

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

AMANDA RANGEL MENON

**A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA APLICADA AO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO *IURIS
TANTUM* À VULNERABILIDADE ETÁRIA**

**SERRA/ES
2021**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE SERRA**

AMANDA RANGEL MENON

**A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA APLICADA AO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO *IURIS
TANTUM* À VULNERABILIDADE ETÁRIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

Área de Concentração: Direito Penal.

**Professor Orientador: Prof. Elvis Silves
Pereira**

SERRA/ES

2021

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo a discussão da possibilidade de aplicação do *luris Tantum* à vulnerabilidade etária determinada no artigo 217-A do Código Penal, bem como a utilização, no direito brasileiro, dos critérios da “Exceção de Romeu e Julieta” editada por legisladores norte-americanos. Diante disso, será utilizado o método dedutivo para a análise de doutrinas, legislações e jurisprudências, a fim de abordar a temática em sua plenitude. Apesar de os crimes contra a dignidade sexual serem permeados pela crítica e condenação social, há aspectos que almejam por mudanças diante da incoerência legislativa, como o texto do artigo 217-A do Código penal. Assim, buscou-se interligar duas discussões, quais sejam: a análise da conformidade do absolutismo da presunção com os princípios do direito, e a aplicabilidade da “Exceção de Romeu e Julieta” no direito brasileiro. Destarte, constatou-se que embora tratem de perspectivas distintas, chegaram a mesma conclusão, isto é, a possibilidade da aplicação do *luris Tantum* ao tipo penal previsto no crime de estupro de vulnerável, tendo como principal base de fundamentação teórica, os critérios da “Exceção de Romeu e Julieta”. Dessa forma, na busca pela defesa da não punição da precocidade sexual dos adolescentes, assim como o anseio por não tornar a intimidade entre jovens em abuso sexual, mostra-se de vital relevância a discussão da presente temática.

Palavras-chave: *luris tantum*. crime de estupro de vulnerável. exceção de Romeu e Julieta. vulnerabilidade etária.

ABSTRACT

This paper analyzes the discussion by the possibility of applying the *luris Tantum* for the age vulnerabilize as determined in article 217-A of the penal code, also making use of, in Brazilian legislation, of the methods present in the "Romeo and Juliet Exception" created by North American lawmakers. Thus, the deductive method will be used for the analysis of doctrine, legislation, and jurisprudence, in order to approach the theme in its entirety. Despite the fact that crimes against sexual dignity are permeated by criticism and social condemnation, there are aspects that long for change due to legislative inconsistency, such as the text of article 217-A of the Criminal Code. Therefore, we sought to interconnect two discussions: the analysis of the conformity of the absolutism of the presumption with the principles of law, and the applicability of the "Romeo and Juliet Exception" in Brazilian law. Furthermore, it was verified that although they deal with different perspectives, they reached the same conclusion, that is, the possibility of applying *luris Tantum* for the penal type to the penal type provided for in the crime of rape of a vulnerable person, having as its main theoretical basis the criteria of "Romeo and Juliet Exception". In view of these facts, in the search for the defense of not punishing the sexual precocity of adolescents, as well as the desire not to turn intimacy among young people into sexual abuse, it is vitally important to discuss this issue.

Keywords: *luris tantum*. crime of rape of a vulnerable person. Romeo And Juliet exception. age vulnerability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	2
2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	4
2.1 O Crime de Estupro de Vulnerável e o Direito InfantoJuvenil no Direito Brasileiro.....	4
2.2 O Crime de Estupro de Vulnerável e o Direito InfantoJuvenil no Direito Norteamericano	10
3 <i>ROMEO AND JULIET LAW</i> (A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA) E O MODELO NORTE AMERICANO.....	12
3.1 Descrição e Requisitos de Aplicação.....	14
4 A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	16
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

1 INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais são foco de muitas discussões jurisprudenciais e doutrinárias, principalmente, no que se refere à presunção de violência do crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), denominado de Estupro de Vulnerável. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo responder a principal questão: Há a possibilidade da aplicabilidade do *Iuris Tantum* à vulnerabilidade etária no estupro de vulnerável no Brasil, aplicando-se como fundamento a “Exceção de Romeu e Julieta”?

A redação do artigo 217-A do CP, bem como os Tribunais Superiores determinam a presunção absoluta na prática do crime, não levando em conta o consentimento da vítima ou sua vida sexual pregressa. Contudo, diante disso, muitos adolescentes têm sido punidos pela descoberta sexual, uma vez que, mesmo havendo um relacionamento amoroso entre as partes, diante do absolutismo da presunção, são considerados estupradores recebendo a aplicação de medida socioeducativa.

Doutrinadores como Nucci e Saraiva, assim como decisões em Tribunais de Justiça, têm sido a favor da aplicação da relativização da presunção de violência do artigo 217-A do CP, quando praticado entre adolescentes, utilizando como fundamentação o *Romeo and Juliet Law* ou “Exceção de Romeu e Julieta”. Esta lei originada no Direito Norte-Americano, foi promulgada a fim de descriminalizar a prática sexual consensual entre adolescentes que tenham diferença de idade igual ou inferior a cinco anos.

Constata-se ter aumentado os adeptos a relativização da presunção, visando a não punição da descoberta sexual, tal como respeitando a liberdade sexual e os Princípios Constitucionais da intervenção mínima, da ofensividade e da adequação social. Dessa forma, o presente trabalho será dividido em três capítulos, iniciando-se com a análise da legislação penal e infantojuvenil brasileira e norte-americana, principalmente no que se refere à presunção da violência.

Em seguida, serão expostos os critérios e requisitos de aplicação da teoria da Exceção de Romeu e Julieta de acordo com o modelo norte-americano. Por fim, será exposto na doutrina e em jurisprudências brasileiras a utilização da corrente teoria para a fundamentação e defesa da descriminalização da descoberta sexual entre adolescentes.

Embora haja um aumento dos defensores da relativização da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável, os Tribunais Superiores e doutrinadores

como Rogério Greco defendem a presunção absoluta, motivo pelo qual será explanado a divergência doutrinária e jurisprudencial a fim de abordar a temática em sua plenitude.

Desse modo, o estudo da temática será desenvolvido a partir do método dedutivo, já que será utilizada a observação e a reflexão sobre o tema por meio de uma pesquisa documental e de análise de casos, de forma a desenvolver a investigação do tema pautada não apenas na teoria, mas também na prática. Destarte, serão analisados doutrinas, leis e julgados/jurisprudências dos Tribunais com demonstrativo de casos concretos.

Observa-se assim, tratar-se de uma temática que suscita uma discussão vasta a partir da dicotomia das presunções dispostas sobre o artigo 217-A do CP, já que envolve análise não apenas das legislações e jurisprudências brasileiras, mas também de princípios e manifestações doutrinárias.

Dessa forma, diante da realidade social da juventude brasileira, e da divergência principiológica, doutrinária e jurisprudencial sobre a presunção da vulnerabilidade etária no crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal, será mostrada a relevância da discussão da temática, diante da defesa do *Iuris Tantum*, desenvolvida no presente trabalho.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os crimes de cunho sexual são temas que incitam a manifestação popular, doutrinária e jurisprudencial, principalmente no que se refere ao estupro de vulnerável, atualmente, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, que o define como o ato de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 1940).

O Código Penal de 1940 trouxe um novo olhar sobre a infância e adolescência, inserindo-os em um contexto de fragilidade e proteção que, posteriormente, foi ratificado pela Constituição Federal de 1988. Esta, em seu artigo 227, trouxe de forma expressa a defesa absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes. Contudo, foi apenas em 2009, com a Lei nº 12.015, que o código penal tipificou o crime de estupro contra os vulneráveis, no qual enquadra os menores de quatorze anos.

Ainda, em 24 de setembro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.718 que realizou, novamente, algumas modificações no Código Penal, por exemplo, tipificando crimes como a importunação sexual e alterando a ação penal dos crimes contra a liberdade

sexual, de privada para pública incondicionada. Além dessas mudanças, inseriu-se o § 5º no artigo 217-A do CP que estabeleceu a presunção absoluta sobre o crime de estupro de vulnerável, indo ao encontro do clamor social.

2.1 O Crime de Estupro de Vulnerável e o Direito Infantojuvenil no Direito Brasileiro

O Código Penal de 1940, antes da promulgação da Lei nº 12.015/09, possuía em sua redação duas principais tipificações voltadas para o constrangimento da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana, qual sejam, os artigos 213 (estupro) e o 214 (atentado violento ao pudor) do código penal.

Em seu bojo, traziam como regra, o emprego da violência ou da grave ameaça, assim como, respectivamente, no primeiro, o polo passivo poderia ser ocupado apenas por mulheres, enquanto o segundo enquadrava qualquer indivíduo.

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena - reclusão, de três a oito anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena - reclusão de dois a sete anos.

(BRASIL, 1940)

Contudo, com a Lei nº 12.015/09, o art. 214 do CP foi incorporado ao crime de estupro, que passou a abranger não apenas a conjunção carnal, mas também a prática de atos libidinosos, assim ficando a nova redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: **(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)**
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

(BRASIL, 1940)

Os artigos seguintes traziam, respectivamente, os crimes de “posse sexual mediante fraude” e “atentado ao pudor mediante fraude”, cujo polo passivo é limitado pela expressão “mulher honesta”, sendo as suas formas qualificadas restritas à adolescentes maiores de 14 anos e menores de 18 anos. Os artigos 217 e 218 do CP que os seguiam, enquadrados no capítulo “Da sedução e da corrupção de menores”, novamente, estabeleciam no polo ativo os maiores de 14 anos e menores de 18 anos.

As determinações expressas do artigo 213 ao 218 do CP abordavam em seu alicerce a presunção de que aos menores de quatorze anos estabelecia-se a presunção absoluta, não sendo necessário analisar a ocorrência de violência ou grave ameaça. Essa ideia estava firmada nas disposições gerais, especificamente no artigo 224 do mesmo código.

O artigo 224 do CP, que posteriormente foi revogado pela Lei nº 12.015/09, abordava: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: **a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência**”. Negrito (BRASIL, 1940).

Nucci (2021, p. 55) expõe que “o fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar que tais vítimas (enumeradas nas alíneas a, b e c) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso)”. Todavia, embora houve-se a determinação da presunção da violência, esta suscitava muitos questionamentos quanto a possibilidade da existência de um relacionamento amoroso entre as partes.

Diante da lacuna jurídica existente, viu-se a necessidade de realizar alterações na legislação pautada no princípio da adequação social, de modo que culminou na modificação do Código Penal em 07 de agosto de 2009 com a promulgação da Lei nº 12.015, que trouxe mudanças significativas ao Código Penal Brasileiro.

A referida Lei alterou a nomeação do Título VI de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, bem como do capítulo II de “Da Sedução e da Corrupção de Menores” para “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”. Ainda, houve a instauração de novos tipos penais voltados à proteção da vulnerabilidade dos considerados absolutamente incapazes, como a inserção do artigo 217-A no CP, denominado de Estupro de Vulnerável.

O artigo 217-A do CP enquadra, expressamente, entre o grupo de vulneráveis, os indivíduos menores de 14 anos - “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.” (BRASIL, 1940). O mesmo referido artigo aborda como vulneráveis, no §1º, aqueles que por enfermidade, deficiência mental ou que por outro motivo não tenham condições de discernimento ou de mostrar resistência.

Segundo Gonçalves (2020, pág. 35), o crime de estupro de vulnerável é de tipo objetivo, já que para a configuração do delito basta a prática de ato libidinoso ou ter conjunção carnal com indivíduo menor de quatorze anos. Assim, na presença ou não

de grave ameaça ou violência, estando a vítima enquadrada nas condições do artigo 217-A, *caput*, ou §1º do CP, estará configurado o crime de estupro de vulnerável.

O crime tipificado no artigo 217-A do CP configura-se como crime comum, uma vez que qualquer pessoa pode enquadrar-se no polo ativo, inclusive, adolescentes que, apesar de serem considerados penalmente inimputáveis, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), responderão por ato infracional.

No polo passivo enquadram-se somente os menores de quatorze anos ou aqueles que não possuam discernimento para consentir com o ato, bem como os portadores de deficiência mental ou que por qualquer outro motivo não apresentam capacidade para resistir à prática sexual. Tendo como enfoque os menores de quatorze anos, Capez (2020, pág. 126) afirma que o estabelecimento da vulnerabilidade etária se pautou na dita imaturidade emocional dos menores.

O crime de estupro de vulnerável é doloso, pois pauta-se unicamente na vontade do agente em ter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos com os indivíduos enquadrados no *caput* ou §1º do art. 217-A do CP. A consumação, por ser delito material, ocorre, referente à conjunção carnal, com a penetração do pênis, de forma completa ou incompleta, na cavidade vaginal feminina.

Referente ao ato libidinoso, consuma-se com a prática de qualquer ato, distinto da cópula vaginal, que gere prazer sexual (CAPEZ, 2020, pág. 90). Quanto à tentativa, Bitencourt relata ser esta possível, conforme observado:

Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No estupro, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início de execução, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal. (BITENCOURT, 2012, pág. 102)

No entanto, conforme o § 5º do art. 217-A do CP, por não se considerar o consentimento da vítima ou sua experiência sexual pregressa, a interrupção do início da execução de qualquer ato libidinoso, sendo o ofendido menor de quatorze anos, enquadra o crime em sua forma tentada, mesmo diante da ausência de violência ou grave ameaça.

Ainda, no que se refere à classificação doutrinária, constata-se que o crime de estupro de vulnerável é comissivo, já que seus verbos nucleares se consubstanciam

na prática de ações. Estas, por não se prolongarem no tempo, pois ocorrem em um momento determinado, definem o crime como instantâneo. Outrossim, constitui-se como crime unissubjetivo, uma vez que é praticado por um único sujeito, podendo admitir participação ou coautoria.

Outrossim, o crime tipificado no art. 217-A do CP é plurissubsistente, pois, de acordo com o caso concreto, a conduta pode ser dividida em diversos atos, motivo pelo qual este tipo de crime torna possível a tentativa (BITENCOURT, 2012, pág. 103). Por tratar-se de crime que tenha por objetivo promover, no que se refere ao *caput* do art. 217-A do CP, a proteção integral da criança e do adolescente, a pena cominada é de reclusão, sendo a pena mínima de 08 anos e a máxima de 15 anos (BRASIL, 1940).

O crime de estupro de vulnerável torna-se qualificado quando da prática do ato resulte lesão corporal grave (art. 217-A, § 4º do CP), tornando a pena de dez a vinte anos de reclusão. E caso, do ato delituoso resultar a morte da vítima, a pena será de doze a trinta anos de reclusão (art. 217-A, § 5º do CP).

As formas simples e qualificada, diante da gravidade e do enquadramento do crime de estupro de vulnerável entre aqueles cuja violação ao bem jurídico é considerada de maior relevância, foram inseridas no rol dos crimes hediondos (artigo 1º, inc. VI, da Lei nº 8.072/1990). Esta inserção objetivou tornar mais severa a punição dos que a praticam, independente da forma, se simples ou qualificada.

Observa-se que a ação penal do crime de estupro vulnerável é pública incondicionada, conforme art. 225 do CP. Além disso, no art. 226 do mesmo código aborda as causas possíveis de aumento da pena, quais sejam: concurso de pessoas, ser o agente parente da vítima, bem como nos casos de estupro coletivo e corretivo.

Embora o crime de estupro de vulnerável seja objetivo em sua definição e em toda a classificação doutrinária, o estabelecimento da vulnerabilidade pela idade do indivíduo pode suscitar a incidência de alguns institutos penais como o erro de tipo, estabelecido no artigo 20 do Código Penal.

Não obstante terem menos de quatorze anos, muitos menores afirmam para terceiros já terem atingido a maioridade. Ainda, atrelado a isso, apresentam estrutura corporal e psicológica mais evoluídas, aparentando, com o seu físico e atitudes, terem mais idade do que realmente possuem.

Diante de inúmeros fatores que direcionam ao entendimento de que o indivíduo possua mais de quatorze anos, torna-se impossível a imputação do crime de estupro

de vulnerável ao agente, já que há a ocorrência do erro de tipo, e, por conseguinte, pode-se eliminar o dolo. Pelo fato de não haver estupro culposo, considera-se que não houve crime (NUCCI, 2021, pág. 61).

Mirabete e Fabbrini referente à vulnerabilidade etária e a preponderância no novo tipo penal (art. 217-A do CP), bem como a sua adequação ao contexto social, afirmam:

Uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei nº 12.015, de 07.08.2009, consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra os crescentes abusos sexuais e a proliferação da prostituição infantil e de diversas outras formas de exploração sexual. A repressão à exploração sexual do menor tem sido objeto de diversos tratados e convenções internacionais, tanto em razão da relevância do bem jurídico atingido por práticas dessa natureza, como também em face da dimensão internacional que vem assumindo o tráfico de menores com fins sexuais. Ao reservar um capítulo próprio aos crimes contra vulnerável, centrado na proteção ao menor de 18 anos, o legislador procurou, também, dar maior efetividade ao mandamento contido no art. 227, § 4º, da Constituição Federal, que prevê: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (MIRABETE; FABBRINI apud SILVA, 2014, p. 71)

O advento da Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009) expandiu a proteção da dignidade sexual ao homem, assim como, estabeleceu de forma expressa a absoluta incapacidade do menor de quatorze em expressar a sua vontade sexual. O estabelecido deste absolutismo teve como objetivo realizar o que Mirabete e Fabbrini afirmam: Promover a proteção integral das crianças e adolescentes.

Assim, com o novo crime tipificado no artigo 217-A, *caput*, do CP, voltado ao amparo da infância e adolescência, afasta-se por completo o critério subjetivo para determinar a configuração do crime, utilizando o critério objetivo, qual seja, a idade do indivíduo. Assim, não se leva em consideração o desenvolvimento ou maturidade sexual do menor de quatorze anos.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou a presunção absoluta sobre o crime de estupro de vulnerável:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 2017-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsome-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado

estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. **2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos.** Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, **basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade** e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.” Negrito (STJ, REsp 1371163 / DF 2013/00796774, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 25/06/2013 – SEXTA TURMA).

Em 2017, como forma de pacificar o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça publicou a súmula nº 593 que determina a irrelevância do consentimento ou da experiência sexual do menor de quatorze anos, uma vez que é absolutamente incapaz e, portanto, a presunção igualmente absoluta.

De modo a haver uma harmonização com a posição do Superior Tribunal de Justiça, em 2018, promulgou-se a Lei nº 13.718 que inseriu no artigo 217-A do CP, o §5º que estabeleceu a aplicação do tipo penal independente de consentimento da vítima ou do fato dela já ter tido experiências sexuais anteriores ao crime.

Embora a prática de crime por qualquer indivíduo seja passível de punição, a legislação brasileira concede proteção às crianças e adolescentes, enquadrando, conforme o artigo 27 do código penal, os adolescentes no grupo dos penalmente inimputáveis, devendo ser regidos por uma legislação específica, qual seja: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90 – ECRID).

O ECRID dispõe em seu rol de crimes, apenas aqueles praticados contra crianças e adolescentes, objetivando a sua integral proteção. Assim, no que se refere a prática de crimes pelos adolescentes, utiliza-se o código penal como base para a tipificação penal. Todavia, por tratar-se de indivíduos pertencentes ao grupo dos inimputáveis, considera-se que ao invés de praticarem crime, cometem ato infracional - “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990).

Não obstante o ato infracional tratar de conduta análoga a crime previsto no código penal, para a sua tipificação utilizam-se os mesmos requisitos, isto é, a conduta praticada deve ser típica, antijurídica e culpável. Entretanto, no fim da instrução e julgamento, não é possível a aplicação de pena, e sim de medida socioeducativa, a

qual poderá ser estabelecida em liberdade (liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade), semiliberdade ou com restrição desta (internação).

Aspecto preponderante ao tratar-se sobre a infância e adolescência é a determinação da idade, uma vez que de acordo com o artigo 2º do ECRID (Lei nº 8.069/90), considera-se criança todo indivíduo menor de doze anos, assim como adolescente, todo aquele que tiver enquadrado entre as idades de doze anos completos e dezoito anos incompletos. A estes aplicam-se as medidas socioeducativas quando praticado algum ato infracional.

Ainda que haja a determinação da idade, constata-se na legislação brasileira uma desarmonia quanto ao elemento etário, ao estabelecer como critério de vulnerabilidade, no artigo 217-A, a idade de quatorze anos. A legislação brasileira estabelece, de um lado, a não capacidade dos adolescentes entre doze e quatorze anos de exercerem a sua liberdade sexual, e do outro, a aplicação de sanção penal, inclusive, com pena restritiva de liberdade.

Assim, ainda que sejam a vítima e o suposto agressor adolescentes em um relacionamento amoroso, caso haja a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos, configura-se, segundo o código penal, a prática do estupro de vulnerável. Diante disso, constata-se a relevância da discussão da temática a fim de que adolescentes não sejam punidos pela descoberta sexual ante uma desarmonia legislativa.

2.2 O Crime de Estupro de Vulnerável e o Direito Infantojuvenil no Direito Norte-americano

Os Estados Unidos possuem uma legislação rígida quanto à prática de crimes sexuais, estabelecendo, igualmente ao Brasil, o critério etário para determinar o consentimento válido de uma pessoa para a prática sexual. A determinação da idade varia de cada Estado norte-americano, diante da autonomia legislativa existente diante do Federalismo como forma de governo.

No documento *Adolescent Sexual Behavior and the Law* (2011, pág. 6), produzido por Smith e Kercher do *Crime Victim's Institute* da *Sam Houston State University*, estabelece que em regra, na maioria dos estados norte-americanos, a idade de vulnerabilidade é até os 16 anos, podendo em alguns estados chegar a 18 anos.

Os adolescentes considerados vulneráveis pela legislação norte-americana não possuíam autonomia para consentir com a prática sexual. No entanto, a

presunção absoluta, objetivando a proteção da infância e da adolescência, fez majorar o número de adolescentes que respondiam por crimes sexuais, já que diante do absolutismo imposto, a prática sexual consentida entre adolescentes passou a ser crime.

Na legislação dos EUA, as consequências para um indivíduo que responde por estupro de vulnerável são severas, pois vão além da esfera penal. Os considerados agressores sexuais devem registrar-se como ofensores sexuais, a fim de que a população tenha conhecimento de que se trata de um estuprador e saiba onde ele reside na comunidade, de modo a manterem-se alertas em caso de reincidência (MOREIRA, 2017, pág. 20).

Outrossim, diante da estigmatização provocada pelas restrições de registro e notificações, as oportunidades de emprego são reduzidas. Além disso, a maioria dos estados estabelece que os agressores vivam a uma determinada distância de escolas, parques e paradas de ônibus escolares. A distância pode variar de 1000 metros a 2500 metros de distância.

Moreira (2017, pág. 22) afirma que, por exemplo, no estado de Orlando, 95% das casas ficam ao redor ou próximas à locais frequentados por crianças e adolescentes, restando apenas 5% da cidade com disponibilidade para o considerado agressor sexual residir. Diante disso, constata-se o impacto negativo que a acusação de que um indivíduo praticou estupro de vulnerável pode realizar na vida de uma pessoa, ainda mais sendo esta um adolescente.

Tendo em vista a necessidade da flexibilização e da descriminalização da prática sexual consentida, alguns estados norte-americanos estabeleceram uma diferença de idade permitida entre a vítima e o suposto agressor, que atrelado ao critério do consentimento, descriminalizam a prática do estupro de vulnerável.

Essa disposição culminou na elaboração de leis voltadas para o direito infanto-juvenil que determinavam os critérios e elementos necessários para haver a aplicação da relativização da presunção de violência no artigo 217-A do código penal. Assim, cerca de 30 estados aderiram à aplicação dessas leis que foram denominadas de *Romeo and Juliet Law* (SMITH; KERCHER, 2011, pág. 10), de modo a conceder proteção aos jovens amantes.

3 ROMEO AND JULIET LAW (A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA) E O MODELO NORTE AMERICANO

Os Estados Unidos da América são referência no direito internacionalmente pela promulgação de sua Constituição em 1787, que segundo Saraiva (2010, pág. 250), na moderna república, tornou-se o alicerce da maioria das definições de liberdades individuais encontradas nas constituições espalhados pelo mundo. Além disso, os EUA são responsáveis pela fundação das Organização das Nações Unidas (ONU) e signatários de convenções como a de Direitos Humanos.

O direito norte-americano pauta-se no sistema *Common Law*, presente na maioria dos Estados de língua inglesa, no qual a sua base são os costumes, princípios e jurisprudências. A lei surge apenas como mais uma fonte do direito. Embora haja países onde existam códigos legislativos, são vistos como uma consolidação do direito consuetudinário. Além disso, são interpretadas a partir de jurisprudências.

O juiz do sistema *Common Law* produz o direito, já que a lei não é a sua base de raciocínio, podendo ser utilizada apenas para reforçar a sua convicção. De modo oposto, o sistema *Civil Law*, adotado pelo Brasil, possui como base do direito a lei, devendo a convicção do magistrado, em regra, partir das codificações, estatutos e consolidações. A partir da distinção dos dois sistemas, Soares expõe:

A questão é de método; enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita, e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o *case law* é a regra e o *statute* é o direito de exceção, portanto integrativo. (SOARES, 2000, pág. 98)

Não obstante os Estados Unidos da América serem conhecidos por adotarem o *Common Law*, este teve uma construção distinta no país, já que tem uma Constituição escrita que está no ápice da pirâmide normativa. Assim, pode-se considerar que o Estado norte-americano possui um direito misto, pois, evidentemente, há a presença do *Civil Law*.

O sistema de justiça norte-americano, principalmente o juvenil, é conhecido pela sua carga “puritana” (SARAIVA, 2010, pág. 250), constituindo crime o sexo consensual com indivíduos menores de idade (que pode variar conforme o estado norte-americano), inclusive, entre os próprios adolescentes. Entretanto, esta rigorosidade do direito norte-americano cedeu à necessidade da adequação social e pela busca da não punição da descoberta sexual.

Os crimes sexuais nos estados norte-americanos não são apenas estigmatizados pelo tipo penal, mas também expostos à sociedade através de registros e critérios de identificação, de modo que os autores de tais delitos sejam facilmente reconhecidos e vivam de forma regrada. Diante disso, constata-se tratar de uma legislação rigorosa e punitiva que estabelece não haver violência presumida, isto é, se ocorreu o fato, então há crime.

Diante da necessidade da adequação social, já que, diante da descoberta sexual, cada vez mais adolescentes entram para o sistema prisional e para o registro de criminosos sexuais, notou-se a necessária mudança legislativa. Assim, os americanos elaboraram a *Romeo and Juliet Laws*, que traduzido para o português, por doutrinadores como Saraiva, significa “Exceção de Romeu e Julieta”, pois constataram que intimidade sexual é diferente de abuso sexual.

No ano de 2007, *Romeo and Juliet Laws* foram inicialmente implantadas nos estados norte-americanos de Connecticut, Flórida, Indiana e Texas (SARAIVA, 2010, pág. 250). A “Exceção de Romeu e Julieta” foi inspirada no célebre romance “Romeu e Julieta”, de William Shakespeare, diante da idade dos personagens principais da obra: Romeu (16 anos) e Julieta (13 anos).

Se a história de “Romeu e Julieta” ocorresse nos dias atuais, a partir da legislação americana, Romeu e Julieta seriam punidos por cometerem uma espécie de estupro de vulnerável bilateral, já que apesar da idade aceitável para consentimento variar de cada estado, na maioria, 16 anos é considerado menor incapaz de consentir. Já na legislação brasileira, Romeu responderia por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, tendo como vítima Julieta.

A “Exceção de Romeu e Julieta” prevê que se entre o autor e a suposta vítima tiver uma determinada diferença de idade, e for comprovado ser o sexo consentido, não haverá a criminalização da conduta ou a sua consequência será amenizada, como a aplicação de uma punição alternativa ou o não registro no cadastro de criminosos sexuais.

Dessa forma, constata-se que a “Exceção de Romeu e Julieta” foi criada nos Estados Unidos com o objetivo de descriminalizar a intimidade sexual entre adolescentes, em uma fase da vida em que “a personalidade está em fase final de estruturação e a sexualidade se insere nesse processo, sobretudo como um elemento estruturador da identidade do adolescente” (OSÓRIO apud CANO; FERRIANI; GOMES, 2000, pág. 18).

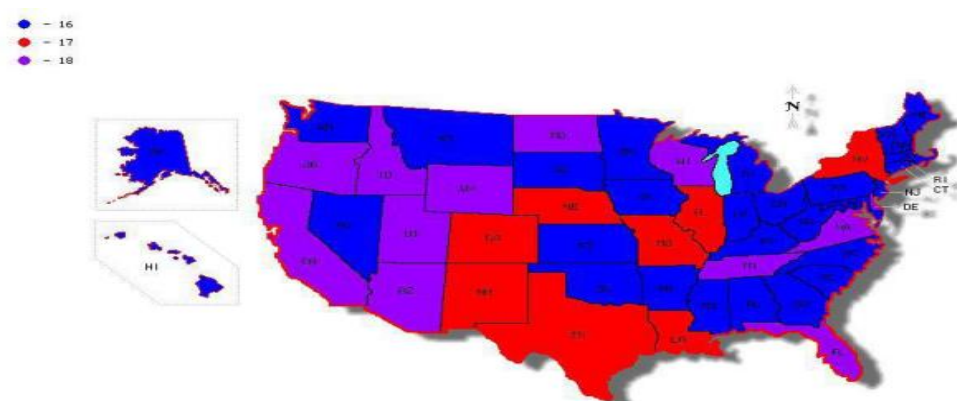
3.1 Descrição e Requisitos de Aplicação

Apesar da “Exceção de Romeu e Julieta” surgir para descriminalizar ou amenizar a pena da prática sexual consentida entre adolescentes, há critérios que devem ser seguidos para a sua aplicação. Nos Estados Unidos, os critérios, apesar de seguirem as mesmas diretrizes, variam entre cada estado federativo norte-americano.

A aplicação da *Romeo and Juliet Law* pode gerar desde a descriminalização da conduta, a proporcionar uma defesa afirmativa como ocorrer no estado da Califórnia. A maioria dos estados federativos norte-americanos estabelecem como critérios principais para a aplicação da *Romeo and Juliet Law* a diferença de idade entre o suposto ofensor e a vítima, o consentimento para a prática sexual e a idade da ofendida.

A idade da vítima varia entre cada estado norte-americano, variando entre 16 e 18 anos, conforme mapa exposto no “Adolescent sexual Behavior and the Law” realizado pelo *Crime Victims’ Institute*, em que é possível observar a diferença de idade da maioridade, ou seja, idade permitida para a prática sexual com consentimento:

Figura 1: Age of Consent by State¹



Fonte: *Crime Victims’ Institute*

Em estados como a Flórida, que estabelece a idade de 18 anos para a maioridade, estabelecem-se como critérios para a aplicação da *Romeo and Juliet Law*: ter a vítima entre 14 e 17 anos, haver o consentimento para a prática sexual, entre o

¹ Idade de consentimento por estado.

suposto agressor e a vítima ter uma diferença de até quatro anos, e o ofensor não pode possuir nenhum registro anterior referente ao cometimento de crimes sexuais (PERLET&SHINER, P.A., 2016).

No estado da Flórida não há a descriminalização do crime de estupro de vulnerável. Assim, diante do preenchimento dos requisitos estabelecidos através da *Romeo and Juliet Law*, aos agressores é possibilitado o não registro destes na lista de criminosos sexuais, impedindo que os mesmos sejam considerados pela sociedade como agressores sexuais (USLEGAL, 2021).

No estado do Texas, onde a idade para consentimento é 17 anos, para que seja aplicada a *Romeo and Juliet Law* é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: entre a vítima e o agressor deve haver uma diferença de idade de, no máximo, três anos; a vítima deve ter mais de 14 anos; a conduta não pode ser considerada incesto e nem enquadrar em bigamia se casarem; a prática sexual deve ser consentida e o ofensor deve ser primário no cometimento de crimes sexuais (SMITH; KERCHER, 2011, pág. 11).

Nos estados norte-americanos há a determinação de uma idade mínima da vítima para que se vislumbre a aplicação da *Romeo and Juliet Law*, sendo na maioria dos estados a idade de 14 anos. Esse limite estabelecido tem como um dos motivos ser essa idade já enquadrada nos estados como passível de responsabilização penal, motivo pelo qual possibilita-se, coerentemente, a aplicação da *Romeo and Juliet Law* quando há a relação sexual consentida e preenchido os requisitos.

No estado da Geórgia, em que a idade para consentimento é 16 anos, houve um caso de estupro de vulnerável que repercutiu nacionalmente, diante da denúncia de uma mãe que informou às autoridades policiais que sua filha de 15 anos havia sido estuprada por Garnalow de 17 anos e outros cinco rapazes. Todos foram condenados, tendo os cinco rapazes realizado um acordo judicial, no qual seriam registrados como agressores sexuais em troca da diminuição da pena.

Garnalow recusou-se a aceitar o acordo, já que a menina confessou que o sexo oral foi consentido em uma festa entre amigos, o que também foi provado nos vídeos do hotel em que estavam. Contudo, a justiça o condenou à prisão por 10 anos. Em 2007, com a edição da *Romeo and Juliet Law*, a Suprema Corte do Estado da Geórgia libertou Garnalow da prisão, diante da descriminalização do sexo consensual entre adolescentes (SMITH; KERCHER, 2011, pág. 08).

Constata-se que a *Romeo and Juliet Law* foi elaborada com objetivo primordial de não transformar a intimidade sexual entre adolescentes em abuso sexual, já que a inserção de um indivíduo no rol de criminosos sexuais é algo que muda, por completo, a vida de um jovem. Assim, objetivando não punir a descoberta sexual, elaborou-se a *Romeo and Juliet Law*, que embora a sua aplicação nos estados tenha consequências distintas, tem possibilitado a descriminalização ou a fixação de penas mais brandas.

4 A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito é um campo do conhecimento que está em constante sintonia com a sociedade, mudando à medida que o social, formado por indivíduos inconstantes, muda. Filho (2003), na busca por tentar encontrar uma definição para o Direito, o define como um sistema em transformação, já que nada está totalmente moldado, e sim em um processo de formação, sendo nesse estado de inconstância que as coisas “se entrosam na totalidade dos objetos observáveis e das forças naturais e sociais, que os modelam, e orientam a sua evolução”. (FILHO, 2003, p. 5).

Constata-se que as leis buscam, ou deveriam buscar, acompanhar as mudanças da sociedade. Contudo, não obstante o Código Penal ter passado por muitas alterações diante da necessidade de acompanhar as mudanças sociais, há aspectos que anseiam por mudanças, principalmente, no que se refere à presunção da violência determinada no artigo 217-A do Código Penal.

A inserção do crime de estupro de vulnerável ocorreu através da Lei nº 12.015/2009, que o inseriu no rol dos crimes contra a dignidade sexual, abarcando, no grupo da vulnerabilidade etária, os indivíduos menores de 14 anos. A partir dessa significativa mudança, Rogério Greco afirma que não havia mais margem para a continuidade das discussões sobre a possibilidade de relativizar a presunção:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. [...]. **O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos**, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal. [...]. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não

terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, **a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.** Negrito (GRECO, 2012, p. 532-534)

Todavia, em 2018, apesar da presunção determinada já estar implícita na interpretação do artigo, foi inserido o §5º ao art. 217-A do CP, pela Lei 13.718/2018, que, de forma expressa, determinou a presunção absoluta de violência diante da vulnerabilidade etária da vítima (menores de 14 anos). Consta-se que essa mudança veio ao encontro do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

O STJ, em 2015, após questionamentos e discussões sobre a relativização do estupro de vulnerável nos tribunais estaduais, determinou em sede de Recurso Especial Repetitivo:

Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. **O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.** Negrito (BRASIL, STJ, Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgado em 26/08/2015).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também apregou a presunção absoluta sobre o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do CP), ratificando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A anuência da menor e sua experiência sexual anterior em nada interferem para afastar a tipicidade da conduta dos embargantes, pois o critério etário é objetivo, o que enseja o caráter absoluto da presunção de violência – **o consentimento da criança menor de 14 anos, anterior experiência sexual e aparência física da vítima não possuem relevância para a caracterização do crime de estupro,** devendo a presunção de violência, anteriormente estabelecida no art. 224. Alínea a, do código penal, ser considerada de natureza absoluta. Negrito (BRASIL, STF, 2016)

Os Tribunais Superiores determinaram, de forma expressa, a impossibilidade de o magistrado analisar o caso concreto ou determinar a idade em que um adolescente tem a capacidade de discernimento, pois o legislador já o fez, fixando a idade de quatorze anos. A determinação teve como base o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de modo a proporcioná-los um desenvolvimento sadio.

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 593, de modo a efetivar e ratificar o posicionamento adotado referente à presunção absoluta (*lure et de lure*) sobre a vulnerabilidade etária do crime de estupro de vulnerável, não possibilitando a discussão de sua relativização. Assim, determina ser “[...] irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.” (BRASIL. STJ, 2017).

Doutrinadores como Paulo César Busato, posicionam-se a favor da determinação dos Tribunais Superiores, defendendo unicamente o critério objetivo da idade para o enquadramento da presunção absoluta sobre o tipo penal: “o legislador decidiu deixar clara a opção por uma presunção absoluta, ao estabelecer um tipo penal como o do art. 217-A, em que se especifica claramente o caráter objetivo e concreto do limite biológico que impõe responsabilidade ao autor.” (BUSATO, 2017, pág. 893).

Embora os Tribunais Superiores e doutrinadores afirmem a presunção absoluta, outras doutrinas e os Tribunais Estaduais têm defendido a relativização (*Juris Tantum*) do crime de estupro de vulnerável, a partir da análise do caso concreto, e, por conseguinte, na constatação do consentimento e experiência sexual da vítima.

Os defensores do *Juris Tantum* veem o extremismo da lei em confronto direto com princípios do Direito, como o Princípio da adequação social. Nucci (2009), manifestou o fato de que a lei nunca conseguirá mudar a realidade e nem excluir os princípios que norteiam o Direito.

Apesar de haverem doutrinadores como Greco e Busato que são partidários da aplicação da presunção absoluta, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci posiciona-se favorável à relativização, revelando ser o viés absolutista um equívoco do legislador, já que, a exclusão da análise do caso concreto pode ocasionar o descumprimento de princípios como o da intervenção mínima e da ofensividade, bem como, ir de encontro ao direito à liberdade e da autonomia sexual.

[...] Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (NUCCI, 2009, p. 37)

O princípio da Intervenção mínima, segundo Estefan e Gonçalves (2021, p. 71), pauta-se no direito penal como *ultima ratio*, no qual o Estado “sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal”. Em sintonia a isto, tem-se o princípio da ofensividade que defende o *nullum crimen sine injuria*, ou seja, não há a existência de crime caso não haja lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado (ESTEFAN; GONÇALVES, 2021, p. 70).

Outrossim, observa-se o princípio da adequação social, em que as leis devem acompanhar as práticas e hábitos sociais para não condenarem um indivíduo por algo socialmente aceito e reconhecido. Assim, os doutrinadores e magistrados defendem a análise do caso concreto, observando os critérios subjetivos do crime.

Dessa forma, com base nesses princípios norteadores do direito penal que estão diretamente interligados, constata-se a limitação da interferência estatal na esfera privada, de modo a assegurar a liberdade e autonomia dos indivíduos. Contudo, no Brasil, há a tipificação penal para atos considerados socialmente comuns como a relação sexual entre adolescentes.

Tendo como enfoque os menores de quatorze anos, Capez (2020, pág. 126) afirma que o estabelecimento da vulnerabilidade etária se pautou na dita imaturidade emocional dos menores. Entretanto, questiona-se se a imaturidade emocional desaparece no momento em que o indivíduo completa quatorze anos? A partir do parecer do legislador, o adolescente após completar quatorze anos passa a ter total consciência de seus atos, podendo, inclusive, consentir na prática de atos sexuais.

A restrição legislativa mostra-se, no mínimo, incoerente ao estabelecer que de um dia para o outro o adolescente tem a sua mente transformada para a tomada de decisões. Assim, observa-se que o legislador estabeleceu uma determinação objetiva que vai de encontro aos principais Princípios do Direito, subjugando a realidade em detrimento do parecer teórico do legislador.

Doutrinadores e Tribunais, diante da análise do caso concreto, têm se manifestado em prol da relativização da presunção quando houver consentimento da vítima, utilizando como fundamentação a “Exceção de Romeu e Julieta” (*Romeo and Juliet Law*). A relativização tem sido defendida, principalmente, em casos em que os envolvidos são ambos adolescentes e por vezes estão em um relacionamento amoroso.

Entre os doutrinadores e magistrados, a fundamentação recorrente pauta-se no *Romeo and Juliet Law* ou “A Exceção de Romeu e Julieta”, lei que se originou no Direito Norte-Americano, que defende a não condenação de adolescentes pela descoberta da sexualidade. Todavia, deve-se observar determinados critérios, como a diferença de idade que varia entre os estados da federação norte-americana e que no Brasil, padronizou-se, estabelecendo uma única diferença de idade.

Saraiva (2010, pág. 250) aborda que, no Brasil, determina-se que a diferença de idade entre os adolescentes seja igual ou inferior a cinco anos. Atrelado a isto, está o consentimento entre os envolvidos para a prática sexual e a constatação de sua experiência sexual pretérita, uma vez que, conforme afirma Nucci (2021, pág. 56), pode tratar-se de adolescente que já possui vínculo familiar com outro adolescente/jovem, sendo mãe/pai e esposa/marido.

No Direito Brasileiro, atrelado à aplicação da “Exceção de Romeu e Julieta”, há o apontamento constante pelos doutrinadores e magistrados da desconformidade da determinação da presunção absoluta com os princípios do direito, pois na relação sexual consensual entre adolescentes não há lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, e trata-se da vida particular de indivíduos.

Outrossim, a realidade atual da cultura brasileira é permeada por uma precocidade sexual, em que adolescentes de 13 anos já têm uma vida sexual ativa. Dessa forma, observa-se que, na maioria dos casos, a busca pela punição do “agressor” parte da frustração dos pais diante da prematura descoberta sexual de seus filhos. Nesse sentido, André Estefam afirma:

[...] Antes da Lei n. 12.015/2009, ainda vigorava a presunção de violência, pois a vítima “não era maior de 14 anos”. Agora, ela deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada. **Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual.** Justamente por essa razão, entendemos que **o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto** (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). **Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”).** [...] Negrito (ESTEFAM, 2009, p. 166)

A aplicação da “Exceção de Romeu e Julieta” tem se tornado a principal fundamentação utilizada nos Tribunais Estaduais para a defesa da relativização da presunção da vulnerabilidade etária, como a decisão do Ministro Rui Portanova do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), o qual julgou improcedente representação contra um menino de quinze anos que mantinha um relacionamento amoroso com uma menina de doze anos, em contrariedade à vontade da mãe da adolescente.

No caso concreto, a genitora da menina o denunciou, sendo o adolescente considerado culpado pelo cometimento do crime de estupro de vulnerável diante da presunção absoluta, aplicando a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de seis meses. Diante disso, a defesa interpôs recurso de apelação, julgando o Tribunal Estadual improcedente a representação, dando provimento ao apelo:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADA. APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA. CABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

[...] Ora, o aqui representado, por evidente não tinha a representação do dolo, qual seu a vontade livre e deliberada de cometer um delito. Pelo contrário, a representação com o consentimento da menor era no mínimo um *dolus bônus* na medida em que **se tratava de verdadeira troca de afeto entre o casal**. Aqui, como no exemplo clássico, **tem-se que ambos vivenciaram uma fase de descoberta da sexualidade. Assim, a incriminação fere, no mínimo, o bom senso**. Por isso, possível pensar-se na aplicação do princípio da ação socialmente adequada, em face das peculiaridades próprias do costume e da forma com que viviam as partes. [...] Ante o exposto, dou provimento ao apelo para julgar improcedente a representação e absolver o representado do fato tipificado no art. 217-A, caput, do Código Penal. Negrito (TJ-RS- AC: 70084660364 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 11/12/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 15/12/2020)

Ainda, em caso semelhante, no Estado de Goiás, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso e reformou a sentença que condenou um jovem à pena de oito anos de reclusão, em regime semiaberto, por ter mantido relação sexual com adolescente de 12 anos. No caso, os desembargadores, a partir da análise do caso concreto e utilizando como base de fundamentação os critérios da “Exceção de Romeu e Julieta”, reconheceram a atipicidade da conduta:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIREITO COMPARADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXCEÇÃO ROMEU E JULIETA (ROMEO AND JULIET LAW). ABSOLVIÇÃO.

[...] sabe-se que o direito não é uma ciência estática e petrificada ou, em outras palavras, puramente técnica. **Deve o magistrado levar em consideração as mudanças na sociedade** e, com elas, os conceitos e preconceitos. [...]. Aliás, a menor com leveza e espontaneidade afirmou que, à época dos fatos, **realmente procurou pelo apelante e lhe propôs e consentiu manter relação sexual com ele**. E mais, ainda mentiu que não era mais virgem, pois já havia se relacionado com outra pessoa. [...]. Na esteira do Direito Comparado, o Direito Brasileiro deve adotar orientação

semelhante, de que **não existe crime para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, com idades próximas, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico** (art. 386, inciso VI, Código Processual Penal). APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Negrito (TJ-GO- APR: 03471174020138090095, Relator: DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 02/05/2017, 2ª CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2316 de 27/07/2017)

Destarte, observa-se no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição do artigo 217-A do CP, uma divergência doutrinária, uma vez que o estabelecimento da presunção absoluta é considerado, pelos doutrinadores favoráveis ao *Iuris Tantum*, voltada para a punição de adultos que mantêm relações sexuais com adolescentes. Contudo, acabou abrangendo também adolescentes que mantêm relações entre si.

Tendo em vista a própria legislação brasileira autorizar a responsabilidade penal dos adolescentes a partir de 12 anos, inclusive, penalizando-os com medida privativa de liberdade, bem como conceder a prática de alguns atos da vida civil como viajar pelo território nacional sem acompanhante, doutrinadores como Nucci defendem o estabelecimento da presunção relativa sobre o crime de estupro de vulnerável.

Ademais, ressalta-se que doutrinadores como Nucci e Saraiva são favoráveis à presunção absoluta, contudo, de forma coerente, isto é, determinada às crianças até doze anos incompletos, sendo relativizado para os adolescentes. Esse posicionamento, vai ao encontro do critério objetivo etário estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como aos princípios norteadores do direito brasileiro, de modo a não tipificar como crime a liberdade sexual do indivíduo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de estupro de vulnerável enquadra-se em um rol de crimes considerados de maior relevância na sociedade, principalmente, por tratar da parcela populacional dita vulnerável e, por conseguinte, dependente da proteção estatal. Contudo, embora o crime de estupro de vulnerável seja envolto por uma carga social negativa, observa-se haver lacunas legislativas e incoerências com a realidade atual da sociedade brasileira.

Assim, a partir do presente trabalho constatou-se que o tipo penal previsto no artigo 217-A do CP, embora traga de forma expressa em seu texto a fixação da

presunção absoluta, doutrinadores e jurisprudências têm se manifestado favorável à relativização da presunção. Este posicionamento tem como preponderantes pontos de discussão o conflito existente entre o absolutismo da presunção com os princípios do direito brasileiro, bem como a punição pela descoberta sexual dos adolescentes.

O Princípio da Intervenção Mínima prevê a aplicação da norma penal apenas em *ultima ratio*, intervindo o menos possível na vida dos cidadãos. Ainda, o princípio da ofensividade prevê que a punição advinda do Estado apenas é cabível diante de uma lesão significativa ao bem jurídico ou quando o coloca em um perigo concreto. Entretanto, o artigo 217-A do CP determina a punição da prática sexual consensual entre adolescentes, unicamente pelo critério etário.

A utilização do critério objetivo pautado na idade da vítima vai de encontro ao próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que possibilita a responsabilização penal dos adolescentes maiores de doze anos. Todavia, o código penal define que apenas a partir de quatorze anos o indivíduo poderá exercer a sua liberdade sexual. Essa determinação mostra-se, minimamente, incoerente, já que foi estabelecida em uma sociedade marcada pela precocidade sexual.

Diante da necessidade de uma justiça que seja coerente à realidade de adolescentes que, muitas vezes, estabeleceram vínculo familiar com o suposto agressor ou possuem uma vida sexual ativa, alegando veementemente o consento na prática do ato sexual, os magistrados passaram a analisar o caso concreto, de modo a não tornar a intimidade entre jovens em um crime contra a dignidade sexual.

Os magistrados e doutrinadores, na análise do caso concreto, utilizam como alicerce os critérios subjetivos apontados na “exceção de Romeu e Julieta”, como a diferença de idade e o consentimento para a prática sexual com o objetivo de não punir a descoberta da sexualidade, bem como proteger a liberdade e dignidade sexual dos adolescentes, de acordo com os princípios previstos na Carta Magna Brasileira e no Código Penal.

Destarte, apesar da presunção do crime tipificado no artigo 217-A incitar o debate jurisprudencial e doutrinário, constata-se que os partidários da presunção relativa da vulnerabilidade etária, tendo como base de inspiração e respaldo a “Exceção de Romeu e Julieta”, têm aumentado entre os Tribunais e doutrinadores. Estes defendem o estudo do caso concreto, de modo a garantir a adequação da Lei a realidade da sociedade atual que é marcada pela precocidade sexual dos adolescentes.

Diante da presente pesquisa, constatou-se ser possível a aplicação do *Iuris Tantum* à vulnerabilidade etária, no Brasil, tornando admissível a análise do caso concreto e por conseguinte, tornar a conduta atípica, uma vez que ao determinar-se a presunção absoluta fere-se princípios do direito como o da adequação social e o da intervenção mínima, condenando-se a descoberta da sexualidade dos adolescentes.

Ademais, a aplicação da presunção relativa está presente nas principais legislações do mundo, como a norte americana, em que com base na “Exceção de Romeu e Julieta”, com seus critérios de aplicação, como a diferença etária de até cinco anos, torna-se possível analisar se houve o consentimento da vítima para o ato sexual, e assim, descriminalizar a intimidade sexual entre jovens.

Não obstante os Tribunais Superiores e o próprio Código Penal em seu texto defenderem o absolutismo da presunção, observa-se que a relativização desta tem ganhado mais adeptos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, na busca constante pela não punição da descoberta sexual, já que, conforme afirma Nucci (2021, pág. 58), “A realidade também escreve as linhas do direito e da justiça.”.

Por fim, vale ressaltar que a presente pesquisa não possui como pretensão precípua exaurir o tema ou até mesmo traçar uma posição absolutista. Mas, servirá de referencial para outras discussões e debates no campo da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Dispõe sobre os Crimes Hediondos*, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasil – Diário Oficial do Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 02 de março de 2021.

_____. *Altera o Decreto-Lei n. 2.848*, Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018. Brasil – diário oficial do Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. *Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848*, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Brasil – Diário Oficial do Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. *Código Penal – Redação original*. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

_____. *Código Penal*, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasil – diário oficial do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Espírito Santo: Ministério Público, CAIJ, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 0003336-24.2011.8.07.0012/DF*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma. Distrito Federal, 25 e junho de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23904937/recurso-especial-resp1371163-df-2013-0079677-4-stj>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Recorrente: Ministério Público do Piauí. Recorrido: A. R. de .O. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 26/08/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402075380&dt_publicacao=10/09/2015>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 593*. Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 06 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nº 945868/RJ*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 17/02/2016. Data de publicação no DJe: 23/02/2016.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. *APR: 03471174020138090095 GO*. Relator: Des. Leandro Crispim. TJ-GO, 02 de maio de 2017. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485225885/apelacao-criminal-apr-3471174020138090095>>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC: 70084660364 RS*. Relator: Des. Rui Portanova. TJ-RS, 11 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1168169495/apelacao-civel-ac-70084660364-rs/inteiro-teor-1168169518>>. Acesso em: 01 de março de 2021.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANO, M. A. T.; FERRIANI, M. das G. C; GOMES, R. *Sexualidade na adolescência: um estudo bibliográfico*. Rev. latino-am.enfermagem, v. 8. Ribeirão Preto, n. 2, p. 18-24, abril 2000.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte especial - arts. 213 a 359-h. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MOREIRA, Paola Martins. Romeo and Juliet Law: Estudo acerca da possibilidade de aplicação de instituto semelhante à exceção norte-americana ao ordenamento brasileiro. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11774>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Curso de direito penal: parte especial arts. 213 a 361 do código penal*. V. 3. ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PERLET; SHINER. *Whats is the Florida "Romeo & Juliet" Law?*. 2021. Disponível em: <<https://www.palmbeachdefense.com/what-is-the-florida-romeo-juliet-law/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Andréia Antunes da. Uma abordagem Jurídica e Social do Ato Infracional Análogo ao Estupro de Vulnerável. 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Andreia%20Antunes%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

SMITH, Brittany Logino; KERCHER, Glen A.. *Adolescent Sexual Behavior and the Law*. 2011. Disponível em: <http://www.crimevictimsinstitute.org/documents/Adolescent_Behavior_3.1.11.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

USLEGAL. *Romeo and Juliet Law and legal Definition*. 2021. Disponível em: <<https://definitions.uslegal.com/r/romeo-and-juliet-law/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.