

# **A MENORIDADE DO AGENTE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Carlos Ricardo FRACASSO

Rogério Albino de SOUZA

*ricardofracasso@femanet.com.br*

*rogerioalbino\_souza@hotmail.com*

**RESUMO:** O presente projeto de pesquisa tem como objetivo principal discutir a menoridade do agente no Estupro de vulnerável. Tal abordagem é relevante por causa da evolução da sociedade diante da prática sexual. Todos têm direito de fazer sexo, todavia o Código Penal pátrio tipifica como crime condutas que ferem a dignidade sexual. Entende-se, porém, que não há violação da norma quando a prática sexual ocorre entre um casal de adolescentes, onde há reciprocidade no consentimento, uma vez que não houve a violação do bem jurídico tutelado: a dignidade sexual. Acredita-se que, apesar da redação do artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o Estupro de vulnerável, e da Súmula 593 do STJ, que prevê a violência presumida, ainda sim seja possível flexibilizar tal posicionamento, quando existir uma relação amorosa entre a vítima e o agente for menor de idade, a fim de considerar tal conduta atípica, visando acompanhar as mudanças de comportamento sexual dos jovens contemporâneos.

**PALAVRAS-CHAVE:** estupro de vulnerável, dignidade sexual, Lei Romeu e Julieta.

**ABSTRACT:** This research project aims to discuss the underage status of the agent in statutory rape. Such an approach is relevant because of societal evolution in the face of sexual practices. Everyone has the right to have sex, but Brazilian Criminal law typifies conducts that harms sexual dignity as criminal. It is understood, however, that there is no violation of the norm when sexual practice occurs between adolescents, where there is reciprocal consent, since there was no violation of what is legally protected: sexual dignity. It is believed that, despite the wording of article 217-A of the Penal Code, which typifies vulnerable rape, and Supreme Court Decision 593 (*Súmula 593*), which defines presumed violence, it is still possible to attenuate such position when there is a

relationship between underage victim and perpetrator in order to assess if such conduct is atypical, in order to follow the changes in the sexual behavior of contemporary youth.

**KEYWORDS:** statutory rape, sexual dignity, Romeo and Juliet Law.

## 0. Introdução

A dignidade da pessoa humana, fundamento contemplado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é imprescindível para qualquer Estado Democrático de Direito. Neste sentido a Lei 12.015/2009 promoveu uma modificação no Título VI do Código Penal brasileiro (Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - CP). Com essa alteração, a redação DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES foi superada e passou a ser DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, dando total ênfase à dignidade sexual, a qual emana da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2017)

É indubitável que a sociedade passou e vem passando por transformações em relação ao comportamento humano, sobretudo, no tocante às práticas sexuais, as quais estão cada vez mais precoces entre os adolescentes, segundo pesquisa realizada pela Unesco, “Sexualidades e Juventude”. Esse estudo promovido pela Unesco, porém, tem como escopo as doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), HIV, a gravidez e seus métodos preventivos.

O foco deste trabalho, no entanto, não é debater acerca da alteração de nomenclatura ocorrida no CP, muito menos refletir sobre as consequências de ordem fisiológica decorrentes de uma transa precoce irresponsável. A proposta aqui é discutir a respeito do menor que comete ato infracional análogo a infração penal tipificada do artigo 217-A do CP, Estupro de vulnerável, que está inserida no Capítulo II, DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Título VI do Código Penal.

Nesse contexto, embora a vítima, obrigatoriamente, deva ser menor de 14 anos, por causa da redação do artigo 217-A (“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”), a idade do agente, necessariamente, para se harmonizar com a proposta do trabalho, deve ser superior a 12 ou menor de 18 anos.

É verdade que de acordo com a redação do artigo 217-A, aquele que praticar a conduta típica descrita comete crime e estará sujeito a uma pena de reclusão de 8 a 15 anos. Caso seja menor de idade comete ato infracional e estará sujeito a Medidas

Socioeducativas, consoante art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Para reforçar a vulnerabilidade da vítima, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 593, afirmando que “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”.

Acredita-se que, apesar da redação do artigo 217-A e da Súmula 593 do STJ, ainda sim seja possível flexibilizar tal posicionamento, quando existir uma relação amorosa entre a vítima e o agente for menor de idade, a fim de considerar tal conduta atípica, visando acompanhar as mudanças de comportamento sexual dos jovens contemporâneos.

## 1. Da Definição de Crime

A infração penal é gênero que possui duas espécies: o crime e a contravenção. Apesar de as duas espécies configurarem infrações penais, elas não são termos sinônimos. As condutas que causam lesão a bens jurídicos com menos relevância são classificadas como contravenção, por isso recebem penas menos severas: prisão simples e/ou multa, por exemplo. Estão elencadas no DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.

O crime configura condutas de maior lesividade e, por esse motivo, exige penas menos brandas: detenção ou reclusão, com ou sem multa. O DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941, que faz a introdução do Código Penal, ensina que:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O Código Penal não traz o conceito de crime. Este é construído pela doutrina. Existem doutrinadores, como Rogério Greco e Nucci, que entendem que o crime é fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável. Fernando Capez já explica que a culpabilidade não faz parte do conceito de crime, logo, para ele, o crime é um fato típico e antijurídico apenas.

Nas lições de Greco tem-se que:

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeito de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte. (GRECO, 2015, p. 189)

Ao comungar do mesmo pensamento que Greco, Nucci (2019) assevera que:

tem-se o crime como uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos os elementos subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade). A denominada corrente tripartida do delito é amplamente majoritária na doutrina e na jurisprudência. Mesmo causalistas e funcionalistas respeitam a ideia tripartida do delito. (NUCCI, 2019, p. 425)

Há diversos conceitos de crime, porém, neste trabalho, estudaremos os mais importantes: o formal, o material e o analítico.

## 1.1. Conceitos formal, material e analítico

### 1.1.1. Concepção Formal de Crime

Formalmente o crime é *um fato típico e antijurídico*, é uma conduta humana que contraria a norma. O agente, ao praticar a conduta, pode fazê-la positiva (por ação) ou negativamente (por omissão) e, com isso, causará lesão ao bem jurídico protegido. A conduta praticada deve estar tipificada na lei como infração penal e deve ser antijurídica. Neste sentido, portanto, “não basta, porém, que o fato seja típico para que exista o crime. É preciso que seja contrário ao direito, ou seja, antijurídico.” (Damásio de Jesus, 2011, p.195). Para exemplificar o que foi dito, basta analisar o crime de homicídio: Código Penal, artigo 121 – Matar alguém: pena de reclusão de 6 a vinte anos. Se uma pessoa matar alguém cometerá o crime do artigo 121.

Por fim, é relevante dizer que nem todas as condutas tipificadas como infração penal são ilícitas. Aquelas que estiverem amparadas por qualquer uma das excludentes de ilicitude (CP, art. 23: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito) serão consideradas lícitas, isto é, não configurarão infração penal (MIRABETE, 2003).

### 1.1.2. Concepção Material de Crime

O delito é toda conduta humana que, intencionalmente ou não, causa uma lesão ou expõe a perigo bens jurídicos tutelados pela norma, afetando a paz social, instaurando uma sensação de insegurança na população (CAPEZ, 2015, p. 130).

Consoante as lições de Masson (2015, p. 245), esse conceito “leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal.”.

### 1.1.3. Concepção Analítica de Crime

Para analisar os elementos que compõem o crime, é preciso conhecer duas teorias: a bipartida e a tripartida.

A teoria bipartida defendida por Capez (2015, p. 130) e Mirabete (2006), explica que o crime se forma de duas partes: fato típico e antijurídico.

A tripartida (GRECO, 2015), além dos elementos fato típico e antijurídico, considera ainda a culpabilidade. Por conseguinte, para essa teoria o crime é um fato, ilícito e culpável; na ausência de qualquer um desses elementos não há crime.

Apesar da teoria tripartida ser, de certo modo, a predominante no ordenamento jurídico brasileiro, será feita uma análise sucinta dos elementos que integram a infração penal, levando em conta a teoria bipartida, uma vez que, o consentimento do ofendido, que aqui será defendido, é causa supralegal de exclusão de ilicitude.

#### 1.1.3.1. Fato Típico

As infrações penais são constituídas de ações ou de omissões humanas descritas no ordenamento jurídico como ilícitas. Existem os crimes, que são condutas mais lesivas, e as contravenções penais, que representam condutas menos relevantes. Para um fato ser típico, ele precisa estar descrito na norma. Seus elementos constituintes são: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos causal (entre a conduta e o resultado) e tipicidade.

##### 1.1.3.1.1. Conduta

A conduta é o primeiro elemento do fato típico. Pode ser interpretada como sendo “toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.” (CAPEZ, 2015, p. 134). Pode ser dolosa, se o agente agir por vontade. A ação ou omissão, nesse caso, é voluntária; há a intenção de infringir a lei. Nos ensinamentos de Greco (2016, p. 251), verifica-se que:

Ao autor da prática do fato podem ser imputados dois tipos de condutas: dolosa ou culposa. Ou o agente atua com dolo, quando quer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo; ou age por culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.

#### 1.1.3.1.2. Resultado

Nem todas as infrações penais possuem resultado. Para que haja, é necessário alteração no mundo exterior, isto é, precisa ocorrer lesão ao bem jurídico tutelado.

O resultado é entendido por meio de duas teorias: a naturalística e a jurídica (ou normativa).

Para a teoria naturalística, o resultado produz alteração no mundo exterior (morte no homicídio, a subtração do bem no furto, a lesão corporal). De acordo com Capez (2015, p. 173):

Nem todo crime possui resultado naturalístico, uma vez que há infrações penais que não produzem qualquer alteração no mundo natural. De acordo com esse resultado, as infrações penais classificam-se em formais, materiais e de mera conduta.

A teoria jurídica (normativa) está vinculada à lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado (vida, patrimônio, integridade física), isto é, acontece quando se viola a norma.

Por meio da teoria naturalística, considerando os resultados, pode-se classificar as infrações penais em:

- Crime material: o resultado naturalístico é imprescindível; há alteração no mundo exterior (morte no homicídio – Art. 121, CP);
- Crime formal: o resultado naturalístico é prescindível, porquanto a consumação se dá antes de sua produção (extorsão mediante sequestro –

Art. 159, CP); se o resgate for recebido, haverá apenas o exaurimento do delito;

- Crime de mera conduta: o resultado naturalístico não ocorre (desobediência - Art. 330, CP).

Importante salientar que toda infração penal possui resultado jurídico; no entanto, nem todas têm o resultado naturalístico. (MASSON, 2015),

#### 1.1.3.1.3. Nexo Causal

O art. 13 do Código Penal explicita a relação de causalidade, explicando que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”. Tem-se, por conseguinte, o liame existente entre a conduta do agente e o resultado naturalístico que ele produziu.

#### 1.1.3.1.4. Tipicidade

A “reunião, em um fato, de todos os elementos que definem legalmente um delito” (Houaiss, 2009) conceitua tipicidade. A relação dessa parte do crime com o princípio da legalidade está explícita no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”. Dada a importância desse princípio, também possui previsão no art. 1º do CP.

Pode-se concluir que está atribuída à lei declarar quais condutas deverão ser penalizadas.

Relevante destacar que a tipicidade está dividida em formal e material. Esta se define quando o agente pratica uma conduta que, definida em lei como infração penal, gera lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado (vida, patrimônio). Para se ter a tipicidade formal basta que ocorra a subsunção da conduta praticada pelo agente à descrição do crime pela norma.

#### 1.1.3.2. Ilicitude

Para que haja ilicitude (ou antijuricidade), basta o agente praticar uma conduta descrita na norma como crime. É o caso de um indivíduo que mata alguém, sem estar

amparado por uma das excludentes de ilicitude (Art. 23, CP), pois, se estiver, a conduta será lícita. Neste mesmo sentido, Greco (2016, p. 199) explica que a ilicitude “é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.”.

## 2. Do Conceito de Ato Infracional

Antes de adentrar ao tema ato infracional, Lenza (2019) ensina que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2.º) e a Lei nº. 12.852/2013, criança é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos. Já o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) explica que a primeira infância contempla os primeiros 6 anos completos (72 meses de vida). O adolescente, por sua vez, é a pessoa entre 12 e 18 anos de idade; e o jovem é a pessoa com idade entre 15 e 29 anos de idade.

Nesse contexto conceitual, o ato infracional só pode ser cometido por criança e/ou adolescente, pois são inimputáveis, conforme prevê a Constituição Federal em seu art. 228: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”. O art. 104, da Lei 8.069/90, também segue o mesmo teor: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.”.

No art. 103, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem-se a definição de ato infracional: “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”. Sendo assim um menor não comete furto, senão ato infracional análogo ao furto, ficando sujeito às medidas previstas no ECA, porquanto não está sujeito às penas existentes no art. 32, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa

Os adolescentes, quando da prática do ato infracional, estão sujeitos às medidas socioeducativas, previstas no art. 112, do ECA, que assim dispõe:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Importante salientar que a medida de internação, consoante art. 122, do ECA, só poderá ser aplicada se o adolescente cometer o ato infracional mediante violência e grave ameaça à pessoa, praticar reiteradas infrações graves ou se descumprir reiteradamente e sem justificativa medida anteriormente imposta.

Por fim, para as crianças que cometem ato infracional, o art. 105, do ECA, ordena que sejam aplicadas as medidas previstas no art. 101, do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta

### 3. Do Estupro de Vulnerável

A Lei 12.015/2009 promoveu uma modificação no Título VI do Código Penal brasileiro (Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - CP). Com essa alteração, a redação DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES foi superada e passou a ser DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, dando total ênfase à dignidade sexual, a qual emana da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2017).

Foi promovida, então, a revogação do antigo art. 224 e criação do art. 217-A Estupro de Vulnerável. Na estrutura do tipo penal incriminador tem-se o verbo *TER* como nuclear, de acordo com as lições de Nucci:

Ter (alcançar, conseguir obter algo) é o verbo nuclear, cujo objeto pode ser a conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou outro ato libidinoso (ato passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia). A pessoa com a qual o agente pretende ter a relação sexual é o vulnerável. No caput, menciona-se o menor de 14 anos. Entretanto, no § 1.º estão enumerados os outros (enfermos e doentes mentais e privados de resistência). (NUCCI, 2019, p. 179)

Aquele que praticar a conduta descrita no *caput*, do art. 217-A, está sujeito a uma pena de reclusão de 8 a 15 anos. Verifica-se também que esta mesma pena é aplicada ao agente que pratica as ações “descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (Art. 217-A, § 1º).

Os §§ 3º e 4º trazem condutas qualificadas, se da prática do estupro de vulnerável resultar lesão corporal de natureza grave (reclusão de 10 a 20 anos) ou morte (reclusão de 12 a 30 anos).

O art. 217-A encerra sua redação com o § 5º, incluído pela Lei nº 13.718, de 2018, o qual prevê 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.”.

Ao analisar o tipo penal, observa-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo precisa ser pessoa vulnerável, ou seja, menor de 14 anos, ou com enfermidade ou deficiência mental, de modo que não possua o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

O elemento subjetivo é o dolo, inexistindo a figura culposa. A busca da satisfação da lascívia é exigida como elemento subjetivo específico. O objeto material é a pessoa vulnerável, já o objeto jurídico é a liberdade sexual.

Finalmente, além dessa análise, Nucci preleciona ainda outras classificações para o crime do art. 217-A:

Trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade sexual da vítima). Há quem entenda ser crime de mera conduta, com o que não podemos concordar, pois o legislador não pune unicamente uma conduta, que não possui resultado naturalístico. A pessoa violentada pode sofrer lesões de ordem física – se houver violência – e, invariavelmente, passa por graves abalos de ordem psíquica, constituindo, com nitidez, um resultado detectável no plano da realidade. É, ainda, delito de forma livre (pode ser cometido por meio de qualquer ato libidinoso); comissivo (“constranger” implica ação); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de difícil comprovação. (NUCCI, 2019, p. 185)

#### 4. Do Estupro de Vulnerável face às Legislações Pátria e Alienígena

Como já dito, a pessoa com 18 anos completos, ou mais, que praticar a conduta típica descrita no art. 217-A, do CP, comete crime e estará sujeito a uma pena de

reclusão de 8 a 15 anos. O ponto principal desse trabalho, porém, é o menor de idade que comete o ato infracional similar ao estupro de vulnerável, ficando, como consequência, sujeito a Medidas Socioeducativas, consoante art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

É cediço que a Lei 12.015/2009 promoveu uma modificação no Título VI do Código Penal brasileiro (Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - CP). Com essa alteração, a redação DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES foi superada e passou a ser DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, dando total ênfase à dignidade sexual, a qual emana da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2017). Além dessa modificação, outra que fez com que os tribunais pátrios enrijecessem a postura frente ao estupro de vulnerável foi a retirada da expressão “presunção de violência” (do antigo art. 224, ora revogado), a qual gerava grande celeuma acerca da natureza absoluta ou relativa da presunção de violência. Houve, então, a inserção da ideia de vulnerabilidade da vítima, o que culminou na eliminação da possibilidade, em tese, da defesa em face da presunção relativa.

Para reforçar a vulnerabilidade da vítima, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 593, afirmando que “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”.

O Poder Legislativo, ao seguir essa tendência, isto é, de reforçar tal vulnerabilidade, editou a Lei nº 13.718, de setembro de 2018, a qual acrescentou o § 5º no art. 217-A, cuja redação - 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 – se harmonizou com a súmula 593 do STJ. Com isso, a vulnerabilidade passou a ser interpretada como absoluta.

Além da criação do § 5º, a eminente Lei 13.718 alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; revogando, ainda, o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

Acredita-se que, apesar das recentes alterações fomentadas no artigo 217-A e da Súmula 593 do STJ, ainda sim seja possível flexibilizar tal posicionamento, quando existir uma relação amorosa entre a vítima menor de 14 anos e o agente for menor de idade, a fim de considerar tal conduta lícita, embasada no consentimento do ofendido, excludente supralegal de ilicitude. Essa análise visa acompanhar as mudanças do comportamento sexual dos jovens contemporâneos, que atualmente difere bem do da década de 40.

Para ilustrar, imagine um casal de namorados, no qual a garota tenha 13 anos e o garoto tenha 14 anos. Como a sexualidade é intrínseca ao ser humano, é natural que ambos estejam no mesmo momento de descobrimento sexual e passem a ter intimidades. Se a vulnerabilidade da garota for considerada absoluta, o garoto cometerá o ato infracional de estupro de vulnerável com um simples beijo, restando tipificada a conduta de praticar ato libidinoso. Como hoje a interpretação da presunção de violência é absoluta, o menor estaria sujeito a medida socioeducativa de internação, que, consoante art. 122, do ECA, só poderá ser aplicada se o adolescente cometer o ato infracional mediante violência e grave ameaça à pessoa.

Para piorar a situação, segundo legislação vigente, os pais dessa adolescente que aquiescem tal relacionamento poderão responder também pelo estupro de vulnerável, porém na modalidade omissiva, uma vez que são os responsáveis por ela, conforme art. 13, § 2º, a, do CP: “§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;”.

Para que não ocorra essa aberração jurídica é que se defende aqui a flexibilização da vulnerabilidade no caso concreto. Não há dúvidas de que se houver algum tipo de violência (física, psicológica), independentemente de ser o agente menor ou maior, existirá o crime e tem de ser punido com rigor.

A defesa proposta aqui pode ainda ser reforçada, quando se observa a legislação alienígena, procurando uma autointegração de lei por meio da analogia, conforme preceitua o art. 3º, do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 59)

A legislação alienígena em questão é a Lei Romeu e Julieta (“Romeo and Juliet Law”), a qual foi criada em alguns Estados dos Estados Unidos da América. Ela prevê que a vítima tem de ser menor de idade, assim como o “agressor”, a idade entre eles, de modo geral, não seja superior a 4 anos e haja consentimento. Cabette (2014) comenta

em seu artigo um precedente da Suprema Corte do Estado da Geórgia, aplicando a chamada “Romeo and Juliet Law”, e explica que:

Ocorre que nos Estados Unidos da América do Norte, em vários Estados, o sexo consentido entre menores de 18 anos é criminalizado. No entanto, com o tempo se verificou que a aplicação pura e simples da norma sobredita conduzia a exageros punitivos, razão pela qual se editou uma legislação visando conter o furor da irracionalidade penal. Tal lei, apelidada de “Romeo and Juliet Law”, afasta a criminalização em todos os casos nos quais os envolvidos não tenham uma diferença de idade superior a cinco anos. Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente pode servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação comedida da regra penal contida no artigo 217-A, CPP, quando envolva sexo consensual entre menores. (CABETTE, 2014)

Para encerrar, menciona-se aqui o julgado proferido pelo TJ do Mato Grosso do Sul (Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Ano XIII, Publicado em: 31/01/2014), o qual se utilizou da Exceção Romeu e Julieta para absolver o réu.

## 5. Considerações Finais

O presente trabalho teve como objetivo principal discutir a menoridade do agente no Estupro de vulnerável. Tal abordagem atualmente é relevante por causa da evolução da sociedade diante da prática sexual. Como o Código Penal pátrio tipifica como crime condutas que ferem a dignidade sexual, defende-se, por outro lado, que não há violação da norma quando a prática sexual ocorre entre um casal de adolescentes, onde há reciprocidade no consentimento, uma vez que não houve a violação do bem jurídico tutelado: a dignidade sexual.

Por conseguinte, buscou-se - apesar da redação do artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o Estupro de vulnerável, da legislação vigente e da Súmula 593 do STJ, que prevê a vulnerabilidade absoluta - flexibilizar tal posicionamento, quando da análise do caso concreto, usando a legislação comparada.

Fica evidente que, se existir uma relação amorosa consentida entre a vítima e o agente, sendo este menor de idade, tal conduta deve ser considerada lícita, a fim de evitar injustiças, visando acompanhar as mudanças de comportamento sexual dos jovens contemporâneos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Lei N° 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art3). Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Lei N° 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1). Acesso em: 8 ago. 2019.

BRAYNER, Yan Rêgo. “Exceção de Romeu e Julieta versus Súmula 593 do STJ”. Disponível em: < <https://www.delegados.com.br/component/k2/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj> >. Acesso em: 20 set. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “O Estupro de Vulnerável e os atos libidinosos sem violência entre menores: Uma solução encontrável no Direito Comparado”. Disponível em: < <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/164268648/o-estupro-de-vulneravel-e-os-atos-libidinosos-sem-violencia-entre-menores-uma-solucao-encontravel-no-direito-comparado?ref=serp> >. Acesso em: 20 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**, 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**, 9.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito: parte especial**: arts. 213 a 361 do código penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROMEO And Juliet Law Law and Legal Definition. Disponível em:<  
<https://definitions.uslegal.com/r/romeo-and-juliet-law/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

UNESCO. “Pesquisa Juventudes e Sexualidade no Brasil”. Disponível em:<  
<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/unesco-resources-in-brazil/studies-and-evaluations/violence/youth-and-sexuality/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ZINE. “Consequências do sexo precoce”. Disponível em:<  
<https://www.gazetadigital.com.br/suplementos/zine/consequencias-do-sexo-precoce/95372>>. Acesso em: 20 set. 2019.