

A exceção de Romeu e Julieta e o estupro bilateral

Essa exceção, em sua gênese, não se resume à existência de profundo vínculo de afeto entre o suposto estuproador e a sua vítima. Na verdade, a doutrina mais ortodoxa aponta que, nos Estados Unidos, no âmbito de *Romeo and Juliet Laws*, não há crime quando do relacionamento entre pessoas cuja diferença sendo que ambos estão no mesmo contexto de descoberta da sexualidade.



Adriano Sousa Costa
Delegado da Polícia Civil de GO

O estupro bilateral possui uma essência um pouco diferente do instituto

acima citado, pois aqui os envolvidos nas relações sexuais são menores de 14 anos e, por isso, presumidamente vulneráveis. Ambos os envolvidos nos atos sexuais são vítimas e autores de estupro de vulnerável pelo critério etário.

Claro que, para que exista bilateralidade, o ilícito perpetrado precisa ser o mesmo: ato infracional análogo ao estupro de vulnerável praticado recíproca e consensualmente. Se um deles, ao revés, empregar violência ou grave ameaça contra o outro não há simetria mínima para se dizer factível tal rótulo, consoante orientação jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – REPRESENTAÇÃO O JULGADA PROCEDENTE – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CP – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INFRATOR MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS À ÉPOCA DOS FATOS – VULNERABILIDADE BILATERAL – INOCORRÊNCIA – CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO – EMPREGO DE VIOLÊNCIA CONTRA A VÍTIMA PARA OBTENÇÃO DO PRAZER SEXUAL INDIVIDUAL E EXCLUSIVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Não há falar em vulnerabilidade bilateral quando as circunstâncias do caso concreto demonstram que o apelante constrangeu a vítima, mediante violência, à prática de ato libidinoso, afastando-se, portanto, do normal desenvolvimento e curiosidades sexuais dos menores envolvidos. (STJ, REsp 1589220, j.09/05/2016)



Da jurisprudência prevalente do STJ

A jurisprudência dos Tribunais Superiores sempre foi muita rígida quanto à incidência de crimes de estupro de vulnerável em situação em que a defesa estava fundada somente em argumentos derivados da teoria da exceção de Romeu e Julieta.

O STJ, inclusive, editou a Súmula 593 indicando que consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre agressor e vítima não são justificativas suficientes para afastar a incidência da norma:

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 (j. 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Essa diretriz jurisprudencial foi mantida para garantir a higidez do núcleo de proteção almejado aos menores, bem como para preservar o caminho trilhado pelas legislações sobre o tema. É só lembrar que a Lei 13.718/2018 incluiu no Código Penal expressa disposição no sentido de aplicação das penas do estupro de vulnerável independentemente da anuência da vítima ou de prévias relações sexuais (CP, artigo 217-A, § 5º).

Além disso, desejava-se a preservação de um dos atributos mais relevantes de toda e qualquer lei: a generalidade. A lei penal não pode se envergar a contextos, a pessoas e tampouco a casuísticas, sobretudo se não há cláusula permissiva na lei, posição refletida na jurisprudência:



RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. (...) 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (STJ – REsp 1480881 / PI – 26/08/2015)

A purgação da punibilidade penal

O STJ, em julgados recentes^[1], evidenciou que a mera existência de relacionamento amoroso precedente entre autor e vítima não seria hábil a afastar a incidência do artigo 217-A do Código Penal; contudo, em tendo havido a formação de núcleo familiar sólido e a existência de filho do casal, essas circunstâncias seriam merecedoras de tratamento distinto frente ao que já consolidado (*distinguishing*).

Em claro jogo de balanços principiológicos, levou-se em consideração que a aplicação fria do Direito Penal ocasionaria desestruturação familiar e ofensa ainda maior à dignidade da vítima. Sem falar dos prejuízos que poderiam ser impostos ao filho do casal. Como a Carta Constitucional eleva a proteção da família a maior dignidade possível, seria desarrazoado fazê-lo.



Da forma que foi veiculado o primeiro julgado, pareceu que era um julgado isolado e por isso mesmo ganhara tanta repercussão. Mas o estudo aprofundado sobre o tema nos mostrou outra realidade. Há diversos outros julgados, principalmente da 5ª Turma, nesse mesmo sentido, afastando a aplicação da Súmula 593 do referido sodalício em casos simétricos. A título de exemplo: AREsp n. 1.555.030/GO, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 21/5/2021; AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 20/8/2021; REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021; AgRg no AgRg no AREsp n. 2.177.806/CE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 4/10/2022; REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021.

Nesse sentido, vide a ementa do Resp 2.006.170:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. RELACIONAMENTO AMOROSO E NASCIMENTO DE FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O que há de curioso é que o caso acima nem de perto se aproxima da teoria da exceção de Romeu e Julieta. Na versão tupiniquim, que deu origem aos *distinguishings*, o pano de fundo principal do afastamento do rigor penal não foi a pequena diferença de idade entre os envolvidos e menos ainda o vínculo amoroso que os unia à época da relação sexual.

Os casos analisados se fundam na constituição de matrimônio (construção de uma família), no nascimento de um filho e nas repercussões que a prisão do condenado poderiam trazer para a vítima e para a criança. E aí está a diferença: no drama de William Shakespeare, não há nascimento de nenhuma criança e o casal não termina junto. O núcleo da decisão, portanto, está mais nos riscos da prisão para a família do que no ato sexual com pessoa vulnerável. Ou seja, focou-se mais nas consequências do que nas causas do evento.



Por isso é que não parece lógico falar em afastamento de tipicidade material. A tipicidade penal é aferida quando da conduta (e com todas as circunstâncias que a cercam), inclusive a consciência do indivíduo frente a tudo o que está fazendo.

Na verdade, o esforço argumentativo dirige-se contra a punição concreta do fato, o que mais coloca luz no substrato da punibilidade do que propriamente da tipicidade. O tempo passou e outras situações tornaram aquela situação irreversível. Incidir o Direito Penal vai prejudicar ainda mais a vítima.

E como não há mecanismo na lei que permita, por exemplo, o perdão judicial, viu-se o Judiciário obrigado a construir uma saída para o imbróglio, para relativizar a punição. Daí a utilização da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, que versa sobre a possibilidade de se afastar a aplicação de uma determinada norma jurídica em caso de surgimento de uma exceção relevante.

Contudo, a nosso ver, a melhor solução para o caso concreto talvez fosse o reconhecimento da *bagatela imprópria, ou seja, da desnecessidade da pena à luz do fato concreto*. Até porque se os julgados falam sobre a irrelevância da conduta penal praticada, não existe óbice, segundo o STJ, para o reconhecimento de tal *especial forma de exclusão de punibilidade*. Na haurida lição de Luiz Flávio Gomes:

O fato em apreço amolda-se, claramente, às circunstâncias exigidas para a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, que cuida de infração bagatelar imprópria (aquela que nasce relevante para o Direito penal — porque há desvalor da conduta e desvalor do resultado, mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária). Não se pode confundir o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: aquele está para a infração bagatelar própria assim como este está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência (cf. L.F.GOMES, Princípio da insignificância, RT). O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena^[2].

A investigação criminal

É essencial trazer à baila a discussão sobre a natureza jurídica da não incidência do artigo 217-A do Código Penal nesse tipo de situação pois isso impactará diretamente na investigação criminal.

Afinal, a decisão do STJ — sobre a atipicidade material — impediria a instauração de inquérito policial em casos semelhantes, sob pena de o Delegado de Polícia ser responsabilizado pelo artigo 27 da Lei Contra o Abuso de Autoridade.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada. (Lei n. 13.869/2019)



Tipicidade formal e material fazem parte da análise a que o delegado de polícia se obriga antes da formalização de procedimento apuratório criminal, pois só deve ele instaurar o inquérito policial quando houver indícios mínimos de crime.

Portanto, o recomendável é que o delegado de Polícia, em subsistindo a tese de que se trata de fato materialmente atípico, instaure Verificação de Procedência das Informações (VPI) para a coleta de elementos mínimos sobre tal contexto e, após, archive-o.

Claro que, se a tese aqui exposta for a adotada (da exclusão de punibilidade pela bagatela imprópria), o delegado de Polícia poderá instaurar o inquérito policial (pois crime teria havido), deixando ao Poder Judiciário a incumbência de analisar a referida causa especial de extinção de punibilidade penal.

Contramão da diretriz legislativa histórica

Antes da reforma empreendida pela Lei 11.106/2005, o Código Penal comportava forma específica de extinção de punibilidade de crimes sexuais, nos revogados incisos VII e VIII, de seu artigo 107, pautando-se em critérios de conveniência do núcleo familiar. Não exigia geração de descendente, mas sim que a vítima contraísse núpcias.

Em 2005, o legislador fez cair por terra aludido instituto de política criminal, antecipando outra importante mudança que aconteceria 4 anos depois: os crimes contra os costumes mudaram o rótulo para crimes contra a dignidade sexual.

Ademais, no que tange à ação penal, percebeu-se um recrudescimento do tratamento processual penal à violências sexuais. Antes, os delitos sexuais vinculavam-se, em regra, à ação penal privada. Após a Lei 12.015/2009, passaram a se vincular, como regra, à ação penal pública condicionada e hoje, após a Lei 13.718/2018, estão jungidos à ação penal pública incondicionada, diante da atual redação do artigo 225, que acompanha a regra do artigo 100 do Código Penal^[3].

O ordenamento brasileiro sempre levou isso a sério, tanto que, igualando-se ao risco de vida, só o estupro admite um ato de lesa-vida como o aborto.

Esses exemplos de evolução normativa indicam um desejo legislativo no sentido de criar cenário de desincentivo legal à inserção prematura das pessoas na vida sexual.

Nesse sentido, a decisão em comento cria uma margem de barganha judicial que a lei não pareceu permitir. Até porque seria perfeitamente possível que o Legislativo, se o quisesse, elaborasse dispositivo autorizador de perdão judicial para casos como o ora comentado.

Se a doutrina debate sobre leis *in your face* (leis arquitetadas pelo Legislativo para superar jurisprudência consolidada), não se pode negar que é muito mais comum que a jurisprudência ataque a literalidade das leis criminais, solapando sua linha histórica tradicional.



Não se está a discutir sobre a justiça e a equidade da decisão, pois parece que o caso concreto requeria maior ponderação judicial mesmo. Mas não pelo rótulo da tipicidade material, mas sim da extinção da punibilidade (bagatela imprópria). De uma ou de outra forma, o posicionamento em estudo abre margem para a flexibilização da proteção pretendida aos vulneráveis, e escancara espaços para alegações sobre erros de proibição como linhas de defesa.

O que chama a atenção, na realidade, é a percepção da distância temporal entre a reativa providência legislativa e o agir judiciário, funcionando o parlamento mais como formalizador da posição dos Tribunais Superiores do que fonte real de produção de leis derivadas da vontade do povo. E o vencedor, ao final, parece ser sempre o Judiciário; talvez por isso a sensação de se caminhar a passos largos para um abraço *commom law*.

[1] AgRg no REsp 1.919.722 -SP, 5ªT., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17/08/2021, DJe 20/08/2021; AgRg no AREsp 2.177.806-CE, 5ª T., Rel.Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/09/2022, DJe 04/10/2022; REsp 2.006.170, Min. Sebastião Reis Jr., j. 26/10/2022

[2] GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Roubo, insignificância e princípio da irrelevância penal do fato. Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

[3] MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; EVANGELISTA JR., Osvaldo. Lei 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, ano 26, out.2018, p. 10-12.

Date Created

27/12/2022