo do direito, com reflexos em relação à atuação da justiça juvenil.

Palavras-chave: sexualidade juvenil; direitos sexuais; direito penal sexual democrático; proteção integral; justiça juvenil.

Introdução

Desde a alteração do Código Penal em 2009, com a criação do tipo penal de estupro de vulnerável, e a posterior edição da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça quanto à irrelevância do consentimento da vítima para o ato sexual, operadores do direito da justiça juvenil tem debatido sobre o impacto desse entendimento em relação às práticas sexuais consentidas entre adolescentes.

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

² 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>

Ainda que de forma tímida, tanto doutrina como jurisprudência têm invocado a experiência alienígena, com referência recorrente à americana, para fundamentar o reconhecimento da cláusula excludente da tipicidade nesses contextos com base na exceção de Romeu e Julieta.

Embora reputemos tal denominação tem provocado entendimentos equivocados no país quanto aos critérios de tratamento legal do tema em outros países, pretendemos neste artigo discorrer sobre a correlação entre a transformação do tratamento penal da sexualidade juvenil com a emergência dos direitos sexuais de crianças e adolescentes.

Neste contexto, pautado em uma breve contextualização histórica inicial, analisaremos o processo de transformação político-cultural do direito penal sexual para compreendermos as transformações do bem jurídico tutelado, inclusive em relação a adolescentes. A partir desses pressupostos, e contando também com dados empíricos e sociológicos, discorreremos sobre o impacto do reconhecimento de direitos sexuais a crianças no modo de sopesar a colidência de direitos, notadamente à proteção e à expressão da sexualidade, e especialmente naquilo que um tratamento exclusivamente penal tem impactado no exercício de outros direitos, como a saúde e a educação.

1. Breve excuro histórico sobre o tratamento da sexualidade de crianças e adolescentes pelo direito, particularmente pelo direito penal

Um brevíssimo excuro histórico parece-nos fundamental por três motivos. Primeiro, para contextualizar as transformações do que foi considerado bem jurídico tutelado no campo sexual, com uma lenta, mas progressiva separação do direito em relação à moral e de desvinculação ao gênero, com reflexos importantes em relação a crianças e adolescentes. Segundo, não apenas para registrar a evolução histórica da mudança de critérios etários, mas, fundamentalmente, e por terceira razão, para compreender como o fundamento sociológico é, de forma secular, invocado para essa adaptação legal e, mais ainda, como veremos, para interpretação da norma.

Embora se aluda a Roma como primeiro exemplo histórico de fixação de algo equivalente a uma idade de consentimento, atrelada à idade núbil (BALES, 2015; LOBO, 2008) e ao histórico medieval e renascentista inglês com o Estatuto de Westminster em 1275, é assente que o tema ganha relevância normativa no século XIX inspirado nas ideias iluministas da inocência e de desenvolvimento da criança (ROBERTSON, 2021a; WAITES, 2009).

Com efeito, vê-se que, entre nós, nas Ordenações Filipinas, a única referência etária é encontrada no crime cometido por aquele que dorme com mulheres órfãs ou menores que estão a seu cargo, consideradas menores as que tenham menos de 25 anos (Título XXI) (PIERANGELLI, 1980). Não havia, naquela época, qualquer consideração em torno da idade de consentimento, porquanto a preocupação era fundamentalmente a preservação da moral do casamento, da virgindade e do controle das possíveis emanações de violência nas relações de mando, notadamente parentais, mas não exclusivamente.

No Código Criminal do Império, ao tratar dos “crimes contra a segurança da honra”, a idade de referência passa a ser de 17 anos, tanto para o crime de deflorar mulher

virgem menor que tal idade (artigo 219), ou de seduzir mulher honesta menor de tal idade e ter com ela cópula carnal (artigo 224). Curiosamente no crime de estupro não há qualquer tratamento diferenciado pela idade (artigo 222). Não há, ainda, qualquer referência à idade de consentimento e, pelo contrário, a cláusula de isenção de pena é, para qualquer crime, o casamento (artigos 225 e 228).

Na esteira do que ocorre na Europa, com o surgimento do debate em torno da idade de consentimento, o Código Penal de 1890, ao regulamentar os “crimes contra a segurança da honra e a honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, procurou dar tratamento homogêneo à legislação civil, prevendo tanto que o crime de violência carnal (artigo 266, parágrafo único) como o de defloramento de mulher menor de idade, empregando sedução, engano ou fraude (artigo 267), tinha como referência a menoridade civil. Sabe-se que na consolidação das leis civis então vigente, realizada por Teixeira de Freitas, a menoridade cessava aos 21 anos (artigo 8º) (FREITAS, 2003). A presunção de violência era prevista no artigo 272 se a pessoa ofendida fosse menor de 16 anos (PIERANGELLI, 1980), maior que a média europeia de então (ROBERTSON, 2021b).

Nos comentários a tal código, havia já a preocupação em estabelecer uma presunção absoluta de violência, com grande debate sobre as idades, como se vê nos comentários ao código por Araújo, ao referir que “Quanto às diferentes idades, o projecto não podia eleval-as mais do que fez acima das marcadas nos códigos europeus de paizes onde o desenvolvimento psychico e sexual ê mais tardio do que entre nós”, mas segue ao afirmar que, no que concerne à presunção:

O Código no art. 272 estabelece que presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados nos dous capitulos anteriores, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos. Os projectos variam, tendo os de 1893 e 1897 se acostado mais ao italiano e os de 1896 e 1899, arts. 272 e 279 fixado a menor idade para a conjuncção carnal em 15 annos e para o rapto em 12. Trata-se aqui de uma presumpção jûris et de jure e que, verificada, induz a considerar como violentos os crimes contra o pudor. Isto quer dizer que o constrangimento, em regra geral, devendo ser provado, si se realizou por violências ou ameaças, ao contrario, no caso de que se trata, não é mister tal prova, e somente da idade, porque a lei equipara ás violências e à ameaça o estado ou condição da pessoa que importa a impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro, na pessoa menor sujeita a conjuncção. (ARAÚJO, 1901, p. 361).

Esse critério etário perdura na Consolidação das Leis Penais, que supera a limitação de gênero do Código anterior, prevendo como violência carnal “atentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo”, incidindo em crime tanto aquele que excite, favoreça ou facilite a corrupção de pessoa, de um ou de outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a a prática de atos desonestos, viciando a sua inocência ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral (artigo 266, §1º), ou corrompendo pessoa menor de 21 anos, de um ou outro sexo, praticando com ela ou contra ela, atos de libidinagem (§2º). Em relação ao rapto, havia causa de aumento de pena se a raptada fosse maior de 16 e menor de 21 anos e prestasse seu consentimento (artigo 270, §1º). A presunção de violência era prevista no artigo 272 se a pessoa ofendida fosse menor de 16 anos.

Na redação original do Código de 1940, agora sob o título de “crimes contra os costumes”, a referência etária aparecia apenas nos crimes de posse sexual mediante fraude, para aquelas que fossem virgens e menores de 18 e maiores de 14 anos (artigo 215, parágrafo único); no de atentado ao pudor mediante fraude, também referido à mulher honesta, com pena agravada se menor de 18 e maior de 14 anos (artigo 216, parágrafo único); no de sedução e corrupção de menores, também referente a mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos, aproveitando-se de sua inexistência ou justificável confiança (artigo 217); na corrupção de menores (artigo 218) e no rapto consensual. A presunção de violência era prevista no artigo 224, a, quando a vítima não é maior de 14 anos.

Importante recordar os fundamentos invocados na Exposição de Motivos da versão original do Código, na pena do ministro Francisco Campos:

Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a inocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa inciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. (BRASIL, 1940).

Por ocasião da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve introdução de parágrafo único ao artigo 213 e ao artigo 214 para a previsão de majoração de pena se a vítima fosse menor de 14 anos, majorada posteriormente pela lei de crimes hediondos.

O critério etário não é alterado na legislação posterior, havendo, contudo, progressiva mudança de ênfase, dos costumes para a liberdade ou dignidade sexual, com a retirada da referência à mulher honesta no atentado ao pudor mediante fraude, pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que ainda acrescentou majoração de pena quando a vítima for menor de 18 e maior de 14 anos.

A grande alteração legal dá-se com a Lei 12.015/2009, que não apenas procura superar o viés moralista do direito penal sexual até então vigente, suprimindo as referências a qualidades morais de mulheres, como também abole as diferenças de gênero em relação ao estupro. Quanto às crianças e adolescentes, talvez não se tenha dado tanta atenção na doutrina e jurisprudência ao fato de que essa supressão da referência moral também impacta o tratamento penal, mais voltado à proteção delas contra a exploração sexual do que em torno da maturação sexual de crianças e adolescentes. Lembre-se, com efeito, que, afinal o anteprojeto de lei é fruto da CPMI instalada para investigação da exploração sexual.

Nos termos da Exposição de Motivos,

A primeira alteração proposta é sobre a nomenclatura do capítulo do Código Penal em tela que, de modo significativo, intitula-se dos Crimes Contra os Costumes. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual. (BRASIL, 2009).

Nessa esteira, foram suprimidas expressões como o de mulher honesta, para caracterizar o crime de posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP), de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP) e de rapto violento ou mediante fraude para fim libidinoso (art. 219 do CP), bem como a referência a mulher virgem no crime de posse sexual (art. 215 do CP).

Preocupada com a questão de gênero, a lei, “por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino”, numa renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP).

De maior interesse para essa análise, a criação do novo crime de estupro de vulnerável, substituindo a previsão de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Esta modificação deu-se por entender a CPMI que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224. No entanto, diante da divergência jurisprudencial, pretende-se criar uma “objetividade fática”, sustentando que “não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais”.

A Exposição de Motivos deixa claro, contudo, que, embora, “para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos”, a regulamentação em questão visa “considerar o gradual desenvolvimento”, respeitando “certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos” (grifo nosso), o que deixa claro que a liberdade sexual é, a despeito da vulnerabilidade, o bem jurídico tutelado, porque o que está em jogo é sempre a liberdade (COUSO SALAS, 2009), portanto a capacidade de dar concordância, mesmo nesse contexto de autodeterminação progressiva (ANDRADE, 1991). De fato, para Rios, falar em dignidade sexual é tratar de liberdade e de igualdade (RIOS, 2007) e o Código, ao tratar de “crimes contra vulneráveis”, não procurou, como em outros países, a exemplo da Espanha, criar outro bem jurídico, como a indenidade sexual. Desse modo, a vulnerabilidade é uma condição de atenção à tutela da dignidade sexual.

A despeito da alteração legal, persistiu na jurisprudência certa ambivalência em relação ao caráter absoluto ou não da violência e quanto à possibilidade ou não de reconhecimento do consentimento, respaldada pela doutrina. Com efeito, Nucci ressaltava que “não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Ademais, a rubrica

do tipo penal traz o termo estupro de vulnerável, representando uma violação forçada no campo penal.” Arrematava o autor, salientando que “a proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa” (NUCCI, p. 113).

Vê-se que, sob o manto da ‘vulnerabilidade’, remanesce uma interpretação moral em relação à tutela sexual de crianças e adolescentes, a ponto de outro autor sugerir que o bem jurídico tutelado dos crimes sexuais contra o vulnerável ainda seja o de assegurar crescimento equilibrado e sadio, defendendo a candura, a inocência e a falta de maturidade mental quanto à própria sexualidade (ESTEFAM, 2009).

Portanto, mais do que analisar o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade, trata-se de, por um lado, problematizar o impacto dessa desvinculação do direito em relação à moral também em relação a crianças e adolescentes, como veremos na seção seguinte. E, por outro lado, transcender a discussão meramente penal, para analisar o tratamento penal da sexualidade de crianças e adolescentes à luz do subsistema próprio de seus direitos, notadamente quanto ao impacto da questão da capacidade evolutiva à luz do artigo 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança, em conjugação com a emergência do reconhecimento de que crianças e adolescentes são titulares também de direitos sexuais.

2. O cenário penal e o dilema da missão do direito penal sexual democrático: liberdade ou moralidade?

Procuraremos, nesse momento, analisar mais especificamente como essa evolução do direito penal sexual, afastando-se seu viés moralizador, impacta a interpretação das práticas sexuais consensuais entre adolescentes, mesmo menores de 14 anos.

Natscheradetz, reconhecido como um dos grandes teóricos do direito penal sexual, sustenta que tal ramo do direito deveria “garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais. Se a ‘liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem (art. 4º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão), deverá exigir-se precisamente que os crimes sexuais tutelem o bem jurídico da liberdade individual. Assim, o direito penal sexual deve limitar-se à criminalização das condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do ofendido, ou seja, que ofendam a liberdade sexual ou a livre autodeterminação sexual do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspectos mais intimamente ligados à sua autorrealização pessoal como é a atividade sexual” (NATSCHERADETZ, 1985, p. 141).

É nesse sentido igualmente que se posicionam Greco e Rassi, para quem, o direito penal haveria de ser relido sob a teoria sistêmica, particularmente no campo sexual, para, com base em um enfoque sociológico, se repensar sua missão social a partir de uma leitura constitucionalista, pautada em direitos fundamentais (GRECO & RASSI, 2011).

O professor José Reinaldo Lima Lopes, ao discorrer sobre a liberdade e direitos sexuais, afirma que estamos a tratar de uma certa imunidade de poder dispor de si sem

dar satisfações a ninguém, imune às imposições alheias, de um igual ou de um superior. Essas práticas são sociais, dão-se dentro de um universo não apenas natural empírico, mas também de um universo dos sentidos sociais, ou socialmente criados, de modo que essa liberdade é natural apenas no sentido de ser crítica em relação aos arranjos sociais existentes, ou seja, àquilo que foi historicamente criado e convertido em hábito, arranjos, cujo caráter artificial é ressaltado por oposição à liberdade natural. Desse modo, para que uma sociedade de pessoas livres exista e continue a existir, é preciso que ela diga menos a respeito do bem da vida de cada um, para dizer mais a respeito da vida de todos em comum, mesmo que todos pensem diferentemente, o que implica que a sociedade política não tenha propósitos totalizantes, isto é, pretensões de definir o bem que deve ser buscado individualmente pelos seus membros. É um campo por excelência de problematização do quanto pode o Estado ou a opinião pública, ou a moralidade pública, interferir, limitar e restringir o exercício livre, inclusive em formas públicas, da autonomia sexual de cada pessoa humana em sociedades politicamente livres, democráticas e nas quais religião e direito foram apartados. O limite dessa liberdade, de acordo com John Stuart Mill, seria a autoproteção, ou seja, evitar que algum membro cause dano a outros. Isto não implica proteção de um sistema moral vigente, que poderia ser a referência de uma maioria que, paternalistamente, pretendesse impor seus valores, mas sim, a proteção da possibilidade de escolha (LOPES 2007).

Trata-se de tema concernente aos próprios fundamentos axiológicos do direito penal. Como sustenta Ferrajoli, o direito e o Estado não possuem ou encarnam valores meramente enquanto tais e tampouco devem ter finais morais desvinculados dos interesses das pessoas e menos ainda ser fins em si mesmos. Desse modo, o direito não tem a missão de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas apenas impedir o cometimento de **ações danosas a terceiros**, pautando-se por um princípio utilitarista de separação entre o direito a moral (FERRAJOLI, 1995) (grifo nosso).

Ora, a ênfase moralizadora, quando se refere à sexualidade praticada consensualmente entre adolescentes, revela, em suma, uma preocupação de proteção dos adolescentes contra si mesmos (STROUT et al., 2020), o que coloca claramente em questão a licitude do propósito perseguido pela lei penal, a proteção de uma suposta inocência e do que seria saudável em termos de desenvolvimento, desconsiderando as próprias vivências e experimentações sexuais voluntárias entre pares de idades próximas, em descompasso com a própria Exposição de Motivos da lei. Estamos diante do debate da própria justificação do direito penal nesse contexto, colocando como elemento central da análise de tipicidade a efetiva observância do princípio do dano ou da lesividade (COUSO SALAS, 2009).

Ora, aplicado ao campo da juventude, Natscheradetz preconiza que a proteção da juventude como objeto do direito penal sexual não deveria ter como “objetivo a interiorização pela juventude de certos valores morais da conduta sexual, mas apenas precaver os jovens de certos estímulos sexuais até que eles sejam capazes de decidir por si próprios e no sentido que entenderem, a conduta a adotar face a tais estímulos” (NATSCHERADETZ 1985, p. 153). Daí ser fundamental, também nesse campo, o ancoramento do direito penal na ocorrência de dano, diante de conduta abusiva ou coercitiva, sob pena de fazer sobreviver no direito penal um modelo de nítido caráter moral (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

É nessa linha que se posiciona também Ulrich Beck, famoso sociólogo alemão que

estuda não apenas as sociedades de risco, mas também as transformações da família, de seu processo de democratização, mais ainda, das transformações da própria concepção do processo de socialização de crianças e adolescentes ao se afirmar e se pretender garantir seus direitos de personalidade. Nessa visão, não se pode mais pretender inocular certezas e objetivos aos jovens, nem se atribuir à sociedade sua direção moral e espiritual, porque, numa revisão dos próprios direitos de cidadania, o movimento de ruptura paradigmática para afirmação da liberdade volta-se à afirmação da própria auto-individualização e auto-socialização desses adolescentes (BECK, 1998).

Esse deslocamento histórico é evidenciado por Bates, deixando as leis penais em torno das idades de consentimento de enfocarem o controle da sexualidade juvenil para enfatizar a proteção contra a exploração (BATES, 1985). Essa é a dimensão relativa ao bem jurídico que parece não ter ficado clara no país, mantendo-se uma leitura de vulnerabilidade como relativa à inocência da criança e do adolescente, em vez de pautar-se por uma análise sobre as dinâmicas de poder que incidem nas relações sexuais com crianças e adolescentes.

Nesse contexto, mostram-se insatisfatórias as tentativas de construção do bem jurídico em torno de conceitos indeterminados, como a indenidade, porquanto retratam um estado ou uma situação livre ou isenta de dano, que reclama a definição do que seja esse estado (de pureza?) e quais as condutas que podem afetá-lo, para que não se converta o direito penal em instrumento de proteção de sentimentos, tornando-se discriminatório em relação a crianças e adolescentes nas suas relações com pares (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

A crítica feminista tem, há muito, denunciado essa lógica de tratamento da vulnerabilidade como forma de apagamento dos sujeitos, colocando-os como meros objetos de proteção, reforçando no imaginário social o ideal de autonomia autossuficiente, como se alguma pessoa pudesse ser capaz de alcançá-lo (FINEMAN, 2008). Por isso, tem-se debatido novas releituras da vulnerabilidade, denunciando os mecanismos de colonização da imaginação em torno deste tema e de sua contrapartida, a resiliência, para focar justamente nas formas diferenciais de distribuição de poder, na crítica da segmentação especializada das identidades - como ocorre também com as crianças - para que seja possível pensar a vulnerabilidade como resistência, como agência (BUTLER, 2016). Para tanto, como aponta Safatle, se todos nós experimentamos uma inafastável insegurança ontológica, é em torno da garantia de segurança civil contra os abusos de poder (SAFATLE, 2021) que se há de voltar a proteção penal.

Sob o marco do direito da criança, é fundamental que se faça a crítica da pretensão moralizadora dos dispositivos em torno da idade de consentimento (NOMDO, 2014), invocando-se, ainda, o ideário da inocência (ROBINSON, 2008; ROBINSON, 2013), senão do desenvolvimento como técnicas de controle e de governo apagadoras das possibilidades de agência, de exercício de direitos fundamentais (MELO, 2021).

Para tanto é fundamental compreender historicamente a dissociação do ideário de inocência dos modos de garantia de direito de crianças e adolescentes, deixando-se de pautar exclusivamente pela proteção para se alargar para uma dimensão de agência e de reconhecimento de titularidade de direitos, inclusive no campo sexual.

3. Das políticas de controle da sexualidade infanto-juvenil à emergência do debate em torno dos direitos sexuais

É bem retratada na literatura sobre como, a partir do século XVIII, houve drástica alteração em torno do modo de tratamento das crianças na sociedade, sob o influxo do Iluminismo. Com Rousseau, com efeito, opera-se uma alteração na visão da criança na sociedade, não mais como um ser marcado por pulsões quase animais que precisam ser domadas, mas um sujeito que nasce dotado das boas disposições naturais, ainda fracas e que por isso precisam de assistência educacional, especialmente materna, para que não seja corrompido pela sociedade (ROUSSEAU, 1995). Rousseau foi, assim, um dos grandes responsáveis por coartar um momento histórico de transformação do lugar social de mulheres, que ocupavam a cena pública no século XVIII às custas de deixar os cuidados de seus filhos a terceiros, para que tivessem de voltar a ocupar o lugar de mães no cuidado de seus filhos (BADINTER, 1980).

Os cuidados de crianças tornam-se, assim, um campo crescente de intervenção social, de modo diferenciado conforme a classe social, em um esforço ao mesmo tempo moralizador e normalizador, para o qual houve uma contribuição incisiva da medicina e posteriormente da psicanálise, culminando com o surgimento da Justiça de Menores na virada do século XIX (DONZELOT, 1986). Emerge, assim, o que se passa a designar como o ‘social’, um campo intermediário entre o público e o privado; entre o judiciário, o administrativo e o estabelecido pelos costumes; a riqueza e a pobreza; a cidade e o campo; a medicina, a escola e a família (DELEUZE, 1986). Portanto, retomar esta discussão no âmbito da justiça juvenil é de grande importância histórica e crítica, porque, como bem o demonstrou Costa, tratou-se de um fenômeno de impacto na formação da sociedade brasileira (COSTA, 1989).

Nesse contexto, o ideário de inocência das crianças torna a sexualidade infantil um campo fértil de incidência da cruzada moralizante no século XIX, com inúmeros tratados em torno dos malefícios da masturbação infantil para a evolução da espécie, numa associação ao incipiente eugenismo que ganha corpo na virada daquele centênio (FOUCAULT, 2014). Este cenário de pedagogização do sexo da criança aprofunda-se no século XX, quando, sob o influxo de Freud, passa-se a reconhecer a naturalidade do comportamento sexual em crianças³, mas ao mesmo tempo distingue-se o que seria ou não aceitável⁴, legitimando a crescente intervenção nas famílias, nos modos de criar, de conviver, de procriar, nos papéis da mulher na família e nas possibilidades de intervenção do Estado. A este cenário se somam a histerização do corpo da mulher, a socialização das condutas de procriação e a psiquiatrização do prazer dito perverso (notadamente o homoafetivo) como elementos importantes de governo das populações, um campo eminentemente político, transcendendo o uso dos corpos, no que Foucault designa uma biopolítica da população e para a qual a lei seria o elemento mais visível, mas menos representativo das formas de operar o poder (FOUCAULT, 1988).

³ Freud no começo do século XX, em 1905, em seu segundo dos “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade”, já enfatizava que as crianças na primeira infância não são seres assexuados, que essas manifestações, mesmo antes da puberdade não eram sinais de corrupção e envolviam inclusive um instinto de saber que haveria de ser considerado (FREUD, 1996).

⁴ A Academia Americana de Pediatria tem, por exemplo, um quadro do que seria aceitável em termos de comportamento sexual em crianças de 2 a 6 anos (ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRIA, 2023). O Centro Nacional de Comportamento Sexual dos EUA, vinculado ao Departamento de Justiça e de prevenção à delinquência juvenil, também adota parâmetros normativos de normalidade de comportamento sexual (NCSBY, sem data).

Ora, esse quadro de controle normalizador ditou a emergência das legislações europeias sobre idade de consentimento no século XIX. Tratava-se fundamentalmente de discutir, mais que a sexualidade, e a sexualidade infantil, o lugar da mulher na sociedade e particularmente das mulheres das classes operárias. Sem uma distinção clara entre proteção e controle, proibia-se a relação sexual fora do casamento (ROBERTSON 2021a; ARCHARD 2018), em uma dupla visada por parte dos legisladores novecentistas: a capacidade de consentimento e de controle das sexualidades emergentes (BATES, 2015).

O século XX testemunha um intenso processo de transformação sociocultural, com os movimentos civis por liberdade e igualdade, particularmente feminino, a liberação da sexualidade feminina pela disseminação dos métodos anticoncepcionais, mas também o movimento de liberação sexual LGBTQIA+, com pleitos por atualização legal do tratamento sexual (WAITES, 2009).

Ocorre que, na mesma época do ápice do movimento por direitos civis, há também um aumento dos casos de abuso sexual de crianças e de adolescentes, até então praticamente incomum, em razão da obrigatoriedade de notificações compulsórias, mas também das campanhas de conscientização e do desenvolvimento de tecnologias facilitadoras das denúncias (MELO, 2016).

O debate que se instaura à época, no mundo, reflete os termos de nossa discussão. De um lado, o movimento feminista, que tendia a identificar os casos de abuso com situações de estupro e a justificá-lo como função do status inferior de mulheres e de crianças na sociedade, portanto contra a exploração sexual de crianças e adolescentes. De outro lado, o movimento de proteção a crianças, que via o abuso sexual no contexto de outras formas de abuso e de negligência contra crianças, defendendo estratégias de intervenção pautadas na reconciliação e na reconstituição da família, colocando-se contrário ao encarceramento dos ofensores (MELO, 2016). Embora tenha havido prevalência da resposta penal em relação ao ofensor, a dimensão protetiva passou a expressar-se e a buscar incidência social de outra forma, agora numa perspectiva pautada em direitos de crianças, procurando garantir uma condição de agência, no sentido de que as crianças não apenas necessitam proteção especial, mas têm observações úteis a formular sobre seu próprio bem-estar, soluções válidas para superar seus próprios problemas e um papel significativo a desempenhar na implementação dessas soluções (LANSDOWN, 2005).

Esse embate de modelos de intervenção, sob o influxo da recente ruptura paradigmática representada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, forjada na década de 1970 até sua aprovação em 1989, levou ao reconhecimento de várias dimensões da personalidade de crianças, dentre as quais a sexualidade, colocando em questão a premissa da inocência como fator impeditivo do reconhecimento de direitos. Nesse novo cenário, tratava-se de repensar a responsabilidade do adulto, reconhecendo-se que a sexualidade das crianças pode vir a ser explorada, mas, ao mesmo tempo, a abordagem do tema da sexualidade deve ser feita com base nas necessidades dessas crianças em cada fase de seu desenvolvimento assim como em sua necessidade de informação apropriada e de suporte em cada estágio (ENNEW, 1986).

No entanto, como apontamos alhures, justamente porque a sexualidade de crianças deveria ser vista como distinta da do adulto não apenas em razão das diferenças físicas, mas também em razão das diferenças de conhecimento e de entendimento das atividades sexuais e de suas consequências, emerge a necessidade de se falar em direitos a serem assegurados, relativos não apenas à proteção, mas à adequada informação

e ao suporte, por conseguinte, em direitos sexuais (MELO, 2010).

Essa concomitância de movimentos sociais é clara pelos documentos internacionais. Se a ênfase criminal se manifesta no Congresso Mundial de Estocolmo sobre Exploração Sexual de Crianças e de Adolescentes, em 1996, resultando no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Venda de Crianças, a Prostituição e a Pornografia Infantil (MELO, 2016), a Conferência Mundial sobre a População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, estabeleceu os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos. Nessa ocasião, declara-se o quanto a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos, a partir de relações de gênero mais igualitárias, apontando, desde logo, a importância que também adolescentes tivessem acesso a métodos seguros, eficazes e aceitáveis e de sua eleição para a regulação da fecundidade (UNFPA BRAZIL, 2007).

No ano seguinte, em Pequim, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher reforçou a necessidade de proteção dos direitos estreitamente ligados aos direitos reprodutivos, como os direitos sexuais entre outros (ONU MULHERES, 2013). Houve, assim, um progressivo alargamento, não só de conceito, mas também da complexidade do direito em sua interligação com outros, igualmente fundamentais, e, ainda, de campo de aplicação como passa a sustentar o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ao interpretar o artigo 12 do Pacto sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais (NAÇÕES UNIDAS, 2016a)⁵. É, portanto, sob a égide da liberdade, da igualdade e da dignidade, sem discriminação, numa visão de integralidade da pessoa humana que desponta o debate sobre o direito democrático da sexualidade (RIOS, 2007)⁶, sob o manto do qual haveremos de interpretar tanto as dimensões responsabilizadoras-protetivas, portanto penais, como aquelas de cunho empoderador e participativo.

Ao interpretar o artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o Comitê, responsável no âmbito das Nações Unidas pelo monitoramento de cumprimento dessa norma pelos Estados-Parte, ressalta efetivamente que:

O direito das crianças à saúde envolve um conjunto de liberdades e direitos. As liberdades, que são cada vez mais importantes de acordo com a crescente capacidade e maturidade, incluem o direito de controlar a saúde e o corpo, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva de fazer escolhas responsáveis. Os direitos incluem o acesso a uma série de instalações, bens, serviços e condições que proporcionam igualdade de oportunidades para todas as crianças desfrutarem do mais alto nível de saúde possível. (NAÇÕES UNIDAS, 2013).

Tal entendimento é reiterado ao se discutir os direitos durante a adolescência, quando o Comitê enfatiza que:

⁵ “O direito à saúde sexual e reprodutiva também é indivisível e interdependente de outros direitos humanos. Está intimamente ligado aos direitos civis e políticos que sustentam a integridade física e mental dos indivíduos e sua autonomia, como os direitos à vida; liberdade e segurança da pessoa; liberdade de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; privacidade e respeito ao convívio familiar; e não discriminação e igualdade”.

⁶ Waites fala em cidadania sexual, procurando acrescentar às dimensões civil, política e social de cidadania, de acordo com a lição de Marshall, a dimensão de intimidade e dos direitos afetados pela indevida interferência estatal no campo da liberdade (WAITES, 2009).

16. Os Estados, juntamente com atores não estatais, por meio do diálogo e do engajamento com os próprios adolescentes, devem promover ambientes que reconheçam o valor intrínseco da adolescência e introduzir medidas para ajudá-los a prosperar, explorar suas identidades, crenças, sexualidades e oportunidades emergentes, equilibrar risco e segurança, desenvolver capacidade para tomar decisões e escolhas de vida livres, informadas e positivas e navegar com sucesso na transição para a vida adulta. (NAÇÕES UNIDAS, 2016b).

A consideração de uma perspectiva pautada em direitos implica, ainda a ver do Comitê, “uma mudança de paradigma no sentido de respeitar e promover a dignidade humana e a integridade física e psicológica das crianças como indivíduos portadores de direitos, em vez de percebê-las principalmente como vítimas”. Para tanto,

os direitos das crianças a serem ouvidas e a terem os seus pontos de vista devidamente ponderados devem ser respeitados sistematicamente em todos os processos de tomada de decisão, e o seu empoderamento e participação devem ser fundamentais para as estratégias e programas de acolhimento e proteção das crianças”. (NAÇÕES UNIDAS, 2011).

Trata-se de um movimento histórico que, na lição de Freeman, implica sopesar os direitos de proteção com os direitos de participação ou de autonomia. Respeitar a autonomia de crianças é tratá-las como pessoas e como titulares de direitos. Se é claro, para o eminente teórico dos direitos da criança, que o exercício da autonomia de crianças pode ter um impacto deletério em suas chances de vida, adultos também cometem erros e ter direitos significa ser permitido assumir riscos e fazer escolhas.

Se queremos levar os direitos de crianças a sério, como sugere Dworkin, devemos - a ver de Freeman - aceitar que os titulares de direitos façam coisas que não consideramos que sejam boas para eles (e talvez tampouco para nós). Não podemos tratar pessoas como sujeitos de respeito geral sem respeitar sua capacidade de assumir riscos se apenas aceitamos a autonomia quando consideramos que o sujeito faz o que supomos que deva ser feito. (FREEMAN, 1994).

Nesse contexto, é particularmente importante problematizar o uso discricionário do princípio do interesse superior, que tanto legitima um viés mais autônomo, como outro mais restritivo, como evidenciam estudos de caso na África do Sul, Quênia e Índia (ONDENG´E, 2021; KAGAÚDE & SKELTON, 2018; MATHEW, 2019). De acordo com Kagaude e Skelton, o princípio de desenvolvimento da criança exige que a crescente consciência sexual de crianças e sua capacidade evolutiva em se engajar em atividade sexual deveria receber uma positiva afirmação por parte do Estado, em vez de uma apreciação negativa, vale dizer, deveria ser-lhes provido suporte, considerando a sexualidade como integral ao desenvolvimento da criança e importante não apenas para adolescentes púberes, mas também pré-púberes (KAGAÚDE & SKELTON, 2018).

Compreende-se, assim, o quanto é limitada a interpretação que vem sendo dada ao artigo 217-A do Código Penal. Seu escopo há de ser entendido como voltado à coibição da manipulação, do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes e que se expressa, fundamentalmente, na regulamentação da possibilidade de relações com adultos.

Essa diferenciação ficou muito clara no direito penal espanhol, onde se afirma que a proteção penal do menor não poderia seguir centrada na pureza, inocência ou castidade, mas sim na evitação da exploração ou do abuso, de modo que não é o sexo precoce ou prematuro que se considera danoso em si, mas apenas os comportamentos sexuais condicionados por um terceiro maior de idade suscetíveis de causar um dano real ou potencial à psiquê do adolescente (BOLDOVA PASAMAR, 2021; GONZÁLEZ AGUDELO, 2016; 2021). Justamente em razão dessa diferenciação é que se pode dessumir que, na relação entre adolescentes, o consentimento, dentro da perspectiva da capacidade evolutiva, deve ser a pedra de toque de qualquer consideração penal. E, por tal razão, afirma-se que o tratamento da sexualidade de crianças e adolescentes não pode comportar uma dissociação entre a proteção (inclusive penal) e as dimensões de promoção de direitos sexuais, com uma mudança de perspectiva, abandonando a visão paternalista que soia reger a relação com a infância (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

Com efeito, o equivocado enfoque exclusivamente penal, de defesa social, desconsiderando a dimensão dos direitos sexuais de crianças e adolescentes e todo o arcabouço normativo de seus direitos fundamentais à luz da Constituição e da Convenção sobre os Direitos da Criança, tem criado situações aberrantes na prática deste país.

Ao se considerar apenas a idade de consentimento aos 14 anos, qualificando todos aqueles abaixo deste patamar etário como vulneráveis, tornam todos potencialmente sujeitos à ação penal em caso de interação sexual. Nesse contexto, não é de se estranhar o debate sobre a caracterização de estupro bilateral, com posicionamento por autoridades policiais de que, para não incorrerem em omissão ou prevaricação, não poderiam deixar de tomar providências, seja instaurando um procedimento de verificação de procedência de informações, seja instaurando inquérito policial, porque haveria tipicidade, incumbindo ao Judiciário o reconhecimento de situação distintiva ao precedente sumular (COSTA et al., 2022)⁷. Trata-se de uma situação que também ocorre em outros países (NOMDO, 2014; HUFFMAN & HUFFMAN, 1987).

Tal situação teratológica, todavia, foi classificada pela Corte Suprema sul-africana como violadora de direitos de crianças e adolescentes, porque, mesmo em caso de remissão, haveria violência institucional, causadora de trauma pelo indevido envolvimento com o Sistema de Justiça Juvenil em razão de práticas que não deveriam ser levadas à justiça, porque inerentes ao desenvolvimento da criança ou adolescente (GROOTBOOM, 2018). Trata-se de entendimento esposado igualmente na Europa pela doutrina (BOLDOVA PASAMAR, 2021, p. 10).

Tal situação causa ainda mais perplexidade, porque, ainda que não haja a qualificação como estupro bilateral, acaba por ocasionar uma distinção muitas vezes arbitrária, senão classista, racista e sexista, sobre quem seria o violador (STROUT et al., 2020).

⁷ Interessante verificar que, embora outros delegados repute desarrazoada a responsabilização bilateral de ambos pelo ato infracional, porque, “ao invés de proteger a dignidade sexual dos adolescentes irá, sobremaneira, deixar marcas negativas na formação da vida sexual dos envolvidos” (BRAYNER, 2019), não se posicionam sobre a necessidade ou não de procedimentos verificatórios ou de inquérito policial.

Ademais, dados empíricos são fundamentais na contemporaneidade para se compreender a missão e os limites do direito penal.

Para tanto, parece inarredável considerar o cenário de expressão da sexualidade de crianças e adolescentes no Brasil e seu impacto em direitos para que possamos compreender o processo de transformação do tratamento penal da idade de consentimento e das cláusulas de exclusão da tipicidade.

3.1. As pesquisas sobre sexualidade de crianças e adolescentes, a importância de um olhar sociológico ao tema e seus reflexos penais

As pesquisas empíricas sobre sexualidade humana têm um impacto considerável no direito.

Basta a leitura das Exposições de Motivos das normas penais brasileiras para identificarmos sempre referências às práticas sociais. Embora essas referências fossem sempre mais intuitivas que pautadas em evidências, elas serviram de fundamento para alterações substanciais na forma de tratamento da questão, muitas vezes pautadas também por critérios e juízos morais.

No cenário americano, esse impacto ganhou corpo no final da década de 1940, quando são publicados os Relatórios Kinsey, fazendo com que não apenas os legisladores, mas os juízes também tivessem dados concretos sobre o que ocorria no comportamento sexual da população. Em um contexto legal no qual as relações sexuais com adolescentes eram tratadas praticamente como um crime formal, beirando a responsabilidade objetiva, as mudanças de comportamento sexual da juventude precisavam ser levadas em consideração para não afetarem milhões de pessoas (HUFFMAN & HUFFMAN, 1987).

Essa dimensão sociológica foi fundamental não apenas para provocar alterações no próprio bem jurídico tutelado, mas também na forma de se lidar com a sexualidade no âmbito jurídico, não podendo, portanto, ser ignorada, até porque trata-se de um campo em que as práticas sociais são muito ditadas pela relação entre pares (GONZÁLEZ AGUDELO, 2021).

Ora, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Ministério da Saúde, realiza periodicamente pesquisa em torno da Saúde do Escolar (PeNSE), sendo a mais recente de 2019, apresentando um retrato bastante significativo da vida sexual dos adolescentes.

Os dados da PeNSE indicaram que 35,4% dos escolares de 13 a 17 anos de idade já tiveram relação sexual. Entre os adolescentes que já tiveram relação sexual, 36,6% deles tiveram a primeira relação sexual com 13 anos de idade ou menos. Os percentuais de iniciação sexual precoce foram significativamente mais elevados para os meninos (44,7%) e escolares da rede pública (37,4%), considerando que 26,4% das meninas e 29,0% dos escolares na rede privada tiveram a primeira relação sexual nessa idade. Estudos têm evidenciado uma média de idade da primeira relação sexual de 14 anos para os meninos e de 15 anos para as meninas. Contudo, os resultados da PeNSE revelaram que essas médias têm reduzido, com valor de 13,4 anos para os meninos e de 14,2 anos para as meninas (IBGE 2021).

No levantamento de dez anos antes, de 2009, chamava atenção o fato de os escolares terem relatado a primeira relação sexual em idades ainda mais precoces, aos 9

(6,9%), 10 (4,6%) e 11 anos (6,3%), sendo os indicadores sempre maiores entre meninos (MALTA et al., 2011).

Tratando-se de levantamento realizado em média a cada três anos, a tendência mostra-se estável, segundo o IBGE, o que se confirma por pesquisas anteriores. Com efeito, Castro e colegas apontavam em 2004 que mais da metade dos jovens do sexo masculino iniciaram-se sexualmente na faixa dos 10 a 14 anos, portanto abaixo ou em torno da idade de presunção de violência (CASTRO et al., 2004), mas, como apontam Bozon e Heilborn, há grande prevalência de iniciações sexuais entre adolescentes de idades aproximadas, com uma variedade de no máximo cinco anos (BOZON & HEILBORN 2006)⁸.

Esses dados, que são meramente quantitativos, sem análise qualitativa como se tem feito em outros países (WAITES 2009), revelam, portanto, que 10% de todos os adolescentes brasileiros têm iniciação sexual abaixo dos 14 anos.

Comparações internacionais mostram que a idade da iniciação sexual varia entre países. Uma pesquisa realizada em 2005 e 2006, pela Organização Mundial de Saúde (OMS, sem data), revelou uma média de 22% de adolescentes que já haviam mantido relação sexual aos 15 anos, sendo essa proporção de 5%, na Macedônia, a 61%, na Groelândia, mostrando diferenças culturais importantes. No entanto, os pesquisadores ponderam que, na pesquisa nacional, a amostra é constituída por alunos entre 13 a 15 anos (88%), ao passo que nas pesquisas da OMS, os alunos que respondem a esse bloco são maiores de 15 anos e nos Estados Unidos são alunos da High School, entre 14 a 17 anos, quando espera-se maior proporção de iniciação sexual (MALTA et al., 2011).

É certo que a prevalência estatística não legitima qualquer conduta, mas, dentro de um contexto de incoerência de lesividade a terceiro, trata-se de uma questão que nos convoca a uma interpretação jurídica do fenômeno. Nesxe sentido, tal cenário coloca, em termos penais, duas questões.

Primeiro, o quanto falar de relações sexuais consensuais entre adolescentes reclamaria análise sob a égide do princípio da adequação social, tal como formulado por Welzel e adotado entre nós, dentre outros, por Francisco de Assis Toledo, que assim o formula: “se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas”, esclarecendo que a ‘adequação social’ exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos e que, nas palavras de Mir Puig, implicaria que ‘não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto’ (TOLEDO, 1987, p. 119).

Para Jescheck, aquelas normas que entram por completo dentro do marco de ordem coletivo que chegou a ser normal em um momento histórico determinado não podem realizar nenhum tipo de delito, ainda que impliquem perigo para bens jurídicos protegidos penalmente, já que os tipos penais descrevem em sua matéria de proibição apenas ações que se apartam gravemente das ordens históricas da vida social. No entanto, como o próprio autor salienta, trata-se de um princípio subsidiário quando outros critérios de interpretação não resolvem a situação (JESCHECK, 1981). Como sustenta Roxin, trata-se de indagar se nesses casos o bem jurídico efetivamente foi violado, seja

⁸ Na pesquisa desses autores, a idade de iniciação sexual é um pouco mais elevada, cerca de 14 anos para meninos.

nos casos em que se trata de um risco tolerado, seja no que a sociedade considera igualmente tolerado (ROXIN, 1992).

Sob uma perspectiva um tanto diferenciada, Zaffaroni sustenta que, em situações tais, dever-se-ia considerar não apenas a tipicidade legal, mas também a conglobante, vale dizer, formada por um conjunto ordenado de normas, não se concebendo que uma norma proíba o que outra ordena ou fomenta, porque em tal caso não se poderia falar de ordem normativa (ZAFFARONI 1988, p. 493).

Ora, em relação às práticas sexuais consentidas entre adolescentes, e diante de um cenário empírico semelhante, González Agudelo sustenta que:

as leis penais não podem converter-se em obstáculos para o exercício de direitos, ainda mais quando vão claramente contra a força dos fatos, com um efeito criminógeno indubitável, pois, ao converter em delitos condutas que socialmente são aceitas por não se apresentar um conteúdo específico de lesividade - exceto se miradas de um determinado ponto de vista moral -, a norma não é efetiva e perde legitimidade, mas, ao estar vigente, converte em criminoso todo aquele que contrarie a normal moral subjacente à proibição, em uma onda expansiva sem fim, que, neste caso, pode afetar não apenas os companheiros sexuais, mas também os provedores de serviços de saúde e inclusive aos responsáveis de direito e de fato do menor (pais, tutores, professores, trabalhadores sociais). (GONZÁLEZ AGUDELO, 2016, p. 16, em tradução livre).

É o que vemos no país, com criminalização possível de ambos os parceiros por estupro de vulnerável, negando direitos sexuais de (crianças e) adolescentes e, como veremos a seguir, afetando direitos de terceiros.

Trata-se de uma preocupação que vem se expressando em tribunais de outros países igualmente há décadas, tendo Robertson indicado modos de proceder das cortes americanas nos anos de 1950, procurando afastar a qualificação de delitiva de experimentação sexual entre adolescentes (ROBERTSON, 2021c).

Não se trata, assim, apenas de uma questão de adequação social de uma prática adotada por milhões de brasileiros. Cuida-se, também, de uma situação de colisão de direitos que reclama uma análise sob uma perspectiva pautada em direitos fundamentais.

3.2. O impacto do tratamento exclusivamente penal da sexualidade em relação a outras esferas da existência: a colisão de direitos entre o tratamento penal e a garantia de direitos sexuais

O debate em torno dos direitos sexuais, de um lado, e da forma de expressão da sexualidade pelos adolescentes brasileiros, de outro, tem levantado uma leitura complementar em termos sociojurídicos e políticos sob dois importantes temas. Primeiro, a ser tratado nesta seção, o quanto a perspectiva meramente de controle penal tem dificultado, senão obstado crianças e adolescentes a acessar outros direitos, gerando colisão e a necessidade de uma abordagem holística, pautada em direitos fundamentais de crianças e adolescentes, para uma adequada interpretação legal. E,

segundo, as problematizações que esta abordagem mais positiva e afirmativa de direitos tem implicado em termos de releitura do que consiste o consentimento de crianças e adolescentes para o direito, com reflexos também no direito penal.

Trata-se, com efeito, de uma questão longa, que marca incisivamente a emergência do direito da infância e juventude como entendido na contemporaneidade.

O célebre caso Gillick, na Inglaterra (Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority), de 1984, tratou de processo movido por Gillick contra orientações médicas a adolescentes sobre contraceptivos, tendo a Corte decidido que os direitos dos pais apenas existem para garantir o interesse dos filhos e que em certas circunstâncias os filhos poderiam consentir tratamento médico sem o consentimento dos pais (INGLATERRA & PAÍS DE GALES, 1984). Originou-se do caso o assim chamado teste Gillick, que avalia se um adolescente de menos de 16 anos tem suficiente entendimento e inteligência para compreender o que lhe é proposto. Esse caso provocou mudanças no âmbito do direito civil em vários países, de que é exemplo a Argentina⁹, prevendo a possibilidade de tomada de decisões autônomas por parte de (crianças e) adolescentes quando revelarem suficiente discernimento e maturidade.

A despeito dessa regulamentação, ainda assim a idade elevada de consentimento na Inglaterra, 16 anos, tem causado dificuldades para atendimento médico a adolescentes de forma autônoma, mobilizando debate público, promovido pela Faculdade de Saúde Pública do Reino Unido, a pedir a redução da idade para facilitar o acesso aos serviços de saúde (BATES, 2015), em razão de indicadores em distintas áreas (WAITES, 2009).

Ainda que garantido o atendimento no âmbito da saúde, tem-se apontado o quanto o tratamento penal da questão acaba por gerar dilemas éticos para médicos e profissionais da saúde, que têm a obrigação de notificar situações caracterizadas legalmente como violência, embora os adolescentes não a vivam como tal. Tais situações geram conflitos de lealdade, desconfiança e problemas de vinculação com os serviços, além de obstar o atendimento dos parceiros, cujas idades não são reveladas justamente para que não tenham problemas penais (BHAMJEE et al., 2016). Essa preocupação é evidenciada em pareceres dos Conselhos Federal e Regional de Medicina brasileiros, recomendando, de um lado, que se garanta atendimento contraceptivo a menores de 14 anos que tenham vida sexual ativa, mas, de outro lado, considerando necessário notificar os casos, mesmo que consensuais, em nome de sua proteção (LOVATO et al., 2018).

Ventura pondera que, apesar do caráter protecionista da figura da incapacidade legal dos adolescentes, essa estratégia legal de garantia de direitos é entendida, na maioria das vezes, como subalternidade desses sujeitos, estabelecendo desigualdades que resultam na negação de direitos fundamentais, contrariando a intenção normativa. A ausência de dispositivos legais claros, que disponham sobre o direito de o adolescente exercer pessoalmente, sem anuência dos responsáveis legais, alguns direitos, como, no âmbito da assistência à saúde, vem gerando dificuldades e interpretações equivocadas, que violam o direito humano fundamental à saúde deste segmento (VENTURA, 2005, p. 34).

A pesquisa nacional sobre saúde escolar revela efetivamente um cenário de relativa vulnerabilidade desses adolescentes que iniciam sua vida sexual de forma mais

⁹ Argentina. Código civil y comercial de la Nación, artigo 26 (ARGENTINA, 2014).

precoce, mas não só por sua conduta social, mas fundamentalmente por falta de garantia de direitos. Os dados evidenciam que os alunos de escolas privadas têm mais acesso a preservativos e à educação sexual, embora ainda assim tenha alcançado o patamar de 63,3% dos escolares, resultado que praticamente não se alterou em relação a 2015, considerando os limites de significância estatística, embora as meninas e os escolares da rede privada foram os que registraram os maiores percentuais de uso de camisinha ou preservativo na primeira relação, 66,1% e 66,0% respectivamente (IBGE, 2021)¹⁰.

Esse contexto pode revelar mais que tudo disparidades em educação sexual, outra dimensão fundamental dos direitos sexuais e da possibilidade de exercício de escolhas mais cuidadosas, que vem sendo afetado pelo tratamento exclusivamente penal da sexualidade juvenil.

Com efeito, o campo da educação para sexualidade pautada por direitos humanos é alvo de intensa batalha no país desde a polêmica em torno do kit gay nos anos 2011¹¹, sendo a justiça chamada a intervir para garantir que educação para a sexualidade seja provida a crianças e adolescentes¹². Para o relator especial das Nações Unidas para o direito à educação, a decisão de não oferecer educação para a sexualidade nas escolas é uma opção por uma forma omissiva de educação sexual, que deixa crianças e adolescentes à própria sorte, geralmente negativa. Quando a educação para a sexualidade não é provida, segue-se o que se chama de currículo oculto, com potencial sobrecarga de preconceitos e inadequações, sem possibilidade de controle ou crítica social ou familiar (NAÇÕES UNIDAS, 2010). Nesse sentido, essa omissão, supostamente protetiva das crianças contra tudo aquilo que não seja familiar, que fuja a uma certa leitura de desenvolvimento e de normalidade, produz segregação no campo das infâncias.

Tal quadro no país é contrário à recomendação do relator especial das Nações Unidas para o direito à educação, para quem a educação sexual deve ser obrigatória, disponível a todos, sem discriminação, desde os primeiros estágios da vida, pautada numa perspectiva holística, científica e pluralista (NAÇÕES UNIDAS, 2010). Ora, tratando-se de direito fundamental, falar em educação voltada à sexualidade implica não apenas a consideração ao acesso ao conteúdo, mas também que isto se expresse na forma e nos modos como ministrado para que se possa atentar ao que se pode prover por meio da educação (VERHELLEN, 2000)¹³.

10 A despeito dessa relativa vulnerabilidade, outras pesquisas do IBGE revelam que adolescentes e jovens utilizam mais preservativos do que a média adulta da população (que em 60% não usam nenhuma vez preservativos), o que torna questionável o argumento de necessidade de restrição - e controle - da sexualidade infanto-juvenil em nome da sua proteção (disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/fevereiro/cerca-de-60-dos-brasileiros-acima-de-18-anos-afirmam-nao-usar-preservativo-nenhuma-vez-em-relacoes-sexuais>).

11 O catálogo de materiais didáticos e paradidáticos sobre diversidade sexual e de gênero do MEC passível de ser encontrado na internet é antigo, com muito mais obras para os professores do que para os alunos, com apenas três livros e vários vídeos (disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/MEC-Diversidade-Sexual.pdf>). Registre-se o caderno temático sobre orientação sexual nos parâmetros curriculares nacionais (disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/pcn/orientacao.pdf>).

12 TJPE, APELAÇÃO Nº: 0005520-24.2020.8.17.2480 COMARCA DE ORIGEM: Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Caruaru APELANTE: Carla Gabrielle de Lima Pinheiro da Silva APELADO: Estado de Pernambuco ÓRGÃO JULGADOR: 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma. Ementa Apelação. Constitucional, administrativo e processual civil. Alegada abordagem, no estabelecimento de ensino, de linguagem e anatomia e exposição a conteúdo pornográfico. Discordância da parte apelante sobre os critérios das abordagens. Atividade no contexto de educação sexual de adolescente de 17 (dezessete) anos. Ausência de conduta ilícita. Responsabilidade civil do estado não configurada. Sentença mantida. Apelação desprovida. Decisão.

13 A educação, com efeito, empodera, porque deve, nos termos do art. 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança, voltar-se ao desenvolvimento mais amplo possível de seus potenciais (HOWE & COVELL, 2005). No entanto, mais fundamentalmente, é um empoderamento voltado à igualdade que permite a superação de um enfoque tradicional do fenômeno da violência, pautado muito mais em sua dimensão interindividual, do que na violência institucional e estrutural que marca as relações de gênero. Como lembra Butler, até a violência física pertence a estruturas de violência mais abrangentes da violência racial, de

Ora, se o consentimento é a pedra de toque nas relações sexuais e se todo consentimento, nos termos do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, pressupõe prévia informação, uma informação completa, veraz, oportuna e suficiente na matéria, a única forma de prevenir os efeitos perniciosos (quaisquer que sejam) das práticas sexuais é por meio da educação, e da educação sexual (GONZÁLEZ AGUDERO, 2021).

Como diz Ventura,

a opção legislativa de desconsiderar-se, por princípio, a capacidade da pessoa menor de 14 anos para consentir e as circunstâncias que a/o adolescente está se relacionando sexualmente, não admite uma visão positiva dos direitos deste segmento no âmbito da sexualidade e reprodução, restringindo-se ao tratamento da sexualidade na adolescência em uma perspectiva negativa, ou melhor, em uma situação de violação de direitos e nunca de vivência destes direitos. Este tipo de tratamento, denominado negativo, é, sem dúvida, necessário para prevenir abusos sexuais. O que se critica é o acolhimento dessa única perspectiva no ordenamento legal brasileiro” (VENTURA 2009, p. 279).

Não se trata de um fenômeno exclusivamente nacional. A questão do tratamento exclusivamente penal da sexualidade de adolescentes foi levada aos tribunais da África do Sul não só por afetar os direitos de personalidade de crianças e adolescentes, mas também por seu impacto na saúde (GROOTBOOM, 2018), sendo considerado inconstitucional, como veremos.

Por isso, o Comitê de Direitos da Criança preconiza que:

61. A educação em saúde sexual e reprodutiva apropriada para a idade, abrangente e inclusiva, baseada em evidências científicas e padrões de direitos humanos e desenvolvida com adolescentes, deve fazer parte do currículo escolar obrigatório e alcançar adolescentes fora da escola. Deve ser dada atenção à igualdade de gênero, à diversidade sexual, aos direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva, à paternidade responsável e ao comportamento sexual e à prevenção da violência, bem como à prevenção da gravidez precoce e das infecções sexualmente transmissíveis. As informações devem estar disponíveis em formatos alternativos para garantir a acessibilidade a todos os adolescentes, especialmente os adolescentes com deficiência. (NAÇÕES UNIDAS 2016b).

Em relação à saúde, o Comitê também defende que:

31. De acordo com a evolução das suas capacidades, as crianças devem ter acesso a aconselhamento e aconselhamento confidenciais sem o consentimento dos pais ou tutores legais, sempre que tal

gênero e sexual, que deixam a sua marca no corpo, desgastando-o, desconstituindo a sua existência corpórea (BUTLER, 2010).

seja avaliado pelos profissionais que trabalham com a criança como sendo do interesse superior da criança. Os Estados devem revisar e considerar permitir que as crianças consentam em certos tratamentos e intervenções médicas sem a permissão de um pai, cuidador ou responsável, como testes de HIV e serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo educação e orientação sobre saúde sexual, contracepção e aborto seguro. (NAÇÕES UNIDAS, 2013).

Portanto, uma leitura mais ampla do fenômeno da sexualidade infanto-juvenil é fundamental para evitar que, em nome da proteção, crianças e adolescentes sejam privados da possibilidade de gozo de seus direitos.

Ora, mais que um fenômeno social a se preocupar, deve-se ter presente de que, nos termos da Declaração e programa de ação de Viena, “todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados”, devendo a comunidade internacional considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé de igualdade e com igual ênfase (NAÇÕES UNIDAS, 1993). Analisar os reflexos sociais em outros direitos fundamentais da incidência penal nas práticas sexuais consentidas entre adolescentes tem, portanto, uma dimensão propriamente jurídica, que não se confunde, destarte, com uma mera falta de justificação externa do direito penal. Trata-se de uma exigência de análise sistêmica, que reclama invocar o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, segundo o qual nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar de qualquer modo o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecido por outra norma internacional ou nacional (RAMOS, 2014).

Ora, Alexy pondera que um dos aspectos fundamentais dos direitos humanos como direitos subjetivos consiste em não ser possível, nesse confronto de normas, a eliminação de posições jurídicas. Portanto, se os adolescentes têm direito à saúde e educação sexual, mais, se têm direitos sexuais, comprometidos por um modo de tratamento penal que viola a expressão da sexualidade, poder-se-ia entender que o modo de interpretação estatal penal compromete sua posição jurídica (ALEXY, 2017). É como foi entendido pela Corte Suprema sul-africana, como veremos adiante, porquanto, na medida em que mecanismos de notificação compulsória existem em casos de violação sexual, o direito a atendimento à saúde torna-se comprometido, violando esferas da privacidade e dignidade do indivíduo (GROOTBOOM, 2018).

Ademais, trata-se de uma situação que nos leva à análise dos critérios de proporcionalidade para solução de colisões. Dimoulis e Martins lembram que os critérios não de ser a licitude do propósito perseguido, colocando em questão a conformidade entre o fim e o meio no ordenamento jurídico, a licitude do meio utilizado e sua adequação, vale dizer, que esteja fundado em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito possa ser considerado realizado e, por fim, a necessidade do meio realizado (DIMOULIS & MARTINS, 2014). Essas ponderações nos abrem à consideração que uma tutela meramente restritiva da sexualidade juvenil abaixo da idade de consentimento colide com outros direitos, devendo ser reconhecido esse campo existencial, com a diferenciação da tutela contra abuso de poder daquela que seja inerente ao suporte e apoio à realização de escolhas genuínas por parte de crianças e adolescentes na evolução de suas capacidades no campo sexual.

É nesse contexto que parece ser importante analisar a evolução do tratamento da questão da idade de consentimento e a emergência em paralelo das cláusulas de exclusão da tipicidade (MELO 2023, nestes Cadernos).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS. *Sexual Behaviors in Young Children: What's Normal, What's Not?*, 2023. Disponível em: <https://www.healthychildren.org/English/ages-stages/preschool/Pages/Sexual-Behaviors-Young-Children.aspx>.

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

ARAUJO, João Vieira de. *O código penal interpretado segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referências aos projectos de sua revisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000065.pdf>.

ARCHARD, David. *Sexual consent*. New York/London: Routledge, 1998.

ARGENTINA. *Código civil y comercial de la Nación* (Lei 26.994 de 2014). Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm#4>.

BADINTER, Élisabeth. *L'amour en plus*. Histoire de l'amour maternel (XVII-XX siècle). Paris: Flammarion, 1980.

BATES, Victoria. *The legacy of 1885: girls and the age of sexual consent*. History & Policy, 2015. Disponível em: <https://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/the-legacy-of-1885-girls-and-the-age-of-sexual-consent>.

BECK, Ulrich. Demokratisierung der Familie. In: BECK, Ulrich. *Kinder der Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

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.

BOZON, Michel; HEILBORN, Maria Luiza. Iniciação à sexualidade: modos de socialização, interações de gênero e trajetórias individuais. In: Heilborn, Maria Luiza e outros. *O aprendizado da sexualidade*. Reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros. Rio de Janeiro: Garamond e Fiocruz, 2006.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal de 1940*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>.

BRASIL. *Exposição de motivos da Lei 12.015 de 2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>.

BRAYNER, Yan Rêgo. *Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ*. Uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/excecao-de-romeu-e-julieta-x-sumula-593-do-stj/802519325>.

BUTLER, Judith. *Gender trouble*. Feminism and the subversion of identity. New York & London: Routledge, 2010.

_____. Rethinking vulnerability and resistance. In: BUTLER, Judith (org.). *Vulnerability in resistance*. Durham & London: Duke University Press, 2016.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam; SILVA, Lorena B. *Juventudes e sexualidades*. Brasília: Unesco, 2004.

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-policial-excecao-romeu-julieta-estupro-bilateral#:~:text=Na%20verdade%2C%20a%20doutrina%20mais,contexto%20de%20descoberta%20da%20sexualidade>.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

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.

DELEUZE, Gilles. A ascensão do social. In: DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

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 nº 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FINEMAN, Martha Albertson. *The vulnerable subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1131407>

FOUCAULT, Michel. *A vontade de saber*. História da Sexualidade 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Curso do Collège de France, 1974-1975).

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria, 2003. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>.

FREEMAN, Michael. Whither Children: Protection, Participation, Autonomy? *Manitoba Law Review* 307, CanLIIDocs 136, 1994. Disponível em: https://www.canlii.org/en/commentary/doc/1994CanLIIDocs136#!fragment/zoupio-_Tocpdf_bk_0_1/BQCwhgzi-BcwMYgK4DsDWszlQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zhoBMAzZgl1TMADMwCMAS-gA0ybKUIQAIokK4AntADkGyREJhcCJSvVadegyADKEuGCF1AJQCiAGScA1AIIA5AMJPJUj-A+aFJ2cXEgA.

FREUD, Sigmund. Tres ensayos para una teoría sexual. In: FREUD, Sigmund. *Obras com-*

pletas. Madrid: Biblioteca Nueva, Tomo II (1905-1915), 1996.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. Los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas. *Revista Derecho y Salud*. v. 26, n. 1, p. 9-38, 2016. Disponível em: <https://www.ajs.es/index.php/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-26-numero-1-2016/los-derechos-sexuales-y-salud-sexual-y>.

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

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.

HOWE, R. Brian & COVELL, Katherine. *Empowering children*. Children's rights education as a pathway to citizenship. Toronto: University of Toronto Press, 2005.

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

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar 2019*, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101852.pdf>.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Court of Appeal (civil division). Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1984. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/gillick-v-west-norfolk-793705989>

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Bosch, 1981.

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.

LOBO, Silvana Lourenço. *A idade no direito penal brasileiro*. Da menoridade. Belo Horizonte: FUMEC/FCH, Mandamentos editora, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais - o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (org). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOVATO, Ana Luiza Tonietto et al. Pareceres dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina sobre o atendimento a adolescentes, 2018. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20190747/09084756-9-pareceres-dos-conselhos-de-medicina-sobre-o-atendimento-a-adolescentes.pdf>.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *Revista Brasileira de Epidemiologia*. V. 14(1), supl., p.

147-156. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/X7L34jV6zHFHvznpdMJ6wyt/?format=pdf&lang=pt>.

MATHEW, Lina Acca. Right to Sexual Autonomy of Children - Implications of the UNCRC upon the Indian Law on the Age of Consent. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 8(2): 121-134, 2019. DOI: 10.5204/ijcjsd.v8i2.1027

MELO, Eduardo Rezende. Direito e norma no campo da sexualidade na infância e na adolescência. *Cadernos de subjetividade*. PUC-SP, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/38451-Texto%20do%20artigo-107269-1-10-20180722%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/38451-Texto%20do%20artigo-107269-1-10-20180722%20(2).pdf).

MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual e o Direito. Uma análise crítica dos modelos de intervenção e da titulação a direitos sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci. *Depoimento especial de crianças e adolescentes*. Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

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

MELO, Eduardo Rezende. 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. In: *Cadernos Jurídicos*, n. 66. 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.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração e programa de ação de Viena Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Acção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. *Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to education*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/462/13/PDF/N1046213.pdf?OpenElement>.

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. General Comment 13, 2011. *The right of the child to freedom from all forms of violence*. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. *General Comment 15 on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health* (article. 24), 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

NAÇÕES UNIDAS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment 22 on the right to sexual and reproductive health* (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2016. Disponível em: <https://www.eschr-net.org/resources/general-comment-no-22-2016-right-sexual-and-reproductive-health>.

NAÇÕES UNIDAS. Committee on the Rights of the Child. *General comment 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence*, 2016. Disponível em: 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: Almedina, 1985.

NATIONAL CENTER ON THE SEXUAL BEHAVIOR OF YOUTH (NCSBY). *Normative sexual behavior*. Disponível em: <https://www.ncsby.org/content/normative-sexual-behavior>.

NOMDO, Christina. *Criminalising consensual sexual activities of adolescents in South Africa*. Article 40. The dynamics of youth justice & the Convention of the Rights of the Child in South Africa. V. 16, n. 1, 2014. Disponível em: <https://childjustice.org.za/publications/Article%2040%20-2014-1.pdf>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Adolescent health*. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/adolescent-health#tab=tab_1.

ONDENG´E, Leah Amayo. *A critique of the criminalization of consensual sexual interaction between adolescents in comparative jurisdictions*. Tese submetida à Universidade de Leiden, 2021. Disponível em: <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-privaatrecht/jeugdrecht/a-critique-of-the-criminalization-of-consensual-sexual-interaction-between-adolescents-in-comparative-jurisdictions.pdf>.

ONU MULHERES. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher* - Pequim, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução histórica. Bauru, Jalovi, 1980.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

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

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

ROBERTSON, Stephen. *Age of consent laws*. Adolescent Sexual Experimentation Should Not Be a Crime [Commentary], 2021. Disponível em: <https://chnm.gmu.edu/cyh/teaching-modules/230%3Fsection=primarysources&source=45.html>.

ROBINSON, Kerry H. In the name of “childhood innocence”. A discursive exploration of the moral panic associated with childhood and sexuality. *Cultural Studies Review*, v. 14, n. 2, p. 113-129, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277065309_In_the_Name_of_'Childhood_Innocence'_A_Discursive_Exploration_of_the_Moral_Panic_Associated_with_Childhood_and_Sexuality.

ROBINSON, Kerry H. *Innocence, knowledge and the construction of childhood*. The contradictory nature of sexuality and censorship in children’s contemporary lives. London & New York: Routledge, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München, Beck, v. 1, 1992.

SAFATLE, Vladimir. Posfácio. Dos problemas de gênero a uma teoria da *desposseção* necessária: ética, política e reconhecimento em Judith Butler. In: BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo*. Crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. De acordo com a lei n. 7, 209, de 11-7-1984. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

UNFPA Brazil. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)*, 2007. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/relat%C3%B3rio-da-confer%C3%Aancia-internacional-sobre-popula%C3%A7%C3%A3o-e-desenvolvimento-confer%C3%Aancia-do>.

VENTURA, Mirian. Sexualidade e reprodução na adolescência: uma questão de direitos. In: ADORNO, Rubens de Carmargo Ferreira; ALVARENGA, Augusta Thereza de; VASCONCELLOS, Maria da Penha Costa (org.). *Jovens, trajetórias, masculinidades e direitos*. São Paulo: FAPESP/EDUSP, 2005, p. 31-52.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.

VERHELLEN, Eugeen. *Convention on the rights of the child*. Background, motivation, strategies, main themes. Antwerpen: Garant, 2000.

WAITES, Mathew. *The age of consent*. Young people, sexuality and citizenship. London & New York: Palgrave and MacMillan, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. México: Cardenas, 1988.