



## O ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEL À LUZ DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Sebastião Patrício Mendes da Costa<sup>1</sup>  
Olívia Brandão Melo Campelo<sup>\*\*</sup>  
Luana Azerêdo Alves<sup>\*\*\*</sup>

### Resumo

O presente artigo analisou o estupro cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, no contexto anterior e posterior à lei nº 12.015/09, que acrescentou o art. 217-A ao Código Penal, e à lei nº 13.718/18, que acrescentou o § 5º ao art. 217-A do Código Penal. O art. 217-A, § 5º, do Código Penal, tipifica o estupro de vulnerável e preconiza a vulnerabilidade absoluta da pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos. Trata-se de um artigo de revisão, que se caracteriza pela análise e discussão de informações que já estão publicadas. O seu objetivo delimitou-se a analisar a incidência do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade, que mantêm entre si, de maneira consentida, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, na busca de uma solução jurídica adequada. Para tanto, utilizou-se uma abordagem qualitativa, com procedimentos de análise bibliográfica e legislativa através de uma perspectiva hermenêutica do Direito. Citou-se julgado e fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na absolvição de adolescente nessa situação. Abordou-se a proteção integral, o melhor interesse, a dignidade humana, direitos fundamentais de crianças e adolescentes, teoria a respeito do conceito e técnicas de interpretação do Direito, concluindo-se pela não incidência do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade que, consensualmente, mantêm entre si conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

**Palavras-chave:** estupro de vulnerável; adolescentes; proteção integral; melhor interesse; interpretação jurídica.

## THE BILATERAL RAPE OF VULNERABLE IN THE LIGHT OF INTEGRAL PROTECTION AND LEGAL HERMENEUTICS

### Abstract

This article analyzed the rape committed against a person under 14 (fourteen) years of age, in the context before and after Law nº 12.015/09, which added art. 217-A to the Penal Code, and to law nº 13.718/18, which added § 5 to art. 217-A of the Penal Code. Article 217-A, § 5, of the Penal Code, typifies the rape of vulnerable and advocates the absolute vulnerability of the person under the age of 14 (fourteen) years. This is a review article, which is characterized by the analysis and discussion of information that has already been published. Its objective was limited to analyzing the incidence of art. 217-A of the Penal Code to adolescents under 14 (fourteen) years of age, who consensually maintain carnal intercourse or another libidinous act among themselves, in search of an adequate legal solution. For that, a qualitative approach was used, with procedures of bibliographical and legislative analysis through a hermeneutic perspective of Law. Judgment and grounds used by the Superior Court of Justice (STJ) in the acquittal of adolescents in this situation were cited. Full protection, best interest, human dignity, fundamental rights of children and adolescents, theory regarding the concept and techniques of interpretation of the Law were

1 \* Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Bacharel em Direito (UnB), Mestre em Direito e Estado (UnB), Doutor em Direito (PUCRS). E-mail: sebastiaocosta@ufpi.edu.br

2 Professora no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Bacharel em Direito (UESPI), Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUCSP), Doutora em Filosofia do Direito (PUCSP). E-mail: oliviabrandaomelo@hotmail.com

3 Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Bacharel em Direito (UNIPÊ), Especialista em Direito Processual Civil (UNIPÊ), Promotora de Justiça do Ministério Público do Piauí. E-mail: luana.azeredo@ufpi.edu.br





addressed, concluding that art. 217-A of the Penal Code to adolescents under 14 (fourteen) years of age who, consensually, have carnal intercourse or another lewd act.

**Keywords:** vulnerable rape; teenagers; integral protection; best interest; legal interpretation.

## 1. Introdução

A lei nº 12.015/2009, de 07 de agosto de 2009, acresceu ao Código Penal o tipo descrito no art. 217-A, intitulado estupro de vulnerável. Por esse tipo penal, criminalizou-se a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, com enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência<sup>4</sup>.

Antes da vigência da lei nº 12.015/09, vigorava o art. 224 do Código Penal, que considerava a violência presumida quando o estupro era cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. Nessa época, já havia discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da intensidade dessa presunção, se absoluta ou relativa, tendo os Tribunais Superiores oscilado nos entendimentos.

Após a edição da lei nº 12.015/09, revogando-se o art. 224 do Código Penal, excluiu-se a presunção de violência, no entanto, permaneceram os embates doutrinários e jurisprudenciais a respeito da presunção da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade. Com a vigência da lei nº 13.718/2018, de 24 de setembro de 2018, que acresceu o § 5º ao art. 217-A do Código Penal, fixou-se a presunção absoluta de vulnerabilidade da pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos, sendo irrelevantes para a incidência do tipo penal o consentimento ou a experiência sexual.

Apesar da previsão legal, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela absolvição de agente maior de 18 (dezoito) anos de idade, que praticou conjunção carnal com vítima menor de 14 (catorze) anos de idade, fundamentando-se, dentre outros, na derrotabilidade do enunciado normativo, afastando a incidência do art. 217-A do Código Penal.

### 4 Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)



A questão torna-se mais emblemática quando se analisa a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso entre adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade, de maneira consentida, o que a doutrina denomina estupro bilateral de vulnerável. A discussão parece transitar entre o interesse jurídico e o social, suscitando reflexões sobre a proteção integral, a dignidade, a liberdade (sexual) de crianças e adolescentes, bem como sobre uma solução jurídica adequada. Assim, a relevância desta análise se insere como contribuição à linha de pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais, que propõe um debate acerca dos mecanismos de proteção e de defesa de direitos fundamentais, em busca da sua efetividade, o que pode ser alcançado mediante a aplicação de princípios.

Levando em consideração que os crimes e as contravenções penais podem ser imputados aos adolescentes que respondem, em processo especial, pela prática de ato infracional<sup>5</sup>, o objetivo do artigo foi analisar a incidência do teor do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade que, consensualmente, mantêm entre si conjunção carnal ou outro ato libidinoso, na busca de uma solução jurídica adequada. Este é um artigo de revisão, que, aos moldes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), caracteriza-se pela análise e discussão de informações que já estão publicadas. Para tanto, utiliza-se uma abordagem qualitativa, com procedimentos de análise bibliográfica e legislativa através de uma perspectiva hermenêutica do Direito.

Em um primeiro momento, nos tópicos 2 e 2.1, fez-se um retrospecto legal e jurisprudencial a respeito do estupro cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, abordando a discussão sobre a presunção da violência e a vulnerabilidade, tratando-se do estupro de vulnerável e do estupro bilateral de vulnerável; explicitou-se o entendimento e os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1770597/GO, julgado em 18/12/2020, e a teoria Romeu e Julieta.

Em um segundo momento, no tópico 3, comentou-se sobre a proteção integral e o melhor interesse como consectários da dignidade humana constitucional e convencional, esclarecendo-se que essa dignidade norteia as políticas públicas, as leis e as decisões judiciais acerca de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

No tópico 4, enfrentou-se a questão acerca da incidência do teor do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade que, consensualmente, mantêm entre si conjunção carnal ou outro ato libidinoso, abordando-se, especialmente, a teoria

<sup>5</sup> Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.



desenvolvida por Ronald Dworkin, que compreende o Direito como integridade e que considera o sistema jurídico formado por regras e princípios, sendo estes responsáveis pela inserção da moral no Direito. Aliando-se a essa teoria, agregou-se técnicas de interpretação do Direito.

Na conclusão, defende-se a solução jurídica adequada frente a incidência ou não do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade que, consensualmente, mantêm entre si conjunção carnal ou outro ato libidinoso, levando em consideração a proteção integral, o melhor interesse e os princípios que permeiam os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

## 2. O art. 217-A do Código Penal e o estupro bilateral de vulnerável

A lei nº 12.015/2009, inseriu o art. 217-A ao Código Penal, criminalizando a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, com enfermidade ou deficiência mental, desprovida do necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Caso a conduta resulte em lesão corporal de natureza grave, a pena mínima, de 08 (oito) passa a 10 (dez) anos de reclusão; e a pena máxima, de 15 (quinze) passa a 20 anos de reclusão; se resultar morte, a pena varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Antes do advento da lei nº 12.015/09, conquanto em vigor o art. 224<sup>6</sup> do Código Penal, a violência era presumida quando o estupro era cometido contra menor de 14 (catorze) anos de idade, pessoa alienada ou débil mental ou que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.

À época, a doutrina e a jurisprudência divergiram acerca do caráter dessa presunção, se absoluta (*jure et de jure*), não admitindo prova em contrário, ou relativa (*juris tantum*), admitindo a contraprova. Os debates mais acirrados aconteciam em torno da pessoa menor de 14 anos. Quanto ao cenário das alienações e/ou outras formas de impossibilidade de resistência, as discussões ocorriam em conformidade com o grau de discernimento da vítima para o ato sexual, portanto, uma presunção relativa. Aos menores de 14 anos, surgiu “o antagonismo entre a presunção absoluta e a relativa. Debatia-se muito se a pessoa abaixo dos 14 anos teria como

6 (CP) **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.



amadurecer precocemente e entender o que significava o ato sexual, razão pela qual poderia sinalizar uma presunção relativa” (NUCCI, 2022, p. 218).

Houve decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC nº 73.662-MG, julgado em 21/05/1996<sup>7</sup>, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que a presunção de violência não era absoluta, mas sim relativa, devendo ceder às peculiaridades do caso concreto.

Também houve decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 762.044/SP, julgado em 21/02/2006<sup>8</sup>, de relatoria do Ministro Félix Fischer, mas em sentido contrário, no sentido da presunção absoluta da violência em se tratando de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, não tendo relevância jurídico-penal o seu consentimento ou eventual experiência sexual.

Com o advento da lei nº 12.015/09 e a inclusão de um tipo específico criminalizando a conduta de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, excluiu-se a figura da presunção de violência. Contudo, persistiu a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, se absoluta ou relativa.

A questão foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o julgamento do REsp nº 1.480.881/PI, publicado em 10/09/2015<sup>9</sup>, reconhecendo a vulnerabilidade absoluta. A matéria se transformou em tese, em sede de recurso repetitivo, e no enunciado da súmula nº 593, publicado em 06/11/2017<sup>10</sup>:

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.

SÚMULA 593: 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.

<sup>7</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1633483>

<sup>8</sup>

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=609542&num\\_registro=200501000930&data=20060502&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=609542&num_registro=200501000930&data=20060502&formato=PDF)

<sup>9</sup> [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf)

<sup>10</sup> [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf)



O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi chancelado pela lei nº 13.718/2018<sup>11</sup>, que, ao incluir o § 5º ao art. 217-A do Código Penal, determinando que o consentimento da vítima e a experiência sexual eram irrelevantes penais para a consumação do estupro de vulnerável, fulminou qualquer dúvida a respeito da vulnerabilidade absoluta da pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade (NUCCI, 2022).

Todavia, recentemente, Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.029.009/RN, publicado em 14/12/22<sup>12</sup>, sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, afastou o precedente firmado no REsp nº 1.480.881/PI, a incidência do enunciado da súmula nº 593 e a lei, afirmando que existiam particularidades no caso concreto que impediam a subsunção do fato ao tipo incriminador do art. 217-A do Código Penal. O acórdão transitou em julgado em 16 de fevereiro de 2023.

O Ministro-relator baseou-se nos seguintes argumentos para absolver o acusado: atipicidade material do fato, afirmando a irrelevância social e a inexistência de ofensa ao bem jurídico; proteção constitucional conferida à família (art. 226, § 3º<sup>13</sup>); evitar a vitimização secundária; dignidade da pessoa humana; derrotabilidade do enunciado normativo.

Depreende-se do acórdão que o autor do fato possuía 19 (dezenove) anos e a vítima 13 (treze) anos de idade quando se deu a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. À época do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.029.009/RN, ele tinha 25 (vinte e cinco) anos de idade e um filho com a vítima.

Pelo exposto, vê-se que persiste a celeuma a respeito da vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, em que pese o teor do § 5º do art. 217-A do Código Penal, que preleciona ser a vulnerabilidade absoluta, tratando-se de critério exclusivamente etário.

Essa celeuma se estende aos casos nos quais o autor do fato e a vítima possuem idade inferior a 14 anos, sendo, portanto, inimputáveis e sujeitos às disposições do Estatuto da Criança

11 Art. 217-A

[...]

§ 5º 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018\)](#)

12

[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=173242294&registro\\_numero=202203043685&peticao\\_numero=202201078023&publicacao\\_data=20221214&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=173242294&registro_numero=202203043685&peticao_numero=202201078023&publicacao_data=20221214&formato=PDF)

13 Art. 226

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.



e do Adolescente (ECA) e não àquelas do Código Penal. A esse caso dá-se o nome de estupro bilateral de vulnerável, uma vez que os envolvidos, segundo a lei, apresentam concomitantemente idêntica condição de vulnerabilidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescentes (ECA) fixou a idade da criança até 12 (doze) anos incompletos e do adolescente até 18 (dezoito) anos incompletos. O ECA se aplica, em regra, às crianças e adolescentes, e, excepcionalmente, àqueles com idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos<sup>14</sup>.

De acordo com Ishida, o critério utilizado pelo ECA para definir a idade de transição da criança para adolescente decorreu de política legislativa, visando diferenciar aqueles passíveis de medida socioeducativa em razão da prática de ato infracional (ISHIDA, 2022).

O critério biológico não implica precisão absoluta. Há crianças que já manifestam características adolescentes, apresentando mudanças de natureza física ou psicológica. Crê-se que a intenção da lei foi discriminar, para fins de proteção, a criança e o adolescente, diferenciando-os da pessoa adulta, mormente em virtude da fragilidade e da vulnerabilidade no que concerne à capacidade física, cognitiva, emocional e social (CURY, SILVA, MENDEZ, 2000).

De acordo com o ECA, ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal<sup>15</sup> cometido por adolescente ou criança. Se o ato infracional for praticado por criança, aplicam-se medidas de proteção previstas no ECA<sup>16</sup>; se, no entanto, o autor for adolescente, sujeita-se ao procedimento legal que visa a aplicação de medida socioeducativa<sup>17</sup>.

A diferença entre crime ou contravenção penal e ato infracional está no sujeito ativo da conduta e não na conduta em si. Se criança ou adolescente, o termo correto é ato infracional; se pessoa maior de 18 anos de idade, crime ou contravenção penal. A conduta é idêntica, ora praticada por criança ou adolescente ora por pessoa maior de 18 anos de idade.

Assim, quando dois adolescentes, menores de 14 (catorze) anos de idade, mantêm entre si, consentidamente, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, incidem no tipo descrito no

14 Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.  
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

15 Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

16 Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

17 Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.  
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.



art. 217-A do Código Penal, como coautores do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

## 2.2 REsp nº 1770597/GO e a teoria Romeu e Julieta

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.770.597/GO, em 18/12/2020, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ratificou a absolvição de adolescente com 14 (catorze) anos de idade, que manteve conjunção carnal, sem violência real, com outro adolescente com 12 (doze) anos de idade. Os adolescentes eram primos; da relação sexual resultou gravidez, interrompida; a vítima afirmou não ter consentido.

Analisando o acórdão, em primeira instância, houve o acolhimento da representação e a consequente aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade; não obstante, em sede recursal, o Tribunal de Justiça absolveu o adolescente infrator, fundamentando-se na ausência de provas, no erro de proibição e na atipicidade da conduta; o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu do Recurso Especial, com esteio no enunciado da Súmula nº 07<sup>18</sup>.

Apesar de não ter apreciado o mérito da questão, reproduziu os fundamentos utilizados no excerto *a quo*: relativização do critério etário, especialmente em razão de os adolescentes possuírem idêntica tutela do ECA; relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade; o que fez prevalecer a absolvição do adolescente de 14 (catorze) anos de idade, com esteio no art. 189, III<sup>19</sup>, do ECA.

Destaca-se que o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer o entendimento de presunção absoluta de vulnerabilidade consoante o critério etário, ressaltou que, *in casu*, ambos os adolescentes gozavam da mesma proteção integral, motivo pelo qual a preferência de um em detrimento do outro seria um paradoxo que romperia o sistema de proteção do ECA.

Atente-se que a matéria não se encontra pacificada, especialmente em razão de o Tribunal Superior não ter adentrado no mérito da questão. Diante disso, faz-se necessária a discussão, inclusive acerca de uma teoria não positivada na legislação brasileira, mas que vem

<sup>18</sup> [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005\\_1\\_capSumula7.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf)

<sup>19</sup> Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:  
[...]

III - não constituir o fato ato infracional;



sendo adotada nos Tribunais como fundamento para o afastamento da objetividade absoluta do critério etário quando a diferença de idade entre autor do fato e vítima é diminuta: a teoria Romeu e Julieta.

Também conhecida como Exceção de Romeu e Julieta, a teoria afasta a presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos de idade, quando a diferença de idade entre autor do fato e vítima for de 05 (cinco) anos ou menos e a relação sexual for consentida. A justificativa encontra-se na alegação de que se trataria de um momento de descoberta da sexualidade, que não pode ser sancionado, “criminalizado” pelo Estado (MASSON, 2020).

O surgimento da Exceção de Romeu e Julieta adveio da inspiração na *Romeo and Juliet Law*, com vigência em alguns Estados norte-americanos. Sabidamente, o nome da teoria baseia-se no romance de *Shakespeare*, no qual dois adolescentes, de famílias inimigas, tornaram-se amantes:

Com base nessa obra literária, alguns Estados norte-americanos desenvolveram as *Romeo and Juliet laws*, normas pelas quais a vulnerabilidade dos menores de 14 anos pode ser relativizada em caso de pequena diferença de idade – até 5 anos – entre os envolvidos no ato de natureza sexual. Nesse contexto, estaria afastado o estupro de vulnerável quando o agente contasse com 18 anos – maior de idade e imputável, e a vítima com 13 anos de idade. Essa teoria não pode ser acolhida no Brasil. De fato, os menores de 14 anos são vulneráveis no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual. Além disso, a vulnerabilidade etária, de índole objetiva, não comporta qualquer tipo de flexibilização (MASSON, 2020, p. 1010).

O autor defende a inaplicabilidade da teoria Romeu e Julieta tanto no que atine ao estupro de vulnerável quanto ao estupro bilateral de vulnerável. No primeiro caso, em razão de a vulnerabilidade etária decorrer diretamente da lei; no segundo caso, em razão de não estar presente o abuso, uma vez que a vulnerabilidade seria recíproca, não havendo que se falar em ato infracional (MASSON, 2020).

A Exceção de Romeu e Julieta vem sendo aplicada nos casos atinentes à hipótese de estupro bilateral de vulnerável, conforme excerto a seguir transcrito:

APELAÇÃO DEFENSIVA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO PELA MAIORIDADE. REJEITADA. EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA ACOLHIDA PARA AFASTAR A TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. CONTRA O PARECER. 1. É pacífico que o advento da maioridade não obsta a representação por ato infracional, quanto menos a aplicação de medida socioeducativa, pois, para a incidência do diploma especial do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser considerada a data dos fatos, não se olvidando da aplicação



excepcional às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, a teor da Súmula nº 605 do STJ. 2. **Deve ser superado o objetivismo do critério etário para a vulnerabilidade e relativizada a presunção de violência, quando houver relação sexual consentida entre juvenis, cuja diferença de idade seja insignificante, uma vez que os indivíduos se encontram no mesmo estágio de desenvolvimento e de maturidade sexual, mostrando-se desarrazoada a criminalização de evidente descoberta sexual entre dois adolescentes.** (TJMS; ACr 0000328-45.2019.8.12.0036; Rel. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli; DJMS 29/07/2021; Pág. 166) Grifos nossos

Tanto a teoria Romeu e Julieta quanto as decisões judiciais que isentam de responsabilização penal ou socioeducativa o autor de estupro de vulnerável, relativizando a vulnerabilidade etária da vítima, incorrem na mesma questão: afronta direta a dispositivo de lei, que não excepciona a vulnerabilidade da pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade para a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Especialmente na decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2.029.009/RN, cita-se expressamente a derrotabilidade do enunciado normativo.

### 3. Proteção integral

As consequências jurídicas do estupro bilateral de vulnerável, envolvendo adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade, que, com mútuo consentimento, praticam conjunção carnal ou outro ato libidinoso, invitam a uma detida reflexão dialógica sobre a lei que pune (Código Penal) e a lei que protege (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, de uma forma geral).

A Constituição Federal de 1988 trouxe muitos avanços relacionados aos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes, prevendo em seu texto que o direito à infância se constituía como direito social<sup>20</sup> e prioritário ao tempo que regulou os instrumentos da política pública aptos à concretização desse direito (BIANCHINI *et al*; 2022).

Além de direito social, a proteção à criança e ao adolescente deve ser prioridade absoluta<sup>21</sup>, pelo que já se percebe que a Carta Magna acolheu a proteção integral, em seguida consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

20 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

21 (CF) 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.



A lei nº 8.069/90 instituiu o ECA, o qual, em seu primeiro<sup>22</sup> artigo dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Refletindo a prioridade absoluta prevista no texto constitucional, o ECA salvaguarda-os de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e baliza como os seus dispositivos legais deverão ser interpretados, levando em consideração os fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (arts. 4º, 5º e 6º).

Diante disso, tem-se que a absoluta prioridade constitucional e a proteção integral legal, asseguradas à criança e ao adolescente, assemelham-se, complementam-se, devendo atender às necessidades da criança e do adolescente, sujeitos de direitos em pleno desenvolvimento.

Curioso ressaltar que essa prioridade e proteção conferidas às crianças e adolescentes resultaram de um rompimento com a ordem jurídica anterior à Constituição Democrática, que, sedimentada no direito do menor, confundia os conceitos de criança carente e criança delinquente, fazendo coincidir a infância socialmente desvalida e a infância delinquente (MACHADO, 2003).

Havia uma confusão, uma indevida associação entre crianças e adolescentes socialmente vulneráveis e a delinquência juvenil, que conformou o direito material e processual da Infância e da Juventude antes do processo democrático brasileiro.

Nas palavras de Martha de Toledo Machado:

Em síntese, com a constituição dos juízes de menores e a cristalização do direito do menor criou-se um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinquente (MACHADO, 2003, p. 42).

O cenário mudou com a promulgação da Carta Cidadã, em 1988, a qual, orientada pela dignidade da pessoa humana, considerou crianças e adolescentes sujeitos de direitos fundamentais, em pleno processo de desenvolvimento, independentemente da situação fática, social ou econômica em que estão inseridas, merecendo tratamento igualitário (MACHADO, 2003).

A doutrina da proteção integral, portanto, inaugurou no ordenamento jurídico pátrio uma nova forma de pensar a criança e o adolescente, com o objetivo de efetivar, prioritariamente,

22 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.



os direitos individuais e as garantias fundamentais, sendo uma verdadeira diretriz ao Estado, aos pais, à família e à sociedade (ISHIDA, 2022).

Essa perspectiva, de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais, devendo ser tratados com isonomia, prioridade e proteção integral, já havia embasado a elaboração de tratados internacionais, que reconheceram a necessidade de o cuidado com a criança e o adolescente ser tema e compromisso universais.

A bem da verdade, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o ECA beberam da fonte de tratados e convenções internacionais, que asseguraram originariamente ampla proteção social e dignidade a crianças e adolescentes, com o reconhecimento de que são “sujeitos de direito”, ostentando o status singular de pessoas em pleno desenvolvimento. Influenciado pelo complexo arcabouço normativo internacional e “reforçado pelos movimentos nacionais, que representaram um efetivo ponto de partida para a efetiva mudança de paradigmas, culminou-se com a aprovação, em 13 de julho de 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90” (BIANCHINI *et al*, 2022, p. 37).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, seu artigo XXV, item 2, é considerado o primeiro instrumento internacional que previu a proteção social em favor das crianças: *2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.*

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que tem como cerne o reconhecimento de direitos humanos fundamentais e a dignidade como valor do ser humano, assegura à criança proteção legal e cuidados especiais, em razão de sua imaturidade física e mental.

O Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança prevê:

Princípio 2º - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Com esteio na igualdade e na dignidade, garante-se proteção social às crianças no que diz respeito à alimentação, moradia, assistência médica, educação e lazer.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, apresenta em seu artigo 19, itens 1 e 2, o compromisso dos Estados em adotar mecanismos de proteção à criança, assim considerada todo ser humano com menos de 18 anos de idade, contra todas as formas de violência, inclusive a sexual, compreendendo a atuação preventiva, assistencial e punitiva.



Além disso, em seu artigo 3, item 1, a Convenção sobre os Direitos da Criança ressalta a expressão “o interesse maior da criança: “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O melhor interesse para a criança e o adolescente, aliado ao princípio da proteção integral, deve nortear toda a interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes, o que se constitui como a verdadeira prioridade absoluta (ISHIDA, 2022).

Perceba-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança determina que, dentre outras, as autoridades administrativas, legislativas e judiciárias deverão considerar, no exercício do seu mister, o melhor interesse da criança, aqui considerada aquela até 18 (dezoito) anos de idade (BRASIL, 1990b).

Dessa forma, o melhor interesse cuida-se de um dever do Estado em todas as suas esferas de atuação, enquanto Estado-administrador, Estado-legislador e Estado-juiz, razão pela qual deve ser balizador das tomadas de decisão que versam sobre crianças e adolescentes (ISHIDA, 2022). O melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente, portanto, vinculam a eleição de políticas públicas, a elaboração das leis e as decisões judiciais acerca de crianças e adolescentes.

Por sua vez, pelo Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 2004, referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, os Estados se comprometeram a proibir essas práticas e a prever nas respectivas legislações tipologias penais e consequências para a sua prática. Além disso, inovou, em seu artigo 8º, ao dispor sobre o acolhimento, o direito à oitiva e à informação de crianças-vítimas.

O tratamento digno que deve ser conferido à criança e ao adolescente vítima de delitos, o direito à informação, o respeito às opiniões, às necessidades, a prestação de serviços de apoio, o direito à privacidade e à própria identidade, a proteção extensível às famílias, a duração razoável do processo e a justa reparação pelo autor do fato, revelam a valorização e o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais.

Há que se mencionar a lei nº 13.431/2017, que instituiu o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a qual definiu, para os fins legais de prevenção, proteção e de repressão, os conceitos de violência física, psicológica, patrimonial, institucional e sexual (BRASIL, 2017).



Compreende-se como violência sexual<sup>23</sup> toda ação, conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sendo o abuso sexual entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais.

Diante disso, extirpe de dúvidas que as legislações interna e internacional asseguram proteção integral às crianças e aos adolescentes contra qualquer tipo de ofensa a direitos fundamentais, no que se inclui a proteção contra a violência sexual. Logo, independentemente de qualquer condicionante, crianças e adolescentes gozam de idêntica proteção integral, devendo ser observado o melhor interesse, como concretização da prioridade absoluta constitucional.

É com respaldo nesse contexto de proteção integral e melhor interesse que deve ser refletida a repercussão jurídica da situação de dois adolescentes, com idade inferior a 14 (catorze) anos de idade, que mantêm, entre si, relação sexual ou outro ato libidinoso, com mútuo consentimento.

#### **4. A lei e a sua interpretação**

O art. 217-A do Código Penal não faz distinção entre o imputável e o inimputável pelo critério etário, podendo ser ambos sujeitos ativos. Na primeira hipótese, de crime de estupro de vulnerável; na segunda, de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, cuidando-se do estupro bilateral de vulnerável.

No caso de estupro bilateral de vulnerável, tratando-se de adolescentes com idade inferior a 14 (catorze) anos, ambos incidiriam no tipo, incorrendo no ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, uma vez que a vulnerabilidade é recíproca. Todavia, responsabilizar socioeducativamente os adolescentes pela prática do ato infracional recíproco atenderia à proteção integral e ao melhor interesse?

Dentre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o da liberdade engloba a liberdade sexual, no contexto de descoberta, de experimento. Inexistindo violência, tratando-se de adolescentes sob a mesma tutela protetiva da lei, não se vislumbra comportamento a ser reprimido na esfera socioeducativa.

<sup>23</sup> Art. 4º, III, a, b e c.



Nucci (2022), realizando uma análise dos índices de violência sexual no Brasil, do entendimento jurisprudencial e sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da vigência das leis 12.015/09 e 13.718/18, conclui que a política criminal do Estado dirige-se, fundamentalmente, às condutas dos maiores de 18 (dezoito) anos de idade, que mantêm envolvimento sexual com menores de 14 (catorze) anos de idade. Não devendo ser tratado com severa medida socioeducativa eventual ato infracional, pois, em verdade, cuida-se da descoberta sexual entre adolescentes de idêntica ou próxima idade:

[...] verificou-se a imensa preocupação do Estado, compreendido os três Poderes da República, com a política criminal de proteção à exploração sexual do menor, razão pela qual os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que o menor de 14 anos não tem autorização para a prática sexual, mormente com adultos (o art. 217-A se volta a punir o maior de 18 anos). Na mesma linha, seguiram o Legislativo e o Executivo (edição e sanção da Lei 13.718/2018), vedando a relação sexual ao vulnerável, particularmente o menor de 14 anos (NUCCI, 2022, p. 220).

Vê-se, portanto, que o objetivo da política criminal do Estado é voltado a inibir maiores de 18 (dezoito) anos de se relacionarem sexualmente com menores de 14 (catorze) anos de idade, e não o envolvimento sexual entre adolescentes, especialmente aqueles com idade inferior a 14 (catorze) anos.

A questão também pode ser apreciada sob o viés da derrotabilidade do enunciado normativo, ou seja, o afastamento da aplicação da lei, da literalidade da lei, por decisões judiciais, que conferem primazia aos princípios, num exercício de sopesamento, a fim de assegurar a equidade e a justiça da decisão.

Dworkin critica fortemente o positivismo jurídico sob o fundamento de ele não ser suficiente para resolver os *hard cases* (casos difíceis), que, segundo ele, não são assim considerados pela definição da linguagem comum, pela dificuldade em sua compreensão, mas sim como aqueles que “dadas as peculiaridades dos fatos apresentados em juízo e das disposições legislativas, não é trivial identificar a regra que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis.” (SGARBI, 2020, p. 165).

Pela concepção de Dworkin, considera-se um *hard case* aquele para o qual não há regra específica a incidir ou a regra não resolve clara ou adequadamente a questão, pelo que, a solução encontrada ficará a critério do aplicador, que pode se valer de fundamento extrajurídico e da própria concepção de moral, ética e valores para solucionar o caso.

Logo, para Dworkin, os desacordos sobre a interpretação do Direito abrangem as situações em que há posicionamentos diversos sobre um mesmo fato, sobre uma questão central.



Dessa forma, o Direito não pode ser descrito como um dado objetivo, pois se assim fosse não seria possível explicar a ocorrência de conflitos interpretativos. Logo, o Direito não se resume a uma mera questão semântica (SGARBI, 2020).

Sem olvidar a relevância dos limites semânticos para a interpretação do Direito, Streck reforça que as palavras não guardam sentidos em si mesmas, tampouco espelham a essência das coisas, motivo pelo qual o Direito não é um mero exercício retórico de convencimento, existindo inúmeras significações, contextos e horizontes que dialogam entre si numa fusão de horizontes (STRECK, 2014).

Dworkin, em um viés considerado pós-positivista, desenvolveu a teoria segundo a qual o sistema jurídico é formado por normas, que se subdividem em princípios e em regras. Os princípios, dotados de carga moral, diferenciam-se das regras especialmente por carregarem consigo carga valorativa de equidade, justiça e moralidade, aplicando-se consoante um critério de peso, de importância, de balanceamento, e não de acordo com a objetividade da lógica, da validade ou invalidade, característica das regras (SGARBI, 2020).

Em razão disso, o Direito, agregando regras jurídicas e princípios morais, retira do seu aplicador o poder de legislar, a discricionariedade arbitrária, que enseja a solução do caso concreto com base em razões morais, éticas e valorativas puramente subjetivas, uma vez que ele passa a ser guiado por essas razões inseridas nos princípios que integram o sistema.

De acordo com Dworkin, sempre haverá uma solução correta para os casos jurídicos, seja com base em regras seja com base nos princípios, mas, em verdade, será a utilização dos princípios que deve representar a melhor interpretação a ser dada ao caso, à luz do critério da integridade.

Pelo critério de integridade, em um sistema jurídico composto por regras e princípios, Dworkin propõe que o aplicador do Direito leve em consideração, simultaneamente, o contexto histórico, os precedentes, as leis aplicáveis ao caso posto à análise e os reflexos para o futuro, realizando uma interação que dê coerência e consistência à decisão, como se a interpretação jurídica se assemelhasse a um romance em cadeia, no qual os autores devem atentar para garantir a adequação e a fluidez ao longo dos textos, servindo cada romance como inspiração para o consecutivo (DWORKIN, 1999).

É com respaldo nessa metáfora do romance em cadeia que Dworkin compreende o Direito como integridade, pelo qual o seu intérprete, atentando especialmente para os princípios da equidade, justiça e moralidade, deve ser coerente, realizando uma interpretação adequada com o contexto histórico, os precedentes e as leis.



Por outras palavras, Dworkin está enfatizando que, como virtude política e jurídica, a “integridade” requer que os legisladores criem um direito que seja coerente com a estrutura dos princípios que fundamentam a existência desta prática social; e, por sua vez, que os juízes ao decidirem não percam de vista que suas decisões devem fazer parte desse todo coerente (SGARBI, 2020, p. 198).

Desta feita, Dworkin defende a integridade do sistema jurídico, a coerência entre quem elabora e quem aplica as leis, pregando o dever de observância, por todos, aos princípios da equidade, justiça e moralidade.

Pode-se fazer um cotejo com a técnica de interpretação lógico-sistemática, que requer a análise de um dispositivo jurídico em harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico que disciplinam a mesma matéria. Ao hermeneuta incumbe identificar o dispositivo, as normas jurídicas correlatas, a posição hierárquica em que se encontra para daí formular a interpretação:

Em se tratando de interpretação lógico-sistemática de um diploma legal, deve-se, portanto, cotejar o preceito normativo com outros do mesmo diploma legal ou de legislações diversas, mas referentes ao mesmo objeto, visto que, examinando as prescrições normativas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas.

Sendo assim, não se pode interpretar o comando normativo de modo isolado, devendo ele ser compreendido e aplicado em contato com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, seja no plano horizontal, seja no plano vertical do sistema hierárquico da ordem jurídica (SOARES, 2019, p. 50).

A respeito da interpretação lógica, Limongi França a conceitua como “aquela que se leva a efeito mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim, através do estabelecimento da conexão entre os mesmos. Supõe quase sempre a posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical” (FRANÇA, 2010, p. 24).

No que atine à interpretação sistemática, França destaca que a vontade da lei deve ser analisada de acordo com o contexto legal em que inserida, podendo ser realizada com base na própria lei em que o dispositivo está inserido ou com esteio no sistema geral do direito positivo (FRANÇA, 2010).

Em um Estado Democrático, como o Brasil, o norte a balizar legisladores e juízes será a Constituição de 1988, que institucionalizou a moral no Direito. A Constituição assegura direitos fundamentais aos indivíduos, direitos que, dada a sua carga moral, assemelham-se a verdadeiros princípios.



Portanto, a definição quanto à incidência ou não incidência do art. 217-A do Código Penal aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade que, consentidamente, mantiveram entre si conjunção carnal ou outro ato libidinoso, deve ser analisada à luz da Constituição, levando em consideração os princípios da justiça, da equidade e da integridade como agregados aos direitos fundamentais referentes aos adolescentes, especialmente os da proteção integral, da liberdade (sexual) e do melhor interesse.

Assim, a interpretação de um texto legal deve envolver a sua história institucional, fundante, os precedentes, as leis e os reflexos para o futuro, fazendo-se prevalecer princípios em relação às regras, no intuito de se obter a justiça.

Além disso, é preciso que se reconheça que o ordenamento jurídico é dinâmico, requerendo uma leitura coerente e alinhada às mudanças sociais. Logo, a interpretação jurídica, para além de uma função normativa, de revelar a literalidade da norma, contém um momento cognoscitivo, de interpretá-la de acordo com a realidade social, com as interações sociais, dissipando conflitos em busca da pacificação social:

A seu turno, o processo sociológico de interpretação do direito objetiva: conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; elastecer o sentido da norma a relações novas, inéditas ao momento de sua criação; e temperar o alcance do preceito normativo a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica (SOARES, 2019, p. 51).

Assim, essa integração entre o Direito e a realidade social o torna vivo, dinâmico, fazendo com que a sua interpretação manifeste o real significado na norma jurídica, sem olvidar a prévia necessidade da análise sintática, pragmática e semântica da lei (SOARES, 2019).

Vê-se, portanto, que a técnica de interpretação gramatical é considerada o ponto de partida para a apreensão do significado e do alcance do texto legal. Nas palavras de Limongi França, “Atualmente, porém, essa interpretação, por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais, propiciados pelas outras espécies de interpretação” (FRANÇA, 2010, p. 23-24).

Pelo exposto, pode-se afirmar que a interpretação jurídica deve contemplar a integridade, coadunando-se com a história, inclusive, a social; com os precedentes; com as leis; com a teleologia da norma; com a lógica; e com a sistematicidade; em busca da pacificação e da justiça.



## **5. Considerações Finais**

O art. 217-A, *caput* e § 5º, do Código Penal, é literal ao considerar autor de estupro de vulnerável aquele que tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, ainda que esta dê o consentimento ou tenha experiência sexual. Logo, o consentimento de pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade e a eventual experiência sexual devem ser desconsiderados para a consumação do delito. A vulnerabilidade é absoluta.

Em que pese a previsão legal, demonstrou-se a volatilidade de entendimento dos Tribunais Superiores, ora acatando a lei, no que atine à presunção de vulnerabilidade ora afastando a sua incidência, relativizando essa presunção e absolvendo os autores do fato, fundamentando-se: na atipicidade material do fato, afirmando a irrelevância social e a inexistência de ofensa ao bem jurídico; na vitimização secundária; na dignidade da pessoa humana; e na derrotabilidade do enunciado normativo.

O artigo voltou-se à análise da repercussão jurídica nos casos em que adolescentes, menores de 14 (catorze) anos de idade, portanto, na mesma situação de vulnerabilidade, praticam entre si, consensualmente, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o que se denomina estupro bilateral de vulnerável.

Tomando como base o julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.770.597/GO, o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é pela não responsabilização de adolescente de 14 (catorze) anos, que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com outro adolescente de 12 (doze) anos de idade, fundamentando-se na atipicidade da conduta e no erro de proibição.

À luz da proteção integral e do melhor interesse, que tutelam isonomicamente os adolescentes com idade inferior a 14 (catorze) anos, levando em consideração a dignidade humana, hábil à efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, inclusive do direito à liberdade (sexual), conclui-se, nesse contexto, desarrazoada a responsabilização socioeducativa de adolescentes, uma vez que não se trata da vulnerabilidade de que trata o art. 217-A, § 5º, do Código Penal, que tem como desiderato inibir a relação sexual ou outra libidinoso entre maior de 18 (dezoito) anos e adolescente menor de 14 (catorze) anos de idade.

A questão também foi analisada sob outro enfoque, o hermenêutico. A partir da doutrina de Ronald Dworkin e do cotejo com técnicas de interpretação jurídica, levando em consideração o conceito de Direito como integridade e a preponderância de princípios sobre regras, com o fim de alcançar a justiça, conclui-se que a proteção integral, o melhor interesse,



a equidade, a moralidade e a justiça encontram-se ombreados com adolescentes de idade inferior a 14 (catorze) anos que, consentidamente, relacionam-se sexualmente, razão pela qual é desarrazoada a sua responsabilização socioeducativa.

Com fulcro nos argumentos acima expostos, inaplicável o teor do art. 217-A do Código Penal, como ato infracional análogo, aos adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade, que praticam, entre si e consensualmente, conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice *et al.* **Crimes contra Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1.770.059-7/GO**. 5ª Turma. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1 fev. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=119691421&num\\_registro=202002619805&data=20210201&data\\_pesquisa=20210201&tipo=0&formato=PDF&componte=MON](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=119691421&num_registro=202002619805&data=20210201&data_pesquisa=20210201&tipo=0&formato=PDF&componte=MON). Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.480.881/PI**. 3ª Sessão. Rel. Rogério Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 set. 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1435047&num\\_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF). Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 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: 02 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 16 jul. 1990a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Congresso. Decreto nº 5.007, de 08 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 mar. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm). Acesso em: 07 abr. 2022.



BRASIL. Congresso. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 1990b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Congresso. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 05 abr. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm). Acesso em: 14 abr. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 135, p. 173-187, 2014. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/333/268>. Acesso em: 09 abr. 2023