

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A “LEI DE ROMEU E JULIETA”

LEGAL CONSIDERATIONS ABOUT VULNERABLE RAPE AND THE “LAW OF ROMEO AND JULIET”

Manoel Souza Lima

Pós-graduando do Curso de Novas Perspectivas do Direito Público do Centro Universitário Icesp

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica sobre o estupro de vulnerável, bem como abordar a prática de relações sexuais com menores de 14 (quatorze) anos de idade e relativizar tais práticas. Com a Lei nº 12.015/09, que trouxe o tema do crime de estupro de vulnerável, estando o estupro bilateral em conflito com o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente como sendo autores e vítimas do mesmo crime. A violência sexual para com o menor representa uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, estando presente em todas as fases da história humana.

Palavras-Chave: Estupro de vulnerável; Bilateral; Ato infracional.

Abstract: This article aims to carry out a critical analysis of the rape of the vulnerable, as well as addressing the practice of sexual relations with children under 14 (fourteen) years of age and relativizing such practices. With Law nº 12,015 / 09, which brought up the subject of the crime of rape of the vulnerable, bilateral rape being in conflict with the text of the Statute of Children and Adolescents as being the authors and victims of the same crime. Sexual violence towards minors represents one of the most serious forms of violence, as it violates the fundamental rights of children and adolescents, being present in all phases of human history.

Keywords: Vulnerable rape; Bilateral; Offense.

Sumário: Introdução. Metodologia. 1. Significado de vulnerabilidade. 1.1. Bem jurídico tutelado. 2. Do estupro de vulnerável bilateral. 2.1. Sujeito ativo e passivo. 3. Classificação doutrinária do estupro de vulnerável. 3.1. Pena e Ação Penal do vulnerável. Considerações finais. Referências.

Introdução

O estupro bilateral entre menores, é um importante tema a ser tratado no âmbito da discussão com o caso de Romeu e Julieta, ambos com diferença de faixa etária de três anos sendo que por esta diferença poderia chegar até aos cinco anos.

A discussão trata-se da legalidade a relação sexual entre menores, porém neste caso, esta teoria já foi utilizada no Brasil não tornando o caso com severidade penal, mas ainda considerando crime tais atos.

A chamada lei Romeu e Julieta, aprovada na Flórida, é reconhecida como “Romeo and Juliet Laws”, que exclui a penalidade mais severa do mais velho quando acontece a relação sexual entre os menores. No Brasil o estupro bilateral ocorre quando os dois adolescentes estão na descoberta da sexualidade, porém esta descoberta possui um limite de até cinco anos, pois estão se descobrindo e entrando na fase da puberdade, deixando de lado a tipicidade do crime.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro já abriu precedente ao tratar do tema, deixando claro que o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato.

A Lei nº 12.015/2009, traz o caráter absoluto ou relativo que presume a violência envolvendo menores de 14 anos, deixando claro que não é necessário a violência para a aplicação da Lei. O Código Penal vem tutelar o direito da vítima vulnerável, com o objetivo de proteger a vítima menor de 14 anos, a vulnerabilidade.

A violência sexual, deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas, apresenta contornos de durabilidade e habitualidade principalmente se for realizada no seio familiar, causando traumas, principalmente se for realizada com crianças ou adolescentes para satisfação dos desejos sexuais de um adulto que sobre ela tenha uma relação de autoridade ou responsabilidade socio afetiva.

A violência sexual contra crianças também representa uma violação dos direitos e garantias fundamentais, bem como direitos humanos universais.

Metodologia

A pesquisa seguirá os preceitos do estudo exploratório, por meio de uma revisão bibliográfica, que, segundo Gil (2008, p. 50) “é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído de livros e artigos científicos.” Serão utilizados livros que abordam a temática, em idioma português, publicados no período de 2010 a 2020.

Como critério de inclusão as bibliografias que abordem o estupro de vulnerável bilateral. A pesquisa será realizada por meio de pesquisas, artigos, precedentes jurisprudenciais de acordo com a legislação vigente por meio de método de dedutivo.

Serão utilizados a legislação brasileira em vigor, além da doutrina e jurisprudência. A análise dos dados da pesquisa será realizada por meio da leitura de todo material, exploratória de todo o texto, com o procedimento bibliográfico das partes que realmente serão de interesse para o trabalho.

1. Significado de vulnerabilidade

A palavra vulnerável não consta do *caput* do referido artigo, força é convir que o menor de 14 (quatorze) anos de idade, está incluído no rol dos vulneráveis. Há no artigo 217-A do Código Penal, outras pessoas que se incluem dentro do conceito de vulnerável. Trata-se das pessoas incluídas no § 1º do artigo 217-A do Código Penal que, submetidas as práticas sexuais denunciadas na cabeça do artigo, podem ser catalogadas em duas categorias: a) as que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem necessário discernimento para a prática do ato e b) as que, por outra causa, não podem oferecer resistência (FRANCO, 2011, p. 504).

Na primeira hipótese, faz-se uma distinção entre enfermidade e deficiência mental, por enfermidade deve ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais. Mas não basta que se reconheça a ocorrência de enfermidade mental impede a percepção do ato sexual. O seu consentimento é irrelevante, se a enfermidade ou a deficiência mental impede a percepção do ato sexual. É imprescindível que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato. É a presença ou a carência desse discernimento só poderá ser valorada através de exame pericial (FRANCO, 2011, p. 505).

A condição de vulnerabilidade, pode se concluir que sem maiores dificuldades, o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam, menor de quatorze anos, ou 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 (BITENCOURT, 2012, p. 92).

O legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (artigos 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresse, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta para os menores de quatorze anos e outra relativa para os menores de dezoito (BITENCOURT, 2012, p. 93).

O menor de quatorze anos é o infanto-juvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e que, agora, finalmente, o legislador penal reconhece sua vulnerabilidade. Isso é algo que pode ser abordado, qual seja, a vitimização secundária dos menores vítimas de abuso sexual nos planos familiares e extrafamiliar, historicamente tratados pelas autoridade repressoras (Polícia, Ministério Público e Judiciário), como simples objeto de investigação e meio de prova (BITENCOURT, 2012, p. 93).

A “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes”, criada sob a justificativa de que o sistema então vigente não protegia adequadamente esses sujeitos em formação. Pelo projeto de lei inicial, o Título VI passaria a se chamar “Dos crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual”, em franca apologia às crianças e aos adolescentes. Referia-se ao estabelecimento de violência presumida, o que levava muitas decisões a afastá-la, diante das vicissitudes do caso, a presunção absoluta de violência lesaria o princípio da culpabilidade. Foi estabelecido o crime de estupro de vulnerável no artigo 217-A do Código Penal, que em termos taxativos, proibiu a prática de atos sexuais com pessoas vulneráveis, assim entendidos os menores de 14 (quatorze) anos (FILIPPO, 2016).

A Lei nº 12.015/2009 e o Código Penal consideram o menor de quatorze anos como pessoa incapaz de decidir sobre sua liberdade sexual, sob alegação de imaturidade psicológica para determinar neste sentido. A vulnerabilidade, para sua constatação é indispensável que a pessoa não tenha discernimento para a realização do ato libidinoso,

ou não tenha a capacidade de resistir ao ato. Daí temos o questionamento se é possível o menor de quatorze anos ter discernimento, maturidade sexual e capacidade para resistir ao ato libidinoso (SALES, 2018).

1.1. Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que tenha dificuldades em discernir a prática do ato sexual, a exemplo do que ocorre com a previsão contida nos artigos 218 e 218—A e B, todos constantes do Capítulo II do Título VI. Nos crimes que constam nos demais capítulos, a dignidade sexual é o bem jurídico mediato, considerando que cada um desses tipos tem seu próprio bem jurídico imediato (BITENCOURT, 2012, p. 95).

Com o crime sexual contra vulnerável não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta no artigo 217-A, procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual (BITENCOURT, 2012, p. 95).

A tutela penal se volta à proteção da dignidade sexual sob a ótica da vítima, que se submeteu à prática de ato sexual por meio de violência, grave ameaça ou fraude, desconsiderando-se, como regra, juízos de valor apriorísticos acerca da moralidade e dos bons costumes. A exceção fica por conta do crime de estupro de vulnerável, considerada a condição peculiar da vítima, a lei confisca a sua vontade e protege o seu interesse presumido, sob uma perspectiva objetiva de tutela ao seu desenvolvimento sexual sadio (FILIPPO, 2016).

2. Do estupro de vulnerável bilateral

A Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), dispõe o seguinte no parágrafo único do artigo 2º, *in verbis*: “Considera-se para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.” A norma enfatiza que os adolescentes são aqueles jovens que possuem faixa etária entre doze e dezoito anos de idade, para os crimes contra os vulneráveis como dispõe o Artigo 217-A do Código Penal, amparou contra os crimes de toda natureza (SÁ, COELHO, 2019).

Com a alteração da norma penal, o legislador não definiu o limite do amadurecimento sexual do menor, seja este menor de doze anos ou menor de quatorze anos, maneira que impossibilita a autoridade judicial a realizar seu juízo de valor nos casos de estupro bilateral, visto que há um conflito de normas (SÁ, COELHO, 2019).

A prática de ato libidinoso de forma consentida entre menores de 14 anos aos olhos da doutrina brasileira denomina-se estupro bilateral. O legislador que coibir o ato sexual contra o menor de quatorze anos de idade, todavia percebe-se na prática que a nova lei ainda não surtiu seu efeito devido às divergências no campo doutrinário e jurisprudencial. De acordo com a Súmula 593 do STJ, (BRASIL, 2017) 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 (SÁ, COELHO, 2019).

Conforme entendimento do STJ, a presunção de violência nos crimes de estupro contra menores de quatorze anos tem caráter absoluto, sendo o limite de idade um critério objetivo “para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual”. A problemática aqui é se dois adolescentes, menores de quatorze anos de idade que realizam, consensualmente, conjunção carnal ou atos libidinosos (SALES, 2018).

A jurisprudência pátria, ainda não se inclinou a buscar respostas legislativas, comparativas ou interpretativas, quanto ao caso se dois adolescentes menores de quatorze anos mantendo consensualmente relações sexuais, estariam praticando ato

infracional de estupro de vulnerável, se há violação da dignidade sexual dos menores, se há consentimento mútuo válido, é ato infracional, A gravidade na modalidade bilateral deve ser considerada de forma abstrata, como faz o STJ, Cabe medida socioeducativa em desfavor dos menores (SALES, 2018).

Os Estados Unidos editaram uma lei apelidada de “*Romeo and Juliet law*” com a finalidade de alcançar os relacionamentos sexuais entre adolescentes cuja diferença de idade fosse pequena, nos termos dessa lei, os atos sexuais consentidos não seriam tipificados como crime pela lei penal, pois ambos estariam no mesmo momento de descoberta sexual (BRAYNER, 2017).

O nome da lei trata-se da obra teatral Romeu e Julieta, de William Shakespeare, onde Julieta tinha apenas 13 (treze) anos quando inicia um romance com Romeu. Se esse caso se passasse nos dias atuais, o jovem Romeu, poderia ser responsabilizado pelo ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 217-A do Código Penal (BRAYNER, 2017).

Os magistrados e tribunais brasileiros, tem-se utilizado dos parâmetros dessa jurisprudência alienígena, quando a relação sexual se trata de dois adolescentes ou entre jovem e um adolescente (BRAYNER, 2017).

A Lei “*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 dos direitos na aplicação da regra penal contida no artigo 217-A, do CP quando envolva sexo consensual entre menores (CABETTE, 2010, apud BARBOSA, 2018).

O parlamento Alemão admitiu mudanças em sua legislação penal, a qual amplia a definição de estupro e viabiliza a deportação de imigrantes que cometem crimes sexuais. Segundo o projeto de lei, também conhecido como a lei “Não quer dizer Não” (“*Nein heisst Nein*”, qualquer forma de sexo não consensual agora será considerada e punida como crime. Anteriormente, apenas os casos em que as vítimas conseguiam provar que haviam resistido fisicamente aos seus agressores eram puníveis sob a lei alemã (BARBOSA, 2018).

No julgamento do Recurso Especial 1.480.881 pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, a tese fixada estabeleceu que o crime caracterizaria com a mera prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, pouco importando a vontade desta, sua experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ambos, segundo a orientação fixada, a configuração do crime do artigo 217-A do Código Penal, prescinde da demonstração de danos psicológicos causados à vítima, contentando-se com a prática da conduta (FILIPPO, 2016, p. 2):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N.º 1.480.881/PI. SÚMULA N.º 593/STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento exposto no acórdão impugnado diverge da orientação desta Corte Superior, firmada no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.480.881/PI, no sentido de que, "[p]ara 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". 2. No mesmo sentido é o enunciado da Súmula n.º 593/STJ: "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." 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1768988 SC 2018/0252998-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019).

Com a edição da Lei 12.015/09 (BRASIL, 2009), o Código Penal, considerava, pelo disposto no artigo 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de 14 (quatorze) anos, bem como se a natureza da presunção era relativa ou absoluta, uma primeira corrente sustentava apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade. Revogou-se o artigo 224 e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada, a lei incluiu no Código o artigo 217-A, que não menciona presunção de

nenhuma ordem, pune, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinosos com menor de 14 (quatorze) anos (CUNHA, 2017).

2.1. Sujeito ativo e passivo

Conforme preleciona Bitencourt (2012, p. 95) Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo e passivo no crime de estupro de vulnerável, indistintamente, homem ou mulher, contra, inclusive, pessoa do mesmo sexo. Como por exemplo o estupro de adultos, coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive contra vítimas do mesmo sexo dos autores ou partícipes.

Sujeito passivo, igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, seja pela menoridade de quatorze anos, seja em razão de trata-se de 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 (BITENCOURT, 2012, p. 95).

No estupro de vulnerável vítima do sexo masculino também, em qualquer circunstância, quando violentada, é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. O crime de estupro de vulnerável também pode ocorrer em relação a hetero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher). Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena é aumentada de metade (artigo 226, II) (BITENCOURT, 2012, p. 95).

O autor do delito em estudo para que o mesmo venha a ser considerado sujeito ativo do delito em averiguação, não é obrigatório haver algum ou nenhum requisito especial. Diante dessa realidade, é relevante avaliar a questão dessa vulnerabilidade, seja ela absoluta ou relativa, considerando, por exemplo, uma menor de quatorze anos já com experiencia na vida sexual ou se considerarmos em conta o consentimento para a prática de ato libidinoso ou para o próprio ato sexual, refletindo o sujeito ativo ser menor de 14

anos, o que poderia ser considerado estupro de vulnerável bilateral (SÁ, COELHO, 2019).

O artigo 2017-A do Código Penal exagera a realidade do país e da pré-adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta da sexualidade. O que fazer, se forem condutas homossexuais que acabam produzindo as reações mais diversas, nos pais e na própria escola, chamando a polícia, criando escândalo, criminalizando a descoberta da sexualidade? Se a pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade – homem ou mulher tiver configuração física de mais de quatorze anos? Com a revogação do artigo 224 do Código Penal, não caberia mais falar-se em presunção relativa e se o agente tiver a mínima margem de dúvida quanto à exata idade da vítima, estaria enquadrado na figura do artigo 217-A do Código Penal (FRANCO, 2011, p. 503).

3. Classificação doutrinária do estupro de vulnerável

Esse crime trata-se de um crime comum, não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo; o fato de somente alguém vulnerável pode ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio; material, é o crime que causa transformação no mundo exterior, isto é, deixa vestígios; doloso, este crime não há previsão na modalidade culposa; de forma livre, ele pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo; comissivo, o verbo nuclear implica a prática de uma ação; instantâneo, a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado; uni subjetivo, pode ser cometido por uma única pessoa; plurissubsistente, a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso (BITENCOURT, 2012, p. 103).

Com recente edição da Lei nº 12.978/14, que acrescentou inciso ao artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Houve um progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente, com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1998, conforme semelhança dos artigos 19 da Convenção

Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

Art. 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (RECURSO ESPECIAL N. 1.480.881-PI (2014/0207538-0)).

A diferença do tipo delitivo reside na faixa etária do sujeito passivo que deve ser menor de quatorze anos. Não interessando se para a caracterização típica que o agente tenha constrangido a vítima- homem ou mulher- com violência ou grave ameaça ou, mesmo que tenha dela obtido o consentimento: basta que tenha mantido atos de libidinagem, incluindo a conjunção carnal, com menor de idade inferior a 14 (quatorze) anos. O texto legal proíbe que o menor de quatorze anos exerça qualquer atividade sexual, sob o fundamento de que não tem para tanto a suficiente maturidade (FRANCO, 2011, p. 501).

O Estatuto da Criança e do Adolescente estatui, em seu artigo 2º, que é adolescente aquele que se encontra na faixa entre 12 (doze) anos e 18 (dezoito) anos de idade. Não seria coerente que a Lei nº 12.015/2009 tivesse levado em conta a determinação contida no ECA? João Batista apud Franco, enfatiza que se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; autoriza a privação de liberdade na hipótese de autoria de um ato infracional, além de diversas outras prerrogativas, exagera a norma em fixar em 14 (quatorze) anos e não em 12 (doze) anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a “exceção de Romeu e Julieta” – segundo o

autor, não se reconhece, no direito norte-americano, a presunção de inocência “quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento da descoberta da sexualidade” (FRANCO, 2011, p. 502).

3.1. Pena e ação penal no estupro de vulnerável

A pena cominada para o *caput* do artigo 217-A é, isoladamente, reclusão de oito a quinze anos. Decorrendo da conduta, lesão corporal de natureza grave, a pena será reclusão de dez a vinte anos (§ 3º), decorrendo da conduta do agente, a morte da vítima, a reclusão será de doze a trinta anos (§ 4º). Há ainda, as majorantes especiais contidas no artigo 226: de quarta parte, na hipótese do inciso I, pelo concurso de pessoas: e, de metade, se o agente se enquadra em uma das hipóteses relacionadas no inciso II. Por outro lado, a nosso juízo, é inaplicável a majoração de metade da pena determinada pelo artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, por falta de previsão legal (BITENCOURT, 2012, p. 103).

Se o agente incide em erro do tipo conforme o artigo 20 do Código Penal, acreditando sinceramente que o ofendido não é menor de 14 (quatorze) anos, por sua estrutura ou outros elementos físicos e psicológicos, por apresentação de documento falso, ou por não se encontrar numa das situações descritas no § 1º do artigo 217-A do Código Penal, caracterizadoras de vulnerabilidade, não haverá crime (FRANCO, 2011, p. 503).

O erro de tipo pode ocorrer nesse caso, sobre os elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. Tem-se a falsa impressão que recai sobre a figura típica, na verdade, incide sobre os elementares e circunstâncias do fato que o tipo descreve, sobre o fato total praticado pelo sujeito, esse erro recai sobre o fato, reverte-se em erro sobre os dados do tipo. O erro do tipo exclui sempre o dolo, seja evitável, seja inevitável (JESUS, 2012, p. 349).

Como o dolo é elemento do tipo, a sua presença exclui a tipicidade do fato doloso, podendo o sujeito, responder por crime culposos. Está previsto no artigo 20º do Código

Penal, neste caso se aplica a prática de conjunção carnal com namorada, supondo que tenha mais de 14 (quatorze anos) em face de certidão de nascimento falsa. Não responde por estupro de vulnerável (artigo 217-A, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009), uma vez que desconhecia a elementar concernente à idade da vítima. A ausência de dolo ou de culpa constitui a ausência de culpa (JESUS, 2012, p. 350).

No artigo 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz:

Artigo 241- D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena: - reclusão, de 1(um) ano a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único: nas mesmas penas incorre quem: I – facilitar ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

O tipo penal tutela a integridade moral da criança, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa de acordo com o ECA. O sujeito passivo é a criança envolvida, o legislador, no entanto, excluiu da tutela penal o adolescente, ou seja, a pessoa entre doze e dezoito anos. Nesse caso o legislador entende que o adolescente consegue ter maior discernimento para não submeter ao assédio de pedófilo. Instigar significa fazer nascera a ideia na criança ou adolescente de prática do ato libidinoso com a criança ou adolescente (ISHIDA, 2010, p. 518).

Constranger na técnica penal significa utilizar-se de violência ou grave ameaça na conduta. O tipo preocupou-se em punir a fase preparatória do estupro ou atentado violento ao pudor. O ato libidinoso é retratado de forma genérica, abrangendo a conjunção carnal ou qualquer ato que vise ao entendimento da libido. Assim, se há simples assédio sem a vontade libidinosa, a conduta é atípica (ISHIDA, 2010, p. 519).

Esse crime é um crime comum, qualquer pessoa pode praticá-lo, sujeito passivo sempre será a criança, ou seja, a pessoa com até 12 (doze) anos de idade incompletos. O parágrafo único traz duas formas equiparadas ao *caput*, punindo quem: facilita (põe à disposição) ou induz (incute, sugere) o acesso a criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso: neste caso, o agente, agindo indiretamente, com a finalidade de praticar ato libidinoso com a

criança, proporciona seu acesso a material de conteúdo pornográfico, com a finalidade de fazê-la crer na naturalidade daquelas cenas (ROSSATO, 2014, p. 587).

Considerações finais

O presente trabalho teve o objetivo de analisar o crime de estupro de vulnerável bem como o estupro bilateral sob a perspectiva da lei Romeu e Julieta, abordando as práticas de relações sexuais com menores de 14 (quatorze) anos de idade. A violência contra o menor é uma das mais graves formas de violência, pois a criança e o adolescente também são sujeitos de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

O Código Penal destaca a vulnerabilidade não somente dos menores com idade até 14 (quatorze) anos, mas os que com enfermidade ou deficiência mental, não possuem discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo oferecer resistência, e considera como crime conjunção carnal ou a prática de ato do ato libidinoso.

No Estatuto da Criança e do Adolescente o ato libidinoso que inclui a conjunção carnal, trata-se apenas do menor de 0 (zero) a 12 (doze) anos de idade, excluindo o adolescente que possui 14 (quatorze) anos de idade, ou seja, seria necessária uma tutela específica para a proteção do menor de 14 anos a qual o estatuto não trouxe a norma.

Cabe aos legisladores, defenderem os direitos e garantias dos menores, o crime de estupro de vulnerável trata-se de delito de perigo abstrato, conforme reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, fixando entendimento jurisprudencial.

A prática do ato libidinoso entre pessoas vulneráveis não se trata de crime, conforme a legislação brasileira denomina de estupro bilateral, porém com as divergências de doutrina, com a irrelevância do consentimento quando a vítima quanto a prática do ato sexual, sua experiência anterior ou existência de relacionamento amoroso com outro menor.

Com a Súmula 593 do STJ, o consentimento da vítima é irrelevante para a configuração do crime, devendo, no entanto, ser considerado experiências sexuais anteriores e relacionamento amoroso com o autor do crime para a prática do delito.

Portanto, quando dois adolescentes, menores de quatorze anos realizam consensualmente a conjunção carnal e atos libidinosos, conforme o entendimento do STJ os crimes de estupro contra menores é de caráter absoluto. A jurisprudência, no entanto, não pune os menores, apenas trata como ato infracional de estupro, cabendo ao infrator medida socioeducativa o estupro de vulnerável com menores de 14 (quatorze) anos que é considerado de forma abstrata pelo STJ.

Referências

BARBOSA, Ramaiane Caldeira (Ademir Gasques Sanches - Orientador). **A possibilidade de se relativizar o crime de estupro de vulnerável menor de 14 (quatorze) anos.** Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51945/a-possibilidade-de-se-relativizar-o-crime-de-estupro-de-vulneravel-menor-de-14-quatorze-anos>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 1º fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. **Súmula 593 do STJ.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas--2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2020.

BRASIL. **Recurso Especial n. 1.480.881-PI** (2014/0207538-0) (STJ - AgRg no REsp: 1768988 SC 2018/0252998-8, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019). Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.480.881-PI.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual dos crimes contra a fé pública.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAYNER, Yan Rêgo. **Exceção de romeu e julieta x súmula 593 do stj, uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: <<https://delegados.com.br/component/k2/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Súmula 593 do STJ: Estupro de vulnerável, consentimento, experiência sexual e relacionamento amoroso.** Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/10/25/sumula-593-stj-estupro-de-vulneravel-consentimento-experiencia-sexual-e-relacionamento-amoroso/>>. Acesso em: 1º fev. 2020.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Crime de estupro de vulnerável e a necessidade de periculosidade da conduta.** Revista dos Tribunais: vol. 973/2016 p. 195-217. 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 2008.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo/Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SÁ, Maria do Socorro Pereira. COELHO, Maria do Socorro Rodrigues. **Estupro de vulnerável bilateral: Visão controversa face aos menores de 14 anos e a legislação penal vigente no Brasil.** Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Âmbito Jurídico. 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/estupro-de-vulneravel-bilateral-visao-controversa-face-aos-menores-de-14-anos-e-a-legislacao-penal-vigente-no-brasil-2/>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SALES, Lucas. **A (a) tipicidade material do estupro bilateral de vulnerável**. 2018. Disponível em: <<https://luks381.jusbrasil.com.br/artigos/445680857/a-a-tipicidade-material-do-estupro-bilate>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 14 de maio de 2020. Aprovado em 6 de agosto de 2020. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.

O artigo está contemplado na Edição Especial da *Virtù* no contexto do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* “Novas Perspectivas do Direito Público”, do Centro Universitário Icesp.

Edição publicada em 7 de agosto de 2020.

