

**O ato sexual consentido entre os menores
criminalmente responsáveis
Atipicidade da conduta**

Márcio da Silva Alexandre

M

2022



O ato sexual consentido entre os menores criminalmente responsáveis Atipicidade da conduta

O texto que aqui se publica comporta correções introduzidas posteriormente à realização das provas públicas.

Márcio da Silva Alexandre

Dissertação de Mestrado, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do grau de Mestre, realizado sob a orientação do Professor Doutor André Lamas Leite.

Porto, julho de 2022.



Agradecimentos

À mãe, aos irmãos Marcelo e Fábio, e aos filhos, Pedro e Vítor

A convivência, o apoio e a torcida incondicionais formam a base para que os objetivos profissional e educacional sejam sempre alcançados.

À Carla Sanches

Minha companheira e principal responsável pela oportunidade de começar, caminhar e concluir este importante ciclo para a vida pessoal e profissional.

À Joana Brasil

A parceria, troca de ideias, orientações e o incansável apoio acadêmico foram fundamentais para o êxito de chegar ao fim.

Aos dedicados trabalhadores das Bibliotecas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Pelo esforço contínuo para que pudesse realizar as leituras indispensáveis que tanto ajudaram para a conclusão da pesquisa.

Ao meu orientador, Professor Doutor André Lamas Leite

A liberdade acadêmica, as profícuas orientações, a paciência e o compartilhamento de seus conhecimentos fizeram diferença no resultado final do trabalho.

Resumo

A Lei Tutelar Educativa regulamenta a responsabilização dos menores cujas idades estão compreendidas entre 12 e 16 anos, desde que pratiquem fato qualificado como crime. Os adolescentes que já completaram 14 anos de idade podem ser obrigados a cumprir medida tutelar educativa se praticarem ato sexual com crianças de 12 ou 13 anos, na medida em que o artigo 171.º do Código Penal define ser crime de abuso sexual de crianças a prática de ato sexual com menores de 14 anos de idade.

A pesquisa teve por objetivo verificar a correção dessa afirmação, a partir de critério que procura integrar o Direito Penal comum ao Direito tutelar educativo, na medida em que ambos partem de um fato jurídico comum: o crime. Após exame crítico das possíveis soluções no âmbito da LTE, da doutrina e do Direito Comparado, procurou-se uma resposta que tivesse o menor e a base normativa a ele ligada como pontos principais do estudo, mas sem desprezar as ideias e a produção científica já consagradas na ciência criminal.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal do Menor, Lei Tutelar Educativa, Abuso Sexual de Crianças, Atipicidade.

Abstract

The Educational Guardianship Act (EGA) regulates the accountability of minors whose ages range between 12 and 16 years old, provided that they commit an act qualified as a crime. Adolescents who have already turned 14 may be obliged to comply with an educational guardianship measure if they practice a sexual act with children aged 12 or 13, since article 171 of the Penal Law defines the practice of a sexual act with children under 14 as a crime of child sexual abuse.

The research aimed to verify the accuracy of this statement, based on a criteria that seeks to integrate common criminal law and educational guardianship law, insofar as both start from a common legal fact: the crime. After a careful examination of possible solutions within the EGA, the doctrine and comparative law, an answer was sought that had the minor and the normative basis linked to him as the main points of the study, but without neglecting the ideas and scientific production already established in criminal science.

Keywords: Penal Responsibility of the Minor, Educational Guardianship Law, Sexual Abuse of Children, Absence of Crime

SIGLAS E ABREVIATURAS:

CP – Código Penal

CPB – Código Penal brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas

EUA – Estados Unidos da América

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LO – Lei Orgânica espanhola

LPI – Lei de Protecção à Infância

LPCJP - Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo

LTE – Lei Tutelar Educativa

ONU – Organização das Nações Unidas

OTM – Organização Tutelar de Menores

ProjPG de 1963 – Projecto da Parte Geral do Código Penal de 1963

RS – Estado do Rio Grande do Sul

STS – Sentença do Tribunal Supremo da Espanha

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

UE – União Europeia

Sumário

I – Introdução	8
II – Evolução da responsabilização criminal do menor.....	11
1. O surgimento do menor delinquente. Fase da indiferença	12
2. Período tutelar	13
3. A fase atual: educação para o Direito.....	15
4. Crítica ao modelo atual.....	16
III – O Direito Penal e o Direito Penal do menor.....	20
1. Relevância do Direito Penal para o sistema tutelar educativo.....	21
2. A inimputabilidade do menor no Código Penal	26
3. Crítica ao não reconhecimento da culpa no menor.....	27
4. A culpa na criança e no adolescente.....	30
5. Precedente relacionado à culpa na criança	33
IV – Delimitação do tipo do abuso sexual contra crianças.....	39
1. O crime de abuso sexual de crianças.....	40
2. O bem jurídico.....	41
V – Soluções possíveis.....	43
1. A situação à luz da LTE	44
2. A doutrina portuguesa	45
3. O princípio da adequação social.....	48
4. O tratamento do tema nos EUA.....	50
5. A solução na Espanha.....	54
6. Síntese do Direito estrangeiro	57
7. Tomada de posição: uma solução interna.....	59
VI – Conclusão.....	67
VII – Bibliografia	70

I – Introdução

Para que uma pessoa possa ser responsabilizada pela prática de conduta que produza resultado típico e ilícito, é necessário que ela, pelo menos, atinja uma determinada idade, pelo que passa a ser considerada penalmente capaz. Nem sempre o critério biológico é exclusivo. Mas ele, invariavelmente, compõe a regra que condiciona a incidência das normas relacionadas ao Direito Penal.

Não obstante a referida baliza relacionada à idade, menores que estão compreendidos em determinado intervalo etário abaixo da tradicionalmente conhecida idade penal são também passíveis de responsabilização, quando praticam os mesmos fatos que recebem a qualificação de crime. Ainda que eles não tenham a maturidade do indivíduo adulto, os legisladores nacionais entendem que já não se apresentam com a inocência característica dos primeiros anos de vida, em que há grande vulnerabilidade e completa irresponsabilidade na área criminal. Nesse universo, podemos identificar que menores passíveis de responsabilização estão a tráfegar pela linha da vida, de forma que já saíram da infância e estão a caminho da vida adulta. Apesar dessa transição, já assumem deveres próprios dessa fase da vida, dentre eles o dever de obediência às normas de determinação que decorrem das leis penais. O trabalho abordará especificamente os menores que estão a transitar por esse ciclo da vida.

Embora não se tenha o objetivo de realizar estudo de casos, fatos reais e recentes que ocorreram no Estado do Rio Grande do Sul (RS), unidade política que compõe a República Federativa do Brasil, ajudam a revelar a importância do tema. A situação fática foi levada ao conhecimento das autoridades brasileiras e julgada pela Justiça do RS em primeira e em segunda instâncias.

Em 2020, um adolescente de 15 anos de idade foi acusado de praticar crime sexual, por ter mantido conjunção carnal consensual com uma menor de 12 anos. Segundo consta do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)¹, os envolvidos declararam a existência de relacionamento afetivo prévio entre eles, que não contava com a anuência da genitora da vítima, por ser contrária à prática de relações sexuais naquela idade. Ela, então, levou ao conhecimento das autoridades de segurança o caso. Por isso, os fatos ganharam o registro policial, pois o Código Penal brasileiro (CPB) considera crime a prática de

¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-civel-tj-rs-livra-menor.pdf> (Acessado em 23 de junho de 2022).

ato sexual com menores de 14 (catorze) anos. Na sequência, o adolescente foi acusado formalmente perante a autoridade judiciária local.

Em primeira instância, o adolescente foi condenado pela prática da figura típica prevista no CPB, assim redigida: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” E, em razão de os atos sexuais terem sido provados, foi-lhe imposta a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, uma das consequências jurídicas previstas na legislação brasileira que responsabiliza adolescentes (12 a 18 anos incompletos) que se envolvem com a prática de fato que a lei define como sendo crime – ECA).

Na segunda instância, no entanto, no julgamento de recurso de apelação, o TJRS, com a concordância do representante do Ministério Público, reformou o julgado proferido pela instância *a quo* e absolveu o adolescente, com fundamento no instituto amplamente conhecido no Direito norte-americano pela designação de “exceção de Romeu e Julieta” (*Romeo and Juliet clause*), que será tratado no momento oportuno. A Corte revisora considerou também o fato de que a adolescente de 12 anos, de acordo com o ECA, já podia ser obrigada a cumprir medidas previstas na referida legislação, além de também já poder praticar outros atos da vida civil, como viajar, dentro do território brasileiro, desacompanhada de responsável. Por isso, concluiu pela licitude do ato sexual.

Fatos como esses poderiam ter o mesmo imbróglio jurídico em Portugal. Ainda que não guarde correspondência literal com a legislação brasileira, o Código Penal português (CP) traz, no art.º 171.º, a figura correspondente ao crime de estupro de vulnerável do CPB, com algumas diferenças. O referido artigo do Código lusitano define o crime de abuso sexual de crianças, consideradas essas como todas as pessoas abaixo de 14 anos de idade. Também de maneira semelhante à legislação infanto-juvenil de sua *pátria filha*, os menores compreendidos em determinada faixa etária (12 a 16 anos de idade) podem ser responsabilizados, quando praticam fatos que a legislação qualifique como crime. É o que dispõe a Lei n.º 166/99, Lei Tutelar Educativa (LTE).

Em ambos os países, há um descompasso entre a idade a partir da qual o menor, de acordo com a legislação própria (LTE e ECA), passa a responder pela prática de fato qualificado pela lei como crime (12 anos) e a idade em que sua manifestação de vontade isenta pessoa adulta de responsabilização penal, quando, com ele, mantém relação sexual. No Brasil, a partir de 14 anos, aceita-se que o menor possa consentir livremente com a prática do sexo. Em Portugal, o requisito etário para o consentimento eficaz é a idade de 16 anos (arts. 38.º, 171.º e

173.º, todos do CP). Assim, embora o menor de 12 ou 13 possa ser responsabilizado, quando pratica qualquer conduta prevista em lei penal, o de 14 ou 15 anos também sujeita-se às consequências jurídicas previstas na lei de regência, quando realiza os mesmos comportamentos, ainda que com aqueles, como na hipótese de crime de natureza sexual.

É nesse cenário que o estudo questionará a compreensão quase automática da responsabilização do menor que pratica ato sexual com outro, estando ambos inseridos no universo compreendido pela LTE e, por que não dizer, no estabelecido por qualquer legislação penal nacional que imponha consequências jurídicas aos menores. Assim, os adolescentes acima de 14 e menores de 16 anos de idade, em Portugal, ou menores de 18 anos, no Brasil, devem responder pela prática de fatos definidos no art. 171.º do CP (art. 217-A, CPB), quando praticam atos sexuais com menores de 12 ou 13 anos de idade?

Sob a ótica da excepcionalidade da intervenção jurídico-penal, por se tratar do campo de atuação que mais interfere na esfera de liberdade das pessoas e, principalmente, com base em olhar direcionado às normas que tratam da delinquência juvenil, o estudo procurará encontrar uma resposta segura para o questionamento acima feito.

Para tanto, é também proposta do trabalho chamar atenção para esse ramo do Direito, ao mesmo tempo em que intenciona questionar a utilidade da criação de barreiras cujo escopo parece querer isolar o Direito infanto-juvenil (Tutelar educativo ou Direito Penal juvenil) da ciência criminal, mormente porque tanto um quanto o outro ramo jurídico são ligados a critérios essencialmente finalísticos (paz social e interesse do menor). Os que se debruçam sobre as referidas áreas usam cada qual a sua cortina, e ambas parecem ser de fumaça, para se isolarem em seus respectivos universos jurídicos.

Para evitar essa separação acadêmica, a partir de um referencial interativo, pois tudo nasce de fato comum, o estudo procurará investigar a existência de uma solução compatível com o ideal de segurança jurídica que subjaz a temas relacionados a restrições de direitos que interferem na liberdade das pessoas, de forma a evitar a utilização de subjetivismo que não se afigura adequado, quando se está a tratar de crime, ainda mais quando praticado por menores.

Para tanto, o trabalho apresenta a evolução do desenvolvimento da responsabilização daqueles que ainda não alcançaram o critério biológico estabelecido na legislação penal, mas já podem sofrer consequências previstas em legislação específica (LTE). Por um longo período, observa-se que eles eram alvo de medidas protetivas, já designadas de tutelares, que até restringiam a liberdade, conquanto nem sempre desencadeadas a partir da prática de fato que

hoje condiciona a intervenção estatal. Nessa época, o que importava era corrigir o menor “problemático”.

Na sequência, busca aproximar o Direito Tutelar educativo do Direito Penal, mais estudado pela comunidade jurídica. Essa aproximação, conquanto renegada em discurso por parte da doutrina, notadamente aquela que se dedica ao Direito juvenil, afigura-se inevitável na medida em que o ingrediente principal do referido ramo do Direito, após a pessoa do próprio menor, é o fato de que o crime, como definido pela lei penal comum, é o *start* para a incidência do Direito especial. Isso parece ter ficado evidente em julgado, que será examinado, do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL).

Após justificar a harmonização entre a ciência penal e o Direito Penal juvenil, na sequência, procurou-se apresentar um panorama de soluções sobre a aparente constatação de crime de abuso sexual de crianças, quando os fatos envolvem tão somente os menores abrangidos pela LTE. Além da resposta extraível da legislação especial e de manifestação doutrinária portuguesas, o estudo teceu considerações sobre o possível desfecho da questão à luz do princípio da adequação social, bem assim o caminho encontrado por alguns países.

Acredita-se que, por meio de atualização ou de resignificação de conceitos próprios da ciência criminal, tenha-se chegado a um resultado que afasta o Direito responsabilizador tutelar educativo, sem se descuidar do valor inerente à segurança jurídica.

II – Evolução da responsabilização criminal do menor

Antes de adentrar a discussão sobre a matéria substantiva e, especificamente, sobre a temática do delito de abuso sexual de criança a envolver exclusivamente menores capazes de responder, de acordo com a legislação atualmente em vigor, é oportuno contextualizar, na sua síntese, como se desenvolveu o processo de responsabilização do menor no cenário jurídico em Portugal, sob a perspectiva da relevância das condicionantes necessárias que servem de suporte básico para deflagrar o procedimento interventivo do poder público.

Embora se reconheça o relevo do modelo utilizado para que os comportamentos eventualmente considerados antissociais sejam apurados, com participação preponderante do sistema formal de Justiça ou não, e, a partir daí, possam as consequências jurídicas serem efetivamente implementadas², o tema a ser desenvolvido na pesquisa recomenda uma

² Júlio Barbosa e Silva traz uma relação de seis modelos de justiça juvenil cujas abordagens variam em torno dos objetivos a serem alcançados e dos atores responsáveis para o atingimento deles, além de uma maior ou menor intervenção do poder público. Dentre esses modelos, chama atenção o do *bem-estar ou de proteção*, por permitir a intervenção educativa em razão de outras formas de desvios, além da delinquência. *Lei Tutelar Educativa*

delimitação sobre a causa da intervenção. Assim, aspectos procedimentais, adjetivos ou relacionados às ações interventivas propriamente ditas devem ser examinados na medida em que refletem ou interferiram no apuramento do substrato fático que os motiva.

1. O surgimento do menor delinquente. Fase da indiferença

A preocupação do Estado com a delinquência juvenil é digna de nota só a partir da primeira metade do século XIX, consoante destacam Rita Faria e Cândido da Agra³. Antes desse período, o autor francês Paul Fauconnet, citado por Beleza dos Santos, após pontuar a escassez de documentos relacionados ao tema, aduz não ter a criança tido um papel significativo, quando comparado ao indivíduo adulto em período anterior. Maria João Leote de Carvalho confirma a carência de dados, ao sublinhar que, nessa época, “a intervenção dos sistemas de justiça junto de crianças e adultos era concretizada⁴ em moldes idênticos e nem sequer havia um conhecimento estatístico que permitisse ter uma noção aproximada da dimensão do fenómeno da delinquência”⁵.

Esse período só experimentou ares de mudança a partir da fase da codificação que teve inspiração no Renascimento, movimento cultural que eclodiu no fim da Idade Média e exerceu grande influência na cultura, na economia e na política, por questionar as concepções até então imutáveis do período anterior, com ideais fincados na razão e na ciência. É nesse cenário que se iniciam, timidamente, movimentos que indicam a necessidade de separar os menores dos maiores, no âmbito criminal.

Durante o século XIX, dois Códigos Penais foram promulgados em Portugal. Nessas leis, houve a fixação expressa de idade abaixo da qual a criança era absolutamente irresponsável criminalmente⁶. Não obstante houvesse a previsão de colocação de menores inimputáveis em “casas de educação” ou “estabelecimento de correção”, quando impossível a permanência deles

Comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pp. 26-27.

³ *A história epistemológica da Criminologia*. In: *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, p. 42.

⁴ DOS SANTOS, Beleza. *Regime jurídico dos menores delinquentes em Portugal*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano VIII, pp. 142 e 143.

⁵ *Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: “do menor à “justiça amiga das crianças”*, In: *Revista de Sociologia Configurações On line*, n.º 20, 2017, p. 16.

⁶ No Código de 1852 (art. 23.º, n.º 5), essa idade era de sete anos; no Código de 1886, elevou-se para dez anos (art. 42.º, n.º 1). Além desses marcos etários, ainda havia a possibilidade de o menor até 14 anos não responder pelo fato, caso fosse constatado não tivesse discernimento para a prática do crime. Apesar disso, mesmo não sendo responsável, esse menor podia ter sua liberdade restrita, conforme expressamente previram os artigos 73.º do CP de 1852 e 48.º do CP de 1886. Constatada aptidão, no entanto, à responsabilização, os dois Códigos previam a aplicação de pena restritiva de liberdade (art. 73.º do CP de 1852; e art. 109.º do CP de 1886), cuja duração era abrandada em se tratando de menor.

junto de suas famílias, a ausência de estrutura física em quantidade suficiente para acolher os menores, o que era a regra, levava-os a serem enviados à prisão comum⁷.

Em linhas gerais, o período é marcado por conferir à criança delinquente o mesmo método de abordagem dispensado ao adulto⁸. Não havia diferença substancial da consequência jurídica em razão da prática de crime envolvendo pessoas adultas ou menores. Ambos recebiam, basicamente, a mesma resposta institucional e cumpriam suas penas de prisão nos mesmos espaços de expiação dos adultos⁹, assim como o julgamento ocorria perante o mesmo órgão jurisdicional, seguindo-se idênticas regras processuais¹⁰. Não por outra razão, esse período ficou conhecido como *Fase da indiferença*¹¹.

2. Período tutelar

Em fins do século XIX, eclode um movimento considerado reformador nos Estados Unidos da América, com forte influência de ideais filantrópicos, que logo ganhou o mundo e influenciou a maneira de cuidar da temática infanto-juvenil ao longo do século seguinte.

A partir de 1870, a legislação federal estadunidense proibiu a permanência de menores no mesmo ambiente dos adultos. Doravante, consolidou-se a concepção de que crianças e adolescentes autoras de delitos deveriam ser tratadas de maneira distinta. Essa separação dá origem a espaços diferenciados de cumprimento das penas aplicadas¹². É também fruto desse período o surgimento dos primeiros tribunais responsáveis por julgar os menores nos Estados de Chicago e Denver, mais precisamente, no ano de 1899. Logo em seguida, as cortes juvenis espalharam-se pelos EUA¹³.

Doravante, ao longo do século seguinte, construiu-se uma doutrina caracterizada por imprimir um olhar diferenciado sobre o menor em condições de vulnerabilidade social, de forma a eliminar os fatores que influenciavam as condutas consideradas desviantes do padrão desejado, o que compreendia, além do menor delinquente, também o que vivia em Estado de

⁷ DOS SANTOS, Beleza. *Op. cit.*, pp. 160-162.

⁸ RODRIGUES, Almiro Simões. *Fundamentos da Justiça Tutelar*. Palestra proferida no Seminário Menores em risco numa sociedade em mudança, organizado pela Provedoria de Justiça, em 1992, que digitalizou e editou todo o material em volume disponibilizado pelo referido Órgão, ISBN 972-95884-2.2, p. 174.

⁹ RODRIGUES, Almiro Simões. *Op. cit.*, p. 176.

¹⁰ JORDÃO, Carlos Alberto Rosa de Carvalho. *Menoridade e privação de liberdade no Direito Tutelar de Menores*, p. 6.

¹¹ SARAIVA, José Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal juvenil. Adolescente e ato infracional*. 4.ª edição, p. 18.

¹² CARVALHO, Maria João Leote de. *Op. cit.*, p. 19.

¹³ DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de menores delinquentes. A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*, pp. 136 a 137. No mesmo sentido, DOS SANTOS, Beleza, *op. cit.*, pp. 171 a 174.

abandono, de mendicância, ocioso, em condições de miserabilidade e bem assim aquele ligado à prática de atos de libertinagem. A punição não era o fim a ser buscado ou, ao menos, não consistia em objetivo declarado. O foco passou a ter viés preventivo. O propósito era, intencionalmente, proteger o menor. Não por acaso, no âmbito doutrinário, o movimento passou a ser conhecido como fase tutelar ou período tutelar do menor.

Em Portugal, o referido movimento teve origem no início do século XX, com a edição da LPI, de 27 de maio de 1911, antes precedida do Decreto de 1-1-1911, que teve vigência apenas em Lisboa, destinado a incidir sobre os menores de 16 anos que estivessem em estado de vulnerabilidade social ou moral. Já a partir da entrada em vigor desse Decreto, não era mais possível aplicar penas aos menores. A partir de então, estariam eles sujeitos a medidas educativas e tutelares. Duarte-Fonseca destaca que assim iniciou-se um período conhecido pela regra de “tratar o menor no seu próprio interesse, controlando-o inteiramente no interesse da ordem pública”¹⁴, o que autorizava o tratamento indiscriminado para todos aqueles que se encontravam em situação risco, quer em razão de fragilidade social quer por serem agentes de crimes.

Nessa época, os fatos caracterizadores de delito tinham relevância diminuída, tanto que sequer era necessário provar a sua prática, para deflagração da ação estatal. O crime era considerado tão-só como sintoma revelador de desvios ou de inaptidão para convivência em sociedade. Beleza dos Santos, ao comparar o novo modelo com o anterior, consignou que a principal virtude daquele consistia em permitir a restrição da liberdade de crianças irresponsáveis e vadias, a enaltecer, desse modo, a substituição do sistema essencialmente repressivo para um novo, com viés educativo, voltado ao interesse do menor¹⁵.

Além da LPI, a fase tutelar portuguesa contou também com o Decreto-Lei n.º 44.287/62, de 20 de abril, e o Decreto-Lei 374/78, de 27 de outubro, que ficou conhecido como Organização Tutelar de Menores (OTM), legislações que não trouxeram significativa mudança na concepção teleológica do tratamento da delinquência juvenil, a manter fidelidade à concepção protetiva.

Como a intervenção do Estado visava à proteção do menor, a fim de provocar a transformação do seu caráter, as medidas eram aplicadas por prazo indeterminado. No aspecto

¹⁴ *Op. cit.*, p. 143.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 175-176.

adjetivo, é relevante pontuar o caráter informal do processo, pois sequer havia necessidade de assegurar o contraditório e o direito de defesa em processo¹⁶.

Durante essa fase, merece destaque o início da participação da comunidade internacional que, a partir da segunda metade do século XX, aprovou vários documentos cujos objetivos consistiam em orientar os países na elaboração das legislações internas¹⁷. Conquanto tivesse havido certa relutância, conforme destacou Anabela Rodrigues¹⁸, o Direito Internacional também influenciou Portugal nessa temática, notadamente por meio da Convenção sobre o Direito das Crianças da Organização das Nações Unidas (CDC).

3. A fase atual: educação para o Direito

A situação da delinquência juvenil, em Portugal, é regulada, atualmente, por meio da Lei n.º 166/1999, de 14 de setembro (LTE), aplicável, em regra, somente aos menores compreendidos na faixa etária dos 12 a 16 anos incompletos. Com base no artigo 1.º da LTE, o pressuposto da intervenção é a prática de fato que lei qualifica como crime.

A intervenção sobre aqueles que se colocam em conflito com a lei dá-se, precipuamente, por meio de medida de natureza educativa, cujo objetivo, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 2.º da LTE, é promover “a educação do menor para o Direito”. Com isso, busca-se, dignamente, a inserção na vida comunitária de forma responsável, o que indica que a convivência social não permite ações causadoras de lesão a bens juridicamente tutelados por norma penal.

Na mesma linha de compreensão, Anabela Rodrigues assim sintetiza a finalidade da tutela educativa: “[o] que está em causa é, primordialmente, a sua socialização, no sentido da conformação da sua personalidade com o dever-ser jurídico mínimo essencial à convivência em sociedade, corporizado na lei penal”¹⁹.

Apesar disso, é importante destacar que a responsabilização coaduna-se com o interesse do menor, conforme deixa claro o n.º 3 do artigo 6.º da LTE, e não necessariamente contra ele. Isso não significa que haja um afastamento, por completo, do viés retributivo, mormente porque, como será melhor visto mais a frente, as leis penais, em geral, tem o objetivo de permitir

¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, p. 6. No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. *Repensar o Direito de Menores em Portugal – utopia ou realidade?* In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, 1997, p. 361.

¹⁷ Reputamos os mais significativos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (1985), Princípios Orientadores de Riade e Regras de Tóquio (1990).

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A lei tutelar educativa – entre o passado e o futuro*. In: *Justiça juvenil: a lei, os tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*, novembro de 2016, p. 46.

uma convivência comunitária pacífica. Um aspecto relevante a considerar é o fato de a medida tutelar educativa ostentar marcante caráter subsidiário, porquanto, mesmo que os fatos fiquem provados, a consequência jurídica pode ser afastada, quando se constatar não haver mais necessidade dela, nos termos do art. 92.º, n.º 1, al. b) da LTE. Não por outra razão, Duarte-Fonseca, além de deixar expressa sua opinião sobre a necessidade de os menores observarem as leis penais, destaca o caráter subsidiário da medida tutelar educativa, ao asseverar que as necessidades de educação para a preservação dos bens juridicamente protegidos pelas normas penais são aquelas que “o adolescente evidenciava no momento da aplicação da medida”²⁰, e não por ocasião da prática do fato. Bem por isso, ainda com relação à necessidade e ao caráter subsidiário da medida, Anabela Rodrigues aduz que ela poderá deixar de ser aplicada, quando se constatar que o evento ocorrido integra o processo normal de desenvolvimento do adolescente²¹.

4. Crítica ao modelo atual

Apesar do natural distanciamento da ideia de retribuição em relação à medida tutelar educativa cujo foco é “educar para o direito”, o n.º 2 do artigo 2.º da LTE causa certa perplexidade, quando, ao estipular as finalidades das medidas educativas, autoriza o poder público a aplicar uma delas, ainda que o menor atue, por exemplo, em legítima defesa (ou outro tipo justificador) ou protegido por uma causa que exclua sua culpa. Essa previsão bem demonstra a preocupação externada a partir da introdução, no sentido da necessidade de se observar o Direito Penal comum também no âmbito da responsabilização de alguns tradicionalmente considerados inimputáveis pela referida área.

Ainda que sob uma declarada intenção de reeducar, o dispositivo acima citado aparenta ressuscitar a intervenção estatal, independentemente da prática de crime, como ocorreu durante todo o século XX. E a doutrina parece não ter percebido a dimensão dele. A propósito, Anabela Rodrigues e Duarte-Fonseca sustentam que “[a]s causas que excluem ou diminuem a ilicitude (exemplos: legítima defesa, tentativa ou uma circunstância prevista no n.º 2 do art. 72.º do CP) excluem a aplicação ou devem ser consideradas na escolha e determinação da duração da

²⁰ DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins*. In: *Julgar*, n.º 22, Janeiro – Abril de 2014, p. 93. No mesmo sentido, Rita Alfaiate afirma que “objetivo da lei é uma educação especificamente voltada para a formação da personalidade do delincente para a compreensão e respeito pelo dever-ser jurídico-penal...”. ALFAIATE, Ana Rita. *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, p. 209. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27038/1/O%20problema%20da%20responsabilidade%20penal%20dos%20inimput%3%a1veis%20por%20menoridade.pdf>. (Acedido em 24 de fevereiro de 2022).

²¹ *Repensar o Direito de Menores em Portugal – utopia ou realidade?* In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, 1997, p. 380.

medida tutelar”²². Pelo que é possível observar, os autores não diferenciam causas que excluem a ilicitude das que refletem na fixação ou diminuição da consequência jurídica. Além disso, para eles, o lugar de análise das primeiras é no âmbito da fixação ou extensão das medidas tutelares educativas, o que sugere não conferirem relevância para a circunstância de que, a rigor, as excludentes de ilicitude excluem o crime. Se não há crime, não há que se avaliar a necessidade de qualquer medida responsabilizadora ainda que de natureza educativa.

Com relação às causas que excluem ou diminuem a culpa, após ressaltar o *locus* de incidência delas, qual seja, na etapa em que será avaliada a necessidade da medida tutelar educativa, logo, posterior à declaração de que o menor praticara fato qualificado pela lei de crime, os citados autores trazem a razão do tratamento mais gravoso do menor, se comparado ao adulto, conforme é possível observar na parte final desta citação: “[é] assim que, se o menor actuar em qualquer situação que integre uma causa de exclusão ou diminuição da culpa, ser-lhe-á de aplicar uma medida tutelar se se concluir pela necessidade, em concreto, de correcção da personalidade no plano do dever-ser jurídico manifestada na prática do facto. Com isto, é a autonomia do pressuposto da necessidade de correcção da personalidade que sobressai”²³.

Júlio Barbosa e Silva, por outro lado, reconhece não ser possível avaliar a aplicabilidade da medida tutelar, nas situações que excluem a ilicitude, na medida em que a ocorrência delas retira o pressuposto que legitima a intervenção estatal. O tipo justificador transforma o comportamento do menor em fato lícito. Contudo, o autor segue a orientação dos doutrinadores anteriormente citados, em relação às causas que excluem a culpa. Segundo ele, como o Código Penal reconhece que os menores são inimputáveis, não é possível realizar juízo de valor sobre a conduta ético-social deles. Logo, as referidas causas devem ser avaliadas no momento de se verificar a necessidade de aplicar a medida tutelar educativa²⁴. Para o mencionado autor, a culpa não tem relevância para a constatação da causa da intervenção tutelar educativa.

O dispositivo legal em exame e a posição doutrinária que se seguiu permitem subverter toda a lógica construída a partir da concepção de que o tratamento dispensado ao menor deve necessariamente ser menos rigoroso do que o dispensado ao adulto. Ao fim e ao cabo, esses posicionamentos não relevam o que é essencial para a responsabilização diferenciada do menor, que é o fato de que se está a examinar um indivíduo que se encontra, legal e biologicamente,

²² RODRIGUES e DUARTE-FONSECA, *op. cit.*, p. 63.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 38 e 39. Em sentido contrário, de forma a admitir a incidência dos tipos justificadores no âmbito da LTE, CARMO, Rui do. *Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público*. In: Revista do Ministério Público, n.º 84, out-dez 2000, pp. 121 e 122.

em fase de desenvolvimento, com nível de maturidade menor que o indivíduo adulto. Inconcebível, pois, em nosso juízo, que o menor seja responsabilizado, em situações que o Direito protege o maior, de forma a impedir sua responsabilização, ainda que haja conhecimento e vontade de praticar os elementos do tipo, porquanto isso não é suficiente para concluir pela existência de fato típico, ilícito e culpável.

Em tais situações, as circunstâncias fáticas justificam a conduta típica do adulto, que, nesse contexto, tem também o objetivo de proteger bem jurídico tanto ou mais valioso do que aquele cujo tipo penal desejou amparar. A conduta, nessas situações, embora típica, não é ilícita²⁵. Além disso, conquanto típica e ilícita, pode não haver juízo de reprovação do fato praticado. Daí, sustentar a aplicabilidade do dispositivo citado, ainda que o escopo seja alcançar fins educacionais ou corretivos da personalidade, distancia o tratamento dado ao menor, de forma injustificada, daquele dispensado ao adulto, em situações semelhantes, cuja conduta é examinada dentro de um direito estruturado sob o critério da vontade, aspecto importante para a verificação tanto de crime quanto de (in)existência de tipos justificadores.

Ademais, não se afigura correto corrigir personalidade de menores tendo, por base, comportamento considerado adequado na pessoa adulta. Não há o que se corrigir em situações que tais, pois o comportamento é justificado dentro do direito posto. Eventuais correções de rumo na personalidade de crianças e adolescentes devem, se tanto, ser consideradas em nível de área protetiva, através da Lei 147/1999, 1 de setembro, Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, jamais partir de fato isoladamente considerado crime.

Por tudo isso, a possibilidade de aplicar medidas tutelares educativas a menores em contexto que revela a existência de alguma causa de justificação macula o princípio da proporcionalidade e, por isso, a lógica da responsabilização diferenciada do menor, que, necessariamente, carece de garantias mínimas colocadas à disposição do adulto, além de outras, próprias de sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Nesse quadro, ao examinar a norma acima citada e todo o resto da LTE, é perceptível que o aspecto substantivo parece não ter sido a preocupação do legislador português. A referida lei é dividida em sete títulos, sendo que o primeiro é composto de único artigo, que define a faixa etária a que se submete a criança e o adolescente que praticam fato definido na lei como crime. A partir daí, verifica-se que os preceitos da norma procuraram regulamentar,

²⁵ CARVALHO, Américo Taipa. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 3.^a edição, p. 338.

nomeadamente, aspectos formais e práticos, relacionados às medidas tutelares educativas, além de questões processuais.

Logo, tudo o que se refere à teoria do crime, notadamente, o que se relaciona à Parte Geral existente no CP, não foi regulada de maneira particular, o que reconduz à aplicação subsidiária dessa codificação. Inevitavelmente, isso traz difíceis problemas práticos, porquanto a referida lei foi pensada para a pessoa do adulto. Por isso, mostra apropriada a afirmação de Karyna Batista Sposato, para quem “uma teoria da responsabilidade de adolescentes será necessariamente, parcial, uma vez que, em face da teoria geral da responsabilidade penal, concentra-se em analisar alguns aspectos metodológicos, parte do todo, como esforço reflexivo e metodológico que tem como foco o adolescente quando autor de infração penal”²⁶.

Ao ressaltar a falta de atenção para a temática da responsabilização dos adolescentes no âmbito do Direito Penal, a citada autora observa que, “[p]or força de uma tradição tutelar, desenhou-se ao longo da história do Direito da Criança e do Adolescente uma suposta autonomia da matéria de responsabilização dos menores de idade, afastando de sua interpretação os princípios processuais-penais de garantia e, de igual maneira, dificultando qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das consequências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes. Como se a matéria infracional existisse em total divórcio do saber penal, ao longo da história do Direito Penal Juvenil procurou-se ocultar a influência das diferentes correntes da ciência penal”²⁷.

Embora toda a reflexão mencionada tenha como referência o tratamento do tema no âmbito do Direito brasileiro, a estrutura normativa que decorre da LTE, acima observada, permite que a conclusão possa ser aplicada ao Direito lusitano, mormente porque, assim como em Portugal, a lei de regência que disciplina a responsabilização criminal dos adolescentes no Brasil (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90, de 13 de julho) tem estrutura semelhante, idêntico *start* para deflagrar o processo de responsabilização²⁸, consequência jurídica de similar conteúdo²⁹ e até mesmo a ideia retributiva da resposta estatal perde força, em razão do maior interesse do menor, que pode ser perdoado pelo sistema de justiça brasileira.

²⁶ *Direito Penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, p. 28.

²⁷ *Op. cit.*, pp. 27-29.

²⁸ ECA, art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

²⁹ ECA, art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Ana Rita Alfaiate observou também a semelhança do tratamento jurídico entre os dois ordenamentos³⁰.

A síntese do que acaba de ser colocada é dada por Sérgio Salomão Shecaira, ao consignar, em sua obra sobre o sistema jurídico de garantias relacionado aos menores, que o Direito Penal juvenil é uma das matérias que menos se estuda no âmbito do Direito Penal³¹. No mesmo sentido do autor brasileiro, embora a referência seja restrita ao sistema jurídico dos menores, o que, por si só, revela ausência de preocupação dogmática com a parte referente aos menores infratores, Júlio Barbosa e Silva aponta a escassez de aspectos jurídicos e ironiza a justiça tutelar, de forma a identificá-la como “parente pobre” do Direito infanto-juvenil³².

III – O Direito Penal e o Direito Penal do menor

Conquanto a origem para a deflagração de procedimentos que verificará a necessidade de responsabilização do menor seja rigorosamente idêntica àquele necessário para iniciar a persecução penal, qual seja, fato que a lei qualifique como crime, costuma-se apontar que a diversidade da finalidade subjacente a esses ramos do Direito recomenda o estudo separado das áreas. Essa recomendação é reforçada ainda pelo fato de os menores serem tradicional e legalmente reconhecidos por *inimputáveis*.

Embora a intenção possa até ser louvável, porquanto busca-se, com isso, afastar as consequências perniciosas e os estigmas que acompanham o universo criminal, na prática, o resultado parece não ser tão apropriado assim. Isso é observado não só no período que ficou conhecido como *fase tutelar* do Direito infanto-juvenil, onde a existência do crime e o processo eram desimportantes para intervenção estatal, bem como no período atual, conforme é possível verificar no texto correspondente às notas 22 a 24 acima.

Em razão disso, vislumbra-se relevante contextualizar o Direito Penal no âmbito dessa forma diferenciada de responsabilizar o adolescente, pois os elementos estruturantes que compõem o cenário dogmático da ciência criminal, notadamente o tipo penal, a ilicitude e a culpa, parecem também influenciar o sistema juvenil. O interesse pelo estudo da evolução histórica e de parte do Direito Penal justifica-se porque, ao mesmo tempo em que revela os

³⁰ ALFAIATE, Ana Rita. *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, p. 142.

³¹ *In Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2.^a edição, p. 13. No mesmo sentido, ROSA, Alexandre Morais da e LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. 2.^a edição, p. XXXV.

³² *Op. cit.*, p. 13.

avanços, no cenário jurídico que circundam os menores, pode indicar a necessidade de novas reflexões.

1. Relevância do Direito Penal para o sistema tutelar educativo

Inicialmente, é importante destacar que, não obstante a existência de regulamentação específica referente à responsabilização do menor, não foram identificados estudos sobre quais comportamentos juvenis próprios ou exclusivos ensejariam a qualificação de fato criminoso. A ciência jurídica, no ramo do Direito Penal, não se tem preocupado com a identificação de atitudes antissociais específicas dos menores. Assim, todo conjunto de condutas que enseja a catalogação dos tipos penais tem, por modelo, o comportamento da pessoa adulta. Em regra, os manuais só fazem referência aos menores de idade para excluí-los de sua abrangência, ocasião em que os rotula de inimputáveis, ou, ainda, para colocá-los em situação de vítima. Talvez, até por orientação internacional³³, não se encontra legislação que descreva conduta que configure crime voltada, direcionada, a menor de idade, na condição de autor.

Assim, os tipos penais a que crianças e adolescentes estão submetidos são rigorosamente os mesmos previstos ou criados para a pessoa adulta. O ramo próprio de responsabilização do menor (Direito Penal juvenil, Direito Socioeducativo ou Direito Tutelar educativo) utiliza, por empréstimo, o *cardápio* de crimes previstos na legislação penal comum. A responsabilização criminal do menor deriva, pois, da previsão de condutas atribuíveis ao adulto³⁴. Não obstante isso, observa-se resistência em tratar o Direito Penal juvenil ou o Direito Tutelar Educativo como um ramo do Direito Penal comum.

A propósito, até a legislação portuguesa caminha por essa direção, pois atribui aos juízes de família a competência para conhecer dos fatos definidos como crime pela legislação, quando praticados pelos menores, consoante se observa no art. 28.º da LTE³⁵. Além disso, em reforço à ideia de separação, como já visto linhas atrás, os tipos justificadores têm relevância diminuída, quando o ilícito-típico é praticado pela criança ou adolescente.

³³ Diretrizes de Riade, Regra 54: “Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem”.

³⁴ Karina Sposato chama essa técnica de *tipificação delegada*. In *Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, p. 34.

³⁵ Não se questiona que desvios sociais graves de crianças sejam, na imensa maioria dos casos, uma questão fundamentalmente familiar. Contudo, não se pode olvidar o fato de a motivação da intervenção do sistema de justiça ser uma conduta descrita como crime pela legislação penal. A título de comparação, parece não haver dúvida de que as controvérsias fáticas relacionadas à violência doméstica orbitem também em torno de questões familiares. Nem por isso afigura-se adequado atribuir competência a juízes de família para julgar os crimes relacionados a conflitos domésticos.

Contra a ideia de que se está a cuidar de universos jurídicos distintos, é apropriado destacar que as normas que compõem o sustentáculo da ciência jurídico-criminal moderna eclodiram durante o surgimento das concepções iluministas que marcaram a valorização da razão humana e do poder político sobre o poder absoluto do Rei, arbitrário, desumano, cruel.

A mudança de cenário pode ser explicada a partir das premissas ideológicas fundantes do contrato social e cujo objetivo foi o de estabelecer um equilíbrio entre o poder estatal e o direito à liberdade, de forma que a restrição deste só pode ser determinada por aquele na medida de sua necessidade³⁶. Por isso, Claus Roxin, define a função do Direito Penal como sendo a de “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”³⁷.

Não por outra razão, a liberdade somente deve ser cerceada pelo Estado quando se revelar imprescindível para resguardar os bens jurídicos penalmente tutelados. A respeito desses, Roxin os define como sendo “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”³⁸. A proteção desses bens, no âmbito penal, faz-se mediante a criação dos tipos penais³⁹.

Sobre a construção dos crimes, nesse cenário, José de Faria Costa pondera sobre a importância de não se permitir condutas abusivas, desprovidas de conteúdo ou fundamento que possam ser reconduzidas à ideia de proteção de bens jurídicos. Por isso, defende ser necessário que “a proibição das condutas se perspetive pelas ideias de necessidade e de dignidade penal”⁴⁰, daí que a “legalidade e tudo o que ela gera em seu redor são formas de garantia”, sendo certo destacar que “toda e qualquer limitação aos direitos individuais, *máxime*, ao direito de liberdade, deve ser vista com exceção que só é legítima quando for necessária”⁴¹.

Não por outra razão a Lei Fundamental impõe limites e até proibições à criminalização, sendo certo que o único modelo punitivo aceito por ela é aquele que condiciona a restrição de

³⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: GUIDICINI, Lucia e CONTESSA, Alessandro Berti. 4.^a edição, pp. 42 e 43.

³⁷ *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução: CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José. 2.^a edição, p. 16.

³⁸ *Op. cit.*, pp. 18-19.

³⁹ Para um aprofundamento maior sobre a complexidade que gira entorno do conceito de bens jurídicos, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8.^a edição, revista, atualizada e ampliada, pp. 32-41.

⁴⁰ *Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?* In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência* Ano 134.º, n.º 3933, abril de 2002, p. 357.

⁴¹ *Ibidem*, p. 358.

direitos, liberdade e garantias à finalidade de proteger outros interesses constitucionalmente protegidos⁴². Por isso, o poder público não é completamente livre para erigir uma qualquer conduta a elementar de tipo legal. Há de se buscar “um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”⁴³. Desse quadro decorre o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Inexorável saber, assim, o que se pretende proteger mediante a definição de uma conduta criminosa. Ainda que os parlamentos tenham ampla liberdade para criar os tipos penais, concordamos com Roxin que sustenta que os valores essenciais de uma sociedade organizada limitam o poder criativo, de forma que não basta a mera aprovação de texto legal para que a prática de fatos descritivos na lei configure crime. Se não é possível “encontrar uma fundamentação séria, justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal desproporcional”⁴⁴.

Luiz Regis Prado, ao citar as funções mais relevantes, além da garantia, destaca que o bem jurídico possui uma função teleológica ou interpretativa, pois condiciona o exegeta na revelação do sentido e alcance da norma de determinada maneira⁴⁵. Assim, assume especial relevo uma leitura atenta aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, os quais, junto com o postulado da intervenção mínima, recomendam que só se deve recorrer às normas repressivas, segundo ponderam, se não houver outros meios menos gravosos para solucionar o problema, e isso impõe que somente se justifique a intervenção do direito criminal em caso de comportamentos graves⁴⁶.

Assume especial relevo reafirmar a função de garantia do princípio da legalidade, cunhado em fins do séc. XVIII, e que ensejou uma verdadeira ruptura com o modelo até então vigente. A ressaltar o primado da legalidade penal, consagrado nas expressões latinas *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, Simas Santos e Leal-Henriques, com acerto, pontuam que “nem toda a conduta humana, mesmo que seja moralmente reprovável ou socialmente desajustada, pode merecer a tutela do Direito Penal, isto é, ser criminalmente investigada, julgada e censurada”⁴⁷. Karl Engisch complementa o rigor na aplicação do postulado, quando,

⁴² COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, vol. 100, jan-fev, 2013, p. 231.

⁴³ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁶ SANTOS, Manuel Simas e MANUEL, Leal-Henriques. *Noções de Direito Penal*. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 31.

ao introduzir o estudo da hipótese legal, ressalta a relevância da segunda expressão latina citada, ao estatuir que “os preceitos de Direito Penal têm de circunscrever com relativo rigor as hipóteses (ou tipos) legais a que vai ligado o comando da punição contido na consequência jurídica (estatuição)”⁴⁸. Por isso, a conduta apenas merecerá a qualificação de crime se ela se encaixar, assim como uma luva entra nas mãos de um médico-cirurgião, antes de seu labor, aos elementos contidos na previsão legislativa.

Além do juízo de adequação típica, faz-se necessário também verificar se a conduta perpetrada é antijurídica, sob duas vertentes. Numa perspectiva objetiva, caso em que as leis penais preocupam-se mais com as responsabilidades decorrentes da violação aos bens jurídicos por elas protegidos, numa maneira de definir a distribuição das responsabilidades, o que faz com que as referidas leis tenham sentido de normas de valoração ou de decisão. Por isso, releva o desvalor do resultado alcançado pela ação humana (ilícito objetivo). Por outro lado, num cenário centrado na conduta, a perspectiva pessoal-objetiva da ilicitude vê as leis penais como normas de determinação ou de conduta, de forma orientar objetivamente aqueles, compreendidos na figura presumível do detentor das características do homem médio, que apresentam capacidade de entendê-las. Dessa maneira, as normas penais assumem uma dimensão preventiva, e a conduta humana (desvalor da ação) ganha mais importância do que o resultado, ainda quando o crime exija sua ocorrência⁴⁹.

Há de observar também, após a verificação da adequação típica e o exame da antijuridicidade, para que haja a consequência jurídica prevista na lei penal, os pressupostos de sua imposição. No exame da culpa, é necessário observar se a pessoa tem consciência do que está a fazer, bem ainda lhe ser exigível comportamento diverso.

Diante de importância que essas concepções simbolizam, apesar desse distanciamento que se observa no âmbito legal e doutrinário, voluntário ou não, se o pressuposto da convocação do sistema de responsabilização do menor é a correspondência a comportamento que a lei já qualifique como crime, há de se introduzir, como parte integrante desse sistema singular de responsabilização, o estudo do delito na sua integralidade. Por isso, não só o *fato* há de ser considerado nos termos em que está rigorosamente descrito na lei penal, mas também todas as circunstâncias que o envolvem e que têm aptidão para retirar, ou não, as consequências jurídico-penais dele normalmente decorrentes.

⁴⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.ª edição, p. 56.

⁴⁹ Para uma aproximação do tema, ALMEIDA COSTA, António Manuel. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*. Tomo I, Reimpressão, pp. 2-12.

Assim, para além da função de garantia, na medida em que o tipo penal tem o objetivo de proteger bem jurídico, o fato típico já configura um tipo de ilícito; só não será um ilícito criminal em ocorrendo situações que justifiquem a ação. E ainda que não incidam causas que possam justificar a conduta do menor, há de se realizar um juízo de censura sobre a conduta dele, de maneira a perquirir se ele tinha capacidade de avaliar a ilicitude de sua conduta, além de condições de se autodeterminar. Não se pode falar em fato qualificado pela lei como crime sem que sejam levados em consideração o cerne da teoria geral do crime: o tipo, a ilicitude e a culpa.

Esse sistema normativo, utilizado designadamente para orientar o trabalho do legislador, na função criadora dos tipos penais, reclama uma atenção especial do intérprete da norma, por ocasião de sua transposição para incidir sobre o adolescente, sujeito de direito em desenvolvimento.

Em verdade, como já pontuado, todo o conjunto normativo que compõe o estudo da teoria geral do delito deva ser aplicado no âmbito do Direito Penal juvenil. É necessário, contudo, adaptá-lo ao indivíduo que está em processo de desenvolvimento. Prova evidente da inexorável necessidade de compatibilização é a norma que trata do consentimento válido e eficaz no Direito Penal português. Ao condicionar à idade mínima de 16 anos para que o consentimento assim seja considerado, *ex vi* do n.º 3 do artigo 38.º do CP, a ausência de adaptação à legislação tutelar educativa leva à conclusão de que nenhum adolescente poderia livremente consentir, ainda quando a situação fática envolvesse tão somente menores dentro da faixa etária estabelecida na LTE.

Por outro lado, se se entender que esses não têm capacidade para consentir, não parece haver razão para se exigir que eles devam seguir o que o comando legal exige, pois são considerados desprovidos de capacidade. O CP prevê o crime de abuso sexual contra criança e adolescente, nos artigos 171.º e 173.º. Como condicionar o consentimento eficaz à idade prevista no CP, quando os fatos envolvem tão somente menores abrangidos pela LTE, onde todos estão abaixo dessa idade?

A conclusão que se extrai desse contexto é o fato de, embora ser aplicável *in totum* a dogmática penal até aqui construída ao Direito Tutelar, ser necessária uma adequação. É imprescindível, por isso, que não se desconsiderem as diferenças, de forma a efetivamente julgar os menores como se adultos fossem. Nem se discute que a LTE já fizera juízo de conformação, ao prever, como consequência jurídica, a aplicação de medidas tutelares, e não penas. Para além disso, o que se procura, aqui, é chamar a atenção para a necessidade de se

firmar a orientação da aplicabilidade do Direito Penal ao menor responsável criminalmente. Não se pode, contudo, aplicá-lo cegamente, pois é imperioso que seja feito o exame adequado da situação fática, a fim de averiguar, concretamente, se, de fato, é crime ou pode ser considerada tão somente uma conduta antissocial ou mesmo social, no contexto infanto-juvenil.

Para além do juízo de conformação típica, para constatar a antijuridicidade da conduta perpetrada pelo menor, quando da perspectiva pessoal-objetiva, não se pode ter, por parâmetro, o homem médio, pois há de se atentar para o fato de que as normas de determinação ou de conduta extraídas dos tipos legais dirigem-se aos imputáveis. Conquanto o menor tenha capacidade de se conformar ao direito, não se pode analisar o desvalor da ação dele com base nas características presumíveis do homem médio.

Sem esses ajustes, não nos parece restar assegurada sequer a vigência normativa do princípio da igualdade no aspecto formal, de aplicação irrestrita no Direito Penal, consubstanciada na máxima de que todos são iguais perante a lei, na medida em que se afiguraria incorreto incluir no universo a que nos remete o pronome indefinido “todos” aqueles que a própria legislação penal pretendeu, originariamente, afastar de seu campo de atuação. Mais do que isso: além do aspecto formal, no fundo, o que é até óbvio, a diferenciação entre menores e maiores está relacionada ao aspecto positivo do referido princípio, que consiste em conferir tratamento desigual a situações substancialmente desiguais, “impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas”⁵⁰. E longe de se pretender, com isso, acolher algo como um *Direito Penal do autor*, quando o caso envolver aqueles compreendidos no Direito Tutelar educativo. Em verdade, o que se busca é a compreensão de que o fato praticado por um menor seja examinado não com base na ideia de repulsa à dogmática penal até então desenvolvida, mas a partir e com auxílio dela, com as necessárias adaptações.

2. A inimputabilidade do menor no Código Penal

Baseados em critérios biopsicológicos, em regra, as legislações nacionais⁵¹ estabelecem duas hipóteses em que, a ocorrerem, há impossibilidade de se reconhecer a culpa e, como

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2.ª edição, p. 214.

⁵¹ O ordenamento jurídico português, designadamente, o Código Penal, na mesma linha de outros ordenamentos, não define o que se entende por (in)imputabilidade. Em sentido diverso, o Código Penal brasileiro (CPB), no art.º 26, define que 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

consectário lógico, inviável a aplicação de pena, mesmo que o fato seja típico e ilícito. Por razão de doença mental ou por menoridade, verifica-se a “impossibilidade de apreensão da relação entre o facto e a pessoa que o pratica”⁵², de maneira que “o substrato biopsicológico da inimputabilidade, aliado a um certo efeito sobre a personalidade do agente, destrói as conexões reais e objectivas de sentido que ligam o fato à pessoa do agente, a tal ponto que seu acto pode ser (causalmente) ‘explicado’, mas não pode ser ‘compreendido’ como ‘facto de uma pessoa’”⁵³.

Diante do tema, interessa-nos pontuar que o CP estabelece, no artigo 19.º, a idade mínima de 16 anos para sua incidência. Quem contar com menos idade é tido por inimputável. Vê-se, desse modo, que o conceito de (in)imputável etário é revelado por meio de critério estritamente biológico. Nesse ponto, afirma Figueiredo Dias que a ausência de maturidade impede que se aprecie a personalidade e a atitude do menor, pois não há como conceber um ser-livre⁵⁴. Como consectário lógico, não sendo possível imputar o crime ao menor, por ele ser *inimputável*, fica excluída a possibilidade de examinar a culpa. Incabível, assim, aplicação de pena. Por isso, o juízo de culpa é pressuposto da pena. Taipa de Carvalho ressalta a quase unanimidade quanto à impossibilidade de haver “responsabilidade penal sem culpa”⁵⁵. Assim, a culpa condiciona a consequência jurídica.

Diante disso, se não é possível responsabilizar o adulto sem que se estabeleça a sua culpa, com muito mais razão não deve ser possível responsabilizar o menor, pela prática de igual fato qualificado como crime, pela lei penal, sem que se realize um juízo ético-pessoal equivalente ou semelhante ao exame da culpa do adulto. Sendo assim, acredita-se ser necessário reconsiderar a concepção, até certo ponto, consagrada sobre a impossibilidade de o menor não ser capaz de compreensão do fato-crime.

3. Crítica ao não reconhecimento da culpa no menor

Em verdade, parece-nos que o princípio da culpa está inexoravelmente ligado à ideia do Direito Penal tradicional, no sentido de só admitir a existência desse elemento, quando se busca a aplicação da pena. Como aos tradicionalmente inimputáveis não tem cabimento a aplicação

determinar-se de acordo com esse entendimento”. No mesmo sentido, o Código Penal italiano diz que a imputabilidade é a capacidade de entender e de querer, ou seja, a capacidade de compreender valores éticos, a aptidão para distinguir o bem do mal, o que é certo do que é errado, o lícito do ilícito, e de escolher entre um e outro desses valores (art. 85.º).

⁵² ALFAIATE, Ana Rita. *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, p. 48.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. – Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.ª Edição, p. 570.

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 594-595.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 460.

dessa sanção, as doutrinas tradicional e do Direito infanto-juvenil não admitem a culpa em seu âmbito, pois arraigada na ideia de que a sua constatação exige “capacidade de avaliação da ilicitude do facto praticado...”, além da “capacidade de autodeterminação de acordo com a avaliação feita sobre a ilicitude do facto”⁵⁶, capacidades essas que o menor não teria, à luz do Código Penal.

Se considerarmos o que acabamos de mencionar, uma vez ocorrido um fato previsto no CP, constatado que o autor tenha menos de 16 anos, o intérprete da lei penal, quase que automaticamente, encerra sua atividade investigativa, porquanto verificada a inimputabilidade do autor. Logo, impossível reconhecimento de culpa e aplicação de pena. Por isso, não há que se falar em consciência da ilicitude e da possibilidade de se comportar de acordo com seu entendimento, mesmo diante da exigência legal (LTE) de que o adolescente precisa comportar-se de acordo com o Direito.

Parece-nos que esse entendimento está a merecer um repensar por parte da doutrina penal, na medida em que a pessoa que se encontra dentro da faixa etária estabelecida pela LTE, doravante, é também responsável pela prática de fato que a lei define como crime. Como se viu na parte histórica, a legislação voltada aos menores, ainda que sob uma roupagem designada de tutelar educativa, tem por objetivo responsabilizar o adolescente.

Aliás, a finalidade da LTE, em relação ao adolescente que se não se comportou de acordo com o Direito, ao realizar conduta típica e, com isso, produziu um resultado típico, é justamente intervir sobre esse adolescente a fim de que ele respeite as regras sociais, traduzidas nos mandamentos proibitivos exteriorizados pelo legislador penal por meio dos tipos penais. Não se pode deixar de notar que a doutrina menorista portuguesa, ao reforçar que a finalidade da lei citada é educar o menor para o Direito, está a buscar que o adolescente infrator encontre ou reencontre sua capacidade de avaliar a (i)licitude de sua conduta e de se determinar de acordo com sua avaliação, porquanto, nos termos da LTE, o desiderato da tutela educativa é conformar o menor com o Direito, inclusive, o Direito Penal, violado com sua conduta típica e ilícita.

Nesse sentido, DUARTE-FONSECA pondera que a aplicação da LTE “só se justifica quando se manifesta uma factualidade que evidencia a rotura com o núcleo de valores essenciais da comunidade representado pelas normas penais, as quais representam o quadro de referência e o mínimo de obediência devida por qualquer cidadão e, por isso, o Estado tem, não apenas o direito, mas também o dever, de intervir correctivamente quando um adolescente ou um jovem,

⁵⁶ CARVALHO, Américo Taipa. *Op. cit.*, p. 473.

ao ofender valores protegidos pelas normas penais, revele a necessidade de ser educado para o direito, por forma a que interiorize as normas violadas e os valores jurídicos que estas tutelam”⁵⁷.

Diante disso, não parece lógico pretender afastar o princípio da culpa, por pontuar ser o adolescente incapaz de compreender o fato, e, ao mesmo tempo, buscar que ele respeite os valores defendidos pela normal penal cuja aplicação lhe é transposta. Não faria sentido buscar a “educação para o Direito”, se a pessoa não pudesse conformar-se a ele, em razão de um critério biológico firmado especificamente para o Direito Penal dos adultos.

Sendo assim, evidencia-se que a finalidade da atuação da legislação tutelar educativa não afasta ou impede o exame sobre a consciência da ilicitude do menor. A diferença que se observa, contudo, está em admitir a concepção de que o juízo de culpa, no campo do Direito infanto-juvenil, configura elemento indissociável não de uma pena, mas da resposta que o ordenamento jurídico específico prevê para a hipótese reativa ao crime praticado pelo menor responsável penalmente, ou seja, a medida tutelar educativa⁵⁸. Nesse mesmo sentido, concluem Alexandre Rosa e Ana Lopes: “[n]ão há como dissociar a capacidade de culpabilidade de qualquer tipo de sanção que se venha a impor a alguém. Ou seja, se há uma sanção imposta, por qualquer que seja esta, tenha o nome que tenha, já seria uma imputabilidade”⁵⁹. Na linha do que se acaba de expor, no sentido de que seria contraditório buscar educar para o Direito alguém que já de antemão diz-se que não tem capacidade para se conformar a ele, os mesmos autores sentenciam ser “incoerente que se responsabilize alguém que não tenha capacidade para ser culpabilizado”⁶⁰.

Sérgio Shecaira, ao pontuar a necessidade de alteração substancial da doutrina no ponto, após destacar a irrelevância de como se denomina juridicamente a relação do adolescente com o crime (Direito Tutelar, Direito infanto-juvenil, Direito do menor etc), em referência ao direito brasileiro, mas aplicável ao direito português, com razão, assevera: “[o] principal é que se assegure, quando da imputação do ato infracional ao adolescente, que se lhe dê o direito de um juízo de tipicidade (pois, se o fato é atípico, não há ato infracional); de um juízo de ilicitude (pois, se o fato é amparado pelo direito, não há crime, nos termos do art. 23 do CP); de um juízo

⁵⁷ *Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins*. In: Julgar, n.º 22, janeiro – abril de 2014, p. 80.

⁵⁸ O mesmo raciocínio é usado por SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. *O mito da imputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente*. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 4, 1998, volume 5, pp. 268-271.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 323-324.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 324.

de averiguação dos elementos da culpabilidade”⁶¹. O citado autor afirma também ser direito do adolescente o exame jurisdicional de fatos que levem o adulto a não ser punido, como as hipóteses de erro e causas de exclusão de culpa.

Toda essa conclusão vai ao encontro do que se falou no item anterior, ou seja, na medida em que a responsabilidade do menor surge a partir da prática de um ilícito-típico e bem assim de um juízo adequado sobre a capacidade de avaliar a ilicitude do fato e de decisão, os princípios, os institutos e a legislação penal, de forma geral, podem e devem ser aplicados ao Direito que apura a conduta do menor, devendo, no entanto, sofrer as interpretações adequadas ditadas pelas circunstâncias que decorrem do fato de que se está a tratar de pessoa em desenvolvimento.

A defesa da culpa como pressuposto para aplicação da medida tutelar, embora possa parecer prejudicial ao menor, pois verdadeiramente insere-o, por completo, no conjunto de regras que compõe o Direito Penal, efetivamente, não prejudica sua situação particular, porquanto não o retira da proteção especial levada a efeito pelo conjunto de normas específicas que compõe o Direito Tutelar educativo.

Em verdade, o primado da culpa afasta qualquer possibilidade de ele vir a ser responsabilizado, quando restar demonstrado ter agido sem possibilidade de realizar juízo de reprovação, como nas hipóteses de erro sobre a ilicitude não censurável e estado de necessidade desculpante, previstos nos artigos 17.º, n.º 1, e 35.º, do CP. Esse entendimento, ainda, levaria à reflexão sobre a conveniência da norma contida no n.º 2 do artigo 2.º da LTE, que estabelece a possibilidade de impor medida tutelar educativa. Ademais, em reforço a essa ideia, acredita-se que a própria legislação portuguesa referente ao menor, bem assim a de origem internacional, mas com vigência no Direito português, admite o exame da culpa no menor, conforme se passa a expor.

4. A culpa na criança e no adolescente

Não obstante a ideia de culpa ser, em regra, tradicional e doutrinariamente, recusada em relação ao menor, é formalmente reconhecida como elemento a ser considerado em relação aos indivíduos em formação, no cenário internacional. Merece destaque, diante da vinculação com

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 158-160.

a dogmática substantiva, a previsão contida na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (CDC)⁶², ratificada por Portugal em 12 de setembro de 1990, sem qualquer reserva, o que significa que nem mesmo legislação nacional pode contrariá-la, segundo estabelece a CRP, no seu art. 8.º, n.º 2.

A letra b) do n.º 2 do artigo 40 da CDC⁶³, a par de fixar a presunção de inocência em relação à criança, expressamente admite seja realizado o juízo de culpa sobre ela. Tal como ocorre em relação ao adulto, a referida convenção pondera, contudo, que a culpabilidade dos menores precisa ficar estabelecida de acordo com a legislação. Consoante se observa do número 3 e da sua letra a) do mesmo artigo⁶⁴, há duas normas importantes que convergem para essa conclusão.

A primeira delas orienta os Estados signatários a formular legislações adequadas ao público a que se destina, ou seja, a crianças que se envolvam em crime. Assim, não há óbice, no âmbito internacional, à produção de legislações que responsabilizam crianças em razão da prática de delitos.

Além disso, em referência à segunda norma, essas regras devem fixar uma idade mínima abaixo da qual existe a presunção absoluta de incapacidade de compreensão da infração à lei penal. Isso significa que crianças que tenham idades inferiores a essa idade mínima não podem ser, de qualquer forma, responsabilizadas.

Como consequência, por dedução lógica, é imperiosa a constatação de que é possível haver menores acima de uma determinada idade com capacidade, sim, para avaliar a ilicitude de seu comportamento e de se autodeterminar, de acordo com seu entendimento, o que nos reconduz à ideia da culpa normativa⁶⁵, razão por que se mostra questionável a impossibilidade de avaliar um juízo de culpa sobre o menor, como se observa na doutrina tradicional e também no âmbito do direito criminal infante-juvenil, a exemplo de Anabela Rodrigues⁶⁶, para quem a capacidade dos menores só é formada após o atingimento da idade penal adulta.

⁶² Para a CDC, como regra, criança é todo ser humano abaixo de 18 anos (art. 1.º).

⁶³ Art. 40, 2, b. Deve presumir ser a criança inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.

⁶⁴ 3 - Os Estados Partes procuram promover o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal, e, nomeadamente: a) O estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal.

⁶⁵ DIAS, Jorge Figueiredo de. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.ª edição, p. 662.

⁶⁶ *Repensar o Direito de Menores em Portugal – utopia ou realidade? In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, 1997, p. 374.

Por certo, ao pensar assim, a doutrina desaplica aquilo que deve ser vinculativo, com base na CRP. Além do mais, a interpretação que nega a incidência do princípio da culpa parece não resultar sequer da própria legislação nacional que regulamenta a apuração de ilícito-típico praticado por menores, conforme é possível observar.

Nesse cenário, o n.º 1 do art. 2.º da LTE deixa claro que faz parte da concepção de “educar para o Direito” a ideia de responsabilização, o que é reforçado pelo número 1 do artigo 7.º do mesmo diploma, que impõe a necessidade de a consequência jurídica a ser imposta ao menor guardar proporcionalidade à gravidade de seu comportamento, do delito. Conjuga-se o critério da necessidade educacional com a verificação de uma correspondência entre a medida e a gravidade do crime. O fato de um crime ser mais grave do que outro reflete na extensão da medida, da pena, no Direito Penal. Logo, verdadeiramente, isso corresponde à valoração da conduta de quem praticou o fato. No mesmo trilha, estabelece o número 2 do mesmo dispositivo, que restringe a duração máxima da medida tutelar de internamento ao tempo máximo de prisão prevista no tipo legal.

Esses dispositivos, ao fim e ao cabo, condicionam a imposição das medidas e estabelecem um limite para a duração delas, numa clara semelhança à função da culpa prevista no n.º 2 do art. 40.º, do CP.

O número 3 do art. 18.º da LTE estabelece, como parâmetro da medida tutelar restritiva de liberdade, a pena privativa de liberdade aplicável ao adulto, também lembrando a limitação imposta pela culpa. Quanto maior o tempo de pena, maior o tempo de medida tutelar aplicável. Quer seja pena quer seja medida tutelar, o pressuposto básico é o mesmo: gravidade do crime.

Assim, se a gravidade do crime fornece base para a fixação do tempo de medida tutelar, isso indica que o legislador ponderou, especificamente, a forma e o tempo de duração da medida responsabilizadora em razão do resultado da conduta do autor, que, no caso, é criança o adolescente. Ou seja, o legislador tutelar também efetua juízo de valor sobre a conduta do menor. Se assim o faz, é porque sabe que esse menor tem condições de entender a ilicitude de sua conduta. Se o sistema realmente entendesse que o menor não tivesse capacidade de conhecer e entender o que estava a fazer, o que, como já dito, também contraria a ideia de “educar para o direito”, não atrelava a duração da medida à gravidade do crime. A seguir essa lógica, embora sem analisar detalhadamente a situação, Taipa de Carvalho afirma que “há

muitos adolescentes com menos de 16 anos que têm perfeita compreensão da ilicitude dos atos que pratica e que, portanto, são verdadeiramente imputáveis jurídico-penalmente”⁶⁷.

Bem vistas as coisas, em nosso entender, todos aqueles abrangidos pela LTE estão, de fato e de direito, inseridos no universo dos imputáveis jurídico-criminalmente. Por certo, todos os menores responsáveis criminalmente apresentam alguma compreensão dos fatos; não, por certo, no mesmo patamar que o adulto. Mas esse desnível é resolvido pela diferença de consequências jurídicas: pena, para o adulto; medida tutelar educativa, para o menor. Ana Rita Alfaiate, aliás, ao ressaltar que a tutela educativa exige a prática de um fato qualificado pela lei como crime, caminha até no sentido de reconhecer semelhança entre as referidas consequências, quando observa que “se a única vertente da medida tutelar fosse a vertente dominante de educação, não nos parece que fosse de excluir a sua aplicação nos controversos casos de para-delinquência, para os quais o nosso sistema jurídico continua a não encontrar resposta”⁶⁸.

5. Precedente relacionado à culpa na criança

No sentido do que até aqui exposto, afigura-se relevante destacar caso julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), em 02 de dezembro de 2004, através de sua 9.^a Secção Criminal⁶⁹.

Na ocasião, o TRL foi chamado a se pronunciar sobre a absolvição de um adolescente de 13 anos que teria mantido relação sexual, consistente em atos de felação com uma criança de 6 anos de idade. O Tribunal *a quo* recusara abrir fase jurisdicional de processo tutelar educativo e determinara o arquivamento do feito, por entender que constituiria elemento do tipo ser o sujeito ativo pessoa com idade mínima de 14 anos, porquanto o tipo do abuso sexual de crianças, previsto à época no art.º 172.º, n.º 2, do CP (atual art.º 171.º do CP), protegia a pessoa abaixo dessa idade. Logo, sendo ambos, autor e vítima, menores de 14 anos, faltava alguém acima dessa idade para perfeita subsunção ao tipo do crime mencionado.

Embora não seja objeto do trabalho a relação sexual a envolver tão só menores de 14 anos, e sem colocar em dúvida a exata compreensão da repugnância do ato praticado pelo autor do fato analisado no julgado citado, em um juízo puramente de adequação típica, e é nesse quadro que se reforça o dito linhas atrás, sobre a relevância da aplicação da teoria geral do

⁶⁷ *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 3.^a edição, p. 474.

⁶⁸ *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, pp. 82-83.

⁶⁹ Processo 9699/2004-9, acesso obtido por meio de consulta, em 02 de maio de 2022, ao sítio <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/893b1d796c80b08e80256ff8003a01fc?OpenDocument>.

Direito Penal ao Direito Tutelar educativo, parece-nos que o Tribunal *a quo* não teria agido errado, ao concluir pela atipicidade do fato.

Como é possível observar da leitura do atual art. 171.º do CP, o sujeito passivo é todo menor que tenha menos de 14 anos de idade. Como faz parte da descrição da conduta proibida e é apreensível independentemente de qualquer juízo de valoração, a criança citada no tipo configura elemento objetivo descritivo do tipo⁷⁰. O fato de a LTE prever a possibilidade de responsabilizar o menor de 12 ou 13 anos de idade não pode levar o intérprete a desconsiderar a figura típica tal como escrevera o legislador penal. O artigo 1.º da LTE, embora estabeleça a possibilidade de responsabilizar a criança que tenha mais de 12 anos, não autoriza releitura que importe em alteração do tipo penal, de maneira a desconsiderar os elementos subjetivos e objetivos previstos no tipo. Assim, para que o menor de 12 ou 13 anos responda pela prática de fato que a lei qualifique como crime, se se pretende respeitar o dogma da legalidade penal (e o desrespeito a ele leva inexoravelmente ao completo desvirtuamento do pressuposto básico de incidência da LTE), há de se fazer tão somente a substituição do sujeito ativo adulto pelo menor passível de responsabilização, de forma a manter intacta a descrição da conduta proibida prevista na lei.

Por isso, a se aceitar como correta a leitura feita pelo TRL, a bem da verdade, haveria um tipo penal exclusivo para os menores de 12 e 13 anos de idade, e outro para todos aqueles que tenham idade superior a 14 anos. Para estes, valeria a redação do art. 171.º tal como ele é; quando, porém, envolver criança de 12 ou 13 anos, onde se lê, no n.º 1 do referido artigo, “com ou menor de 14 anos”, deve passar a ler “com ou menor de 12 anos”. Nesse quadro, parece-nos que a interpretação dada pelo Tribunal *ad quem* foi de veras criativa, de forma que importou em alteração de elementos descritivos do tipo, o que só poderia ser feito pelo Parlamento.

Por isso, na compreensão de que não é possível realizar a subsunção automática da conduta ao tipo legal, de forma a olhar para o fato como se fora praticado pela pessoa adulta, sem avaliar a adequação típica de acordo com a situação específica do menor, o caminho trilhado pela TRL afrontou o princípio da legalidade.

Ultrapassada a fase da subsunção típica, independentemente do juízo feito pelo referido Tribunal, é possível observar que ele reconheceu a incidência da LTE, tão só em razão da idade do adolescente, que está dentro da faixa etária prevista pela norma. Na sequência, pontuou os pressupostos para legitimação da medida tutelar educativa, a destacar ser preciso que: “[o]

⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5.ª edição, pp. 153-154.

menor cometa facto ilícito tipificado na lei penal como crime; - Necessidade de correcção da sua personalidade no plano do dever ser jurídica manifestada na prática do facto; - E que essa necessidade subsista no momento da decisão de aplicação de medida”. Após ressaltar a falsidade do argumento para reconhecer que o adolescente de 13 anos poderia ser responsabilizado, o TRL fez a seguinte ponderação: “[n]a verdade, o legislador ao contemplar a idade da vítima dos 0 aos 14 anos pretendeu proteger os menores que ainda não têm capacidade e discernimento necessários para uma livre e esclarecida decisão no que concerne ao relacionamento sexual. No caso em apreço, a diferença de idades entre o menor ofendido e o menor agente do processo tutelar educativo é pelo menos de seis anos entre um e outro”.

Ao examinar o trecho do julgado acima, quando trata da faixa etária de zero a catorze anos, o julgado estava a olhar apenas para a vítima do abuso sexual, que tinha a idade de seis anos. Entrementes, à medida em que se estava a examinar caso de criança que se encontrava dentro de faixa de incidência da LTE, o TRL reconheceu que o menor de 13 anos poderia ser responsabilizado como autor de facto considerado pela lei como crime de abuso sexual de crianças, pois, naquela situação, afirmou a referida Corte, tinha a criança mais velha capacidade e discernimento necessários para uma decisão livre e esclarecida de praticar ato sexual com criança de tenra idade⁷¹.

O reconhecimento da culpa, ainda que não expresso, parece despontar no julgado, pois, ao substituir o termo adolescente pela figura de um adulto, não se nota qualquer alteração de significado. Isso reforça o argumento de que o elemento culpa também faz parte da avaliação do facto a envolver crianças e adolescentes no âmbito do Direito Tutelar educativo, em tudo a assemelhar ao tradicional Direito Penal comum.

6. O Direito Tutelar educativo como um Direito Penal especial

Ao definir o Direito Penal, Jorge de Figueiredo Dias⁷² chama atenção para a relação existente entre a causa e o efeito, ou seja, o crime e as consequências possíveis para o autor,

⁷¹ O caso analisado pelo TRL aqui citado parece suscitar já alguma reflexão sobre a questão central deste estudo, pois, se a criança de 13 anos deve ser responsabilizada, no âmbito da LTE, quando mantém relação sexual com menor de 12 anos, por que razão ela deva ser considerada vítima, quando mantém relação sexual com maior de 14 anos? Segundo a interpretação que é possível extrair da leitura do acórdão e do texto do atual art. 171.º do CP, parece que adolescente de 13 anos tem capacidade e discernimento para escolher praticar relação sexual com crianças de tenra idade, mas não teria, se a relação sexual fosse com adolescente de 14 ou de 15 anos.

⁷² *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.ª Edição, p. 3. No mesmo sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 1. Assis Toledo cita ainda definições de Welzel, Mezger, Wessels, entre outros, na mesma linha.

pena e medida de segurança, a depender da comprovação da culpa, com relação a primeira, ou à perigosidade do agente, caso em que afastada a culpa. Em estudo específico sobre as consequências do crime, não obstante repudie uma hierarquização entre a doutrina geral do crime e a das consequências jurídicas, de forma a identificar uma unidade funcional entre elas, com apoio nos artigos 368.º e 369.º do Código de Processo Penal (CPP), o referido autor reconhece que há diferenças entre o momento em que se define a existência do crime e o correspondente à determinação da sanção⁷³.

Assim, ao considerar a relação estabelecida pelo autor citado, as consequências jurídicas que decorrem do comportamento humano qualificado no âmbito penal não fazem parte do conceito de crime. Além do CPP, essa separação vem expressa na lei substantiva, consoante se observa no número 1 do art. 74.º do Código Penal, pois, ainda que se reconheça a culpa do arguido, é possível deixar de aplicar a pena em situações específicas descritas no referido dispositivo. Em idêntico sentido, Francisco de Assis Toledo, de uma forma explícita, expressamente afirma não poder a pena criminal “estar dentro do conceito do crime”⁷⁴.

Vê-se, pois, que a imputabilidade mencionada no Código Penal, para além de constituir elemento que compõe a estrutura descritiva da culpa, funciona claramente como pressuposto de aplicação de “pena”, como já referido. Assim, na ausência de indivíduo imputável, não haveria de se falar em culpa e, bem assim, em crime. Por consequência, em pena. Logo, há de se concluir que o imputável previsto no CP é tão somente aquele passível de se submeter às consequências jurídicas previstas nas leis criminais (pena e medida de segurança).

Contudo, pontuamos, em linhas atrás, a respeito da importância de integrar a noção de culpa no Direito Tutelar, sob pena de, em assim não fazendo, assumirmos o risco de admitir a responsabilização de menores em situações em que o imputável, tal como revelado no CP, ser considerado inocente⁷⁵. Por tudo isso, efetivamente, a relação de causa e efeito estabelecida entre o arguido culpado e a consequência jurídica não é fator que impede o reconhecimento de relação equivalente e com mesmo significado entre o menor igualmente culpado e a medida tutelar educativa. Não há óbice, pois, que impossibilite o acréscimo da medida tutelar educativa no rol de consequências jurídicas do crime. A propósito, Figueiredo Dias, ao comentar a discussão que houvera na Comissão Revisora do ProjPG de 1963, a respeito de poder nominar as consequências jurídicas de reações ou sanções criminais, asseverou: “[d]evem considerar-se,

⁷³ *Direito Penal Português. Parte Geral. – Tomo II. As consequências jurídicas do crime.* Reimpressão, pp. 39-42.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 81.

⁷⁵ *Vide* textos correspondentes às notas 22 a 24, 54 a 64 e 69.

para os efeitos aqui em causa, termos sinónimos, qualquer deles traduzindo razoavelmente a ideia de que se trata de consequências ou efeitos jurídicos do preenchimento de um *Tatbestand*⁷⁶.

Embora o referido autor estivera a falar de penas ou sanções no âmbito do Código Penal, há de se supor que concordaria com a inclusão das medidas tutelares educativas no rol das consequências jurídicas do crime, mormente porque o CP vai muito além da fixação de pena de prisão ou de medida de segurança. A respeito dessa última, há de se reforçar ainda que os portadores de anomalias psíquicas também são inimputáveis, e nem por isso os fatos por eles praticados e a medida de segurança a eles aplicada são excluídos do universo acadêmico e prático que compreende a ciência criminal.

Como dito, não nos parece haver, na atualidade, base legal ou doutrinária para impedir a ampliação do rol de consequências jurídicas, na existência de comportamento descritivo em lei penal, a fim de acrescentar as medidas aplicáveis aos menores criminalmente responsáveis. A imputabilidade, a culpa e as reações à prática de fato qualificado na lei como crime não são institutos ou fatos exclusivos do Direito Penal dos adultos.

Talvez, a aplicação do Direito Penal sobre os menores restaria afastada se vigorassem tão somente as teorias absolutas das penas, que assentam numa exclusiva orientação retribucionista ligadas aos fins delas, destinada tão somente a castigar o autor do delito. O próprio Código Penal português, a par de fixar a medida da culpa como critério inafastável para aplicação da reprimenda, estabelece que a finalidade dela, além de proteger bens jurídicos, é reintegrar o agente à sociedade (art.º 40, n.ºs 1 e 2, do CP), de forma que a orientação mais se alinha às teorias mistas sobre o assunto.

No mesmo sentido, leciona Maria Fernanda Palma, ao pontuar que a existência da punição está universal e objetivamente atrelada à ideia de reafirmação do Direito⁷⁷. Por isso, é possível afirmar que o objetivo da punição, para além do fator meramente retributivo, é, ao fim e ao cabo, buscar o respeito pelo que é considerado correto pelo legislador, que cria as regras, os direitos e as obrigações, numa perspectiva de proteger os valores essenciais para a convivência pacífica em sociedade.

Sobre a ideia de proteção dos bens jurídicos, vale destacar o entendimento de Simas Santos e Leal-Henriques, ao ponderarem que não é somente as penas fixadas no Código Penal

⁷⁶ *Direito Penal Português. Parte Geral. – Tomo II. As consequências jurídicas do crime.* Reimpressão, pp. 42-43

⁷⁷ *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas.* 4.ª edição, pp. 54-55.

que têm o propósito de defendê-los. De forma correta, os autores sustentam que outras normas jurídicas, preventivas ou repressivas têm também idoneidade para proteger bens jurídicos, posto que isso “é afinal comum a todas as sanções jurídicas”⁷⁸ existentes.

Assim, nem mesmo a exclusiva orientação repressiva, defendida pelos adeptos da concepção meramente retribucionista que formam as teorias absolutas dos fins das penas, tem aptidão para afastar o Direito Tutelar educativo do Direito Penal comum. Ademais, não se vê qualquer razão que aponte para a negação absoluta de eficácia repressiva das medidas previstas na LTE, até porque afronta o senso comum a ideia de que as medidas educativas sejam consideradas tão somente educativas, não somente pelo fato de poderem restringir a liberdade dos menores, mas principalmente porque claramente responsabiliza-os, obrigando-os a se comportarem de acordo com o direito.

A diferença dogmática em relação ao Direito Penal comum – e o que é muito relevante e faz toda a diferença com relação à individualização de um Direito Penal próprio – é o fato de a “culpa” do adolescente não ser o único parâmetro para aplicar a medida tutelar educativa, pois haverá ainda de se escrutinar se ela é necessária, no momento em que a decisão é tomada, aplicada. O critério da necessidade constitui, assim, em elemento relevante, de fundamento constitucional (art. 18.º, n.º 2, da CRP) e de aplicabilidade jurisdicional, para compor um direito substantivo autônomo, especial em relação ao comum, sem, todavia, influenciar na sua natureza.

A bem da verdade, parece-nos que toda essa discussão é questão estritamente formal que não impede que o menor responsável no âmbito do Direito Tutelar seja abrigado no conjunto de regras que regulamenta o Direito Penal. Não por outra razão, Ana Rita Alfaiate ressalta o caráter meramente tradicional em “não falar em Direito Penal de menores”⁷⁹.

Sobre essa preocupação em tentar manter os menores em um universo paralelo ao Direito Penal, com base em termos diferenciados, de forma a contornar a essência do ato praticado, concordamos com Alexandre Rosa e Ana Lopes, quando, ao falarem sobre a correspondência conceitual entre crime e ato infracional⁸⁰, no âmbito da lei de regência brasileira que regula a responsabilização dos adolescentes, afirmam que “[p]erde-se muito tempo discutindo-se terminologias (metáforas e eufemismos criativamente construídas) no

⁷⁸ SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Código Penal Anotado*, p.598.

⁷⁹ *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, pp. 200-201.

⁸⁰ É bastante comum, no Brasil, a afirmação de que adolescente não pratica crime, mas ato infracional. Crime seria só o fato praticado pelo imputável. Todavia, o ECA define o ato infracional como sendo toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. *Vide* nota 28.

texto legal e que, na verdade, só servem para virar motivo de divagações entre doutrinadores e juristas que se debruçam durante horas a debater e refletir sobre estas questões teóricas e de total irrelevância na prática de defesa e garantia real dos Direitos Humanos dos adolescentes submetidos à aplicação das medidas socioeducativas, em especial, a de internação”⁸¹. O julgado do TRL mencionado acima corrobora para a irrelevância prática em buscar afastar o primado da culpa do Direito Tutelar educativo.

A subsunção dos fatos praticados por um adolescente às regras do Direito Penal comum, conquanto possa parecer indesejável, tendo em vista o reconhecido cariz securitário e o caráter essencialmente retribucionista, em verdade, objetiva encontrar, nas palavras de Antonio Fernando do Amaral e Silva, “a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a despenalização – o Direito Penal Mínimo”, e, por isso, refuta “posições ‘paternalistas’ do sistema de penas disfarçadas, impostas com severidade e sem os limites do Direito Penal, em muitos casos mais rigorosas do que, em iguais circunstâncias, seriam fixadas pela Justiça Criminal”⁸².

Em razão dessas considerações, defendemos não se poder separar o Direito Tutelar do Direito Penal, na medida em que, na linha do que nos ensina a dogmática jurídico-penal, aquele se encaixa na conceituação deste.

Por isso, antes de sindicarmos sobre a necessidade de aplicar a medida tutelar educativa, há de se perscrutar se, juridicamente, o menor praticou fato que a lei considera crime, tendo em conta, principalmente, suas características pessoais. Assume, pois, relevância examinar, se determinado tipo penal pode ser praticado pelo adolescente apenas e tão somente pelo fato de a conduta ser típica, ilícita e culposa para o indivíduo adulto.

É nesse contexto que revela importante, para a delinquência juvenil, tratar sobre o tipo penal do art.º 171.º do CP português, de maneira a revelar a (im)possibilidade de sua constatação, quando envolver a relação sexual consentida entre adolescentes responsáveis criminalmente.

IV – Delimitação do tipo do abuso sexual contra crianças

Na versão inicial do Código Penal de 1982, a preocupação com os crimes sexuais era resguardar os “fundamentos ético-sociais” da sociedade. O cuidado do legislador voltava-se para aspectos da moralidade sexual. Rapidamente, contudo, a sociedade portuguesa mudou e,

⁸¹ *Op. cit.*, pp. 322-323.

⁸² SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. *Op. cit.*, p. 261.

em 1995, o Parlamento imprimiu alteração substancial no CP, de maneira que os crimes sexuais passaram a resguardar liberdade da pessoa, tanto em seu aspecto positivo – no sentido de ela poder relacionar-se com quem quisesse – quanto no aspecto negativo –, liberdade para recusar a relação sexual.

Além disso, quanto aos menores especificamente, além da liberdade, acrescentou a preocupação com a autodeterminação sexual. Tendo em vista a condição natural relacionada a imaturidade e vulnerabilidade, de não ostentarem a capacidade plena para a realização dos atos da vida civil, ponderando, contudo, os graus de desenvolvimento deles, o legislador português escalonou essa proteção em três grupos de vítimas, a saber: *i*) crianças, abaixo de 14 anos; *ii*) adolescentes entre 14 e 18 anos de idade; *iii*) e, por fim, adolescentes entre 14 e 16 anos de idade.

Na linha do que já adiantado na introdução do presente trabalho, considerando que o objeto da pesquisa é a relação sexual não viciada entre crianças e adolescentes capazes de serem responsabilizados no âmbito da LTE, o estudo analisará a repercussão jurídica dessa relação tendo por base a previsão correspondente ao comportamento sexual que envolve os imputáveis e as crianças, delimitada no artigo 171.º do CP.

1. O crime de abuso sexual de crianças

O número um do artigo 171.º do CP português criminaliza a prática de atos sexuais de relevo com menores de 14 anos, sujeitando o autor à pena de prisão de um a oito anos. O número dois descreve alguns atos sexuais de relevo considerados mais graves, porquanto as condutas necessárias para a realização típica exigem um contato direto com a parte genital. Em razão disso, a moldura penal é maior, estando o autor sujeito à pena máxima de até 10 anos. Os números três e quatro são compostos de núcleos verbais que objetivam influenciar crianças a terem, de alguma forma, contato de natureza sexual, ainda que por meio de mensagens ou imagens, sem, todavia, fazer com que elas efetivamente pratiquem relação sexual com alguém. O fato de não haver prática de ato sexual de relevo e a considerar a moldura penal, as figuras dos n.ºs 3 e 4 são bem menos graves, quando comparadas com as condutas comissivas prevista nos números anteriores.

Não obstante todos os comportamentos sexuais descritos no artigo mereçam atenção especial, notadamente em razão da vulnerabilidade natural que envolve a infância, para facilitar a compreensão dos aspectos desenvolvidos no trabalho, a pesquisa objetivará as condutas previstas principalmente no número 2 do artigo. O escopo é sindicado se os adolescentes de 14 a 16 anos incompletos, quando praticam o coito ou qualquer ato sexual de relevo, com crianças

de 12 ou 13 anos, podem vir a receber declaração jurisdicional de que, efetivamente, praticaram conduta proibitiva descrita no 171.º do CP. E, em razão disso, devam ser considerados passíveis de responsabilização com a imposição de medida tutelar educativa. Não há, contudo, prejuízo de as conclusões, em geral, poderem ser estendidas aos demais números que compõe o tipo penal. Mais do que isso: não há prejuízo de as conclusões poderem ser estendidas outras situações típicas, notadamente na relação sexual consentida entre adolescentes

Dado relevante a considerar é o fato de que o CP não define o que é ato sexual de relevo. A comparar com a descrição dos atos mencionados no número 2 do artigo citado, até mesmo um beijo forçado ou carícias em partes íntimas do corpo, como seios ou nádegas, podem ser considerados ato sexual de relevo.

Fixadas essas balizas e firmada a concepção jurídica de que não há como afastar o Direito Penal comum do Direito Tutelar educativo, sendo certo que não é possível falar em crime sem que se estabeleça a relação finalística a ser alcançada com o tipo incriminador⁸³, é essencial para o desenvolvimento destacar o bem jurídico tutelado pelo art. 171.º do CP.

2. O bem jurídico

Como já foi possível observar, o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos de forma a permitir que as pessoas possam conviver em comunidade com segurança e tranquilidade. Nesse quadro, o abuso sexual de criança encontra-se inserido nos crimes contra a pessoa, destinados a tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças que se veem violadas pela existência de inegável desequilíbrio decorrente da diferença de maturidade que há entre o autor e a vítima. As inabilidades naturais decorrentes da falta de maturidade e da capacidade intelectual ainda não completamente desenvolvida dos menores de 14 anos colocam-nos em situação de desigualdade frente aos sujeitos que já alcançaram a idade penal.

Por isso, existe um consenso social, externado por meio do artigo citado, de que eventual falta de resistência observada nas condutas dos menores, ao aparentemente consentirem na prática do ato sexual com indivíduos adultos, não constitui manifestação totalmente livre, porquanto as diferenças existentes decorrentes das experiências, níveis de maturidade e graus de expectativas sobre a relação sexual são tão diferentes que não é possível reconhecer uma relação entre pares.

Na mesma sintonia de preocupação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2011/93/UE, em 13 de dezembro, que parte do pressuposto de

⁸³ Vide notas 36 a 44.

que constitui violação dos direitos fundamentais a prática de abuso sexual e a exploração sexual de crianças. Com respeito à discricionariedade do legislador nacional, estabeleceu a idade do consentimento sexual como sendo aquela definida pelo direito nacional abaixo da qual é proibido a prática de atos de natureza sexual com menores (art. 2.º, al. b)). Daqui resulta a necessidade de proteger a liberdade e a autodeterminação sexuais de crianças, até que atinjam idade mínima para livremente fazerem suas escolhas nessa área.

Nessa linha, é importante observar que o objetivo perseguido pelo legislador está inserido no “direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, tendo como fundamento último a dignidade da pessoa (artigos 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 1, da CRP)”⁸⁴. O propósito do legislador é impedir que maiores possam, nas palavras de Figueiredo Dias, “prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”⁸⁵, tendo em vista a imaturidade e a vulnerabilidade da criança.

Ana Rita Alfaiate não nega que a tutela penal se volte também à proteção do livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da sexualidade do menor⁸⁶. Vê dificuldade, contudo, em reconhecer o caráter autônomo do bem jurídico, não obstante admita que o CP proteja bens jurídicos supraindividuais. Segundo a autora, o fato de estarmos diante de menores, ainda que abaixo de 14 anos de idade, não altera o bem jurídico a ser protegido, qual seja, a ampla liberdade sexual. Assim, dentro do guarda-chuva da referida liberdade, é possível encontrar tanto a liberdade sexual, a autodeterminação sexual, assim como a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade no domínio da sexualidade.

Nesse quadro, a citada autora pondera que menores de 14 anos não ostentam capacidade de autodeterminação, e, por isso, a prática de ato sexual de relevo com menores dessa idade ofende o livre desenvolvimento da personalidade, concordando, desse modo, com a ideia de que, em princípio, valor algum deve ser dado à vontade do menor. Sustenta que há de haver uma irrestrita proteção estatal, de tal forma que nega qualquer aspecto positivo da liberdade sexual deles.

Assevera, todavia, que a proteção objetivada pela norma penal não tem a força de simplesmente excluir toda e qualquer atividade sexual de pessoa abaixo dessa idade, pois sustenta que: *i*) nem toda atividade sexual faz perigar o seu livre desenvolvimento, o que é até

⁸⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. In: *I Jornadas Nacionais sobre violência de género*, Ano 3, n.º 3, 2017, p. 348.

⁸⁵ *Comentário ao art. 171.º*. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo. Tomo I. 2.ª edição, p. 834.

⁸⁶ ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*, pp. 89 e 96-97.

intuitivo, quando estamos a falar de adolescentes; e *ii*) o critério etário não exclui a possibilidade de perscrutar o grau da lesão da conduta, nem a capacidade concreta do menor em concordar com o fato⁸⁷. Logo, no cenário apresentado pelo CP, fica claro que a preocupação do legislador orbita em fato a envolver criança e pessoa adulta.

Todavia, como o objeto do estudo é a existência de relações sexuais consentidas entre menores, há de se investigar, no entanto, a aplicabilidade da normatividade jurídico-criminal, quando os envolvidos no ato sexual estão compreendidos na faixa etária dos 12 a 16 anos.

Nessa linha, de partida, é importante ressaltar que até mesmo a Diretiva acima mencionada procurou afastar de seus objetivos as relações existentes entre adolescentes, na medida em que afirmou não regular “as políticas dos Estados-Membros no que se refere a actividades sexuais consensuais em que possam estar envolvidas crianças, susceptíveis de serem consideradas como normais na descoberta da sexualidade ao longo do desenvolvimento humano, tendo em conta as diferentes tradições culturais e jurídicas e as novas formas de as crianças e os adolescentes estabelecerem e manterem contactos, designadamente por meio das tecnologias da informação e da comunicação. Tais questões não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente directiva.” (Considerando 20).

Assim, resta claro que a Diretiva não proíbe as relações sexuais entre os menores. Por isso, necessário examinar eventual solução no âmbito da legislação nacional voltada a responsabilizar menores que se envolvam em eventos que, aparentemente, encontram-se capitulados como crimes. É o que se passa a fazer.

V – Soluções possíveis

Dentro do recorte feito, neste momento, afigura-se necessário analisar o problema posto inicialmente dentro do contexto legal e doutrinário, no âmbito nacional. Também se vislumbra útil apresentar formas encontradas por alguns países que já apresentaram soluções legislativas que evitam a responsabilização criminal de condutas praticadas por menores, com o reconhecimento do direito de liberdade e autodeterminação dos envolvidos, sem descuidar da proteção do bem jurídico buscado pela norma penal.

Após esse estudo crítico, com base em fundamentos até aqui mencionados, procurar-se-á uma alternativa hermenêutica que compatibilize a necessária responsabilização dos menores

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 90-91 e 95.

que se envolvem com crimes, sem, todavia, olvidar do importante momento histórico por eles vivenciados que é a adolescência.

1. A situação à luz da LTE

Como já citado, o artigo 1.º da LTE afirma que: “[a] prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei”. Como o parâmetro da responsabilidade tutelar educativa é o fato, ou seja, o fato que o adulto pratica, uma vez ocorrido aquilo que a lei qualifica como crime, se o autor for menor, inicia-se o processo de apuração que pode resultar em aplicação das consequências jurídicas previstas na lei específica, ou seja, as medidas tutelares educativas.

É importante o retorno à situação fática descrita na introdução do trabalho. *A*, menor de 12 anos, realizou atos de natureza sexual com *B*, outro menor de 15 anos. Como restou consignado, foi comprovada a não utilização de qualquer meio que pudesse reduzir a capacidade dos envolvidos. O fato, aos olhos do art. 171.º do CP, a envolver imputável, é crime de abuso sexual de crianças. Logo, ao fazer o exame aos olhos do Direito Tutelar, inevitavelmente, deverá ser apurado no âmbito da LTE, o que pode resultar na necessidade de o adolescente ser considerado carecedor de medida tutelar educativa, em razão de sua conduta configurar um crime, se praticada pela pessoa adulta (art. 1.º da LTE).

Como consequência, por ser considerado um crime grave no CP, porquanto a pena máxima prevista é de 10 anos de prisão, uma vez provados os fatos e a verificar-se a necessidade de ação interventiva do poder público, é possível a aplicação da medida tutelar mais gravosa estabelecida na LTE, qual seja, o internamento em regime fechado (artigo 17.º, n.º 4), sujeito ainda à duração mais alongada da medida de internamento, ou seja, 3 anos, conforme estipula o n.º 3 do artigo 18.º da LTE.

E a situação não para por aí: mesmo que se verifique uma relação de namoro entre a criança de 12 anos e o adolescente de 15, de conhecimento dos pais de ambos, conquanto isso não seja preciso, se o Ministério Público tomar conhecimento dessa situação, e ainda que entenda desnecessário aplicar medida tutelar, não poderá arquivar liminar nem definitivamente o inquérito. O referido órgão estará obrigado a requerer a abertura da fase jurisdicional, tendo em vista que o disposto nos artigos 78.º, n.º 1, e 87.º, n.º 1, alínea c) somente autoriza o arquivamento do procedimento, por entender desnecessária aplicação de medida tutelar educativa, quando a pena de prisão do crime não ultrapassar 3 anos. Como visto, no caso do

delito previsto no artigo 171.º do CP, a moldura penal tem pena máxima bem superior a esse limite.

Por fim, pela leitura dos artigos 92.º a 110.º, a situação em exame somente será encerrada após produção de prova, oitiva, leitura de peças, participação efetiva de advogado, representante do Ministério Público e por meio de uma decisão que, necessariamente, abordará os fatos. Vê-se, pois, que, aos olhos da LTE, não é possível escapar do Processo Penal juvenil (Processo Tutelar educativo). Uma vez declarados provados os fatos, afastado, pois, ser hipótese de arquivamento, inexoravelmente, haverá de existir a fase em que será analisada a necessidade de se fixar uma medida tutelar educativa. Com base nos artigos 109.º e 110.º da lei de regência, eventual decisão que reconheça não ser necessário aplicar qualquer medida ao adolescente só poderá acontecer após ele ter passado por todos os trâmites processuais, podendo inclusive ser ouvido pelo juiz.

Em resumo: o desenho legal da LTE considera a existência de ato sexual entre criança de 12 ou 13 anos de idade e adolescente até 16 anos incompletos fato qualificado pela lei como crime, no qual o indivíduo mais velho será, necessariamente, submetido, no plano formal, a procedimento de natureza responsabilizadora e, ainda, com risco de sofrer uma “condenação” judicial, além de ter o nome registrado nos arquivos competentes.

A se mantiver o pensamento de que o Direito Tutelar educativo não faça parte do Direito Penal, tudo isso há de ocorrer sem que se faça qualquer ponderação sobre a aplicabilidade de institutos relevantes para ciência criminal. Basta tão somente a verificação de que se está a tratar de inimputáveis e, por isso, convoca-se a LTE, além da mera constatação de que o fato praticado está previsto no CP. Irrelevante, pois, que a previsão contida na lei penal não seja voltada para os menores.

2. A doutrina portuguesa

Não obstante o delineamento legal acima mencionado, a considerar alguma relevância aos comportamentos intrageracionais, é intuitivo o entendimento de que a prática de atos sexuais, sem qualquer indício de abusividade, entre dois indivíduos não deve ser objeto de preocupação do Direito regulatório específico dos menores, pois há de se compreender tais fatos como parte de processo normal de desenvolvimento⁸⁸.

Nessa linha, partindo da concepção de que o bem jurídico tutelado, nos crimes sexuais contra menores, é a liberdade sexual, manifestada por meio de autonomia do titular, e

⁸⁸ Vide nota 21.

considerando que o acordo é uma maneira de concretizar o próprio bem jurídico, de maneira que, além de protegê-lo, também o promove, Ana Rita Alfaiate sustenta que a existência dele torna o fato atípico. Por isso, entende “inaceitável a proibição dos actos sexuais praticados entre menores, motivados pela procura da experiência sexual sem que seja detectável qualquer abuso e que se traduzem em atividades próprias do crescimento”^{89 90}. Contudo, apesar de inicialmente afirmar não haver limite etário para o acordo, pondera que, além de ser necessário analisar aspectos relacionados à capacidade, discernimento e maturidade, sustenta não ser possível a aplicação do instituto para menores abaixo de 14 anos de idade.

Apesar de afastar a possibilidade de os menores de 14 anos realizarem acordos, Rita Alfaiate, todavia, pontua ser necessária a responsabilização, quando o ato sexual envolver criança no início da vida (2, 3 ou 4 anos de idade) com outra, de 12 ou 13 anos de idade, bem assim quando o ato envolver adolescentes, maiores de 14 anos⁹¹, caso em que, em consonância com o julgado do TRL acima analisado, seria aplicada a LTE, tendo em conta o limite mínimo etário estabelecido para a responsabilização tutelar educativa.

A par de concordarmos com a posição acima, com relação à desaplicação da LTE, quando os fatos envolverem somente adolescentes, é possível notar a porosidade do entendimento, na medida em que não define limites etários precisos para afastar, ou não, o enquadramento no âmbito de uma lei penal, principalmente pelo fato de, como visto, a norma especial não oferecer margem expressa para sua não incidência. Logo, a solução dependeria do subjetivismo do operador do direito, mediante atuação que desbordaria dos limites da lei.

Nesse cenário, haveria incidência da LTE, se os fatos envolverem uma criança que acabara de completar 12 e adolescente, já em vias de completar a idade de 16 anos? No direito português, o intervalo etário de aplicação da LTE é de 4 anos. Em outros países, como no Brasil, essa diferença aumenta para 6 anos. Sem uma delimitação rígida, segura, parece-nos delicado deixar o intérprete decidir pela incidência, ou não, da lei penal, *rectius*, tutelar educativa, nas situações extremadas, limites, de maneira a levar em conta aspectos valorativos, como o grau de maturidade dos envolvidos ou o meio social em que habitam. Fatalmente, as experiências e concepções ideológicas de cada julgador influenciariam no desfecho do caso, o que comprometeria a segurança jurídica que deve ser perseguida, principalmente, no ramo do direito que tem a incumbência de aplicar as sanções mais graves do ordenamento. Não por outra razão

⁸⁹ *A relevância penal da sexualidade dos menores*, pp. 126-135.

⁹⁰ Na mesma linha, sem aprofundar, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, nota 84, p. 354.

⁹¹ *A relevância penal da sexualidade dos menores*, pp. 136-137.

a Constituição portuguesa exige que os pressupostos de uma sentença criminal há de estar previstos em lei (art. 29.º, n.º 1, da CRP) e não na cabeça do julgador.

A preocupação externada neste trabalho parece ter sido visualizada por António de Araújo. O estudo realizado pelo citado autor teve o objetivo de examinar a conduta do imputável em face de um menor de idade. Contudo, não há restrições a que suas conclusões sejam também estendidas às relações que envolvam somente menores, mormente porque inconcebível punir o menor e não reprimir a conduta do maior, em situação fática que tem correspondência com o mesmo tipo penal. Sustenta ele devesse o legislador estabelecer uma *décalage* etária, que poderia ser de 6 anos. Assim, a “punição” por atos não abusivos restaria afastada, quando a diferença etária entre os envolvidos não superasse a quantidade de anos citada⁹².

A ideia de António de Araújo é um avanço em relação ao ponto de vista de Ana Rita Alfaiate, muito embora aquele recomende resolver a situação no âmbito da punibilidade, o que não parece ser uma solução satisfatória, porquanto necessariamente carecerá de intervenção do sistema de justiça, notoriamente estigmatizante. Além disso, em Portugal, conforme já exposto, é relativamente uniforme a ideia de que o Direito Penal e o Direito Tutelar educativo são dois sistemas distintos, de sorte que situações fático-jurídicas em tudo semelhantes a casos que envolvem apenas adultos podem ser resolvidas no âmbito da necessidade da medida, o que deixaria os adolescentes em desigualdade, porquanto a solução ainda assim precisaria passar por certo crivo de subjetividade, ao passo que a pessoa adulta teria sua situação resolvida objetivamente.

De qualquer forma, cremos que, de fato, o caminho para afastar a possibilidade de entendimento de que o ato sexual livremente praticado entre duas pessoas, com 12 ou 13 e 16 anos de idade incompletos, por exemplo, seja considerado crime e, como consequência, aplicáveis normas específicas de responsabilização criminal juvenil, é realmente procurar estabelecer uma faixa etária dentro da qual seja possível resguardar a liberdade dos menores, de maneira a descriminalizar processos naturais de descobrimentos da vida sexual, sem que esses fatos tenham de ser levados ao conhecimento de autoridades públicas. Pelo sistema legal atual, no entanto, consoante já visto, somente após a avaliação feita pelas autoridades, os atos em comento poderiam ser considerados decorrentes do processo natural de aquisição de maturidade.

⁹² *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, p. 405.

Em situações como a exposta na introdução do trabalho, em adiantamento ao que se considera justo, a regra deve ser a liberdade das relações consensuais entre pares. A responsabilização criminal juvenil só deve ser convocada na hipótese de existir alguma circunstância que indique abuso por parte de um dos intervenientes na relação. Por isso, cremos ser necessário buscar balizas que conduzam à segurança jurídica necessária que deve orbitar em torno de normas que restringem direitos fundamentais.

3. O princípio da adequação social

Todas as condutas praticadas pelos indivíduos que ocorrem dentro daquilo que a comunidade acredita ser parte integrante da vida social, ainda que sejam a causa da produção de resultado típico, não podem sofrer intervenção do Direito Penal. Não por outra razão Hans Welzel asseverou que “nunca são incluídos nos tipos de crime, nem mesmo quando poderiam ser subsumidos em um tipo interpretado ao pé da letra” as atividades “socialmente adequadas”⁹³. Nesse sentido, exclui da adequação típica as lesões e mortes em decorrência de exploração de atividade de risco regulamentada, como as decorrentes do exercício da medicina, prática de esportes, trabalhos em locais perigosos etc⁹⁴.

O princípio da adequação social, assim, tem a função de retirar do enquadramento típico os fatos da vida que materialmente não pertencem a ele⁹⁵, de maneira que apenas aqueles inadequados socialmente sejam considerados um injusto típico. Por isso, mesmo que se tenha chegado a um resultado em que é possível constatar lesão a um bem jurídico, não há que se falar em significância penal do resultado, ou seja, não há que se falar em desvalor dele. Em apertada síntese, o princípio da adequação social abrange uma conduta típica, mas socialmente aceita, e lesão a bem juridicamente protegido, sem, todavia, ostentar valor jurídico algum para o Direito Penal.

Dito isso, é certo que não há que se convocar o princípio da adequação social na relação sexual entre duas pessoas maiores, sem que se constate qualquer fato que possa viciar a consciência e vontade dos envolvidos, para afastar a ocorrência de eventual crime. Isso porque tal comportamento é circunstância natural decorrente da liberdade de ação, que reafirma o aspecto positivo da autodeterminação sexual. Por isso, não se vislumbra qualquer lesão a bem jurídico, razão por que isso é desimportante para o Direito Penal.

⁹³ *Derecho Penal. Parte General*, p. 63.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 66. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. *Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, p. 436.

O mesmo raciocínio, contudo, pensamos não se dever aplicar, quando se está diante de uma relação sexual que envolve crianças de 13 ou 12 anos de idade entre si ou com adolescente. E acabamos de ver que a legislação específica dos menores não traz expressamente uma solução para a situação aqui examinada, que não seja a necessária apuração do evento e a inexorável avaliação sobre a pertinência da aplicação de alguma medida responsabilizadora.

Nesse cenário, o fato de envolver menores que apresentam uma diferença etária pequena pode levar o intérprete a buscar resposta no âmbito do princípio da adequação social, na medida em que, como dito acima, tem o referido princípio a função de afastar, reduzir a abrangência dos tipos penais, de maneira que só tenham relevância penal condutas socialmente inadequadas, ainda que haja a produção de lesões a bens jurídicos. Acreditamos, contudo, incorreto invocar o referido princípio para reconhecer a atipicidade da conduta de dois menores que se subsuma ao tipo do art.º 171.º do CP, por não se encaixar nos elementos que o integram.

Com efeito, conquanto exista ato de conteúdo sexual entre menores de 13 e 15 anos de idade, por exemplo, se considerarmos o corpo social existente nas nações ocidentalizadas, ainda que se procure não criminalizá-lo, não se pode firmar o entendimento de que esse tipo de comportamento seja socialmente reconhecido ou adequado, de maneira que os menores, notadamente aqueles de 12 ou 13 anos, estejam completamente livres para praticá-lo⁹⁶. E isso ainda que a conduta possa, no caso concreto, ser debitada na conta do processo natural de desenvolvimento, de forma a encontrar fundamento no âmbito dos direitos relacionados à liberdade individual deles.

Além disso, de igual forma, parece não haver que se falar em lesão ao bem jurídico tutelado no tipo penal. Estamos a tratar de uma relação sexual praticada por dois indivíduos que se encontram em fases da vida muito próximas, quais sejam, pré-adolescência e adolescência propriamente dita. Temos dificuldade em admitir que um dos envolvidos, o adolescente, ainda que possa ser naturalmente mais experiente, apresente-se com um grau de maturidade tão acima do indivíduo mais novo a ponto de suas ações serem consideradas interferências forçadas e nocivas, de maneira que tais situações tenham de ser resolvidas na esfera criminal, ainda que remetidas para campo menos rígido do Direito Tutelar. Condutas que podem ser reconduzidas ao universo de experimentação próprio da adolescência não têm aptidão para lesar a autodeterminação dos envolvidos.

⁹⁶ ARAÚJO, António de. *Op. cit.*, p. 104.

Nessa linha de exposição, visto não ter sido observada uma boa definição no âmbito da lei de regência, após o exame da doutrina portuguesa e a compreensão de que não parece ser um bom caminho chamar o princípio da adequação social ao caso, embora o estudo não tenha a pretensão de estabelecer um apanhado no direito comparado, acredita ser relevante mencionar as soluções já em vigor em grande parte dos EUA. Pontua-se, ainda, que o caminho trilhado pelo Direito americano segue o rumo acima mencionado por António Araújo. Além disso, importa destacar ter sido lá o local onde se iniciaram as políticas públicas que culminaram com o reconhecimento da necessidade de tratar, de forma diferente, os adolescentes que se envolvem com crimes⁹⁷. Esses fatos reunidos recomendam saber como a questão está a ser encaminhada lá.

Além dos EUA, será também abordada a solução encontrada na Espanha, país membro da União Europeia, que, em razão da Diretiva 2011/93/UE, teve sua legislação penal recentemente alterada, quando então a idade do consentimento para a prática de atos de natureza sexual foi elevada de 13 para 16 anos. Se não houvesse regra específica, essa elevação levaria também adolescente espanhol a responder pelo delito de abuso sexual contra menor, previsto na legislação do país, porquanto, passou a existir um descompasso com a idade de responsabilização criminal do adolescente, fixada para menores de 18 anos, descompasso esse que também é verificado no Brasil e em Portugal.

4. O tratamento do tema nos EUA

A maneira de organização dos estados na federação americana é responsável pela grande autonomia que os entes possuem em relação ao governo central. Por força da 10.^a Emenda à Constituição americana⁹⁸, os Estados federados têm ampla liberdade para legislar, inclusive sobre quase toda matéria que dispõe sobre crime. Por força dessa independência também, não há uma uniformidade com relação à maioria penal no território americano, que pode ser de 16, 17 ou 18 anos.

Não obstante, menores dessas idades que se envolvem com crimes graves ou violentos podem ter seus processos transferidos dos tribunais juvenis para os tribunais criminais comuns⁹⁹, quando então estão sujeitos ao mesmo tipo de pena, salvo a de morte, que foi

⁹⁷ Vide notas 12 e 13.

⁹⁸ 10.^a Emenda: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”.

⁹⁹ Para aprofundamento sobre a transferência de julgamento de processos da justiça juvenil para a justiça criminal comum nos EUA: HJALMARSSON, Randi. *Crime and expected punishment: changes in perception at the age criminal majority*. In: *American Law and Economics Review*, vol. 11, 1, p. 211 e SHOOK, Jeffrey J. *In Contesting Childhood in the US justice system. The transfer of juveniles to adult criminal court*. In: *Journal Sage Publications*,

considerada excessivamente cruel pela *Supreme Court* no julgado *Roper v. Simmons*, ocorrido em 1.º de março de 2005. Excluída essa, até a prisão perpétua pode ser aplicada aos menores cujos julgamentos tenham sido transferidos para os tribunais criminais, conforme recentemente decidiu a mesma *Supreme Court* no caso *Jones v. Mississippi*, julgado em 22 de abril de 2021.

Nesse cenário, aproveitando-se dessa independência, no intuito de proteger a “inocência de crianças que não podem consentir legalmente”¹⁰⁰, em face de abuso de adultos ou colegas, todas as unidades federadas americanas fixam uma idade (entre 16 a 18 anos)¹⁰¹ abaixo da qual a relação sexual consentida, além de proibida, configura crime e, por isso, sujeita o autor à pena privativa de liberdade, normalmente bastante elevada. Além de pena privativa de liberdade e restrição de direitos, o condenado ainda tem seu nome inserido em um registro público destinado a agressores sexuais (*Sex Offender Registry*), o que inexoravelmente o estigmatiza pelo resto da vida.

O rigor legislativo levou muitos tribunais americanos a condenar, por estupro, adolescentes que, dentro de um contexto de relacionamento afetivo, estável, duradouro, mantinham entre si relações sexuais consentidas. Jordan Franklin conta a história de um adolescente, de 15 anos de idade, que foi condenado por manter relações sexuais com sua namorada e noiva que, na época dos fatos, era 15 meses mais nova¹⁰². Segundo o mesmo autor, os tribunais entendiam que as crianças não tinham o mesmo direito de privacidade que as pessoas adultas¹⁰³.

Esse rigor, todavia, tem sido abrandado pelo legislativo de muitos Estados, ao perceber que os objetivos buscados pela fixação de idade de consentimento para o sexo geravam a criminalização do relacionamento de pessoas que estavam na mesma faixa etária. Em regra, a forma encontrada para permitir que pessoas de semelhantes idades não tivessem seus comportamentos sexuais entre si criminalizados foi a criação de um intervalo etário dinâmico que abrangesse a idade mínima para consentir no ato. Essa inovação legislativa recebeu a designação de *age-gap provision* ou *Romeo and Juliet clauses*¹⁰⁴.

Vol. 12, 4, pp. 464-466. REDDING, Richard E. *Juvenile Transfer Laws: An Effective Deterrent to Delinquency?* In: *Juvenil Justice Bulletin*, U.S. Department of Justice Office, June 2010.

¹⁰⁰ FRANKLIN, Jordan. *Where art thou, privacy: expanding privacy rights of minors in regard to consensual sex: statutory rape laws and the need for a Romeo and Juliet exception in Illinois*. In: *John Marshall Law Review*, vol. 46, 309, p. 317.

¹⁰¹ <https://www.ageofconsent.net/states> (Acedido em 14 de março de 2022).

¹⁰² *Op. cit.*, pp. 309-310.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 312-314.

¹⁰⁴ Em referência à trágica obra que conta a história do romance frustrado entre os personagens vividos por Romeu e Julieta, de Shakespeare.

Ambas disposições apresentam a mesma ideia central: como já dito, estabelece-se um intervalo etário que tem como referencial a idade na qual a pessoa passa a ter capacidade para o ato. Com base nessa idade, que, conforme já mencionado, varia dos 16 aos 18 anos, estabelece uma quantidade de meses ou anos de diferença que deve haver entre a pessoa que não pode consentir legalmente e a outra, de maior idade, para definir a criminalização da conduta. Dessa maneira, ainda que a vítima tenha idade abaixo da do consento, se a diferença existente entre ela e a pessoa mais velha estiver contida dentro daquele intervalo, a conduta não será criminalizada. É comum também essa fórmula ser utilizada para suavizar a reprovação do ato, de forma a enquadrá-lo como crime de menor gravidade ou mera contravenção.

Embora reconheça a semelhança dos institutos, Jana L. Kern pondera que a diferença mais marcante entre eles é o fato de o primeiro configurar um direito positivo para aquele que praticou o ato com o menor, enquanto que a *exceção de Romeu e Julieta*, como o próprio nome sugere, configura matéria de defesa, ou seja, necessariamente o autor será chamado ao Tribunal e terá de provar sua alegação. Outra diferença que menciona a autora é o fato de que não necessariamente a exceção é estipulada com base na diferença etária. Pondera que qualquer disposição que beneficia o autor do fato é uma *Romeo and Juliet clause*¹⁰⁵.

Como exemplo de cláusula de diferença de idade pode ser mencionada a previsão contida no Código Criminal do Colorado, assim redigido: “18-3-402. Agressão sexual. (1) Qualquer autor que intencionalmente inflija introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objetos ou penetração em uma vítima comete agressão sexual se: [...] (d) Na data da prática do ato, a vítima tenha menos de quinze anos e o autor é pelo menos quatro anos mais velho que a vítima e não é seu cônjuge”¹⁰⁶.

Nota-se que, não obstante a idade da capacidade para consentir na prática de ato sexual ser de 17 anos no Estado do Colorado¹⁰⁷, o maior de 17 anos não cometerá crime algum se mantiver relação sexual com menores de 15 ou 16 anos, desde que a diferença de idade entre eles seja inferior a 4 anos.

O Código Penal de Delaware, por sua vez, traz dispositivo que exemplifica a exceção. O artigo assim está redigido: “§ 762. Disposições geralmente aplicáveis a crimes sexuais. [...]

¹⁰⁵ *Trends in teen sex are changing, but are Minnesota’s Romeo and Juliet Laws? In: William Mitchell Law Review*, Vol. 39, 2013, pp. 1613-1614.

¹⁰⁶ “Colorado Criminal Code: 18-3-402. Sexual assault. (1) Any actor who knowingly inflicts sexual intrusion or sexual penetration on a victim commits sexual assault if: [...] (d) At the time of the commission of the act, the victim is less than fifteen years of age and the actor is at least four years older than the victim and is not the spouse of the victim”. Disponível em <https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2016-title-18.pdf> (Acedido em 16 de março de 2022).

¹⁰⁷ *Vide* nota 101.

(d) *Acusado adolescente*. — Quanto aos crimes sexuais em que a idade da vítima é um elemento do crime porque a vítima ainda não completou dezesseis anos, quando a pessoa que comete o ato sexual não é mais de 4 anos mais velha do que a vítima, é defesa indireta o consentimento da vítima ao ato ‘de modo consciente’, como definido no § 231 deste título. A conduta sexual de acordo com esta seção não será um crime. Esta defesa indireta não se aplicará se a vítima ainda não tiver completado doze anos de idade no momento do ato”¹⁰⁸.

Na situação descrita acima, no referido Estado, ainda que a vítima não tenha completado a idade para consentir na relação sexual¹⁰⁹, mas seja maior de 12 e menor de 16 anos, caso a defesa do acusado adolescente de, por exemplo, 16 anos, consiga provar, durante o processo, o consentimento livre dela, ele não terá praticado crime.

Não obstante a fixação de uma diferença etária entre os envolvidos na relação sexual não abusiva seja um caminho que deve ser buscado, na esteira do que pontuara António Araújo, sendo certo que a legislação penal portuguesa não contempla disposição semelhante, parece-nos que a sistemática americana é demasiadamente complexa.

Consoante já ressaltado, todos os Estados estabelecem uma previsão legislativa sobre a idade para o sexo consensual. Dessa maneira, as *age-gap* e *exception*, nos Estados em que existem, incidem sobre as idades referidas, de forma a restringir a ocorrência de crime ou reduzir sua gravidade, após alguma operação aritmética particular daquela específica unidade federativa. O fato de não haver uma padronização legislativa em âmbito nacional que expresse as condições necessárias para afastamento da ilicitude traz insegurança jurídica e dificulta a vida dos jovens, designadamente daqueles parceiros que residem em Estados diferentes. Deverão eles conhecer detalhadamente a legislação que eventualmente considere ilícito o ato sexual.

Ainda com relação a *Romeo and Juliet exception*, pondera-se que há de se fazer mais uma crítica, talvez a mais relevante. Para aqueles que a distinguem da *age-gap provision*, como já pontuado, o assunto só pode ser ventilado quando já em andamento um procedimento de natureza penal contra o autor. Parece-nos que os estigmas de um processo dessa natureza são

¹⁰⁸ “Penal Code de Delaware: § 762. Provisions generally applicable to sexual offenses. (d) *Teenage defendant*. — As to sexual offenses in which the victim’s age is an element of the offense because the victim has not yet reached that victim’s sixteenth birthday, where the person committing the sexual act is no more than 4 years older than the victim, it is an affirmative defense that the victim consented to the act ‘knowingly’ as defined in § 231 of this title. Sexual conduct pursuant to this section will not be a crime. This affirmative defense will not apply if the victim had not yet reached that victim’s twelfth birthday at the time of the act”. Disponível em <https://delcode.delaware.gov/title11/c005/sc02/> (Acedido em 17 de março de 2022).

¹⁰⁹ *Vide* nota 101.

muito fortes, diante de fatos que não apresentam o mesmo significado daqueles praticados entre indivíduos adultos e crianças.

5. A solução na Espanha

Relevante consignar, inicialmente, que o ordenamento jurídico espanhol estabelece a natureza da responsabilização dos menores tradicionalmente concebidos como inimputáveis. Diversamente do que fez Portugal, o legislador da Espanha consignou o caráter penal da responsabilização dos menores.

Diz o artigo 19 do CPE, *in verbis*: “[o]s menores de dezoito anos não serão responsabilizados criminalmente de acordo com este Código. Quando um menor dessa idade comete um fato delitivo poderá ser responsabilizado de acordo com as disposições da lei que regula a responsabilidade penal do menor”. Assim, independentemente do tipo de medida a ser aplicada ou do objetivo a ser buscado, o dispositivo, de forma clara, situa o menor dentro do Direito Penal.

Em complemento ao estatuído no CPE, a lei de regência voltada aos menores (*Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero*) estabeleceu a faixa etária em que se dará a responsabilização juvenil (14 aos 18 anos), o ponto de partida para a deflagração da responsabilização (o crime), a expressa vinculação da referida responsabilização à inexistência de tipos justificadores, além do procedimento necessário para aplicação das medidas que estipula.

A respeito desse último dado, a mera visualização do rol previsto no número 1 do art. 7.º da referida LO revela estreita semelhança com as medidas congêneres definidas pela LTE (art. 4.º, n.º 1). Para reforçar a similaridade dos sistemas de responsabilização, independentemente do rótulo penal que se possa atribuir a um ou outro modelo, observa-se que o interesse do menor é critério a ser observado por ocasião da fixação da medida responsabilizadora em ambos os países (art. 7.º, n.º 3, da LO 5/2000, e art. 6.º, n.º 3, da LTE).

Independentemente dessas particularidades em nível formal, a prática de relações sexuais a envolver menores dentro da faixa etária regulada pela LO 5/2000 não era fato relevante para o Direito Penal, porquanto, desde 1999, a idade para consentir de maneira a participar de comportamentos sexuais foi estabelecida em 13 anos. Antes, era de 12. Assim, tendo em vista o critério exclusivamente cronológico, não só adultos, mas todos adolescentes criminalmente responsáveis podiam praticar relações sexuais consentidas entre si, sem que suas condutas pudessem ser consideradas crimes.

Em 2015, contudo, tendo por base o artigo 2.º da Diretiva 2011/93/UE, que conceituou a maioria sexual, o legislador espanhol, por meio da LO 1/2015, de 30 de março, promoveu nova reforma no CPE, de forma a alterar o artigo 183.1¹¹⁰, ocasião em que fixou em 16 anos a maioria para a prática de atos de caráter sexual. Boldova Pasamar destaca, com acerto, a nosso sentir, que a intenção do legislador espanhol, quando elevou a idade do consentimento sexual, “foi proibir o sexo de adultos com menores”¹¹¹.

Todavia, sem a criação de regra específica, esse cenário permitiria que adolescentes de 16 e de 17 anos pudessem ser responsabilizados criminalmente se mantivessem relação sexual com menores de 16, embora, já a partir dos 14 anos, todos ostentassem capacidade para responder pela prática de crime. Em razão dessa situação, na mesma reforma levada a efeito pela lei de 2015, seguindo o costume do próprio país de não criminalizar as relações sexuais livremente consentidas entre adolescentes responsáveis criminalmente, foi introduzido, no CPE, o artigo 183 *quater*. O referido artigo procurou excluir a possibilidade de responsabilização penal dos adolescentes em situações que tais. Foi redigido assim o dispositivo: “[o] consentimento livre do menor de dezesseis anos excluirá a responsabilidade penal pelos delitos previstos neste capítulo, quando o autor seja uma pessoa próxima ao menor por idade e grau de desenvolvimento ou maturidade”¹¹².

Com a entrada em vigor da norma referida, o ordenamento jurídico espanhol mantém o reconhecimento de que os atos sexuais a envolver menores de 16 anos entre si é legítimo. A respeito de sua natureza, segundo a doutrina majoritária, “exclusão de responsabilidade penal” significa ausência de tipicidade, na medida em que não há que se falar em lesão ao bem jurídico tutelado¹¹³. Boldova Passamar assevera, de maneira escorreita, que deve ser “excluída de forma radical a contemplação do consentimento como uma escusa absolutória porque haveria que estimar ilícitas e culpáveis, ainda que não puníveis, as condutas sexuais entre os menores, e não

¹¹⁰ “Artículo 183. 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”.

¹¹¹ PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. *La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción*. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-16, p. 26. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-16.pdf> (Acessado em 23 de março de 2022).

¹¹² “Artículo 183 quater. *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*”. Em 2021, por meio da Lei orgânica 8/2021, de 4 de junho, o referido artigo sofreu nova alteração apenas para, de forma expressa, excluir de seu âmbito os delitos previstos no artigo 183.2, que são aqueles praticados com violência ou intimidação, sem relevância, entretimentos, para a pesquisa.

¹¹³ VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del código penal)*. *Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial*. In: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, p. 311-312. Disponível em <https://doi.org/10.15304/epc.41.6616> (Acessado em 26 de março de 2022).

parece que essa fora a vontade do legislador”¹¹⁴. Nesse mesmo sentido, após criticar a escolha do legislador que optou por afirmar a exclusão de responsabilidade, Enrique Orts Berenguer pondera que o exercício da sexualidade entre os menores não precisa ser justificada ou escusada. Logo, o comando da norma deveria ser de exclusão de tipicidade¹¹⁵.

O dispositivo, contudo, suscita discussões em razão da indeterminação de seus parâmetros. Conforme se observa, em razão da falta de limites etários, o referido artigo não deixa expresso quem seja seu destinatário. Ramos Vázquez¹¹⁶ e Boldova Pasamar¹¹⁷ apontam que, sem o referido dispositivo, os jovens de 16 e 17 anos poderiam ser responsabilizados criminalmente com a elevação da idade para o consentimento válido em relações sexuais, o que indicaria que a intenção do legislador foi atingir os menores de 18 anos. De fato, a considerar a tradição do direito espanhol em respeitar a liberdade dos menores responsáveis criminalmente, é possível que o preceito tivera a intenção atingir os adolescentes somente.

Noutro sentido, Orts Berenguer sustenta que a finalidade do dispositivo é não excluir a responsabilidade penal onde haja desigualdade entre as pessoas que se relacionam¹¹⁸, o que sugere que não há nada, na legislação espanhola, que indique a desaplicação aos indivíduos adultos. Mesmo porque parece natural que adolescentes ostentem proximidade de grau de desenvolvimento e de maturidade, o que, em princípio, tornaria a proximidade com relação à idade não tão relevante. Isso leva-nos a crer que a exigência desses requisitos esteja voltada, de fato, para jovens adultos, onde é mais fácil vislumbrar uma diferença nos aspectos físico, social, comportamental e psicológico. Esse cenário é o que tem sido observado na maioria dos casos julgados¹¹⁹.

No âmbito jurisprudencial ainda, a propósito, Ramos Vázquez realizou pesquisa nos tribunais espanhóis e identificou três situações relevantes¹²⁰. A primeira delas consiste no fato de que, quando os participantes apresentavam até 6 anos de diferença, os juízes

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp. 29-30.

¹¹⁵ *Derecho Penal – Parte Especial*. 5.ª edición, p. 228.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 311.

¹¹⁷ *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 229.

¹¹⁹ A título de exemplo, em 18 de janeiro, na STS 1001/2016, o Tribunal Supremo espanhol julgou caso que envolveu um menor de 11 e um adulto de 21 anos de idade (<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7921692/abusos%20sexuales/20170131>, acessado em 26 de março de 2022); em 28 de janeiro, na STS 256/2020, os fatos estavam a envolver menor de 13 e jovem de 20 anos (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bfd691a5b2a0063f67>, acessado em 26 de março de 2022); em 16 de dezembro, na STS 699/2020, o julgamento cuidou de fatos que envolveram menor de 13 e maior de 18 anos. (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bfc6a6864b3ce4c030>, acessado em 26 de março abril de 2022).

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 337.

majoritariamente entendiam pelo atendimento do requisito “idades próximas”. A segunda situação aponta normalmente para o não reconhecimento da diferença de idade, quando essa diferença fica entre 6 e 9 anos. Por fim, em suas observações, o autor verificou que o limite máximo de reconhecimento de diferença etária foi de 10 anos.

Além dessa ausência de uniformidade com relação à diferença etária dos participantes do ato, observa-se que não há limite mínimo em relação à idade. Na medida em que o legislador não pôs alguma barreira, a referida cláusula não pode ser afastada em razão de um dos participantes ter uma idade mínima¹²¹, o que causa perplexidade, porquanto parece impossível aceitar que crianças impúberes possam ter condições de saber o que significa a concordância para prática de “atos de caráter sexual” e bem assim tenham condições de avaliar as implicações que decorreriam para sua vida. Por isso, não haveria como aceitar qualquer alegação de consentimento¹²².

As maiores críticas à cláusula Romeo e Julieta espanhola, contudo, são direcionadas à definição do grau de proximidade em relação ao desenvolvimento (aspecto físico) e maturidade (aspectos psíquico e intelectual) entre os participantes, na medida em que “não existe absolutamente nenhum parâmetro que permita quantificar a semelhança de desenvolvimento e maturidade entre as pessoas”¹²³. Essa falta de limites, inexoravelmente, transfere para o julgador a definição da situação concreta, com todos os riscos de verter para os processos suas convicções e experiências. Por certo, não é o que se deve esperar de norma que cuida de restrição de direito fundamental relacionado à liberdade, notadamente, de saber com quem é possível estabelecer relacionamentos ligados à vida íntima de uma pessoa.

Ao que parece, como é possível perceber, a cláusula Romeo e Julieta espanhola tem sofrido críticas em razão de o legislador ter apenas fixado suas ideias centrais, deixando para o juiz a sua concretude, o que suscita insegurança jurídica, na medida em que não se tem, na verdade, uma diretriz exata, precisa ou estável sobre a certeza do que é, ou não, possível fazer.

6. Síntese do Direito estrangeiro

¹²¹ VÁZQUEZ, José Ramos. *Op. cit.*, p. 319. Nesse mesmo sentido, AGUDELO, Glória Gonzáles. *Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad*. In: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, p. 8. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-15.pdf> (Acedido em 26 de março de 2022).

¹²² Também nesse sentido, ÁLVAREZ, García Pastora. *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo*. In: *Cadernos penales José María Lidón*, número 12, 2016, p. 318-319. Disponível em <http://www.deusto-publicaciones.es/index.php/main/libro/1140/es> (Acedido em 26 de março de 2022).

¹²³ VÁZQUES, José Antonio Ramos. *Op. cit.*, p. 325.

Seguindo o caminho trilhado por vários Estados americanos e pela Espanha, o que parece ser uma tendência, na UE, para a punição ou até mesmo para a caracterização do delito de abuso sexual contra menores, a Itália¹²⁴, a Suíça¹²⁵, a Croácia¹²⁶ e a França¹²⁷ também criaram dispositivos que estabelecem a necessidade de haver uma diferença etária entre o adulto e o menor considerado incapaz para consentir para o ato sexual, de forma livre e responsável.

A solução encontrada em todos esses países, no entanto, envolve sempre a introdução de dispositivo legal nos códigos penais, de maneira a mitigar a proibição decorrente da cláusula que fixa a idade do consento para o sexo. Por isso, temos a compreensão de que a intenção dos legisladores é invariavelmente dirigida a adultos jovens, que acabaram por se relacionarem com menores.

Sendo assim, outra conclusão não decorre senão a de que a descriminalização ou não responsabilização das condutas a envolverem apenas os menores que, de acordo com a legislação própria, podem responder criminalmente, ocorre de forma indireta. As relações são atingidas a reboque ou por tabela, o que deixa a resposta jurídica à mercê de interpretações que são reconduzidas a aspectos de índole subjetiva do intérprete, incompatíveis com a relação de natureza penal. No fundo, é uma lógica consequencialista, na medida em que não se examina a questão dentro do sistema próprio, específico do Direito infanto-juvenil. A solução é extraída a partir do resultado jurídico previsto para o jovem adulto.

A bem da verdade, assim ocorre porque haveria completo desvirtuamento do sistema próprio de responsabilização dos menores, se se permitisse a imposição de consequência jurídica para eles, mas, por outro lado, legitimasse a conduta do adulto. Se a base de ambos os sistemas é o crime, a inexistência de delito em relação ao maior não pode ensejar a

¹²⁴ O artigo 609-querter do Código Penal italiano afasta a punição daquele que pratica atos sexuais com menores de 13 anos, desde que a diferença de idade entre eles não seja superior a quatro anos. Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/15/del-reo-e-della-persona-offesa-dal-reato> (Acessado em 30/03/2022).

¹²⁵ O artigo 187, 2, do Código Penal suíço, da mesma forma, não pune aquele que praticar atos sexuais com menor de 16 anos, desde que a diferença entre eles seja de até três anos. Disponível em https://www.legislationline.org/download/id/9949/file/SWITZ_Criminal%20Code_as%20of%202021-07-01.pdf (Acessado em 30/03/2022).

¹²⁶ Já o Código Penal da Croácia, através do artigo 158, 3, expressamente, exclui o crime, quando a diferença de idade entre o menor de 15 e o parceiro não seja superior a três anos. Disponível em https://www.legislationline.org/download/id/7896/file/Croatia_Criminal_Code_2011_en.pdf (Acessado em 30 de março de 2022).

¹²⁷ O número 1 foi acrescentado ao art. 222.23 do Código Penal francês em 2021. Sua intenção foi excluir a responsabilização pela prática de fato que cumpria a descrição típica do crime de estupro, quando a relação sexual fora praticada entre um menor de 15 anos e um adulto, desde que a diferença de idade entre eles não ultrapasse 5 anos. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043405016/2022-03-30 (Acessado em 30 de março de 2022).

responsabilização do menor. Essa é a lógica das *age gap provisions* e *Romeo and Juliet exceptions*.

Certamente, a criação das referidas cláusulas no direito português resolveria a aparente, *rectius*, real antinomia¹²⁸ existente no cenário normativo atual, em que a mesma pessoa de 13 anos pode ser acusada de fato que a lei qualifica como crime ou pode ser vítima, mesmo se praticar fato idêntico com pessoa dois ou três anos mais velha.

No entanto, a criação de novas regras deve ser fruto da vontade soberana do Parlamento, de acordo com as concepções inerentes à sociedade subjacente em cada Estado. Cada país, de acordo com suas tradições, costumes e valores compartilhados pelo seu povo, elabora suas medidas de controle no âmbito da política criminal, de forma a estabelecer que tipo de condutas deve ou não ser alçado à condição de pressuposto para a incidência do Direito Penal. Portugal, assim como outros países, como Brasil, entende não transigir com a violação da cláusula que estabelece a idade para o menor envolver-se sexualmente com maiores.

Apesar disso, acredita-se seja possível buscar alternativa que preserve integridade das normas em vigor, de maneira retirar a subjetividade citada no âmbito doutrinário, sem que, para tanto, anule-se qualquer manifestação de vontade por parte dos menores abrangidos pela lei específica. Mais do que possível, para evitar que menores respondam criminalmente por fatos que não guardam relevância penal, em caso de ocorrerem entre adultos, é necessário buscar alternativa que preserve todos os interesses em jogo.

7. Tomada de posição: uma solução interna

Independentemente das concepções sociais, éticas e morais a respeito do envolvimento sexual de crianças e adolescentes, menores em idades físico-mentais próximas que pratiquem atos de conotação sexual entre si, sem que haja indício de ocorrência de algum vício, não devem ser responsabilizados com base em definições próprias da esfera criminal, posto que tais comportamentos podem ser - e normalmente são - frutos de experiências da própria faixa etária. Naturalmente, essa fase da vida é o período em que ocorrem mudanças físicas, fisiológicas e psicológicas, em que o indivíduo procura encontrar sua autonomia emocional e comportamental, o que é alcançado, em grande parte, por meio de troca de informações e experiências entre seus pares do que propriamente através de contatos intrafamiliares.

¹²⁸ Segundo Hans Kelsen, o “conflito de normas surge quando uma *norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela*”. *Teoria Pura do Direito*, 7.^a edição, p. 230.

Diante desse cenário, o modo distinto de tratar os menores tem por base o fato, que é até intuitivo, de que eles estão biológica, social e psicologicamente em plena fase de transformação e de desenvolvimento, de maneira que não ostentam maturidade suficiente de forma a permitir que suas ações sejam valoradas com o mesmo rigor aplicado, quando o fato está a envolver um adulto. Não obstante essa diferenciação, é verdade também que, a partir de uma determinada idade, vigora o entendimento de que já não mais comporta sustentar a concepção de que tudo possam.

Em Portugal, a esse respeito, a partir dos 12 anos, o indivíduo passa a responder pelo fato considerado crime, de acordo com a LTE. Não pode, contudo, ser responsabilizado como adulto. E a maneira diferenciada de responsabilização não quer dizer tão somente em relação à consequência jurídica a ser imposta (pena ou medida de natureza educativa) ou à finalidade para a qual se reclama o sistema responsabilizador próprio (retributivo ou educativo). Apesar da relevância dessas circunstâncias, isso não é o mais significativo.

Em verdade, o mais importante é o que acontece antes. Não basta que o comportamento seja crime, tendo como modelo a pessoa do adulto. O mais relevante é perquirir se continuará a ser crime, se a criança ou o adolescente for o autor da mesma situação fática descrita na lei penal, notadamente porque as situações descritas nas normas penais possuem o figurino específico daquela.

Por isso, a dogmática que estrutura o Direito Penal deve interagir com o Direito infanto-juvenil e fazer parte da pesquisa do intérprete, ao analisar o fato praticado pelo menor, de maneira a descobrir se, realmente, seu comportamento é típico, ilícito e culpável, ainda que não haja dúvida quanto a essa qualificação, quando a conduta é atribuível a um adulto. Por outras palavras: para que o menor seja passível de responsabilização, não basta que o evento receba a qualificação de crime, quando praticado pelo maior. É necessário examinar se o mesmo comportamento, quando praticado pelo menor, terá também a mesma qualificação jurídica. Para tanto, como já dito, é imperioso adaptar os elementos estruturais do crime (tipo, ilicitude e culpa) à realidade do menor, de maneira a garantir que todo o processo investigativo necessário para concluir que o adulto é autor de crime seja também trilhado quando o menor é o arguido. Só dessa maneira estar-se-á a respeitar, de forma substancial, o princípio da igualdade.

Dito isso, de partida, sem a realização desse exercício de integração, a constatação de que o adolescente de 15 anos pratica fato definido no art. 171.º do CP, quando se envolve sexualmente com criança de 12 anos, e, por isso, sujeita-o a receber medida tutelar educativa, ao fim e ao cabo, reconduz esse adolescente à figura do indivíduo imputável, em ofensa ao

princípio da igualdade, na medida em que não observa o fato de que o adulto e o menor são substancialmente pessoas diferentes.

Além da necessária adequação ao dogma da igualdade, a constatação da existência de pressuposto para a incidência da LTE perpassa também pela relevante procura do motivo pelo qual o legislador português responsabiliza o menor a partir dos 12 anos de idade. Isso também vale para qualquer legislador que criou um sistema próprio de responsabilização para indivíduos abaixo da idade criminal.

Nesse cenário, importa observar a ordem natural de coisas para a qual a legislação foi feita¹²⁹, o que, decisivamente, além de passar pela relevância do significado referente à responsabilização dos menores dentro da faixa criada pela LTE, há de se atentar para o objetivo da previsão típica contida no art. 171.º do CP.

Em relação ao sistema orientado pela LTE, se a norma estabelece a mesma consequência jurídica, para todos aqueles que se encontram na faixa etária definida pela lei, parece razoável extrair a interpretação de que eles ostentam a mesma qualificação jurídica, qual seja, menores passíveis de responsabilização. Ao assim fazer, a lei considera que todos estão no mesmo grau de desenvolvimento e maturidade. Se a lei específica não distinguiu, não cabe ao intérprete estabelecer diferenças.

Por isso, sob esse aspecto, não é errado afirmar que suas condições pessoais (maturidade, experiências de vida, aspectos físicos), em regra, são semelhantes, tanto que o legislador menorista colocou todos aqueles que se encontram dentro da faixa etária citada ao alcance do mesmo ordenamento jurídico especial. E, no caso, para todos eles, exige-se comportamento de acordo com o Direito.

Não sem razão a tutela educativa afigura-se cabível a partir do momento em que a criança ou adolescente descumpra o ordenamento jurídico penal, ao praticar fato que a lei define como crime. Nesse quadro, é necessário reconhecer que todos os menores, indistintamente, ostentam condições de se autodeterminarem, segundo o nível de maturidade exigido para todo e qualquer indivíduo abrangido pela LTE. Se assim não fosse, ou eles seriam completamente irresponsáveis ou a responsabilidade deles dependeria de outras circunstâncias.

Por isso, parece-nos haver *contradictio in adjecto* qualificar juridicamente um dos adolescentes como vítima ou autor, a depender da idade do menor com quem estará a praticar o fato. Ele pode ser considerado capaz de discernir, quando os pratica com uma pessoa menor

¹²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, pp. 134-136.

de 12, mas incapaz, quando pratica com outra, maior de 14 anos. Na primeira situação, sua capacidade e, por que não dizer, sua maturidade são reconhecidas pela LTE (art. 1.º), o que impõe ao aplicador da lei o tratamento de acusado, reconhecendo-lhe a autodeterminação; na segunda, a impossibilidade de discernir decorre do preceito do CP (artigos 38.º, n.º 3 e 171.º), o que faz com que seja visto como vítima, caso em que não se lhe reconhece a citada autodeterminação, inclusive na relação mantida com pessoa dois ou três anos mais velha.

A convocação de ambas as legislações (CP e LTE), que têm abrangências e escopos distintos, para definir a natureza do comportamento praticado pela mesma pessoa (a criança de 12 ou 13 anos), de forma a qualificá-la como vítima ou como autora de delito, revela uma desordem normativa que, além de confundir o intérprete do direito, promove insegurança jurídica.

O resultado da primeira situação (aquela em que o menor de 13 anos é responsabilizado com base na LTE), conquanto não seja o item principal do trabalho, já foi objeto de considerações, quando analisamos o julgado do TRL no tópico em que se fez referência à culpa do menor. Apesar disso, o resultado a que chegou o referido julgado é relevante para examinar o problema decorrente da incidência do CP, na segunda hipótese.

Não se pode olvidar que a relevância da fixação da idade mínima de responsabilização do menor levou o TRL, no julgado acima citado¹³⁰, a reconhecer as condições necessárias para que a criança de 13 anos¹³¹ fosse responsabilizada por fato definido no art. 171.º do CP, quando então recebeu medida tutelar educativa por praticar ato sexual de relevo com criança de 6 anos de idade. Por isso, jamais se pode desconsiderar o fato de que a criança de 13 anos tem as mesmas obrigações e direitos do menor de 14 ou 15 anos de idade, aos olhos da LTE. Assim, se a idade citada foi considerada para responsabilizá-la, como autora de fato-crime, não parece fazer sentido retirar essa capacidade de compreender o evento, quando, com a mesma criança de 13 anos, forem praticados idênticos fatos, só que, agora, com um “parceiro” 2 anos mais velho.

A situação ainda poderia ficar mais confusa, se ambos os envolvidos possuíssem 12 ou 13 anos de idade. Os dois seriam autores e vítimas, reciprocamente, em razão dos mesmos

¹³⁰ Vide nota 69.

¹³¹ Ainda que não seja possível aplicar a medida mais gravosa aos menores de 14 anos, consoante dispõe o art. 17.º, n.º 4, alínea b), isso não é razão suficiente para distinguir os adolescentes menores dos maiores de 14 anos, pois a natureza d-a consequência jurídica é a mesma, qual seja, medida tutelar educativa. O tipo de medida não altera a qualificação jurídica do fato praticado pelo menor, e ela é aplicada sempre que se verifica a necessidade de a criança ou adolescente, de 12 a 16 anos, ser educado para o direito. O pressuposto e as condições para a intervenção tutelar são rigorosamente os mesmos para todos eles.

fatos? A dupla responsabilização dos envolvidos pela prática do mesmo tipo legal até existe no CP, como na hipótese de ofensa à integridade física (art. 143.º, n.º 1). No entanto, no caso do delito de abuso sexual, embora isso possa ser encontrado nos EUA¹³², não há previsão legal que criminalize as condutas que se formam para a concretização do ato sexual, pois, necessariamente, essas condutas estão inseridas dentro do universo de liberalidades protegidas pelo direito de autodeterminação. Se não há previsão legal, não há fato qualificado na lei como crime, pressuposto para a aplicação da LTE.

A nosso sentir, o que leva a reconhecer a carência de relevância jurídico-penal no evento que envolve apenas menores de 12 e 13 anos é a fixação da idade a partir da qual o comportamento deles tem relevo para qualificá-lo como crime. Se a partir dos 12 anos, qualquer criança ou adolescente pode vir a ser considerado infrator do direito posto, logo, passível de análise sobre a necessidade de ser “educado para o Direito”, é inexorável que se lhe reconheça capacidade para exercer a autodeterminação.

Por isso, diante desse quadro, o mais indicado é considerar que todos aqueles que se encontram ao abrigo da LTE podem, em tese – e isso não quer dizer que, por razões diversas da jurídica, devam fazê-lo –, praticar atos de natureza sexual entre si, sem que isso possa gerar qualquer responsabilização tutelar educativa. Mais do que isso: não se poderia sequer investigar essa relação, se não houvesse qualquer indício de que haja algum vício.

Não olvidamos o fato de que, em relação aos menores de 14 anos de idade, o legislador entende não ser necessário examinar eventual resistência por parte deles, para a configuração do delito previsto no artigo acima citado. A falta de consentimento é presumida. Por tal razão, nenhuma relevância adquiriria alegação de atitudes que poderiam ser interpretadas no sentido de constituírem manifestações de vontade reconduzíveis ao consentimento (art.º 38.º, n.º 3, do CP).

Contudo, a ficarmos exclusivamente dentro da normativa do Direito Penal comum, jamais o menor de 12 ou 13 anos poderia consentir na realização de atos de disposição de seu próprio corpo, ainda que isso ocorresse com alguém de idade igual ou semelhante. Quer o participante tivesse menos de 12 anos, entre 12 e 13 ou mais de 14 anos, a solução seria a mesma: sempre seria possível visualizar um fato que a lei qualificasse como crime e, assim, inexoravelmente, haveria de convocar o Estado para investigar a situação, ainda que seja aos olhos da LTE.

¹³² KERN, Jana. L. *Op. cit.*, p. 1610.

Para evitar isso, acreditamos que a interpretação que desconsidera o marco legal específico da LTE, de forma a negar liberdade à criança de 12 ou 13 anos, quando participa de experiências não incomuns na idade, entre si ou com adolescentes de até 16 anos incompletos, nega valor à referida lei, que, por ser específica e dirigida a regular a responsabilização de todos eles, deve prevalecer, quando em conflito com a norma geral, revelada pelo CP.

Ademais, não se pode perder de vista que a indicação da referida idade, na legislação penal, está relacionada à prática de condutas que envolvem imputáveis, na esteira do que ocorre também com intervalos etários vistos em vários países. A partir do momento em que há a fixação de uma idade de referência que impõe a intervenção estatal sobre o menor, a ocorrer o fato típico, a inobservância do referido patamar etário fixado em legislação especial, voltada a menores de idade, desvirtua a intenção legislativa, tanto aquela observada no CP, quanto a verificada na edição da LTE.

Nesse sentido, com relação à finalidade buscada por meio do Código citado, o escopo do legislador é proteger a falta de autodeterminação do menor de 14 anos, quando ele está diante de indivíduos cujos níveis de experiência e maturidade ensejam uma assimetria sobre os processos informativos e decisórios. Em razão desse desnível, criminaliza-se o comportamento do imputável, quando mantém relação sexual com crianças, sem que nenhuma importância seja dada à inexistência de resistência física ou verbal por parte delas ou à falta de consentimento, por se presumir não haver discernimento para tanto.

Contudo, como já ressaltado, à medida em que foi estabelecida a “imputabilidade”, no âmbito tutelar educativo, do menor a partir dos 12 anos para fins de responsabilização, ou seja, se a partir dessa idade, o Estado português cobra que ele respeite o direito, não é possível reconhecê-lo incapaz de compreender a ilicitude de uma conduta, quando o outro envolvido no ato sexual também é menor e ambos enquadram-se na mesma qualificação jurídica no âmbito da LTE. A lei de regência reconhece que os menores têm capacidade de entender os comandos imperativos advindos da norma penal, em seu preceito primário.

Assim, é preciso, nesse cenário, que se respeite a *voluntas legis* em cada um dos diplomas normativos, de forma a não desconsiderar a finalidade e o papel da lei no ordenamento jurídico. Com isso, a nosso sentir, o não reconhecimento da autodeterminação do menor só é cabível quando se está a tratar de relação, de ato ou de comportamento que envolva adultos e crianças ou adolescentes.

Por outro lado, quando os fatos relacionam apenas os menores na faixa etária estabelecida na LTE, é justo reconhecer que as decisões por eles tomadas fazem parte do

processo natural de desenvolvimento, que progride de acordo com as escolhas próprias da idade, quando se inter-relacionam com pessoas que estejam dentro de um mesmo universo jurídico e social.

Além de se entender que a LTE traz um redimensionamento da idade em que é possível responsabilizar alguém em razão da prática de crime, o entendimento de que haja fato definido como crime nas relações a envolver pessoas compreendidas na faixa etária prevista na lei citada exorbita do necessário para promover a proteção do bem jurídico que a norma penal procura resguardar.

Nesse ponto, importa mencionar a preocupação da doutrina com relação à criação de condutas típicas voltadas à proteção do bem jurídico relacionado aos crimes sexuais. Manuel da Costa Andrade pondera que, a pretexto de “pretenderem maximizar, pela via negativa, a tutela do bem jurídico, acabam por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva”¹³³. Em complemento da referida advertência, Rita Alfiate pontua que “é pela realização da vertente positiva da liberdade sexual dos indivíduos que se vão ditando também os freios da intervenção penal. É necessário reconhecer que há dinamismo no adensamento da capacidade maturidade para decidir e, assim, para exercer a liberdade no domínio da sexualidade”¹³⁴. Nessa linha, nada mais correto do que compreender o referido dinamismo dentro da ótica própria da LTE.

Não se deve, por isso, extrapolar na imposição de punições a comportamentos levados a efeitos por menores no âmbito de sua liberdade sexual. E isso deve ser observado tanto pelo legislador quanto pelo intérprete da norma. Não é pelo fato de haver condutas sexuais proibidas a terceiro que se deva concluir que os menores não possam ter liberdade de assumir comportamentos sexuais senão próprios, ao menos, não vedados dentro da faixa etária legal. De outra forma: o fato de ser proibido ao adulto – e só é proibido a ele porque envolve um menor - não significa que seja para o menor.

Na mesma linha do que disse Costa Andrade, Ana Rita sentencia: “[q]uanto maior for o leque de condutas punidas, quanto mais regulada estiver a experiência da sexualidade pelo menor, mais ínfimo é o espaço deixado à sua decisão individual”¹³⁵. Por tudo isso, sob a perspectiva de se conferir liberdade de ação aos menores abrangidos pela LTE, há de se reconhecer, não obstante o valor da norma extraída do art. 171.º do CP, que não há que se falar

¹³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, p. 395.

¹³⁴ *A relevância penal da sexualidade dos menores*, p. 86.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 88.

em violação do bem jurídico liberdade sexual, quando se está a falar de condutas perpetradas entre os menores abrangidos pela LTE.

O crime de abuso sexual de criança, no CP, parte do critério estritamente biológico para concluir pela existência de influência perniciosa do maior sobre o menor, de modo a presumir que a diferença de graus de maturidade e, por conseguinte, de capacidade de compreensão do fato e de suas consequências viola a liberdade e o desenvolvimento da criança. Assim, numa relação sexual a envolver criança menor de 14 anos e pessoa imputável, basta que essa tenha idade superior a 16 anos para que ela seja considerada autora do delito de abuso sexual de crianças.

Como a LTE não fez qualquer diferença entre aqueles que estão inseridos no seu universo de aplicação, o entendimento de que o menor de 16 anos seria considerado autor do mesmo crime, quando mantém relação sexual com criança de 12 ou 13 anos, desconsidera o critério biológico estabelecido na própria LTE. Para ela, na medida em que sujeitou os maiores de 12 e menores de 16 anos a sua incidência, não há que se falar em diferenças de níveis de experiência e graus diversos de maturidade necessários para colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal. Aliás, a presunção é de que se encontram em níveis e graus semelhantes.

Ainda que não se possa falar em idênticos parâmetros, principalmente no caso em concreto, todos possuem a mesma qualificação jurídica. Logo, não há que se falar “em fato que a lei qualifica como crime”, pois não está em causa comportamento que possa ofender direitos ou interesses protegidos. Por isso, o reconhecimento de que há delito em situações que tais viola Lei Fundamental, na medida em que impõe restrição à liberdade dos menores sem que haja, em contrapartida, interesse constitucionalmente protegido (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

Por fim, vale destacar que a posição aqui sustentada permite que os menores cujas idades estejam compreendidas no intervalo estabelecido na LTE, ao praticarem relações sexuais entre si, sem vícios de consentimento, tenham não só a liberdade sexual negativa, mas, principalmente, a positiva preservada, sem que, para tanto seja necessário realizar qualquer alteração legislativa, com a inclusão de uma *age-gap provision* ou de exceção de Romeu e Julieta.

A um só tempo, esse entendimento preserva a escolha político-criminal de cada país, com relação à criminalização de relações sexuais que envolvem crianças e adultos, mesmo de idades próximas, sem, todavia, implicar, automaticamente, na qualificação jurídica das condutas praticadas pelos menores entre si como crime. Ainda que não possam guardar os

valores sociais que eventualmente espelham a sociedade e as famílias envolvidas e mesmo que se conclua não estejam inseridos no âmbito do processo de desenvolvimento inerente à fase da adolescência, esses comportamentos, por certo, estão distantes do cenário correspondente ao mundo criminal, ainda que sob as vestes eufemísticas de uma intervenção tutelar educativa.

VI – Conclusão

A partir de um caso concreto levado a julgamento em tribunais brasileiros, pretendeu-se questionar a afirmação de que todo menor que pratica fato qualificado como crime deva sempre estar sujeito ao risco de ser obrigado a cumprir medida prevista em lei, sem que se questione a concreta qualificação jurídica de seu comportamento a partir de suas próprias características.

Nesse quadro, o descompasso entre a idade para o indivíduo se autodeterminar nessa área, fixada no CP, e a idade em que o menor pode vir a ser responsabilizado criminalmente, estabelecida pela LTE, aliado à concepção de que o Direito Tutelar educativo não deve ser confundido com o Direito Penal, permite que alguns menores sejam até condenados por crime de abuso sexual de crianças. Colabora com essa situação o pensamento de que as finalidades interventivas dos dois ramos do direito são dissociáveis.

Essas concepções fático-jurídicas fizeram despertar o interesse em questionar as soluções legal, doutrinária e jurisprudencial já conhecidas. A partir delas, procurou-se encontrar a adequação jurídica que se acredita mais apropriada para o enquadramento do comportamento sexual a envolver tão somente menores de idade que integram o universo da lei que os responsabiliza, em caso de prática de ilícito-típico.

Nessa área, é importante destacar que não se tergiversa sobre a apropriada orientação psicossocial para que crianças e adolescentes retardem o contato com experiências desse nível. Ao menos, até que atinjam graus de maturidade e de desenvolvimento físico e psicológico naturalmente adequados que lhes permitam uma avaliação apropriada a respeito das responsabilidades próprias decorrentes dos efeitos de comportamentos em âmbito sexual. Contudo, é firme a concepção de que, apesar disso, na ocorrência de ato sexual de forma prematura, a eventual intervenção estatal não se deve dar em nível penal, mas tão somente no cenário social e protetivo (LPCJP), se tanto.

Embora vários países já tenham reconhecido o problema e encaminhado uma solução em nível legislativo, a partir da inclusão de regra em seus Códigos Penais, outros, como Portugal e Brasil, apresentam alguma resistência em admitir que os estudos referentes à área

infanto-juvenil integrem o ramo da ciência criminal. Essa separação, talvez até querida por profissionais que se dedicam aos ramos jurídicos próprios, traz consequências ruins, principalmente para o Direito infanto-juvenil, na medida em que os menores ficam sujeitos a tratamentos mais prejudiciais do que os dispensados aos adultos.

A revelar a impropriedade em considerar o universo dogmático-jurídico dos menores distinto do que já se conhece da ciência criminal, em Portugal, por exemplo, a exclusão de ilicitude ou de culpa não impede a aplicação ao menor de uma medida tutelar educativa, não obstante, em situações semelhantes, não se cogita de impor à pessoa adulta sequer decreto condenatório.

Ainda que a consequência jurídica receba designação diversa (pena para o adulto; medida tutelar educativa para o menor), não se podem desprezar os dogmas científicos que foram frutos da evolução da ciência penal. Assim, o estudo do tipo, da ilicitude e da culpa é imprescindível para o Direito infanto-juvenil.

Por tudo isso e também pelo fato de não se buscar resposta dentro do sistema legal especialmente criado para os casos que envolvem menores já considerados com algum nível de maturidade e capacidade de autodeterminação, neste trabalho, entendeu-se por criticar as soluções encontradas, no âmbito interno e externo. Observou-se, ainda, que os caminhos apontados pela legislação de vários países e pela doutrina, além de não considerarem as normativas próprias da adolescência, são permeados de impressões subjetivas que não resguardam a segurança jurídica que a situação fática exige.

A rigor, como demonstrado na parte final da pesquisa, não há necessidade de criação de permissivos legais, para que os menores se vejam livres de procedimento investigativo sobre a natureza de seus comportamentos. A partir da ideia central do estudo consistente em integrar o Direito Tutelar do Direito Criminal, sem desconsiderar a condição especial do menor, a solução foi construída a partir dos referenciais teóricos já consagrados na doutrina geral do crime, de forma a inseri-los na legislação especificamente produzida para responsabilizar alguns menores. Nesse cenário, o fato de eles estarem em processo de formação, em vários aspectos, impôs releitura dos institutos do Direito substantivo para adaptá-los à pessoa do menor, de maneira a respeitar o aspecto positivo do princípio da igualdade. A base do estudo é o menor enquanto menor.

Em razão desses referenciais normativos e fáticos, a idade para a “imputabilidade” penal, a partir da finalidade declarada pela LTE (educar para o Direito), deve observar a faixa etária da referida norma, que exige de todos aqueles abrangidos pelo referido intervalo a

abstenção da prática de conduta proibitiva extraída da norma penal. Logo, defende-se que há verdadeira imputabilidade, no universo tutelar educativo, na medida em que é possível acusar o menor de uma conduta que corresponda a comportamento previsto em lei, passível, pois, de responsabilização, a partir da declaração de que efetivamente praticou o fato, ainda que a consequência jurídica tenha caráter essencialmente educativo.

Por isso, se o menor de 12 ou 13 anos é tão imputável quanto o de 14 ou 15 anos, não é possível retirar a capacidade de consentir e de compreender o caráter do fato daquele, quando está a praticar ato sexual com este. Diante disso, a conclusão a que se chega é a de que o ato sexual não viciado praticado entre os menores sujeitos à LTE deve receber o mesmo tratamento concedido àquele praticado por duas pessoas adultas em pleno gozo de suas liberdades individuais, qual seja, o reconhecimento de que o fato é atípico.

Ainda a seguir a trilha da adaptação da ciência penal, de forma a reforçar a conclusão quanto à atipicidade, considera-se também que os referidos menores estão, juridicamente, em semelhantes contextos físico, psíquico e social, aos olhos da legislação especial, razão por que não há que se falar em diferença substancial de graus de maturidade e de desenvolvimento capazes de convocar as regras incriminadoras diante de fatos que não estão longe da experimentação sexual natural da faixa etária. Inexiste, assim, ofensa ao bem jurídico tutelado por meio do artigo 171.º do Código Penal, quando os envolvidos estão sujeitos ao mesmo referencial normativo.

VII – Bibliografia

AGUDELO, Gloria Gonzáles. *Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad*. In: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, 2016, pp. 1-31.

ALFAIATE, Ana Rita. *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*. Tese de doutoramento em direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Setembro de 2014. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27038/1/0%20problema%20da%20responsabilidade%20penal%20dos%20inimput%20a1veis%20por%20menoridade.pdf>.

_____. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra, Coimbra Editora, 2019.

ALMEIDA COSTA, António Manuel. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*. Tomo I, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

ÁLVAREZ, García Pastora. *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo*. In: *Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao, número 12, 2016, pp. 261-319.

ARAÚJO, António de. *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: GUIDICINI, Lucia e CONTESSA, Alessandro Berti. 4.ª edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2019.

BERENQUER, Enrique Orts. *Derecho Penal – Parte Especial*. 5.ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2005, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3, 2017, n.º 3, pp.345-376.

CARMO, Rui do. *Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público*. In: *Revista do Ministério Público*, n.º 84, out-dez 2000, pp. 119-138.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 3.ª edição. Porto, UCP Editora, 2016.

CARVALHO, Maria João Leote de. *Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: “do menor à “justiça amiga das crianças”*. In: *Revista de Sociologia Configurações On line*, 20, 2017, pp. 13-28.

COSTA, José de Faria. *Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?* In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º, n.º 3933, abril de 2002, pp. 353-366.

_____. *O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 21, vol. 100, jan-fev, 2013, p. 227-251.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. – Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2019.

_____. *Comentário ao art. 171.º*. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal. Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo. – Tomo I*. 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____. *Direito Penal Português. Parte Geral. – Tomo II. As consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

DOS SANTOS, Beleza. *Regime jurídicos dos menores delinquentes*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 8, Coimbra, 1923, pp. 142-245.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de menores delinquentes. A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins*. In: *Julgar*, n.º 22, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro – Abril de 2014, pp. 75-95.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de MACHADO, J. Baptista. 6.ª edição. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FARIA, Rita e AGRA, Cândido da. *A história epistemológica da Criminologia*. In: *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto, U. Porto Editorial, 2012, pp. 27-62.

FRANKLIN, Jordan. *Where art thou, privacy?: expanding privacy rights of minors in regard to consensual sex: statutory rape laws and the need for a Romeo and Juliet exception in Illinois*. In: *John Marshall Law Review*, vol. 46, 309, 2012, pp. 309-331.

HJALMARSSON, Randi. *Crime and expected punishment: changes in perception at the age criminal majority*. In: *American Law and Economics Review*, vol. 11, 1, 2009, pp. 209-248.

JORDÃO, Carlos Alberto Rosa de Carvalho. *Menoridade e privação de liberdade no direito tutelar de menores*. Coleção Scientia Iuridica. Braga, Livraria Cruz, 1967.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por BAPTISTA, João Machado. 7.^a edição da tradução portuguesa, Coimbra, Almedina, 2019.

KERN, Jana L. *Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? In: William Mitchell Law Review*, Vol. 39, 2013, pp. 1607-1622.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*. 2.^a edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. 4.^a edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2020.

PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. *La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-16, 2021, pp. 1-41.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8.^a edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. *Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. In: Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, pp. 435 a 451.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. In: Estudios Penales y Criminológicos*, 2021, 41, pp. 307-360.

REDDING, Richard E. *Juvenile Transfer Laws: An Effective Deterrent to Delinquency? In: Juvenil Justice Bulletin, U.S. Department of Justice Office*, June 2010, pp. 1-12.

RODRIGUES, Almiro Simões. *Fundamentos da Justiça Tutelar*. Palestra proferida no Seminário Menores em risco numa sociedade em mudança, organizado pela Provedoria de Justiça, em 1992, que digitalizou e editou todo o material em volume disponibilizado pelo referido Órgão, ISBN 972-95884-2.2, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?* In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, 1997, pp. 355-385.

_____. *Justiça juvenil: a lei, os tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino. A lei tutelar educativa – entre o passado e o futuro.* In: *Vida económica - Editorial*, Porto, novembro de 2016, pp. 43-59.

ROSA, Alexandre Morais da e LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais.* 2.^a edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Organização e tradução: André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. 2.^a edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARAIVA, José Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal juvenil. Adolescente e ato infracional.* 4.^a edição revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Noções de Direito Penal.* 7.^a edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2020.

_____. *Código Penal Anotado.* Lisboa, Rei dos Livros, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil.* 2.^a edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. *O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente.* In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 4, 1998, volume 5, pp. 261-273.

SILVA, Júlio Barbosa e. *Lei Tutelar Educativa Comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.* Coimbra, Almedina, 2013.

SHOOK, Jeffrey J. *Contesting Childhood in the US justice system. The transfer of juveniles to adult criminal court.* In: *Journal Sage Publications*, volume 12, 4, 2005, pp. 461-478.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista.* São Paulo, Saraiva, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 5.^a edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.