

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe De Castro; Flávia Piccinin Paz – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-601-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Direito penal. 3. Processo penal. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Em mais uma edição do CONPEDI Virtual, o Grupo de Trabalho de Direito Penal apresenta uma coletânea de estudos que refletem a profundidade e a diversidade das discussões contemporâneas na área.

Primeiramente, no trabalho intitulado **UMA ANÁLISE DO TIPO OBJETIVO DO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA**, os autores Roberta Arrechea , Priscila Alencar Veríssimo de Souza têm como objetivo O presente artigo analisa o tipo objetivo do crime de gestão temerária de instituição financeira, previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.492/1986, à luz do princípio da legalidade penal. Adotando metodologia qualitativa, de natureza jurídico-dogmática e crítico-bibliográfica, a pesquisa examina a indeterminação dos elementos “gestão” e “temerária”, demonstrando como a ausência de critérios legais precisos compromete a previsibilidade da norma penal e amplia a margem de discricionariedade judicial.

Na sequência, o artigo **A CONDENAÇÃO DE OFÍCIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: (IN)COMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL**, de autoria de Cassius Guimaraes Chai , Gabryella Moreira Amaral dos Santos , Anna Júlia Vieira da Silva, busca O artigo analisa a compatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com o sistema acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988.

Ainda sobre temas relevantes, o estudo **CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E JUSTIÇA GLOBAL: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO PENAL CLÁSSICO E O PAPEL**

como propósito O presente artigo analisa o fenômeno do lawfare como forma contemporânea de instrumentalização estratégica do Direito e das instituições jurídicas, compreendendo-o para além da simples judicialização da política ou do ativismo judicial. Parte-se da premissa de que o Direito, nas democracias contemporâneas, passou a operar também como tecnologia de poder, sendo utilizado em disputas políticas, econômicas e geopolíticas por meio da mobilização estratégica de normas, procedimentos e narrativas jurídicas.

Em seguida, o artigo PROTEÇÃO PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO DIREITO PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS ENQUANTO DEFENSOR DE BENS SUPRAINDIVIDUAIS, de autoria de Allaymer Ronaldo Regis Dos Bernardos Bonesso , Lucas Bertolucci Barbosa de Lima , Vinícius Bernardino, objetiva A economia sendo um elemento fundamental para a humanidade não podia ter sido esquecida pelo Direito, por isso foi incorporada como um bem jurídico digno de tutela penal, o que deu origem a embates sobre como proceder para a proteção desse bem. É nesse contexto que surge o debate acerca da legitimidade do Direito Penal para intervir na defesa da ordem econômica de modo preventivo, com base na lógica de crimes de perigos, tese que recebe muitas críticas, contudo, o presente artigo busca defendê-la, explicando o porquê ser legítima a repressão prévia aos crimes econômicos.

Outro ponto de destaque é o estudo DEPOIMENTO ESPECIAL E ESCUTA ESPECIALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA NA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº 13.431/2017 E SEUS DESAFIOS DE EFETIVAÇÃO., de Aline de Andrade Lourenço , Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro, que busca O presente artigo analisa criticamente os mecanismos processuais instituídos pela Lei nº 13.431/2017 — escuta especializada e depoimento especial por videoconferência — como instrumentos de proteção integral de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência no Brasil. Diante do quadro alarmante de violência sexual contra menores revelado pelo 19º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2025), o estudo investiga em que medida tais mecanismos são suficientes para garantir a não

baseada na análise de referenciais legais, doutrinários e empíricos relacionados à proteção integral da infância e da adolescência no Brasil.

Em um contexto similar, o trabalho ADPF N.º 635 E MINISTÉRIO PÚBLICO DESAFIOS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL À LUZ DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, de Francisco Antonio Nieri Mattosinho , Laura Bianchi Picinin, visa Este artigo analisa a atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da ADPF n.º 635, com enfoque em territórios socialmente vulneráveis marcados pela governança criminosa. Parte-se da seguinte pergunta-problema: em que medida a atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial atende aos parâmetros fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela ADPF n.º 635?.

Abordando questões cruciais, o artigo IDENTIDADE DE GÊNERO, CÁRCERE E PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO STJ SOBRE PESSOAS TRANS PRIVADAS DE LIBERDADE, de autoria de Pamella Bauer Velasco , Tatiane Lemos Nascente, tem como objetivo O presente trabalho analisa em que medida a identidade de gênero de pessoas trans privadas de liberdade é observada no sistema carcerário brasileiro, considerando a tensão entre a autodeterminação do sujeito e o poder decisório do Poder Judiciário. Parte-se da hipótese de que o sistema prisional brasileiro ainda opera sob uma lógica cisnormativa e binária, na qual o reconhecimento da identidade de gênero permanece condicionado à discricionariedade judicial e a critérios institucionais, produzindo limitações à autonomia dos sujeitos e violações de direitos fundamentais.

Ainda no campo das discussões atuais, o estudo FRAUDE ELETRÔNICA NO SISTEMA “PIX”: CONCEITO, PRINCÍPIOS, PREVENÇÃO, COMBATE, INVESTIGAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL, de Thiago Braga Parente, busca O presente trabalho aborda o tema da fraude eletrônica praticada por meio do Pix, o sistema de pagamento instantâneo criado pelo Banco Central do Brasil em 2020. Em poucos anos, o Pix passou a

e na Colômbia. O problema central consiste em verificar em que medida os requisitos legais e os mecanismos de controle judicial revelam maior rigidez ou flexibilidade em cada ordenamento.

Outro relevante estudo é O SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL: CRÍTICA À RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES ABSOLUTAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS, de Marcelo Queiroz Alves De Oliveira , Rodrigo Suzana Guimarães , Adriano da Silva Ribeiro, que objetiva O presente artigo analisa o sistema das nulidades processuais penais no direito brasileiro, com enfoque na distinção entre nulidades absolutas e relativas e na crescente tendência de relativização das nulidades absolutas pelos tribunais superiores. A partir do estudo da tipicidade dos atos processuais penais, dos princípios regentes das nulidades, tais como o do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da convalidação, do interesse e da causalidade, e das espécies de atos defeituosos (irregulares, inexistentes e nulos), o trabalho examina como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm exigindo, de forma reiterada, a comprovação do prejuízo concreto e a arguição em momento oportuno mesmo nas hipóteses de nulidade absoluta.

A pesquisa O NOVO MARCO LEGAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: ENTRE A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO E A RECONFIGURAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS, desenvolvida por Cristian Kiefer Da Silva , Rafaela Cristina Alves Lisboa, tem como finalidade O presente trabalho tem por objetivo analisar o novo marco legal de combate ao crime organizado no Brasil, a partir das recentes reformas legislativas em matéria penal, processual penal e de execução penal ocorridas na contemporaneidade. Busca-se compreender, sob uma perspectiva crítica, os fundamentos político-criminais que orientam o endurecimento do sistema punitivo, especialmente no que se refere ao aumento de penas, à restrição de benefícios na execução penal, à ampliação de mecanismos de controle estatal e a criação de novos tipos penais incriminadores.

Com foco em aspectos específicos, o artigo **A NOVA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E SEUS ATUAIS DESAFIOS NO DIREITO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO**, de autoria de Henrique Ribeiro Cardoso , André Felipe Santos de Souza , Madson Lima De Santana, tem como objetivo O presente artigo investiga a positivação do princípio do ne bis in idem no ordenamento jurídico brasileiro, compreendida em duas camadas. A primeira, de matriz supralegal, foi inaugurada em 1992 pelos Decretos nº 592 e nº 678, que incorporaram, respectivamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, positivando a vedação ao bis in idem segundo os critérios complementares do idem crimen e do idem factum.

Ainda sobre a temática, o estudo **ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DERROTABILIDADE COMO MECANISMO PARA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA**, de Leandro Ernani Freitag, busca O presente artigo analisa a aplicabilidade da teoria da derrotabilidade como mecanismo para flexibilizar a rígida configuração do crime de estupro de vulnerável, especificamente nos casos que se enquadram na exceção de Romeu e Julieta. O objetivo da pesquisa é verificar como a teoria da derrotabilidade, inspirada nas formulações de Herbert Hart, pode ser utilizada para evitar punições desproporcionais e injustas em situações de estupro de vulnerável que não apresentem real lesividade ao bem jurídico tutelado, diante dos particulares detalhes do caso concreto submetido à análise judicial.

A pesquisa **POPULISMO PENAL E EROÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: IMPACTOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA DA PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA PENA DE MORTE E PRISÃO PERPÉTUA**, desenvolvida por Saulo de Medeiros Torres, tem como finalidade O presente artigo analisa os impactos do populismo penal midiático na erosão das garantias fundamentais no Brasil, com foco na proposta legislativa do Deputado Kim Kataguiri que visa instituir a pena de morte e a prisão perpétua. Partindo de uma abordagem qualitativa e exploratória, com base em revisão bibliográfica e análise

no contexto da democracia brasileira contemporânea. Parte-se do reconhecimento de que a circulação intencional de desinformação representa um risco existencial à integridade dos processos democráticos, à confiança pública e à estabilidade institucional.

Abordando a complexidade do tema, o artigo INQUÉRITO POLICIAL E RESQUÍCIOS DO SISTEMA INQUISITÓRIO SOB A ÓTICA DA OBRA “O PROCESSO”, DE FRANZ KAFKA, de autoria de Yasmim Zanuto Leopoldino, tem como objetivo O artigo disserta acerca do livro “O Processo”, de Franz Kafka, que trata da história de Josef K., o qual foi surpreendido com a instauração de procedimento judicial em seu desfavor, cujo objeto não foi elucidado ao acusado em nenhuma oportunidade durante a trama.

Finalmente, o estudo OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA AUTOMAÇÃO DECISÓRIA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DO JUIZ-ROBÔ À LUZ DA GARANTIA DE JUIZ PREVIAMENTE DETERMINADO, de Gabriel Gaska Nascimento , Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, busca O artigo examina a compatibilidade entre a hipótese do juiz-robô autônomo e o princípio do juiz natural no ordenamento constitucional brasileiro. Parte-se da constatação de que a crescente incorporação de sistemas de inteligência artificial no âmbito judicial, inicialmente voltada à automação de tarefas auxiliares, aproxima-se progressivamente do núcleo da jurisdição, suscitando a indagação sobre a legitimidade de decisões integralmente produzidas por algoritmos.

Por fim, o trabalho PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DO DELITO DE RECEPTAÇÃO, de autoria de Analiz Bernardon Torre , Martina Leão Gutierrez , Clarice Beatriz da Costa Söhngen, tem como objetivo O artigo analisa a persistência de traços inquisitoriais no processo penal brasileiro, focando na problemática da inversão do ônus da prova no crime de receptação sob a ótica do modelo acusatório e das garantias da Constituição de 1988. Por meio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial comparativa entre o STJ e o STF, o estudo objetiva demonstrar que a exigência de que o réu comprove a origem lícita do bem ou a ausência de

crimes de homicídio doloso no Brasil, destacando seus impactos sobre a prevenção criminal e sobre a efetivação do direito fundamental à vida. Parte-se da seguinte problemática: como um país que figura entre os primeiros colocados nos índices globais de violência letal pode enfrentar baixas taxas de esclarecimento de homicídios, evidenciando falhas estruturais nas instituições responsáveis pela investigação e responsabilização penal?.

Desejamos a todos uma excelente leitura e que as reflexões aqui apresentadas contribuam para o avanço crítico das ciências criminais no Brasil.

Matheus Felipe Castro – UNOESC/UFSC

Gustavo Noronha de Ávila – UEM

Flávia Piccinin Paz Gubert - UNESPAR

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DERROTABILIDADE COMO MECANISMO PARA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

STATUTORY RAPE: DEFEASIBILITY AS A MECHANISM FOR THE APPLICATION OF THE ROMEO AND JULIET EXCEPTION

Leandro Ernani Freitag

Resumo

O presente artigo analisa a aplicabilidade da teoria da derrotabilidade como mecanismo para flexibilizar a rígida configuração do crime de estupro de vulnerável, especificamente nos casos que se enquadram na exceção de Romeu e Julieta. O objetivo da pesquisa é verificar como a teoria da derrotabilidade, inspirada nas formulações de Herbert Hart, pode ser utilizada para evitar punições desproporcionais e injustas em situações de estupro de vulnerável que não apresentem real lesividade ao bem jurídico tutelado, diante dos particulares detalhes do caso concreto submetido à análise judicial. As hipóteses levantadas, confirmadas pela pesquisa, indicam que a aplicação literal e inflexível da norma penal pode conduzir a resultados injustos ou ineficazes, e que a teoria da derrotabilidade pode fundamentar a conciliação da proteção penal com os princípios da proporcionalidade e justiça material, em um enfoque garantista. O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; para verificação dos resultados, vale-se o artigo da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável, Derrotabilidade, Exceção de romeu e julieta, Garantismo penal, Proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the applicability of the theory of defeasibility as a mechanism to provide flexibility to the rigid configuration of the crime of statutory rape, specifically in cases that fall under the Romeo and Juliet exception. The objective of the research is to verify how the

research report; to verify the results, the article relies on inductive logic. Regarding methodology, the research employs, through bibliographic research, the techniques of the referent, the category, and the operational concept.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Statutory rape, Defeasibility, Romeo and juliet laws, Proportionality, Penal garantism

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da aplicabilidade da teoria da derrotabilidade como mecanismo para flexibilizar a rígida configuração do crime de estupro de vulnerável, no contexto de possibilidade de aplicação da exceção de Romeu e Julieta. Objetiva-se verificar como a teoria da derrotabilidade, inspirada nas formulações de Herbert Hart, pode ser utilizada para embasar a mencionada exceção e, com isso, evitar punições desproporcionais e injustas em situações de estupro de vulnerável que não apresentem real lesividade ao bem jurídico tutelado.

A problemática que se busca responder é se a interpretação literal e inflexível do art. 217-A do Código Penal, especialmente de seus §§ 4º-A e 5º, que estabelecem a presunção absoluta de vulnerabilidade para menores de 14 anos, é sempre a mais adequada e justa, ou se há espaço para a aplicação de exceções implícitas, baseadas na realidade dos fatos e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e justiça material.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. No primeiro, trata-se da evolução histórica da criminalização do estupro e a conceituação do estupro de vulnerável, abordando a Súmula 593 do STJ e o desenvolvimento legislativo da matéria. Após, analisa-se a teoria da derrotabilidade, seus conceitos fundamentais e forma de aplicação, com base, especialmente, nas contribuições de Hart, MacCormick e Ávila. Por fim, examina-se a exceção de Romeu e Julieta e a possibilidade de aplicação da derrotabilidade em casos de estupro de vulnerável, com a análise de julgados que afastaram a literalidade da norma e do entendimento da Súmula 593 do STJ em situações excepcionais, sob a ótica do garantismo penal e da proporcionalidade.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a derrotabilidade como ferramenta para aplicação da exceção de Romeu e Julieta a casos excepcionais envolvendo estupro de vulnerável.

O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; para verificação dos resultados, vale-se da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional (PASOLD, 2018).

1 ESTUPRO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A história da criminalização do estupro revela uma trajetória marcada por profundas

transformações nos valores sociais e na compreensão dos direitos individuais. Desde as civilizações antigas até a legislação contemporânea, observa-se uma mudança no foco da proteção penal: da preservação da honra familiar para a tutela da dignidade e da liberdade sexual da pessoa.

Etimologicamente, o termo “estupro” deriva do latim *stuprum*, que significava desonra ou vergonha. Em termos legais, o primeiro registro remonta à *Lex Scantinia* (149 a.C.), que criminalizava relações sexuais forçadas com jovens livres do sexo masculino, prevendo sanção (MESTIERI apud ESTEFAM, 2016, p. 246). No Império Romano, o estupro era tratado como um delito patrimonial, pois a mulher era considerada propriedade de seu guardião. A gravidade da infração variava conforme o status social da vítima, sendo que mulheres de classes inferiores raramente tinham sua integridade sexual protegida, podendo, no máximo, agir em legítima defesa (ESTEFAM, 2016, p. 246). Entre os hebreus, a pena variava conforme o estado civil da vítima, podendo orbitar entre sanção pecuniária (50 ciclos de prata) e obrigação de casamento, à pena de morte, caso a vítima fosse desposada (prometida em casamento). Já no Egito antigo, a punição incluía mutilações corporais (HUNGRIA, 1981, p. 103).

Durante a Idade Média, o pensamento cristão influenciou a concepção do estupro como delito sexual; diferenciou-se o ato, conforme resultasse ou não defloramento. No século VI, o imperador Justiniano agravou a pena para o estupro, tornando-o crime capital, independentemente da classe social da vítima, e proibiu o casamento entre agressor e vítima. Apesar disso, as exigências legais dificultavam a denúncia. Outro aspecto controverso foi o *jus primae noctis* ou *droit de seigneur*, suposto direito do senhor feudal à primeira noite com a noiva de seus servos. Embora sua existência histórica seja debatida, há indícios de sua incorporação ao direito consuetudinário em diversos países europeus medievais (ESTEFAM, 2016, p. 246).

No Brasil, a criminalização do estupro teve início com as Ordenações do Reino. Com a colonização e a escravidão, a sexualidade foi marcada por relações de dominação, especialmente entre senhores e escravizadas. Nesse contexto, as Ordenações Afonsinas diferenciavam o “estupro voluntário” – praticado com o consentimento de moças virgens ou viúvas – do “estupro violento”, caracterizado pelo uso de força, prevendo, respectivamente, penas de casamento ou pagamento de dote no primeiro caso, e pena capital no segundo. As Ordenações Manuelinas mantiveram essa estrutura, incluindo escravas e prostitutas como possíveis vítimas, ao passo que as Ordenações Filipinas, vigentes até 1830, estabeleceram penas de degredo ou açoite para o estupro voluntário e mantiveram a pena de morte para o estupro

violento (ESTEFAM, 2016, p. 250-252).

Durante o Império, o Código Criminal de 1830 classificava o estupro como crime contra a “segurança da honra”, restringindo a vítima à mulher e o ato à cópula vaginal, e criminalizando relações sexuais consentidas com menores de 17 anos. Havia distinção de penas conforme a “honestidade” da vítima – critério que foi mantido no Código Penal de 1890, o qual ainda previa a extinção da punibilidade pelo casamento com a ofendida.

O Código Penal de 1940 manteve a criminalização do estupro, inserindo-o no título “Dos Crimes contra os Costumes”, continuando a viabilizar a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o réu. A Lei n. 6.416/1977 ampliou essa possibilidade, permitindo-a também pelo casamento da vítima com terceiro, o que perdurou até a promulgação da Lei n. 11.106/2005, que eliminou o chamado “casamento reparador”.

No cerne da conduta típica se encontra o ato de obrigar, compelir, impor a alguém, contra a sua vontade, a prática de determinado ato de cunho sexual. Hungria (1981, p. 105) definiu o crime da seguinte forma:

Estupro (*viol, Notzucht, violenza carnale, violación*) é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Não é o estupro senão uma forma especial do constrangimento ilegal [...] sem dúvida, o mais grave entre os atentados à liberdade sexual.

Os meios executivos do crime – violência e grave ameaça – não são equivalentes, mas formas distintas de coação, ambas aptas a permitir ao agente se sobrepor à vontade da ofendida. Em outras palavras, o sujeito passivo deve ser compelido a manter conjunção carnal – entendida como a introdução do pênis na vagina (coito vaginal) – ou a praticar, ou permitir que com ele se pratique, qualquer ato libidinoso capaz de satisfazer a lascívia. Consideram-se atos libidinosos aqueles que envolvem contato com conotação sensual, aptos a dar vazão à concupiscência (ESTEFAM, 2016, p. 256).

Dessa forma, subsume-se formalmente ao tipo penal a prática forçada de quaisquer atos libidinosos com o sujeito passivo, abrangendo desde os menos invasivos – como carícias em regiões pudendas realizadas por cima das vestimentas – até condutas mais invasivas, como a cópula vaginal, o coito anal, a felação e a introdução de objetos nas cavidades corporais mencionadas.

A reforma promovida pela Lei n. 12.015/2009, por sua vez, representou um marco na evolução legislativa da proteção à liberdade sexual, principalmente ao fundir os artigos 213 e 214 em um único tipo penal, ampliando o alcance da norma incriminadora e conferindo-lhe

caráter hediondo. A nova redação do art. 213 passou a abranger tanto a conjunção carnal quanto outros atos libidinosos praticados mediante violência ou grave ameaça – aglutinação que não implicou em *abolitio criminis*, mas sim em continuidade normativa típica, com implicações punitivas mais severas. Desde então, o dispositivo conta com a seguinte redação: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 2009).

Outra alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009 foi a modificação da natureza da ação penal nos crimes sexuais. A ação penal, antes exclusivamente privada, passou a ser pública condicionada à representação, tornando-se incondicionada nos casos de violência real ou quando a vítima for menor de 18 anos ou considerada vulnerável (MASSON, 2017, p. 34).

A Lei n. 13.718/2018 introduziu no sistema normativo o crime de importunação sexual, tipificando condutas que até então poderiam ser enquadradas como estupro na modalidade de ato libidinoso. Tal figura penal prevê sanção mais branda, o que possibilita, ao menos em tese, a desclassificação do crime de estupro para importunação sexual, com fulcro no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (*novatio legis in melius*).

Mais recentemente, a Lei n. 15.353/2026 tornou a imposição ainda mais taxativa, ao acrescentar dois parágrafos ao art. 217-A da Lei Penal, com a seguinte redação:

§ 4º-A. É absoluta a presunção de vulnerabilidade da vítima e inadmissível sua relativização.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima, de sua experiência sexual, do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime ou da ocorrência de gravidez resultante da prática do crime.

Apesar do avanço legislativo, a aplicação automática dessas normas pode gerar distorções, especialmente em casos que envolvem atos libidinosos em contextos de consentimento ambíguo. A análise histórica e normativa revela que o Direito Penal deve ser sensível às nuances da realidade social, evitando que a rigidez normativa produza punições desproporcionais ou incompatíveis com os valores que busca proteger.

1.1 Estupro de vulnerável

O crime de estupro de vulnerável, positivado no art. 217-A do Código Penal pela Lei n. 12.015/2009, tutela, de forma conjugada, os bens jurídicos da liberdade e da dignidade sexual de indivíduos considerados juridicamente incapazes de consentir com a prática de atos de natureza sexual – ou seja, vulneráveis.

Nos termos da norma incriminadora, incorre no delito aquele que “tem conjunção

carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 anos”. A noção de vulnerabilidade não se restringe, contudo, à idade cronológica. O § 1º do art. 217-A equipara à condição de vulnerável a pessoa que, em razão de enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento suficiente para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, encontra-se impossibilitada de oferecer resistência. A enfermidade, nesse contexto, é compreendida como qualquer condição mórbida que comprometa o funcionamento físico ou psíquico do indivíduo. A ausência de discernimento deve ser aferida por meio de critérios técnicos, exigindo-se, por exemplo, laudo pericial que ateste a incapacidade de compreensão ou de autodeterminação da vítima. Situações de coma, embriaguez completa ou debilidade física extrema também se enquadram como causas de impossibilidade de resistência (NUCCI, 2019, p. 1000-1021).

A exposição de motivos da Lei n. 12.015/2009 revela que o art. 217-A substituiu o antigo regime de presunção de violência, adotando a terminologia “vulnerabilidade” como critério objetivo de imputação penal. A mudança semântica refletiu uma inflexão dogmática relevante: abandonou-se a ficção jurídica da violência presumida para se adotar um modelo centrado na constatação fática da incapacidade de consentimento (GRECO, 2025, P. 67-81). Contudo, o novel § 4º-A, introduzido pela Lei n. 15.353/2026, reinseriu no sistema jurídico a presunção (absoluta) de violência, especificando a impossibilidade de sua relativização.

De toda sorte, fato é que, seguindo esse quadrante, não se exige para configuração do ilícito presença de violência real ou grave ameaça, bastando a realização de ato sexual ou libidinoso com pessoa vulnerável. Entre os atos libidinosos abrangidos se incluem práticas como sexo anal, oral, introdução de dedos ou objetos nas cavidades corporais e ainda toques em partes íntimas, desde que dotados de conotação sexual.

Diferentemente do art. 213 do Código Penal, o art. 217-A prescinde do emprego de *vis absoluta/vis corporalis* (violência física) ou *vis compulsiva* (grave ameaça). A simples prática de ato sexual com pessoa juridicamente vulnerável, ainda que com seu consentimento, configura o delito. O consentimento, nesses casos, é legalmente desconsiderado (MASSON, 2017, p. 67-81).

De outra mão, a outrora mencionada Lei n. 13.718/2018 introduziu o tipo penal autônomo de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal), visando tipificar condutas libidinosas não consentidas que, até então, eram frequentemente enquadradas como estupro, sobretudo na modalidade de atos diversos da conjunção carnal. Convém ressaltar, a propósito, que além da demonstração suficientemente clara do fato incriminado e suas consequências, uma

produção racional da norma exige a demonstração de que seu conteúdo “[...] corresponde a um enunciado que possa ter validade para todos, em todas as hipóteses, como consequência de um procedimento isento de emoções, de ideologia, de filiação religiosa, de concepção filosófica ou política” (TAVARES, 2022, p. 61). Essa racionalidade normativa marca os indispensáveis equilíbrio e isenção da atividade legiferante, ainda mais quando toca os bens mais básicos e importantes, como o faz o direito penal. Isto é, ao menos do ponto de vista normativo, condutas que seriam anteriormente apenadas com as graves penas do estupro passaram a configurar o novel delito de importunação sexual, com a mais razoável sanção de 1 a 5 anos de reclusão – “se o ato não constitui crime mais grave”, como prevê o preceito secundário do tipo penal em tela, demonstrando a propalada racionalidade mais aprimorada por parte do legislador.

Apesar dessa inovação, a jurisprudência dominante, em especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Tema Repetitivo n. 1121, tem reiteradamente afastado a possibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, mesmo em hipóteses em que a conduta se revela de menor gravidade. Tal posicionamento decorre da presunção absoluta de incapacidade de consentimento atribuída à vítima menor de 14 anos. A tese de natureza vinculante fixada pela Corte dispõe:

Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP) (BRASIL, 2022).

Impende registrar, ainda, que o STJ, ainda em 2017, já havia cristalizado seu entendimento sobre a impossibilidade de relativização do estupro de vulnerável por meio do enunciado 593 da Súmula de sua jurisprudência, segundo o qual:

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 (BRASIL, 2017, p. 685).

A jurisprudência, portanto, reflete a literalidade da norma penal pela impossibilidade de relativização em casos tais, visão que agora vem reforçada pelos §§ 4º-A e 5º. Em adição, decisões do STJ – com poucas e notáveis exceções –, continuam a aplicar rigorosamente a presunção absoluta de vulnerabilidade, inclusive afastando a tese de erro de tipo, ao afirmar, como sói ocorrer, que o agente tinha plena ciência da idade da vítima, reafirmando a irrelevância do consentimento e destacando a aplicação do supracitado enunciado 593 da Súmula da Corte.

Dessa forma, a jurisprudência dominante entende que o estupro de vulnerável se

consuma independentemente do consentimento da vítima, de ter ou não experiência sexual prévia ou da existência de relacionamento amoroso com o agente. Almeja-se, indubitavelmente, assegurar proteção integral à infância e adolescência, reconhecendo a especial condição de desenvolvimento dessas pessoas e a necessidade de tutela penal reforçada.

No entanto, a aplicação automática da norma, sem análise contextualizada, pode gerar tensões entre a proteção penal e os princípios da proporcionalidade e da justiça material, exigindo do julgador sensibilidade e rigor técnico na apreciação dos casos concretos. E, nesse ponto, a derrotabilidade pode ser de importante valia.

2 DERROTABILIDADE: REGRAS E EXCEÇÕES

É muito difundida a visão de que regras jurídicas são de aplicação absoluta, ou seja, operam sob o modelo “tudo-ou-nada”, no qual a aplicação de uma regra necessariamente exclui a de outra, não havendo, em tese, ponderação conciliatória entre normas da espécie regra (RODRIGUES; SIQUEIRA, 2024, p. 468).

Essa posição começou a ser revista na segunda metade do século XX, com o surgimento das primeiras formulações da teoria da derrotabilidade, que desafiaram a lógica monotônica tradicional e propuseram uma compreensão mais flexível a respeito da aplicabilidade das normas jurídicas. Nesse contexto, destaca-se a ideia de Herbert Hart, amplamente reconhecido como o introdutor da noção de derrotabilidade (*defeasibility*) no campo jurídico.

A palavra *defeasibility* possui diversas traduções possíveis para o português, sendo “derrotabilidade” a mais recorrente. Outras traduções incluem “superabilidade”, “anulabilidade”, “excepcionalidade” e “revogabilidade” (MORAIS, 2020, p. 144). Hart utilizou o termo ao demonstrar que certos conceitos jurídicos, como o de contrato válido, não podem ser definidos por um conjunto fixo de condições necessárias e suficientes. Para o autor, as formulações gerais dos conceitos jurídicos, embora úteis, são insuficientes para abranger todas as situações possíveis, sendo necessário admitir a existência de exceções implícitas (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 34).

De modo geral, admite-se que as normas jurídicas comportam tanto “exceções explícitas”, expressamente previstas pelo legislador, quanto “exceções implícitas”, que se referem a circunstâncias não contempladas pela norma, mas que, por sua excepcionalidade, justificam seu afastamento (RODRIGUES; SIQUEIRA, 2024, p. 471). O argumento central de Hart reside na ideia de que os conceitos jurídicos são, em grande medida, derrotáveis. Isso

significa que reivindicações jurídicas podem ser contestadas não apenas pela negação dos fatos, mas também pela alegação de que, apesar da presença das condições formais, outras circunstâncias excepcionais justificam a inaplicabilidade da norma (HART, 1948-1949, p. 174). Hart defende o uso atributivo dos conceitos jurídicos, ou seja, a atribuição de direitos e responsabilidades com base na ação praticada, reconhecendo o caráter derrotável dessa atribuição diante de novas circunstâncias não previstas¹.

Em verdade, a concepção de que uma norma jurídica pode ser afastada em situações excepcionais surge da constatação de que nenhuma regra consegue prever todas as circunstâncias fáticas possíveis; a realidade é sempre mais rica e complexa do que a imaginação do legislador. Assim, a teoria da derrotabilidade nasce justamente dessa limitação, propondo que, mesmo diante de normas válidas, o contexto concreto pode exigir uma resposta diferente daquela prevista de forma prévia e abstrata.

Em suma, nessa visão, as regras jurídicas contêm cláusulas de exceção implícitas, frequentemente representadas pela expressão “a menos que” (*unless*), permitindo, assim, que a norma seja superada diante de casos concretos excepcionais (HART, 1948-1949, p. 174). Assim, a derrotabilidade da norma jurídica reside na possibilidade de que uma norma válida seja afastada no momento de sua aplicação, em razão da presença de circunstâncias excepcionais. Portanto, mesmo que a norma atenda a todos os requisitos formais de validade, ela pode se revelar inaplicável diante de um contexto que contenha alguma especificidade apta a indicar uma solução jurídica diversa da prevista originalmente.

A teoria da derrotabilidade se enquadra como um instrumento teórico com inegável potencial prático, que reafirma a natureza aberta e dinâmica das regras jurídicas, concebendo-se o sistema normativo não de forma rígida e autossuficiente, mas como um campo que deve manter constante diálogo com a realidade social. Ao admitir a existência de exceções implícitas, traça-se um caminho para evitar um resultado injusto, desproporcional ou incompatível com os princípios que fundamentam o ordenamento jurídico, e amplia a capacidade de busca da efetiva promoção da justiça em situações cujos detalhes escapam à previsibilidade do legislador.

2.1 Aplicação da teoria da derrotabilidade

A efetivação da derrotabilidade está intrinsecamente vinculada à hermenêutica

¹ Posteriormente, Hart veio a deslocar o foco da filosofia da linguagem para a prática jurídica, mantendo, contudo, a noção de derrotabilidade, ao admitir a existência de exceções implícitas que não podem ser previamente listadas (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 11).

jurídica, uma vez que é por meio da interpretação que se extrai da norma seu conteúdo aplicável, considerando o contexto fático e os valores jurídicos em jogo.

MacCormick (2008, p. 307-326) defende que as regras jurídicas possuem uma derrotabilidade intrínseca, pois proposições universais sobre o que é correto estão sujeitas a exceções imprevistas, especialmente quando há conflito entre princípios relevantes. Segundo o autor, mesmo regras com exceções expressas estão sujeitas à derrotabilidade implícita, dada a impossibilidade de o legislador antecipar todas as condições anômalas que podem comprometer a validade de um ato jurídico.

Bäcker (2011, p. 67-69), por sua vez, observa que “a derrotabilidade das regras se origina da limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras”. Sintetiza essa ideia com a fórmula “se ‘a’, então ‘b’, a menos que ‘c’”, destacando: “uma vez que não é possível prever todas as exceções, não é possível criar uma regra sem exceções”.

Não obstante, a aplicação da derrotabilidade exige cautela, excepcionalidade e um elevado ônus argumentativo, a fim de não comprometer a função estabilizadora das normas jurídicas – cuja razão de ser é justamente reduzir incertezas e arbitrariedades –, sob pena de provocar a erosão do sistema e abalar a previsibilidade e segurança jurídica. A norma jurídica é, assim, portadora de condições “ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes” (MACCORMICK, 2008, p. 101), cuja aplicação pode ser afastada quando houver incompatibilidade entre a hipótese normativa e sua finalidade subjacente.

Com o intuito de conferir maior rigor à aplicação da derrotabilidade, Ávila propõe três critérios materiais e três procedimentais para a aplicação legítima da derrotabilidade. Entre os critérios materiais, listam-se: (a) a existência de incompatibilidade entre a hipótese normativa e sua finalidade; (b) a baixa probabilidade de recorrência da situação excepcional; e (c) a avaliação de que a justiça no caso concreto não comprometerá a justiça na maioria dos casos abrangidos pela norma. Quanto aos critérios procedimentais, são exigidos: (d) legitimação pela finalidade da norma; (e) fundamentação racional e transparente; e (f) comprovação substancial da excepcionalidade, não bastando mera alegação (ÁVILA, 2017, p. 147).

Importa ressaltar que a derrotabilidade não implica a revogação ou derrogação da norma, mas somente seu afastamento pontual diante de particularidades do caso concreto. Essa possibilidade, embora legítima, deve ser aplicada com incrementado rigor argumentativo, sob pena de comprometer a previsibilidade e a segurança jurídica, evitando-se a banalização do instituto. A força da derrotabilidade reside justamente em seu uso pontual, como excepcional

mecanismo de correção para preservar a integridade e a justiça do sistema jurídico.

3 A EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA E A DERROTABILIDADE

A peça “Romeu e Julieta”, de William Shakespeare, é uma obra clássica que retrata o amor intenso e efêmero entre dois jovens: Julieta, prestes a completar 14 anos, e Romeu, cuja idade é inferida como sendo um pouco mais avançada – geralmente presumida em torno de 16 anos. Os jovens se envolvem em um apaixonado relacionamento, que se desenvolve ao longo de apenas quatro dias. Durante a narrativa, os protagonistas se casam secretamente, sem o conhecimento de seus pais, e passam uma noite juntos no quarto de Julieta, onde, presumivelmente, consumam o matrimônio (SHAKESPEARE, 2017).

Partindo da história e adotando um viés jurídico, pode-se analisar o caso à luz da legislação brasileira sobre consentimento e vulnerabilidade, no contexto dos crimes sexuais. Como já mencionado, Julieta, na ocasião, tem apenas 13 anos, a poucos dias de completar o décimo quarto aniversário, o que a enquadraria na categoria de vulnerável segundo a legislação penal brasileira anteriormente exposta. Romeu, um pouco mais velho, ao envolver-se sexualmente com Julieta, poderia cometer o ilícito de estupro de vulnerável, dada a presunção absoluta de incapacidade de vulnerabilidade pela idade de Julieta. Dependendo da idade de Romeu, sua conduta seria considerada ato infracional (se adolescente), ou crime (se adulto).

Encontra inspiração nessa história a nomenclatura da “exceção de Romeu e Julieta”, tese jurídica que busca relativizar a responsabilidade penal em casos de estupro de vulnerável, quando há pequena diferença de idade (geralmente, até cinco anos) e a relação é consensual. Nos Estados Unidos da América, alguns Estados (como Alabama, Califórnia, Colorado, Connecticut, Flórida, Geórgia, Indiana, Michigan, New Jersey, Texas, v.g.) adotam as chamadas *Romeo and Juliet laws* (ROMEO, 2016), reduzindo a punição ou mesmo modificando o enquadramento penal² em tais situações.

Em decisões isoladas, tribunais brasileiros têm reconhecido a possibilidade de absolvição quando não há exploração sexual, violência, dominação psicológica ou abalo emocional, e a diferença de idade entre os envolvidos é pequena. A conduta é analisada sob a ótica da proporcionalidade, ausência de tipicidade material e necessidade de compatibilização entre a norma penal e os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

² Por exemplo, alterando o caráter do ilícito de *felony* para *misdemeanor*, conceitos que corresponderiam de forma aproximada, no Brasil, a “crime” e “contravenção”, respectivamente.

No entanto, essa exceção não é, via de regra, aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras, de modo que, no mais das vezes, casos que envolvam o cenário fático ora exposto resultam em punição, sem importar quaisquer especificidades que o caso concreto possa apresentar, na exata esteira da supramencionada Súmula 593 do STJ.

Nesse pensar é que desponta a teoria da derrotabilidade como mecanismo apto a viabilizar a relativização da incidência automática da lei penal em situações concretas cujos contornos revelem ausência de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado e, assim, injustiça da punição. A abordagem busca, portanto, evitar uma imputação penal meramente formalista, que desconsidere as peculiaridades do caso concreto, especialmente sob o viés garantista, como instrumento de equilíbrio entre a proteção da infância e adolescência e, concomitantemente, dos princípios constitucionais da justiça material e da dignidade da pessoa humana.

3.1 O garantismo e a necessidade de limitação do poder punitivo estatal

Para compreender a aplicação da flexibilidade normativa no Direito Penal, como a que se discute no contexto da exceção de Romeu e Julieta, é imprescindível abordar o garantismo, como uma teoria que influencia a interpretação e aplicação das normas jurídicas, visando à proteção dos direitos fundamentais e à limitação do poder estatal.

O garantismo surge em um contexto de transformação das teorias penais, posicionando-se como contraponto crítico aos modelos que, em distintos momentos históricos, privilegiaram abordagens excessivamente formais, ontológicas ou funcionalistas. A evolução da teoria do delito percorreu desde os sistemas causal-naturalistas ou clássicos – que, inspirados nas ciências naturais, separavam rigidamente os elementos objetivos (tipicidade e antijuridicidade) dos subjetivos (culpabilidade) – até a incorporação de elementos axiológicos com o Neokantismo, que passou a considerar a reprovabilidade social do injusto e a culpabilidade como juízo de censura (BUSATO, 2008, p. 612-614).

Com o advento do finalismo, proposto por Hans Welzel, sustentou-se que o Direito regula apenas condutas humanas orientadas a fins, deslocando o dolo para o tipo penal. Apesar de sua influência, essa teoria foi posteriormente criticada por sua base ontológica, considerada incompatível com a concepção do direito como sistema de valores voltado à regulação da vida em sociedade. A superação do paradigma ontológico-positivista e a insuficiência dos critérios formais-ontológicos para fundamentar o sistema penal conduziram à retomada de fundamentos materiais, inclusive para a definição de cada elemento da teoria do delito. Nesse cenário, emerge o funcionalismo, que estrutura os elementos do delito a partir das funções que o Direito Penal

deve cumprir, destacando-se o funcionalismo teleológico, de Roxin, que vincula a pena à prevenção geral (afirmação da norma) e especial (ressocialização ou contenção da periculosidade), e o funcionalismo sistêmico, de Jakobs, centrado na estabilização normativa (BUSATO, 2008, p. 613-617).

Na perspectiva de Roxin, a culpabilidade é substituída pela categoria da responsabilidade, entendida como a possibilidade de imputação penal com base em critérios funcionais da pena. A responsabilidade penal, nesse modelo, depende da culpabilidade do agente e da necessidade preventiva da sanção, sendo o injusto (tipicidade e antijuridicidade) o critério para aferir a conformidade da conduta às normas, enquanto a responsabilidade responde à necessidade político-criminal de punição no caso concreto (ROXIN, 2002, p. 62-67).

Paralelamente, o garantismo, especialmente na formulação de Ferrajoli, consolida-se como uma teoria voltada à proteção dos direitos fundamentais e à limitação do poder punitivo. Atua como um instrumento de contenção negativa, impondo limites ao Direito Penal e ao sistema dogmático de imputação, ao mesmo tempo em que funciona como um referencial positivo, ao buscar a conciliação entre liberalismo e democracia, adotando a teoria do bem jurídico como critério de legitimação da intervenção penal (BUSATO, 2008, p. 631-634).

Ferrajoli distingue três acepções do termo “garantismo”: (1) modelo normativo de Direito regido pela estrita legalidade, que caracteriza o Direito Penal à expressão de um poder mínimo; (2) teoria que distingue validade e efetividade, isto é, separa o ser e o dever-ser; e (3) filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, com base na tutela de bens e interesses, dissociando-se da moral (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

Os princípios fundamentais do garantismo, sistematizados por Ferrajoli em dez axiomas, visam assegurar a racionalidade e a confiabilidade do juízo penal, limitando o poder punitivo e protegendo o indivíduo. Dentre esses princípios, destacam-se: legalidade (não há pena sem lei prévia e clara); necessidade (o Direito Penal como *ultima ratio*); lesividade (criminalização apenas de condutas que causem dano relevante); e culpabilidade (responsabilidade penal pessoal e voluntária) – além da proporcionalidade e da vedação ao excesso (FERRAJOLI, 2006, p. 89-92). Tais princípios constituem condições de validade e legitimidade do sistema penal, tanto em sua dimensão interna (jurídica) quanto externa (política). O grau de garantismo de um sistema penal dependerá da medida em que esses princípios são efetivamente observados.

No Estado Social e Democrático de Direito, a política criminal deve ser orientada por esses princípios constitucionais, conforme a perspectiva garantista e funcionalista de Roxin,

com vistas à proteção eficaz dos bens jurídicos e à segurança dos cidadãos frente ao poder punitivo. A legitimidade do Direito Penal decorre, em grande medida, de sua capacidade de produzir efeitos desejáveis e evitar consequências indesejadas, o que exige o abandono de uma abordagem puramente normativista em favor da consideração de dados empíricos e contextuais (ROXIN, 2002, p. 67).

Trata-se, como aponta Tavares (2022, p. 45), de reconhecer que, ao se encontrar inserido em uma ordem jurídica determinada, o cidadão se torna objeto de proteção dela não apenas se é vítima de um fato, mas também se dele é autor, sem o que de nada valeriam as garantias fundamentais.

De toda sorte, a aplicação literal e inflexível da norma pode conduzir a resultados injustos ou ineficazes, sendo necessário considerar as particularidades do caso concreto, especialmente em casos difíceis (*hard cases*), em que o sistema normativo é incapaz de apresentar regra apta a resolver adequadamente a questão posta. Isso reforça a relevância da discussão sobre a natureza das normas jurídicas e a possibilidade de sua flexibilização em situações excepcionais.

No âmbito dos crimes sexuais, observa-se que, especialmente em razão da abrangência das elementares previstas nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, a forma como o legislador estruturou a descrição típica do crime de estupro é excessivamente ampla e, em comparação com as penas cominadas, por vezes desproporcional (ESTEFAM, 2016, p. 256). Essa excessiva abrangência resultou na aplicação de penas severas a condutas que, embora reprováveis, não guardam equivalência material com a gravidade do estupro nos moldes tradicionais, gerando desproporcionalidade na resposta penal.

Particularmente, a fixação de uma idade mínima para a validade do consentimento sexual constitui medida essencial para a proteção de crianças e adolescentes contra abusos e exploração sexual. Todavia, embora se reconheça que qualquer contato sexual com crianças deva ser absolutamente proscrito, independentemente de seu grau de maturidade, a mesma rigidez normativa não se mostra adequada quando se trata de adolescentes.

Como já registrado pelo Tribunal catarinense, os fatos envolvendo adolescentes, sujeitos em formação, acontecem “no frescor da adolescência, em período fundamentalmente marcado por transformações”, parte delas, “ligadas à sexualidade, impulsionada pelas modificações hormonais”. A juventude é, nessa tessitura, inegavelmente “um período marcado sobretudo por descobertas, da transição entre a percepção lúdica e fantástica do mundo, ainda amarrada no fim da infância, para a maturidade” (SANTA CATARINA, 2012).

Entrementes, tem-se que a aplicação literal da norma, desconsiderando as particularidades fáticas que poderiam evidenciar a ausência de lesão significativa ao bem jurídico tutelado, pode conduzir a soluções insatisfatórias sob os pontos de vista político-criminal e jurídico (ESTEFAM, 2016, p. 257). Afinal, como bem aponta Birnbacher (apud TAVARES, 2022, p. 49), “[...] nenhuma norma pode ser legitimada sem estar vinculada à descrição de um contexto”. É, pois, o cenário fático que atrai a aplicação da lei um dos fatores decisivos a conceder (ou remover) a legitimidade da norma criminalizadora.

Exemplo emblemático dessa intrincada questão é a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu como estupro e, portanto, crime hediondo, a prática forçada de beijo lascivo na boca da vítima, decidindo-se que consuma o estupro “[...] ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos” (BRASIL, 2021a). Para além: conforme já decidido pela Corte (BRASIL, 2025), ainda que absolutamente inexistente contato físico, a mera “contemplação lasciva” já é capaz de configurar o delito.

Apesar da rigidez normativa expressa no art. 217-A do Código Penal e da jurisprudência majoritária, consolidada especialmente pela Súmula 593 do STJ, entende-se possível vislumbrar a hipótese de derrotabilidade da norma penal – mormente quando, embora a conduta se amolde formalmente ao tipo penal, não há correspondência entre o fato e a finalidade normativa, o que justifica a não aplicação da sanção prevista.

Por exemplo, pode-se dizer que um jovem com 13 anos de idade, ao tocar, por cima das vestes, os seios de sua namorada, que conta com a mesma idade de 13 anos, comete, formalmente, um ato infracional: mas, embora a conduta se enquadre formalmente no art. 217-A do Código Penal, a ausência de violência ou grave ameaça, a voluntariedade e espontaneidade do ato e o contexto relacional (e mesmo de descoberta da sexualidade) dos dois jovens são fatores que indicam um descompasso da lei com a finalidade protetiva da norma, permitindo, em uma primeira análise e a depender, por certo, da análise de todo o contexto fático, o afastamento da tipicidade material, derrotando-se a aplicação fria da letra da lei, justamente com base na exceção de Romeu e Julieta alhures exposta.

Outra possível exceção ocorre quando o fato é descoberto muito tempo depois de ocorrido, e a vítima e o ofensor formaram uma entidade familiar, inclusive com a presença de filho. Segundo o autor, muitas famílias no Brasil se iniciaram quando a virago tinha 12 ou 13 anos de idade. Assim, se o fato vem à luz da ribalta somente após considerável lapso temporal, e o núcleo familiar já está consolidado, a tensão existente entre o texto constitucional, que

protege a família, e a lei infraconstitucional, a exigir a punição do agente, deve ser resolvida com o triunfo da defesa da família pela Lei Maior. Como afirma Nucci (2025, p. 1007): “estabelecida a família, pela união estável, com filhos, parece-nos inconstitucional retirar o companheiro desse convívio com base em vulnerabilidade absoluta, reconhecida em lei ordinária”. Nesse quadrante, a punição, com grave pena de reclusão, ao jovem pai, é incompatível com a tutela constitucional da família, base da sociedade e merecedora de especial legal. Em tais casos, defende o autor que a única hipótese adequada é não processar ou absolver o pai da acusação de estupro de vulnerável.

Diante disso, impõe-se ao intérprete do Direito Penal a responsabilidade de reconstruir o significado normativo à luz do princípio da proporcionalidade, especialmente em sua vertente da proibição de excesso. Isto é, embora seja legítima a tutela penal da autodeterminação sexual, pode ser desarrazoado impor penas tão expressivas (reclusão de 6 a 10 anos) a atos libidinosos sem conotação invasiva (ESTEFAM, 2016, p. 255-258).

Vale, quanto ao ponto, mencionar julgado em que o Superior Tribunal de Justiça absolveu pessoa acusada pelo delito em questão, afastando a aplicação literal da lei (e do precedente firmado em recurso repetitivo). Nesse caso, tratava-se de dois jovens namorados (o agente contava, então, com 20 anos de idade), cujo relacionamento era não apenas conhecido, mas também aprovado pelos pais da ofendida. Pesou, ainda, para a decisão, o fato de que foi constituído um núcleo familiar a partir da união, inclusive com o nascimento de um filho. A Corte, em tal situação, consignou que a conduta era formal, mas não materialmente típica, pela ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. Para além, registrou-se na decisão que a condenação do réu a uma longa pena de reclusão subverteria totalmente o Direito Penal, afrontando os princípios fundamentais mais basilares e ferindo a dignidade da pessoa humana. Invocou-se, ademais, a necessidade de prevalência do resultado justo em detrimento da aplicação literal da lei, mediante uma hermenêutica constitucional – além da desnecessidade e inadequação da pena ao caso concreto, que traria uma violação muito mais gravosa de direitos do que a conduta imputada ao denunciado que redundou, em primeiro lugar, à própria existência da originária ação penal (BRASIL, 2021b).

Com efeito, a aplicação automática da norma, sem a devida ponderação contextual, pode conduzir a punições desproporcionais, que não apenas falham em proteger a dignidade sexual dos vulneráveis, mas também produzem injustiças e criminalizações inúteis. Tal cenário desafia os fundamentos do funcionalismo penal proposto por Roxin e compromete o princípio

da intervenção mínima, exigindo uma resposta mais sensível e contextualizada por parte do Judiciário.

Assim, a busca pela justiça material e pela proporcionalidade na aplicação do Direito Penal exige a adoção de soluções hermenêuticas que respeitem o postulado da proibição de excesso. A teoria da derrotabilidade, desde que aplicada adequadamente, apresenta-se como instrumento legítimo para compatibilizar a rigidez normativa do art. 217-A, e de seus §§ 4º-A e 5º, do Código Penal, com os princípios do garantismo penal, viabilizando o uso da exceção de Romeu e Julieta.

Todavia, ante a importante função do princípio da legalidade como estabilizador das relações jurídicas e garantidor da segurança, isso deve ocorrer apenas de forma excepcional; justo por isso deve ser exigido em casos tais que o julgador desenvolva fundamentação ainda mais aprofundada, na medida em que a solução de antemão trazida pela lei, que deve ser aplicada à normalidade dos casos, será afastada – mas de forma absolutamente extraordinária.

Assim, quando presentes fatores concretos que indiquem a desnecessidade e mesmo inconveniência da punição, como, v.g., situações em que não há violência ou grave ameaça, a diferença de idade entre agente e vítima seja inexpressiva, ou ainda tenha sido formado e estabilizado um núcleo familiar a partir do relacionamento. Essa abordagem permite ao julgador considerar as especificidades do caso concreto, evitando decisões desproporcionais e assegurando a proteção dos direitos fundamentais, sem enfraquecer a também indispensável tutela jurídico-penal da liberdade sexual e dignidade dos adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou a problemática da aplicação rígida da norma penal do estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), e a possibilidade de mitigação dessa rigidez por meio da teoria da derrotabilidade, com foco na exceção de Romeu e Julieta.

Quanto à jurisprudência, a Súmula 593 do STJ foi ressaltada como um marco na linha de desconsiderar o consentimento da vítima menor de 14 anos, sua experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso com o agente para a configuração do crime, privilegiando a necessidade de tutela penal dos direitos em questão.

Em seguida, explorou-se a teoria da derrotabilidade, partindo das formulações de Herbert Hart, que a concebe como a capacidade de uma norma jurídica ser afastada em situações excepcionais, mesmo diante da presença de condições formais *prima facie* aptas a sua

aplicação, atuando como um mecanismo para evitar resultados injustos ou desproporcionais. Sua aplicação, no entanto, exige cautela, dando-se de forma excepcional e com um elevado ônus argumentativo, de modo a não comprometer a segurança jurídica, em particular ante a importância do respeito ao princípio da legalidade.

A derrotabilidade foi tratada como meio para aplicação da exceção de Romeu e Julieta, tese jurídica que busca relativizar a responsabilidade penal quando há pequena diferença de idade e a relação é consensual, sem exploração ou abuso. Embora não seja amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias, foi demonstrado que a aplicação automática da Súmula 593 do STJ, em alguns casos, pode gerar punições desproporcionais e incompatíveis com a finalidade da norma. Nesse pensar, abordou-se a compatibilização da derrotabilidade com os princípios do garantismo penal, especialmente a necessidade de limitação do poder punitivo estatal e a busca pela justiça material. O julgado do Superior Tribunal de Justiça que afastou a aplicação literal da lei e da Súmula 593 com base em idiossincrasias do caso analisado foi apresentado como um exemplo concreto da aplicação da derrotabilidade para evitar a subversão do direito penal e proteger a entidade familiar e a dignidade da pessoa humana.

À luz dessas considerações, sustenta-se que a aplicação uniforme e inflexível da norma penal a todas as hipóteses fáticas pode conduzir a distorções interpretativas e a respostas penais desproporcionais. A proteção conferida pelo tipo penal deve ser compatibilizada com uma análise contextualizada do caso concreto, de modo a evitar que a rigidez normativa comprometa os próprios valores constitucionais que a norma visa resguardar, notadamente a dignidade da pessoa humana, a justiça material e a racionalidade do sistema penal.

Em suma, a derrotabilidade não infirma a proteção dos adolescentes mas, em casos extremos, pode ser uma forma de compatibilizar a rigidez normativa do Código Penal com os princípios do garantismo penal e da proporcionalidade. O tema merece continuar a ser alvo de estudos, particularmente para a busca de critérios mais detalhados para aplicação segura e excepcional da teoria da derrotabilidade ao cenário posto, sempre com base nos contornos fáticos e especificidades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 15.353, de 8 de março de 2026. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima do crime de estupro de vulnerável e para estabelecer a aplicação das penas desse crime independentemente da experiência sexual da vítima ou da ocorrência de gravidez resultante do estupro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 mar. 2026.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1.755.652/MS**. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), julgado em 3 ago. 2021, publicado em 9 ago. 2021a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo regimental no recurso especial n. 1.919.722/SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17 ago. 2021, publicado em 20 ago. 2021b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo regimental no recurso especial n. 2.173.769/SP**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 12 fev. 2025, publicado em 19 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso especial n. 1.959.697/SC**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 8 jun. 2022, publicado em 1º jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, v. 46, ano 9, nov. 2017.

BUSATO, Paulo César. Modernas teorias do delito: funcionalismo e significado e garantismo. In: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. (orgs.). **Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 635-638.

ESTEFAM, André Araújo L. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016. E-book.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, e1907, p. 1-21, jan./abr. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book.

HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. VIII.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual. 8. ed. São Paulo: Método, 2017.v. 3.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. **A derrotabilidade da acusação e seus reflexos no ônus da prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; SIQUEIRA, Augusto Paiva. A teoria da derrotabilidade das normas jurídicas e os seus influxos no sistema brasileiro de precedentes judiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 454-458, 2024.

ROMEO and Juliet Laws. **Legal Dictionary**. Weston, 2016. Disponível em: <https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws>. Acesso em: 5 jun. 2025.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). **Apelação 2011.098397-3**. Rel.: Des. Ricardo Roesler, julgado em 18 set. 2012, publicado em 25 set. 2012.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Iba Mendes, 2017.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2022.