

A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO ETÁRIO NA FIXAÇÃO DA IMPUTABILIDADE: A IDADE E OS CRIMES

*THE INSUFFICIENCY OF THE AGE CRITERION IN ESTABLISHING IMPUTABILITY: AGE AND
CRIMES*

DOI:

Thiago Almeida Gonçalves¹

Mestrando em Direito Penal na Universidade Federal da Bahia.

EMAIL: thiago_691@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0945-4236>

Maria Auxiliadora Minahim²

Doutorado em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

EMAIL: minahim@terra.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3076-2255>

RESUMO: O artigo analisa a adequação do critério etário para definir a imputabilidade penal e avalia sua suficiência para determinar a idade que traduz as vulnerabilidades do sujeito na condição de vítima em crimes previstos na legislação criminal. O estudo mostra que o legislador brasileiro renuncia a outros indicadores capazes de definir com maior precisão o desenvolvimento de crianças e adolescentes, além do simples tempo de vida, para tratá-los como pessoas vulneráveis. A conjugação passada de métodos que ponderavam idade, discernimento e responsabilidade criminal envolvia complexidades que favoreciam arbitrariedades, hoje mitigadas pelo critério etário. Em relação à proteção legal a crianças e adolescentes vítimas de atentados à dignidade sexual, observa-se na prática a ocorrência de fissuras que permitem a impunidade. Mecanismos estranhos ao texto legal evitam a condenação do infrator, tolerando com indulgência crimes contra essa faixa etária. A partir de uma abordagem que se baseia no conceito jurídico de imputabilidade e em fatores biopsicológicos relativos ao desenvolvimento cerebral e ao contexto social, o estudo admite a existência de diferentes capacidades para distintos atos. A pesquisa é de natureza teórico-prática, partindo da observação de providências legislativas e de decisões judiciais sobre a capacidade do menor, confrontando-as com as construções doutrinárias e científicas sobre o tema, para concluir pela violação dos valores sociais. Utilizou-se bibliografia jurídica específica e trabalhos na área médica. Conclui-se pela importância de um sistema protetivo forte, que considere a vulnerabilidade juvenil e promova a aplicação uniforme da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Imputabilidade; Proteção infanto-juvenil; Legislação penal.

ABSTRACT: The article analyzes the adequacy of using age as the criterion for defining criminal responsibility and evaluates its sufficiency in determining the age that represents an

¹ Mestrando em Direito Penal na Universidade Federal da Bahia, especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, especialização em Ciências Criminais pela PUC/MG, bem como é Pós-Graduando em Direito Internacional pela UNIFACS.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1971), mestrado em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), doutorado em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1990) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005).

individual's vulnerabilities as a victim in crimes addressed by criminal legislation. The study shows that Brazilian legislators have relinquished other indicators that might more accurately reflect children's and adolescents' development, beyond mere chronological age, to classify them as vulnerable individuals. In the past, combining methods that weighed age, discernment, and criminal responsibility involved complexities that favored arbitrariness, which are now mitigated by the age-based criterion. Concerning legal protection for children and adolescents victimized by sexual offenses, practical observation reveals gaps that allow offenders to remain unpunished. Mechanisms extraneous to the legal text prevent their conviction, thus showing excessive leniency toward crimes against this age group. Drawing on an approach rooted in the legal concept of criminal responsibility and biopsychological factors related to brain development and social context, the study recognizes the existence of different capacities for various actions. The research is both theoretical and practical, starting from an examination of legislative measures and judicial decisions on minors' capacity, confronting these with doctrinal and scientific constructs, and concluding that social values are being violated. It uses specific legal bibliographies and medical research. The study concludes by highlighting the importance of a robust protective system that acknowledges juvenile vulnerability and promotes uniform enforcement of the law.

KEY-WORDS: Imputability; Juvenile protection; Criminal legislation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Idade e capacidade. 3 Crianças e adolescentes como vítimas de crimes sexuais. 3.1 A idade e o distinguishing dos tribunais. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

A idade constitui um importante elemento no direito penal, seja para atribuição de responsabilidade ao autor, seja para que uma pessoa possa ser considerada como vítima em certos tipos penais. O critério etário de fixação da capacidade penal é estabelecido em lei na maior parte das legislações nacionais contemporâneas. Algumas vezes, como no México e no Brasil, a norma constitucional já registra tal decisão, consagrando a ideia de que a pena não se destina aos menores de dezoito anos. Costuma-se fundamentar essa a posição, afirmando-se que, em razão de sua vulnerabilidade, essa parcela da população é considerada inimputável porque não tem condições cognitivas ou volitivas para entender o caráter ilícito de suas ações ou para determinar-se de acordo com esse entendimento.

As mesmas razões que fundamentam a exclusão da responsabilidade das crianças e dos adolescentes são arguidas para conferir maior censura aos autores de crimes que vitimizam esses sujeitos, ou seja, quando sua imaturidade permite que sejam envolvidos ou cooptados por terceiros como vítimas de figuras delituosas. São também agravadas as penas de qualquer crime quando praticado contra criança, conforme dispõe a alínea h, do artigo 61 do Código Penal (Brasil, 1940). Cumpre, o

direito penal, neste caso, sua função preventiva, buscando proteger de forma mais enfática àqueles que têm menores condições de resistir a ataques de terceiros.

O presente trabalho pretende discutir a segurança dos padrões eleitos pelo legislador brasileiro para determinar o período da vida em que uma pessoa tem capacidade para ser autor de crime, e, de outro lado, quando sua vulnerabilidade determina a criação de figuras específicas punidas severamente. Procura-se questionar, ainda, em que medida o critério puramente etário reflete as aspirações, crenças e opiniões fundadas da população e confere segurança à norma constitucional.

O estudo é feito através de pesquisa bibliográfica da área jurídica e das ciências sociais, de decisões jurisprudenciais, valendo-se do método dialético de conhecimento para apontar as contradições essenciais no trato da questão.

2 Idade e capacidade

A doutrina vem, ao longo dos anos, procurando elucidar o conteúdo real do termo inimputabilidade, ou seja, buscando definir sua essência. Embora não haja unanimidade sobre o tema, há um consenso quanto à sua funcionalidade, qual seja, afirmar que o direito não reprovava a conduta de pessoas cuja capacidade de entendimento e de controle sobre a vontade esteja reduzida.

A ideia de imputabilidade está estreitamente associada à de responsabilidade, o imputável é aquele que tem consciência de suas ações e pode refreá-las quando necessário.

Alguns autores relacionam o conceito à capacidade de motivação dos próprios atos aos mandatos normativos, afastando-se do sentido mais frequente relacionado à maturidade necessária à compreensão do ato e ao poder de controle sobre sua prática. Nesta última perspectiva, a análise reduz-se à avaliação dos planos volitivo e intelectual, o que poderia limitar o julgamento do fato praticado a apreciação apenas de dados biopsicológicos, quando se sabe que as influências sociais e culturais têm forte influência sobre a motivação pessoal. Ou seja, é essencial reconhecer a importância do aprendizado que resulta da convivência social e do respeito ao conteúdo das normas. Procura-se estender, ainda, a culpabilidade à forma de vida conduzida pela pessoa, o que, conforme Roxin (2024, p. 1186), além de não ser comprovável, elimina o “efeito limitador do princípio garantista da culpabilidade

referível a um fato punível”.

É o mesmo autor (Roxin, 2024, p. 1229) quem adverte para o fato de que há dois níveis a serem considerados para a imputabilidade dos jovens, de acordo com o § 3 JGG do Código Penal alemão: capacidade de entendimento e capacidade de inibição. Mais frequentemente, porém, se entende que lhes falta apenas a capacidade de inibição.

A pergunta que se faz e que pode ser elucidativa em termos de responsabilidade penal é: tais atributos e capacidades estão ligados necessariamente ao tempo biológico de vida? Uma cultura que se expõe sem muito pudor parece que favoreceria um aprendizado precoce. Há, no entanto, estudos da medicina, mais propriamente da neurologia, que asseveram a existência de uma base orgânica que sustenta este juízo: diversas áreas do cérebro apenas estabelecem conexões a partir dos 24 ou 25 anos. Sem estas conexões a capacidade de controle e de inibição ainda é precária (Drobac e Hulvershorn, 2014). Tais conclusões não limitam o direito, que poderia agir conforme suas próprias razões, sobretudo aquelas ligadas à prevenção de crimes. Daí que não há, nos sistemas legislativos conhecidos, a extensão da incapacidade além dos 18 anos, mais comumente limitada aos 16 e 18 anos³. Razões de política criminal e éticas sugerem, porém, a desconsideração desse padrão.

No Brasil, a idade inferior a 18 anos é suficiente para que se presuma a irresponsabilidade penal, sem qualquer outra indagação sobre gravidade do crime ou recurso a algum outro expediente que permita aplicação da pena. Pode-se reconhecer, contudo que, em face a certos delitos, esteja presente a compreensão da ilicitude do fato, a exemplo do que se presume nos delitos de furto e de homicídio. A opção política da Constituição de 1988, em momento de retomada das liberdades democráticas, no entanto, foi a de remeter os menores de 18 anos para o Estatuto da Criança e do Adolescente sem outras indagações sobre capacidade penal.

³Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo definiram a idade penal em 18 anos, podendo ocorrer responsabilização criminal abaixo desta idade em certas hipóteses, com base em critérios não etários. A Escócia permite que o Procurador possa decidir se o caso pode ser encaminhado para a Justiça Criminal, dependendo da gravidade do crime até mesmo aos 12 anos. Nos Estados Unidos, cada estado pode definir a idade em que um jovem pode ser encaminhado à justiça criminal, embora a regra seja 18 anos. Antes desse marco, é possível se aplicar medidas de adultos aos adolescentes seja pelo tribunal de menores, seja por um tribunal criminal a depender da gravidade do crime. (NACIFF, Carolina. Reduzir a idade penal é constitucional? Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 72, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www.mpri.mp.br/documents/20184/1344914/Carolina_Naciff.pdf. Acesso em 15 de jan. 2025)

Além do momento político, pesou, em favor do critério puramente etário, a recusa em assumir, como nas legislações anteriores, critérios que associavam à idade outras qualidades que poderiam decidir pela responsabilidade dos infantes, a exemplo do discernimento. A Lei de 1830 (Brasil), Código Criminal do Império, apesar de assegurar a absoluta imaturidade dos menores de quatorze anos, permitia seu recolhimento às casas de correção caso houvesse discernimento do autor. Este padrão possibilitou que, até uma criança com cinco anos, fosse considerada culpada de homicídio não revestido de circunstâncias agravantes. Sob o Código de 1890 (Brasil), e diante da falta de estabelecimentos especiais, recolhia-se os menores com discernimento às cadeias públicas. Reduzir a imputabilidade a um marco etário pode, portanto, evitar decisões dessa natureza, ou seja, desprovidas de qualquer racionalidade.

A adoção do marco cronológico não significa, porém, que tenha havido renúncia à consideração de diferentes idades e capacidades no direito brasileiro. Veja-se, por exemplo, que a Constituição Federal (Brasil, 1988) estabelece no art. 7º, inciso XXXIII, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. O Código Civil (Brasil, 2002), nos artigos 3º, 4º e 5º, considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, e plenamente capazes os maiores de 18 anos. No direito eleitoral, aos maiores de 16 e menores de 18, o voto é facultativo, sem maiores considerações sobre essas razões. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) define como criança a pessoa com até 12 anos incompletos e como adolescente a pessoa entre 12 anos completos e 18 anos. O Código Penal, a seu turno, reconhece como vulnerável, nos artigos 217-A e 218, o menor de 14 anos cujo consentimento para a prática do ato libidinoso não deve ser juridicamente considerado.

Isto significa que, quanto mais séria e grave a decisão, maior amadurecimento é exigido pela lei, o que se realizaria em uma idade mais madura. A criança pode escolher um brinquedo ou uma sobremesa e sua preferência será considerada legítima, mas não pode ainda conter sua reação a uma provocação de terceiros.

Assim, pode-se entender porque o legislador criou tipos penais que apenas se realizam quando a vítima é um adolescente ou uma criança, de forma que a exculpação

dos autores desses ilícitos, em face de sua gravidade, exige um comportamento diferenciado do direito penal.

O momento mais interessante da legislação penal brasileira para punir o autor em razão dos marcos etários está situado no *Título Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*, mais especialmente, no Capítulo *Dos Crimes Sexuais contra vulnerável*.

3 Crianças e adolescentes como vítimas de crimes sexuais

No âmbito das relações sexuais, tema que por si só, é carregado de símbolos e acanhamentos, há um campo fértil para discussão sobre a ilicitude da conduta, sobretudo quando um dos atores ainda não adentrou a fase adulta.

Não há que se estranhar, portanto, que o tópico sobre os Crimes Sexuais seja o mais complexo para determinação de uma idade abaixo da qual certos, atos normalmente lícitos, podem ser considerados como criminosos.

A civilização contemporânea procura manter as crianças e os adolescentes preservados de uma vida sexual ativa, o que não significa desconhecer um possível interesse sexual latente. Sigmund Freud (1989), dentre todos, sustentou as especificidades da sexualidade na vida das crianças. Para o autor, a prática sexual não se limita ao ato físico de ter relações sexuais, mas é uma força fundamental que influencia o comportamento humano desde a infância. Reconheceu formas de sexualidade nas crianças, propondo que passam por várias fases de desenvolvimento psicosexual: oral, anal, fálica, de latência e genital. Freud acreditava que a sexualidade infantil fosse uma parte natural do desenvolvimento humano e que as experiências sexuais e emocionais da infância influenciavam a vida adulta. Argumentava também que a repressão da sexualidade infantil poderia levar a conflitos psicológicos e neuroses na vida adulta. Esses estudos não falam, porém a favor de uma vida sexual com adultos, mas de uma energia que está presente normalmente no processo de crescimento.

Há teses que apresentam uma explicação psicanalítica social para a preocupação em defender crianças – algumas - da prática de sexo. Para tanto, falam em qualidades sexuadas e sexualizantes que são utilizadas como recursos para aprofundar a diferença entre classes, uma vez que esses atributos são associados aos pobres e à classe trabalhadora. As crianças seriam divididas, em duas categorias:

inocentes (puros) e maliciosos, impuros e corrompidos, (uma categoria que era frequentemente confundida com a classe trabalhadora) em tentativa de conferir mais solidez aos limites da distinção de classe e raça, criando confinamentos: inocente e sexualizado, normal e patológico, sexualizado ou saudável (Attwood e Smith, 2011; Duschinsky, 2012; Egan, 2013).

Essa compreensão, típica dos séculos dezoito e dezenove, repercutiu mais adiante no tempo estigmatizando parte dos menores considerados sexualizados. Tudo sugere que influenciou o pensamento contemporâneo e inspirou um entendimento que questiona o acerto da proteção a jovens não inocentes, ou maliciosos, fortalecendo a tendência em inocentar o autor quando a vítima é considerada corrompida.

Não é de se estranhar, portanto, que até 2009, antes portanto da aprovação e vigência da Lei 12.015 (Brasil), se quisesse exigir, quando se tratava do antigo crime de corrupção de menores⁴, além da prova da idade e do fato, a demonstração da efetiva corrupção da vítima, à afirmação que o crime é material. Assim, seria preciso provar a efetiva mudança no comportamento do menor no sentido de sua perversão moral, apesar de decisão do STJ em sentido contrário, a qual, todavia não era considerada como tendo efeito vinculante⁵. A violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, conforme o próprio legislador, aconselharam uma redação mais estrita do tipo, descrito, agora, como: Art. 218 induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem, o que exige de perquirições sobre a natureza do crime.

3. 1 A idade e o distinguishing dos tribunais

Há outras figuras do Código Penal, e em diferentes textos legais, que visam a proteger pessoas numa fase ainda de formação e de crescimento físico e moral, de ações que afetem sua dignidade na esfera da sexualidade.

Dentre os tipos que definem tais crimes está o artigo 217-A do Código Penal que descreve uma conduta típica que consiste em: *Ter conjunção carnal ou praticar*

⁴ Art. 218 Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libertinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo.

⁵ Vide: Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.724.803 - MG (2018/0037329-7). Disponível em:

https://www.mpmg.mp.br/data/files/C5/84/EC/96/6A44A7109CEB34A7760849A8/REsp%201.724.803%20-%20CORRUP_O%20DE%20MENORES%20-%20Crime%20formal.pdf. Acesso em 3 jan. 2025.

outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. A pena abstratamente prevista é de prisão de oito a quinze anos para o autor, o que demonstra a grave reprovação do fato.

A figura não existia como crime autônomo antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015 de 2009, situando-se, até então, dentre as Disposições Gerais dos Crimes contra os Costumes como circunstância qualificadora.

O novo delito, além de enfatizar a reprovação ao fato em razão da posição topográfica que lhe foi dada, contém ressalva explícita sobre a impossibilidade de arguição de consentimento para conferir legitimidade ao fato. Com efeito, a imaturidade da vítima impede que sua anuência possa ser considerada pelo direito para afastar o tipo, o que já havia motivado o STJ para a edição da Súmula 593 que dispõe: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente” (Brasil, 2017)

O parágrafo 5º, do artigo 217-A (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) do Código Penal dispõe, no mesmo sentido, afirmando que:

“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. Basta, portanto, a idade para a realização do modelo de conduta tipificado.”

Apesar da clareza da lei, nota-se sua crescente mitigação na proteção aos adolescentes em favor do autor, através de decisões judiciais para as quais a idade não tem sido suficiente para a caracterização do delito.

Dois exemplos, ligados a julgamentos recentes, ilustram o rumo tomado pelas decisões dos tribunais.

O primeiro caso (Brasil, 2021), que sofreu reveses contínuos, ocorreu diante da Justiça do Rio Grande do Norte e envolvia uma menina de 12 anos e um rapaz de 19 anos que tiveram um filho como resultado da relação, com aquiescência dos pais da menor. Absolvido em primeiro grau, o autor teve a absolvição mantida no Tribunal estadual porque se entendeu que não haveriam elementos no processo que indicassem que o acusado tivesse “se aproveitado da idade da adolescente” .

No STJ, o desvio do mandamento legal foi conseguido ao argumento que a condenação deveria ser analisada considerando os possíveis prejuízos à vítima, no caso específico, o sofrimento maior para sustentar o filho, colocando sobre os ombros da vítima, tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. Razões de ordem financeira foram decisivas para a absolvição. O critério biológico, que tem a seu favor evitar decisões particularizadas, foi ignorado em prejuízo da força do imperativo legal e da proteção de todas as outras menores postas na mesma situação.

O segundo caso⁶ refere-se a um jovem maior de 18 anos e a uma menina de 13 anos de idade que mantiveram relações sexuais. Desta relação, nasceu uma criança. O caso chegou até instância superior quando o Tribunal seguiu uma linha de raciocínio semelhante à anterior, absolvendo o réu com base no consentimento da vítima e dos pais da adolescente e na formação de um núcleo familiar constituído pelo autor e pela vítima. A aplicação da sanção penal foi entendida como outro dano à família, mais grave que o próprio fato, o que não justificaria o possível benefício para a sociedade (Brasil, 2023).

Tem ganhado espaço a discussão sobre o sexo entre dois jovens adolescentes, em situações nas quais ambos concordam com o ato e a diferença de idade entre os mesmos não é significativa. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no caso, oferece respostas alternativas para o fato que não implicam em privação de liberdade.

Referido estatuto, principal marco legal da proteção a esse grupo etário no Brasil, também contém figuras que visam a proteger a dignidade sexual dos sujeitos aos quais destina sua proteção, o que não tem impedido, porém, sua superação através de certas interpretações em favor do sujeito ativo e do desprezo ao critério etário.⁷

Nesse sentido, ressalta-se que o artigo 217-A do Código Penal apresenta divergência do conceito utilizado no 218-B. Para o art.217-A (estupro de vulnerável), tal é a pessoa menor de 14 (catorze) anos, enquanto que, para o art. 218-B, vulnerável é o menor de 18 (dezoito) anos ou sem discernimento para prática do ato por enfermidade

⁶ Existem, na verdade, diversos julgados no mesmo sentido.

⁷ Os Artigos 244 A e 241, em seus desdobramentos, impunham penas severas à produção, reprodução e distribuição de material pornográfico infantil, enquanto o artigo 244-A criminaliza a submissão de menores à prostituição ou exploração sexual. A mesma Lei 12.015/09, todavia, revogou o art. 244-A do ECA e introduziu, no Código Penal, o tipo de Favorecimento à Prostituição (BRASIL, 2009).

ou doença mental. Promove-se um verdadeiro labirinto na fixação das idades, como se o legislador pretendesse atuar sempre em conformidade com as capacidades.

O art. 218-A do Código Penal, ao criminalizar a "satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente", fixa a idade de 14 anos como elemento do tipo, decidiu taxativamente proteger apenas aqueles que são menores de 14 anos, o que inclui crianças (jovens de até 12 anos) e os adolescentes entre 12 e 14 anos de idade. Presume-se, portanto, que, aqueles que têm idade superior ao teto estabelecido, 14 anos, têm equilíbrio emocional e maturidade suficientes para suportar a assistência de um ato sexual para satisfação da lascívia de terceiro. Tal não é razoável.

A submissão à prostituição, por sua vez, elege como vítimas pessoas com menos de dezoito anos e outras reconhecidas e, também como vulneráveis. Aqui, procura-se superar o limite etário imposto pelo legislador ao entendimento que o crime é permanente, de forma que apenas se consumaria quando a pessoa passasse a exercer habitualmente a prostituição. Para esta corrente, se a vítima vier a se prostituir uma única vez, o crime será tentado. Acerca deste ponto, assevera Capez e Prado:

“Deve-se consignar, no entanto, que, para a consumação, será necessário que a pessoa induzida passe a se dedicar habitualmente à prática do sexo mediante contraprestação financeira, não bastando que, em razão da indução ou facilitação, venha a manter, eventualmente, relações sexuais negociadas. Assim, o que deve ser habitual não é a realização do núcleo da ação típica, mas o resultado dessa atuação, qual seja, a prostituição da ofendida. Não havendo habitualidade no comportamento da induzida, o crime ficará na esfera da tentativa.”. (2016, p. 798)

Para Nucci, no entanto, é impossível a tentativa: “Não admite tentativa nas formas submeter, induzir, atrair e facilitar, por se tratar de crime condicionado”. A prostituição e a exploração sexual são elementos normativos do tipo, implicando em exercício do comércio do sexo ou sexo obtido mediante engodo. Exemplificando, no caso da prostituição, não se pode considerar uma mulher como prostituta se uma única vez teve relação sexual por dinheiro ou qualquer outro ganho material.” (2014. p. 55-56). Cleber Masson também aponta em direção à habitualidade da prostituição: “Nos núcleos 'submeter', 'induzir', 'atrair' e 'facilitar', a consumação se dá no momento em que a vítima passa a se dedicar com habitualidade ao exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, ainda que não venha a atender pessoa interessada em seus serviços” (2016, p. 826). Por fim, Cezar Roberto Bitencourt tem o mesmo

entendimento a respeito do conceito da prostituição: “Prostituição é o exercício habitual do comércio carnal (do próprio corpo), para satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. O que caracteriza efetivamente a prostituição é a indeterminação de pessoas e a habitualidade da promiscuidade.” (Bitencourt, 2019, p. 1726-1727). Portanto, adotando-se os conceitos dados pela doutrina, parece-nos mais correta a reflexão inicial, de Capez: se não houver habitualidade da prostituição, o crime do art. 218-B ficará na esfera da tentativa. De qualquer forma, seja qual for o posicionamento adotado, algo não se discute: para a consumação do delito, não é necessário que a vítima venha a, de fato, ter relações sexuais, bastando a oferta à prostituição.

Há quem entenda, porém, que a exigência de habitualidade que caracteriza a figura “é o exercício habitual do comércio carnal (do próprio corpo), para satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. O que caracteriza efetivamente a prostituição é a indeterminação de pessoas e a habitualidade da promiscuidade, segundo Bitencourt. Para Nucci (2014, p. 798), “não se admite a tentativa nas formas submeter, induzir, atrair e facilitar, por se tratar de crime condicionado.”, de modo que “[...] no caso da prostituição, não se pode considerar uma mulher como prostituta se uma única vez teve relação sexual por dinheiro ou qualquer outro ganho material [...]”.

4 Conclusão

A pouca idade representa um estado de imaturidade que impede o exercício livre de inúmeras ações consideradas válidas no âmbito jurídico. O direito toma essa mesma circunstância para oferecer uma proteção diferenciada quando a criança ou o adolescente são vítimas de crime.

Dá-se, no entanto, que várias decisões desconsideram a letra da lei para dar, ao fato, solução diversa do que está previsto na norma. É bem verdade que o magistrado é a figura encarregada de conferir à norma seu sentido real, função na qual é limitado pelo princípio da legalidade que o impede que vá além das fronteiras da norma.

As situações nas quais a proteção ao bem jurídico é mitigada ou ignorada pelo intérprete, como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual, não têm recebido a necessária refutação. As distintas etapas da vida têm merecido, desde sempre, um espaço na iconografia e na literatura em razão de suas especificidades. Cada fase é

marcada pela própria natureza que confere ao ser humano condições de cumprir seu papel existencial.

É sabido que a lei não contém palavras ociosas, dessa forma, por exemplo, tomar em consideração o consentimento da vítima, no artigo 217-A, viola a vontade expressa do legislador e fragiliza a proteção ao bem jurídico protegido. Do mesmo modo, ocorre com a exigência de elementos externos e estranhos aos tipos para assegurar a configuração do crime e a proteção ao bem jurídico protegido pela norma. Esse comportamento sugere a prática de *lawfare* de gênero, prática que ocorre quando o sistema legal é usado para realizar crenças e valores de alguns, afetando outras pessoas em razão de seu gênero (geralmente mulheres).

Uma proposta de lege ferenda para o artigo 217-A pode consistir no estabelecimento de uma minoração de pena ou em uma pena alternativa para os casos de constituição de família estável, nos quais a vítima tenha doze anos ou mais. Ou, ainda, reduzir para 12 anos a idade do estupro de vulnerável, caso se entenda que os costumes assimilam com normalidade relações consentidas aos 13 anos.

Situações nas quais a proteção ao bem jurídico é ignorada pelo intérprete, como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual de menores, não têm recebido a necessária refutação. As distintas etapas da vida têm merecido, desde sempre, um espaço na iconografia e na literatura em razão de suas especificidades. Cada fase é marcada pela própria natureza que confere ao ser humano condições de cumprir seu papel existencial.

A fragilidade da infância foi apreendida pelo legislador e, por isso, emerge claramente na lei, assim, as interpretações que neguem o dever de proteção afrontam o conjunto de crenças e expectativas que sustentam o direito.

5 Referências

ATTWOOD, F.; SMITH, C. Investigating young people's sexual cultures: an introduction. *Sex Education*, v. 11, n. 3, p. 235–242, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14681811.2011.590040>. Acesso em: 7 jan. 2025. DOI: <https://doi.org/10.1080/14681811.2011.590040>

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 07 jan. 2025.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 07 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 3 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Súmula n. 593, de 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.405.738 - MG (2023/0234576-6). Estupro de vulnerável. Particularidades do caso concreto. Atipicidade material reconhecida. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, julgado em 24 out. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 26 out. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302345766&dt_publicacao=30/10/2023. Acesso em: 07 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial n. 1.524.494/RN. Estupro de vulnerável. Peculiaridade do caso concreto. Consentimento da vítima e experiência sexual anterior. Súmula 593/STJ. Irrelevância do consentimento. Excepcionalidade. Manutenção da absolvição. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, julgado em 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=127386102&tipo=5&nreg=20150747457&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210528&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.724.803 - MG (2018/0037329-7). Corrupção de menores. Crime formal. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. Brasília, DF, julgado em 2018. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/C5/84/EC/96/6A44A7109CEB34A7760849A8/REsp%201>.

[724.803%20-%20CORRUP_O%20DE%20MENORES%20-%20Crime%20formal.pdf](#). Acesso em: 3 jan. 2025.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DROBAC, J. A.; HULVERSHORN, L. A. The neurobiology of decision making in high-risk youth and the law of consent to sex. *New Criminal Law Review*, v. 17, n. 3, p. 502-551, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1525/nclr.2014.17.3.502>. Disponível em: <https://online.ucpress.edu/nclr/article/17/3/502/68802/The-Neurobiology-of-Decision-Making-in-High-Risk>. Acesso em: 21 jul. 2024. Acesso em: 23 set. 2024.

DUSCHINSKY, R. The 2010 UK Home Office 'Sexualisation of Young People' Review: a discursive policy analysis. *Journal of Social Policy*, v. 41, n. 4, p. 715-731, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/S0047279412000505>. Acesso em: 07 set. 2024.

EGAN, R. D.; HAWKES, G. Disavowal and foundational fantasies: a psychosocial exploration of the class, race and the social construction of the sexual child in the Anglophone West. *Sexualities*, v. 16, n. 5/6, p. 635-650, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/1363460713488285>. Acesso em: 23 set. 2024.

FREUD, S. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. v. 9, p. 159-220. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NACIFF, Carolina. Reduzir a idade penal é constitucional? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 72, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Carolina_Naciff.pdf. Acesso em 15 de jan. 2025.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROXIN, Claus. Direito Penal: Parte geral: Tomo I: Fundamentos: A estrutura da teoria do crime. Tradução de Luis Greco et al. 5ª ed. alemã. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

Como citar:

GONÇALVES, Thiago Almeida. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A insuficiência do critério etário na fixação da imputabilidade: a idade e os crimes. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 35, p. 1-14, Jan/Dez - 2025. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originais recebido em: 13/10/2024.

Texto aprovado em: 23/10/2024.