

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A LEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO SOB A ÓTICA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE INVERTIDA

RAPE OF A VULNERABLE PERSON: THE LEGITIMACY OF CONSENT UNDER THE PERSPECTIVE OF INVERTED CONGLOBANT TYPICITY

ADHELMAR FABRICIO RIBEIRO LOPES ¹

LUCAS JOSÉ THOMAZINI ²

MARGARETH VETIS ZAGANELLI ³

SUMÁRIO: *Introdução. 2 Teoria da tipicidade conglobante. 2.1 Interpretação a contrario sensu (inversa) da tipicidade conglobante. 3 O marco etário para a capacidade no direito material e processual civil. 3.1 O marco etário para capacidade no direito material e processual penal. 3.2 O marco etário para a capacidade no direito eleitoral. 3.3 O marco etário para o consentimento sexual adotado pelo artigo 217-a do código penal. 3.4 Relação entre as variadas capacidades a possibilidade do consentimento sexual: ofensa à unidade do sistema jurídico? 4 A (in)suficiência da tutela proveniente do estatuto da criança e do adolescente frente ao artigo 217-a do código penal. Considerações finais. Referências finais.*

RESUMO: A Lei nº 12.015 de agosto de 2009 introduziu, no Código Penal Brasileiro, o artigo 217-A, que tipifica a relação sexual com pessoa menor de 14 anos, exsurgindo

¹ Adhelmar Fabrício Ribeiro Lopes, Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), E-mail: adhelmar.lopes@edu.ufes.br, <https://orcid.org/0009-0007-6246-6323>, <https://lattes.cnpq.br/8915942810832978>.

² Lucas José Thomazini, Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: lucas.thomazini@edu.ufes.br, <https://orcid.org/0009-0007-7160-4513>, <https://lattes.cnpq.br/3922350235110697>.

³ Margareth Vetis Zaganelli, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), E-mail: margareth.zaganelli@ufes.br, <https://orcid.org/0000-0002-8405-1838>, <http://lattes.cnpq.br/3009983939185029>.

o delito nomeado como “Estupro de Vulnerável”. O presente trabalho intenciona perquirir a escolha do marco de consentimento adotado no referido dispositivo legal, buscando entender quais foram os critérios adotados pelo Congresso Nacional ao estabelecer esta faixa de consentimento, uma vez que destoa em alguns pontos do restante do ordenamento jurídico, atribuindo uma capacidade não vista em outros ramos do direito; relacionando tal cenário à teoria da tipicidade conglobante. Trata-se de uma pesquisa desenvolvida por meio do método hipotético dedutivo, na qual, com base na hipótese desenvolvida, buscou-se, por meio de investigações e comparações nos diversos ramos do Direito, e delineando a doutrina, diploma legais e Justificação exposta no site da Câmara dos Deputados como objeto dessas inquirições, explorar (in)existência da ofensa ao Sistema Jurídico e seus desdobramentos. Iniciou-se com a compreensão da unidade do Sistema Jurídico, e o entendimento de que tipicidade penal deve dialogar coerentemente com os outros ramos do Direito. Ademais, indagou-se se tal formulação é observada no delito em análise, sobretudo ao comparar a idade de consentimento adotada em outras searas do Direito pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Tipicidade Conglobante Invertida. Capacidade. Consentimento. Estupro de Vulnerável.

ABSTRACT: The law nº 12.015 of August 2009 introduced in the Brazilian Penal Code, article 217-A, which typifies sexual relations with a person under 14 years old, giving rise to the crime named "Statutory Rape". This paper intends to inquire about the choice of the age of consent adopted in said legal provision, seeking to understand the criteria adopted by the National Congress in establishing this age of consent, as it differs in some points from the rest of the legal system, attributing a capacity not seen in other branches of law; relating such a scenario to the theory of conglobate typicality. It is a research developed through the hypothetical-deductive method, in which, based on the developed hypothesis, investigations and comparisons were made in various branches of Law, outlining the doctrine, legal diplomas, and justification exposed on the website of the Chamber of Deputies as the object of these inquiries, exploring the (in)existence of an offense to the Legal System and its ramifications. It started with the understanding of the unity of the Legal System, and the understanding that penal typicality must coherently dialogue with the other branches of Law. Furthermore, it was questioned whether such formulation is observed in the crime under analysis, especially when comparing the age of consent adopted in other areas of national Law.

KEYWORDS: Inverted Conglobate Typicality. Vulnerability Range. Capacity. Consent. Rape of Vulnerable Individuals.

INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual foram significativamente modificados por alterações legislativas nas últimas duas décadas, inclusive, com a modificação da nomenclatura, anteriormente tida como “Crime Contra os Costumes”. Nesse contexto,

mais especificamente pela Lei n. 12.015 de agosto de 2009, foi introduzido, no Código Penal Brasileiro, o artigo 217-A, que criminaliza a relação sexual com pessoa menor de 14 anos.

A análise do tipo penal alocado no artigo 217-A não se sucederá de forma isolada, e sim o oposto, pretende-se enfrentar a decisão do legislador de forma panorâmica; inclusive, ao compará-la com outros ramos do Direito. Adota-se como base e direcionamento a Teoria da Tipicidade Conglobante, tendo o pressuposto de que o ordenamento jurídico é um todo unitário e harmônico, ou ao menos, deveria ser. Nesse sentido se procederá o artigo, isto é, o problema volta-se ao critério de escolha adotado pelo legislador ao limitar idade inferior a 14 anos para configuração do tipo ora analisado e as consequências dessa escolha, tendo como hipótese a ofensa à unidade e harmonia do ordenamento jurídico advinda dessa opção legislativa, uma vez que a escolha dessa faixa de consentimento denota indícios de arbitrariedade.

Optou-se por segregar o desenvolvimento do conteúdo em três capítulos. O primeiro capítulo foi dividido em duas seções: “Teoria da Tipicidade Conglobante” e “Interpretação a contrário sensu (inversa) da Tipicidade Conglobante”. Neste capítulo busca-se situar o leitor acerca das premissas centrais da teoria referida, como também, demonstrar a possibilidade de compreensão inversa desses pressupostos. O segundo capítulo foi separado em cinco seções: “O marco etário para a capacidade no Código Civil”, “O marco etário para a Capacidade Penal”, “O marco etário para Capacidade no Direito Eleitoral”, “O marco etário para o consentimento sexual adotado pelo artigo 217-A do Código Penal e “Relação entre as variadas Capacidades e a possibilidade do consentimento sexual: ofensa à unidade do sistema jurídico? Neste capítulo busca-se aprofundar nas diversas faixas etárias definidas pelo legislador para considerar legítima a manifestação da vontade, como também, considerar o indivíduo responsável por seu comportamento. Ademais, para além de perquirir as faixas etárias delimitadas, examina-se também a possibilidade de contradição entre elas, ocasionando a ofensa à unidade do sistema jurídico. No terceiro capítulo, afora o marco etário para a manifestação de vontade e responsabilização, rastrea-se a compatibilidade da atual redação do artigo 217-A do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal responsável pela tutela destes.

Por fim, trata-se de uma pesquisa desenvolvida através do método hipotético dedutivo, o qual buscou descobrir, por meio de investigação no *síte* da Câmara dos Deputados, quais os argumentos utilizados pelo legislador para definir a atual faixa etária do Estupro de Vulnerável. Além disso, foi necessário avaliar a argumentação do legislador, analisando-a frente ao ordenamento jurídico. Com esse fim investigou-se posicionamentos doutrinários acerca da capacidade e pesquisou-se as idades de manifestação de vontade definidas em outros diplomas legais, justamente para examinar a existência de uma possível lacuna legislativa, referente à idade definida no artigo 217-A do Código Penal. Nesse sentido, pretende-se concluir pela presença ou inexistência da lacuna hipotética, como também suas consequências, caso a lacuna exista, para o sistema jurídico brasileiro.

2 TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

A Teoria Geral do Delito é temática introdutória nos cursos de Ciência Jurídica, seu caráter preliminar denota a fundamentalidade de seu entendimento para compreensão dos assuntos vindouros, como também para aplicação do Direito Penal. Nesse sentido: “Somente através do entendimento dos elementos que determinam a relevância penal de uma conduta, e das regras que estabelecem quem, quando e como deve ser punido, estaremos em condições de exercitar a prática do Direito Penal”.⁴

O jurista Eugênio Raúl Zaffaroni, em sua obra *Manual de derecho penal - Parte Geral*, marcou sua colaboração no estudo e desenvolvimento da área anteriormente referida, produzindo a noção de antinormatividade. Anterior à penetração no pensamento do jurista argentino, é essencial delimitar a área abrangida diretamente por sua teoria, o *locus* em que essa se insere. Tem-se que para divisão tripartida do conceito analítico de delito, sendo essa adotada por maioria da doutrina nacional e estrangeira, o crime é composto por três elementos: fato típico, ilícito e culpável⁵; o fato típico por sua vez, é constituído pela conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume 1**. 29 ed. São Paulo: SaraivaJur.2024. p. 131.

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal 1**. 25 ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 183.

Essa última “consiste em analisar se determinada conduta se adapta aos requisitos descritos na lei, para qualificá-la como infração penal, chama-se ‘juízo de tipicidade’”. Sendo, nesse elemento do fato típico, isto é, a tipicidade, que se insere a Teoria da Tipicidade Conglobante.

Superando essas considerações e elucidações introdutórias, faz-se adequado o debruçamento direcionado sobre a teoria citada. A análise da tipicidade conglobante está associada com as demais normas que compõem o sistema, não é suficiente o preenchimento do tipo legal pela conduta, faz-se necessário avaliar a conduta globalmente, ou seja, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico⁶. Para que haja a tipicidade conglobante é imprescindível a natureza antinormativa da conduta do agente, esta aferida globalmente, não limitada às normas penais, e a tipicidade material. Nesse sentido, a tipicidade conglobante faz-se da conjugação da antinormatividade e tipicidade material.

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta. Exemplificando com o caso de um oficial de justiça que, cumprindo uma ordem de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processos regular, por seu legítimo credor, para cobrança de um crédito vencido, aduzem⁷.

2.1 INTERPRETAÇÃO A CONTRARIO SENSU (INVERSA) DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

A conclusão obtida por meio da Teoria da Tipicidade Conglobante é a impossibilidade da aplicação da norma penal com intuito de punir uma conduta imposta ou fomentada por outro ramo do Direito, dado que não há o preenchimento da antinormatividade, a conduta não ofende o ordenamento jurídico. Desse modo, concebe-se a mencionada teoria como um corretivo da tipicidade legal, dado que pode afastar do âmbito da criminalização aquelas condutas que aparentemente estão

⁶ NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal: Volume Único**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 173.

⁷ GRECO, Rogério. op. cit.. p. 183.

proibidas⁸. Este trabalho opta e direciona-se pela interpretação inversa da Teoria da Tipicidade Conglobante. Elucida-se: O Direito penal não deve permitir condutas proibidas ou desestimuladas por outros ramos do Direito, afastando-as da aplicação penal, sobretudo quando tais comportamentos ofendem bens jurídicos caros à sociedade (fragmentariedade) e não são coibidas efetivamente pela incidência de outras normas não penais (subsidiariedade). O princípio da intervenção mínima⁹ não se confunde com o abolicionismo penal¹⁰.

Entretanto, não olvida-se que, enquanto a Tipicidade Conglobante volta-se ao julgador, quando da aplicação da norma, afastando sua incidência, não é possível o mesmo direcionamento a interpretação inversa da exposta tipicidade, dado que ao julgador, em consonância com o princípio da legalidade¹¹, é vedado a criação de tipos penais. Nesse sentido, a interpretação inversa da Tipicidade Conglobante está direcionada ao legislador, como uma forma de orientação e súplica.

3 O MARCO ETÁRIO PARA A CAPACIDADE NO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL CIVIL

Em primeiro plano, entender o conceito de capacidade faz-se imprescindível para compreender as análises posteriores. Sendo assim, a capacidade pode ter dois significados. O primeiro tem a mesma significação de personalidade, por isso chama-se de capacidade de direito ou de gozo, justamente por ser o titular que deles aproveita. Ou seja, todo homem é capaz, uma vez que é pessoa. O segundo, denominada de capacidade de fato ou de exercício, é propriamente a aptidão para exercer direitos, e por isso nem todas as pessoas a têm¹². A última classificação é a que mais interessa ao presente trabalho.

⁸ NUCCI, Guilherme. op.cit. p. 173.

⁹ O Direito Penal não deve ser encarado como um meio para solucionar todo e qualquer conflito social, no entanto, deve ser aplicado quando necessário.

¹⁰ Advogar a possibilidade de solucionar os conflitos independentemente do Direito Penal, sem sua utilização, posição esta não corroborada por este trabalho.

¹¹ A elaboração das normas penais incriminadoras deve ser feita por meio de leis em sentido estrito, ou seja, não poderia o Estado-Juiz produzir um tipo penal, inovando, no julgamento, o ordenamento jurídico.

¹² GOMES, Orlando; coordenador e atualizador Edvaldo Brito; atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. **Introdução ao Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 119.

Além disso:

A capacidade de direito decorre apenas do nascimento com vida, para as pessoas naturais, enquanto a capacidade de fato depende da capacidade natural de entendimento, inteligência e vontade própria da pessoa natural¹³.

Nesse sentido, a doutrina entende ser possível haver diferentes graus de capacidade de fato, sendo possível haver pessoas plenamente capazes; relativamente incapazes e absolutamente incapazes. Portanto, conclui-se que todas as pessoas naturais têm capacidade de direito, mas nem todas têm capacidade de fato.

Em relação aos que não possuem capacidade de fato plena, o Código Civil de 2002 os separa em dois grupos: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, os quais não serão analisados com profundidade no presente artigo. Vale destacar, sucintamente, que a Lei 13.146/2015, a qual instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, retirou do rol dos absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e os que não puderem exprimir sua vontade, ainda que por provisoriamente. Nesse viés, o art. 3º do referido código diz: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Ou seja, estes indivíduos são temporariamente incapazes de exercer quaisquer atos jurídicos. Dessa maneira, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, justamente por não terem o necessário discernimento para diferenciar o que podem ou não exercer, o que lhes é conveniente ou prejudicial¹⁴.

Além disso, há a capacidade processual, sendo possível separá-la em três categorias distintas: e complementares: a “capacidade de ser parte”; a “capacidade de estar em juízo”; e a “capacidade postulatória”¹⁵. A primeira corresponde àquele que pode contrair direitos e deveres, ou seja, ser sujeito de direitos que consiga exercer sua capacidade de direitos, pois somente assim poderá ser titular de uma ação levada a juízo. Já a segunda, refere-se à capacidade de fato do indivíduo, ou seja, justamente a aptidão para exercer direitos. A terceira refere-se ao fato de que os atos processuais

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 331.

¹⁴ DINIZ, Helena. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p 17.

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: volume 1**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 365.

devem ser praticados por aqueles que têm capacidade postulatória, advogados, por exemplo¹⁶. No momento, a análise das duas primeiras é fundamental para o presente trabalho, uma vez que é necessário ter capacidade para estar em juízo, caso não a tenha, far-se-á obrigatório estar representado. Sendo assim, os absolutamente incapazes somente podem ser parte em um processo caso estejam devidamente representados, propriamente por não terem o devido discernimento para atuar como parte autônoma em um processo.

O legislador ao definir que os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, argumentou que a pouca idade tem por consequência a falta de discernimento, consentimento para compreender aquilo que é permitido, facultado ou proibido, não tendo a consciência se seus atos são benéficos ou prejudiciais a si próprios. Nesse sentido, em virtude do seu desenvolvimento mental incompleto possuem pouca auto-orientação, uma vez que são influenciáveis por outra pessoa.¹⁷

3.1 O MARCO ETÁRIO PARA A CAPACIDADE NO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PENAL

Como já foi visto anteriormente, de acordo com a divisão tripartida do conceito analítico de crime, este pode ser dividido em três elementos, sendo eles: fato típico; antijurídico e culpável. Para a presente análise é necessário focar apenas no último. A culpabilidade, como fundamento da pena, tem o condão de determinar se será possível aplicar ou não uma pena para o autor do fato típico e antijurídico¹⁸. Isto se deve ao fato de que nem todos aqueles que praticam um crime, podem receber uma pena por isso.

O Código Penal define que somente podem receber pena aqueles que são imputáveis, ou seja: imputabilidade pode ser conceituada como sendo a capacidade de culpabilidade, ou seja, é a predisposição para ser considerado culpado¹⁹. Nesse

¹⁶ BUENO, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: volume 1**. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p.240.

¹⁷ DINIZ, Helena. op. cit. p 17.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 217.

¹⁹ GRECO, Rogério. op. cit.. p. 446.

sentido, aquele que não possui esta capacidade, seja pela imaturidade ou por graves problemas psíquicos, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, sendo considerado inimputável. O referido código não diz expressamente quem são os imputáveis, sendo possível chegar a essa resposta apenas por meio da exclusão. Ora, se ele define quem são os inimputáveis, pode-se presumir que todo o resto seja capaz de ser responsabilizado penalmente pelos seus atos.

A imputabilidade pode ser classificada em três aspectos, sendo eles: i) biológico; ii) psicológico; iii) biopsicológico, o quais são muito bem explicados pelo Ministro Francisco Campos durante a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940²⁰. Vide:

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. (CAMPOS, Francisco, 1940).

Nesse viés, vale ressaltar que o Direito Penal brasileiro adota o terceiro sistema como regra geral e o primeiro como exceção.

Em relação ao caráter biopsicológico, o art. 26º do Código Penal diz: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” Sendo assim, não se pode aplicar uma pena para alguém que sequer sabia a valoração dos atos que estava praticando, não conseguindo distinguir se aqueles eram benéficos ou prejudiciais.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 232.

Nesta toada, o art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil, juntamente ao artigo 27 do Código Penal, destaca que os menores de 18 anos são inimputáveis. Sendo assim, a falta de maturidade do indivíduo impede que ele seja punido penalmente por aquilo que faz, uma vez que ele não tem o necessário discernimento para saber se aquilo é benéfico ou prejudicial, tanto para ele quanto para terceiro. Dessa forma, para caracterizar a existência de incapacidade de culpabilidade é suficiente que o agente não tenha uma das duas capacidades: de entendimento ou de autodeterminação. É nítido que, se falta a primeira, ou seja, não tem a capacidade de avaliar os próprios atos, de valorar sua conduta, positiva ou negativamente, em cotejo com a ordem jurídica, o agente não sabe e não pode saber a natureza valorativa do ato que pratica. Na ausência dessa capacidade, obviamente também não tem a de autodeterminar-se, porque a capacidade de autocontrole pressupõe a capacidade de entendimento²¹. Desse modo, os menores de 18 (dezoito) anos, justamente por não terem a necessária compreensão dos atos que realizam, não praticam crime, uma vez que falta a culpabilidade, elemento fundamental para a divisão tripartida do conceito analítico de crime. Contudo, esses menores infratores não estarão isentos de sanções, eles serão submetidos à legislação especial.

Portanto, sabendo quem são os inimputáveis, torna-se nítido destacar que os imputáveis, ou seja, os capazes de serem responsabilizados penalmente, são aqueles maiores de 18 (dezoito) anos que estejam com suas faculdades mentais em perfeito funcionamento, tendo total discernimento e entendimento em relação aos atos que praticam.

3.2 O MARCO ETÁRIO PARA A CAPACIDADE NO DIREITO ELEITORAL

O estudo da capacidade eleitoral insere-se na temática dos Direitos Políticos. Essa se divide em capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva. Sendo que a primeira refere-se à alistabilidade eleitoral, e a segunda à elegibilidade²².

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 234.

²² NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Juspodivm, 2024. p. 585.

A alistabilidade eleitoral compreende a participação do indivíduo na democracia representativa, cujo exercício ocorre por meio do voto. Essa capacidade é adquirida com o alistamento eleitoral, podendo ser realizada a partir dos 16 anos de idade²³. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 14º, § 1º, que torna-se obrigatório o alistamento eleitoral e o voto para os maiores de 18 (dezoito) anos. Ademais, destaca que tal conduta é facultada aos analfabetos; maiores de setenta anos; maiores de dezesseis e dezesseis e menores de dezoito anos. Dessa maneira, ao exercer uma análise mais profunda sobre a opção legislativa sobre aqueles que podem e devem fazer parte do processo de alistabilidade, é possível perceber que a faixa etária foi expressamente prevista. Isto se deve, sobretudo, ao fato de que o indivíduo com pouca idade não consegue exercer a necessária compreensão da realidade, não conseguindo distinguir entre aquilo que lhe é benéfico ou prejudicial.

A elegibilidade consiste no direito de concorrer, por meio de eleições, determinados mandatos políticos. Todo o cidadão tem o direito de ser votado, desde que preencha determinados requisitos. Para exercer essa capacidade em termos de faixa etária, é necessário ter ao menos 18 anos de idade, dado que essa é a menor idade mínima exigida, sendo requisito para concorrer ao cargo de vereador²⁴. Neste ponto, o legislador foi ainda mais severo em relação a idade, uma vez que nem mesmo com 18 anos é possível participar de todos os cargos políticos, prefeito e deputado estadual, por exemplo, pois um dos requisitos para ocupar essas posições é a idade mínima de 21 anos, previsto no art. 14, § 3º, VI, “c”. Desta forma, entende-se que o nível de maturidade deve ser condizente com a relevância do cargo.

3.3 O MARCO ETÁRIO PARA O CONSETIMENTO SEXUAL ADOTADO PELO ARTIGO 217-A do CÓDIGO PENAL

De acordo com o art. 217-A do Código Penal, é proibido ter conjunção carnal ou exercer qualquer outro ato libidinoso com o menor de 14 (catorze) anos. Entretanto, aquele que perquirir o marco etário explícito para consentimento sexual adotado pelo artigo 217-A terá sua busca frustrada. Não há delimitação etária explícita que permita

²³ NOVELINO, Marcelo. op. cit. . p. 586.

²⁴ NOVELINO, Marcelo. op. cit. . p. 589.

o consentimento sexual sem a configuração do crime previsto no referido artigo. Para solucionar a problemática, faz-se essencial o auxílio da hermenêutica. Nesse sentido, consoante com a lição de Reis Friede²⁵:

O argumento a *contrario sensu*, por outro lado, é o componente da interpretação lógica, que utiliza o fato de que a lei sempre faculta a conclusão pela exclusão, dada a regra hermenêutica que afirma que as exceções devem vir sempre expressas. Assim, sempre é possível admitir direitos ou aferir proibições interpretando pelo que não está, respectivamente, proibido ou permitido.

Nesse sentido, depreende-se que, sob a ótica do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, jovens, a partir dos quatorze anos de idade, possuem a faculdade de consentir com a relação sexual, dado que tal consentimento é expressamente vedado para aqueles com idade inferior a quatorze anos, e o legislador silencia em relação àqueles com idade superior.

Dessa forma, averiguar a fundamentação dessa opção legislativa. Para esse fim, estabelece-se como inafastável a análise da Justificação²⁶, disponível no *site* da Câmara dos Deputados. Nesse sentido, observa-se a preocupação do legislador com o desenvolvimento sexual saudável de crianças e adolescentes, uma vez que aquele interpretou a norma penal como sendo desatualizada e ineficiente à violação da liberdade sexual do indivíduo, sobretudo em se tratando de crianças e adolescentes, tendo como consequência ofensa ao disposto no art. 227, §4º da CFB.

Outrossim, houve estudos que direcionaram a escolha do legislador. Nesse viés, foram considerados, primordialmente, os estudos realizados pela Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP), pela Organização Internacional do Trabalho, pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente e também pela pesquisa sobre tráfico de mulheres e crianças realizada pelo CECRIA.

Ademais, esclarece o legislador os motivos que determinaram a adoção da idade estampada no artigo 217-A:

Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de

²⁵ FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma interpretação e hermenêutica jurídica**. 9 ed. Barueri: Manole, 2015. p 166.

²⁶ São os argumentos que embasam a apresentação de uma proposta legislativa.

compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos.

Diante o exposto, depreende-se que a opção legislativa busca garantir certa liberdade sexual para pessoas entre 14 e 18 anos.

3.4 RELAÇÃO ENTRE AS VARIADAS CAPACIDADES E A POSSIBILIDADE DO CONSENTIMENTO SEXUAL: OFENSA À UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO?

Consoante a exposição de diversas capacidades adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, depreende-se que frequentemente o legislador optou como marco inicial da Capacidade a idade de 16 anos, e ainda assim, com limitações, estando a expressão da Capacidade condicionada a certas restrições e limitações, a depender da circunstância, como amplamente abordado nos subtópicos anteriores. Nesse sentido, nota-se que a idade de 14 anos delimitada como faculdade para consentir com a relação sexual, extraída da interpretação do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, diverge e destoa das demais Capacidades, manifestações de vontade, e possibilidades de responsabilização presentes no sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, percebe-se que o Direito material e processual civil, como também o Direito material e processual penal, este em regra, intentam tutelar as crianças e adolescente, considerando sua condição inerente à idade, impossibilitando ou restringindo sua plena manifestação de vontade e responsabilização. No entanto, o Direito Penal, em tom de exceção, rompe com essa tutela, ao desproteger brasileiro entre 14 e 15 anos, ao considera-los etariamente capazes de consentir plenamente com relações sexuais. Reprisa-se: um dos únicos cenários em que o ordenamento jurídico considera um jovem, entre 14 e 15 anos, plenamente capaz (considerando isoladamente a idade) de manifestar sua vontade (essa compreendida como consentimento) é em relação à prática sexual.

Sendo assim, compreende-se que o legislador ignorou a necessidade de sopesar o prestígio à liberdade sexual com a tutela dos brasileiros inseridos nessa faixa de idade, solapando a proteção conferida a esses por diversos diplomas jurídicos, mormente o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 A (IN)SUFICIÊNCIA DA TUTELA PROVENIENTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 inseriu o Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico. Este ramo possui autonomia e particularidades, sendo uma delas o princípio da proteção integral. Tal princípio determina que, além dos direitos assegurados aos adultos, além de todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescente disporão de um adicional, consubstanciado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento²⁷.

Segundo as lições de Muniz Freire²⁸, foi a partir do século XIX que surgiu uma preocupação legislativa com as crianças e os adolescentes, porém não com o intuito de resguardá-los, mas sim de impedir a prática de atos ilícitos, ou seja, o menor era visto tanto socialmente quanto juridicamente como um objeto de proteção, apenas sendo tutelado quando estivesse em situação de irregularidade. Nesse sentido, a legislação que no momento anterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se referisse à criança e ao adolescente era discriminatória, uma vez que aqueles não eram tidos como sujeitos de direitos. Contudo, com a inserção do referido estatuto, citado inicialmente, dá-se início a fase de proteção integral, na qual o ordenamento jurídico confere direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, sendo assim, ambos deixam de ser apenas um mero objeto de proteção e tornam-se sujeitos de direitos.

²⁷ NUCCI, Guilherme. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 13.

²⁸ FREIRE, Muniz. **Coleção Método Essencial - Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. p. 14.

Os avanços trazidos pela CF/1988 e pelo ECA representam uma verdadeira quebra de paradigmas. Houve uma transição da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral. Substituiu-se o emprego da palavra 'menor', que sugere uma incapacidade e revela-se estigmatizante, por 'criança e adolescente', que passam a ser vistos como sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento. Desta feita, no ordenamento jurídico vigente, as crianças e adolescentes gozam de garantias e direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, recebendo tratamento jurídico de sujeitos de direitos.

Ademais, o mencionado Estatuto considera criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Relativamente à dignidade sexual das crianças e adolescente, o referido estatuto busca tutela-la, tipificando condutas que a ofenda, sobretudo nos artigos 240²⁹, 241³⁰, 241-A³¹, 241-B³², 241-C³³.

Nesse sentido, depreende-se a preocupação do legislador com a preservação da dignidade sexual de crianças e adolescentes. No entanto, salienta-se que as figuras típicas mencionadas preocupam-se essencialmente com a produção ou reprodução da figura infantil ou púbere em conotação sexualizada. Dessa forma, a tutela do desenvolvimento sexual conferida por esse diploma legal é solapada pelo artigo 217-A do Código Penal, dado que a prática sexual com adolescente recebe menor proteção em comparação com a imagem ou filmagem da prática sexual, visto que a primeira é possível desde que ocorra o consentimento do adolescente a partir dos 14 anos de idade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁹ Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

³⁰ Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

³¹ Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

³² Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

³³ Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual.

O legislador, em uma visão monocular, privilegiou a liberdade sexual dos adolescentes e cegou-se à exigência de prevê-la de modo adequado e condizente com a tutela da dignidade sexual. Nesse sentido, a opção legislativa ofende a unidade e harmonia do sistema jurídico, ao contrapor-se negativamente às demais escolhas efetuadas pelo legislador em outras normas. Dessa forma, permite-se uma lacuna normativa, ao possibilitar que jovens entre 14 e 15 anos possuam plena capacidade de consentirem com uma relação sexual, capacidade essa de manifestação que não é encontrada no restante do ordenamento jurídico, inclusive há outras normas que tutelam bens menos caros do que a dignidade sexual que não atribuem essa capacidade à faixa etária aqui analisada. Outrossim, este cenário fragiliza pontualmente, mas significativamente, a tutela dispensada às crianças e adolescentes por meio de seu Estatuto, pois atribui uma capacidade de discernimento aos adolescentes, no que diz respeito à prática de atividades sexuais, não vista em outros ramos do direito.

Sendo assim, torna-se fundamental a discussão acerca do caput do artigo 217-A do Código Penal, uma vez que não há um fundamento plausível para atribuir capacidade de fato a um adolescente, ainda mais em se tratando da sua dignidade sexual, bem tão valioso no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, faz-se sua modificação, dado a ofensa provocada não apenas ao sistema jurídico, mas à sociedade, ao permitir, com vestes de legalidade e consentimento, um obstáculo ao desenvolvimento sexual saudável de adolescentes.

REFERÊNCIAS FINAIS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Vol. único. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553602100/pageid/0>>. Acesso em: 11/04/2024.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325>>. Acesso em: 20 de maio. 2024.

BUENO, Cassio S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.1. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620791. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620791/>>. Acesso em: 13 de abril de 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de Abril de 2024.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 de Maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2024.

DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022. E-book. ISBN 9786555598612. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598612/>>. Acesso em: 17 de maio 2024.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 de Abril de 2024.

FREIRE, Muniz. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. (Coleção Método Essencial), Vol. único. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645688. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645688/>>. Acesso em: 28 mai. 2024.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 22 ed. Vol. único. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986810. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>>. Acesso em: 18 Abril 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal**. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>>. Acesso em: 09 de maio 2024.

Legislação Informatizada - Lei Nº 12.015, de 7 de AGOSTO de 2009 - Exposição de Motivos. Portal da Câmara dos Deputados, Brasília-Distrito Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>> . Acesso em: 27 de Abril de 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal - Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649303. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649303/>>. Acesso em: 15 mai. 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 19º ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. Vol. único. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/curso-de-direito-constitucional-volume-unico-2024-19ed-mn>>. Acesso em: 15 de Abril de 2024.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: vol 1**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.