

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

Arthur Martins Nascimento

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DELITO DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL E O SEU AFASTAMENTO PELO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: POSSÍVEIS EFEITOS  
PARADIGMÁTICOS**

Santa Maria, RS  
2023

**Arthur Martins Nascimento**

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DELITO DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL E O SEU AFASTAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA: POSSÍVEIS EFEITOS PARADIGMÁTICOS**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Bruno Seligman de Menezes

Santa Maria, RS, Brasil  
2023

Arthur Martins Nascimento

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DELITO DE ESTUPRO DE  
VULNERÁVEL E O SEU AFASTAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA: POSSÍVEIS EFEITOS PARADIGMÁTICOS**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovada em 09 de janeiro de 2023.



Documento assinado digitalmente  
BRUNO SELIGMAN DE MENEZES  
Data: 12/01/2023 15:43:08-0300  
Verifique em <https://verificador.iti.br>

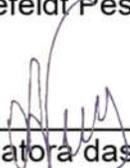
---

Bruno Seligman de Menezes, Me. (UFSM)  
(Presidente/Orientador)

JOAO PEDRO SEEFELDT PESSOA:03157191098  
Assinado de forma digital por JOAO PEDRO SEEFELDT PESSOA:03157191098  
Dados: 2023.01.11 11:40:42 -03'00'

---

João Pedro Seefeldt Pessoa, Me. (UFSM)



---

Leticia Sinatara das Neves, Me.

Santa Maria, RS, Brasil  
2023

## AGRADECIMENTOS

Mais do que simbolizar "mera" gratidão, agradecer é reconhecer a importância de cada um daqueles envolvidos na trajetória que hoje encerra mais um capítulo de minha vida.

Assim, agradeço, primeiramente, à minha família. Minha base, minha estrutura e meu porto seguro. Pessoas que sempre estiveram comigo e me guiaram pelo caminho certo.

Especificamente, à minha mãe, Roberta, meu pai, Marcelo, e à minha madrastra, Rossana: os ensinamentos que me trouxeram são de valor imenso para a vida toda, e representam valores que por ela pretendo carregar.

À minha namorada, futura esposa, companheira, parceira de vida, Monique. Houve dificuldades que somente contigo puderam ser superadas, e haverá conquistas que celebraremos ao longo de uma vida inteira lado a lado, como estivemos desde o início.

Aos amigos, companheiros para todas as horas, e os responsáveis por trazer descontração e tranquilidade nos momentos mais tensos desta jornada.

Aos professores, guias neste tumultuoso trilha, responsáveis por fornecer os meios necessários para que a graduação fosse concluída com êxito e por permitir que a vida profissional comece após a devida preparação.

Ao meu orientador, professor, chefe e, por que não dizer, mestre. A carreira que se iniciará nos próximos meses tem em ti uma inspiração e uma aspiração fundamental, obtida por qualquer um que vislumbre o brilhantismo com o qual exerce a advocacia e a docência.

Por fim, e com um carinho especial, ao meu avô, Liberto (*in memoriam*), o maior advogado criminalista que já vi, o dono da OAB/RS 19.129, número que hoje carrego na pele, assim como levo as lembranças e os ensinamentos no meu coração.

*Slow down, you're doing fine  
You can't be everything you want to be before your time*

*[...]*

*You got your passion, you got your pride  
But don't you know that only fools are satisfied?  
Dream on, but don't imagine they'll all come true (Oooh)*

*When will you realize, Vienna waits for you?*

*(JOEL, 1977)*

## RESUMO

### TÍTULO: A “PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA” NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O SEU AFASTAMENTO PELO STJ: POSSÍVEIS EFEITOS PARADIGMÁTICOS

Autor: Arthur Martins Nascimento  
Orientador: Bruno Seligman de Menezes

A presente pesquisa tem como tema a presunção de violência no delito de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, com especial foco no tratamento jurisprudencial e análise pormenorizada da decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722/SP. Especificamente, almeja-se compreender as noções dogmáticas que orbitam o delito em tela, iniciando-se com um breve retomado histórico, averiguando-se, em seguida, as características do crime em sua redação atual, com posterior estudo minucioso acerca da presunção de violência, elemento do tipo. A seguir, busca-se a investigação onde abstrato e concreto se unem, apresentando-se o tratamento jurisprudencial da matéria, a fim de verificar, a partir das percepções das Cortes brasileiras, se a posição predominante é pela relativização ou absolutização da presunção de violência. Por fim, dedica-se ao exame aprofundado do entendimento exarado no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722/SP, originando-se o capítulo com efêmeros apontamentos acerca do conceito e origem do *distinguishing*, analisando-se, em sequência, a decisão que afastou a presunção de violência atinente ao crime sobre o qual este estudo se debruça, absolvendo o acusado. Para tal, como método de abordagem, usa-se do método hipotético-dedutivo, tendo-se em vista que a pesquisa se mostraria inviável caso realizada através de método que, conceitualmente, almeja a firmamento de conclusões aceitas como verdadeiras (permanentes), tais como o dedutivo e o indutivo – e não como provisoriamente não falsas. Como método de procedimento, utiliza-se o método histórico, haja vista a apertada, mas significativa, busca histórica que será feita a fim de compreender o que levou à atual tipificação do delito de estupro de vulnerável, bem como o método estruturalista, pois permite a aproximação entre o abstrato da norma penal e o concreto do tratamento jurisprudencial, ao passo que se vale da documentação indireta como técnica de pesquisa, por intermédio da pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, espera-se evidenciar eventual capacidade de o aresto mencionado servir como paradigma, orientando a jurisprudência pátria no sentido de verificar mais detidamente os efeitos extrapenais da condenação criminal, já que pode enfatizar aos demais Tribunais e julgadores o dever de se considerar, com cautela, todas as consequências resultantes de uma sentença penal condenatória, ainda que alheias às normas penais, sopesando, igualmente, a influência das disposições constitucionais expressas nos casos concretos.

**Palavras-Chave:** Estupro de vulnerável; *Distinguishing*; Jurisprudência; Presunção de violência.

## ABSTRACT

### TITLE: VIOLENCE ASSUMPTION IN THE CRIME OF STATUTORY RAPE AND ITS EXCLUSION BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: POTENTIAL EMBLEMATIC EFFECTS

Author: Arthur Martins Nascimento  
Advisor: Bruno Seligman de Menezes

The following study has, as its theme, the violence assumption in the crime of statutory rape, set on the 217-A article of the Criminal Code, with special emphasis on case law and detailed analysis of the decision issued on the Court's Statute's Recourse on the Special Appeal 1.919.722/SP. More specifically, it aims to understand the dogmatic concepts regarding the mentioned felony, starting with a brief historical approach, verifying, next, the characteristics of the said crime in its current wording, with later thorough study of violence assumption, which is a component of the referred infraction. Following, it targets to investigate where abstraction and concreteness meet, showing the case law understanding of the matter, as a way to verify, through the perceptions of Brazilian Courts, if the predominant position is for the relative or absolute character of violence assumption. In the end, it is dedicated to the exhaustive examination of the decision issued on the Court's Statute's Recourse on the Special Appeal 1.919.722/SP, beginning the chapter with brief notes about the concept and the origins of distinguishing, analyzing, on the sequence, the decision that excluded the violence assumption in the studied crime, therefore discharging the defendant. In order to do so, as an approach method, the hypothetical-deductive method is used, as the research would become unfeasible if done through another method that, by its own concept, aims to get to conclusions accepted as true (permanents), such as the deductive and inductive methods – and not as provisionally not-false. As a procedure method, the historical method is used, due to the brief, but meaningful historical investigation that will be done in order to comprehend what led to the current criminalization of statutory rape, as well as the structuralist method, as it allows convergence between the abstract of the criminal law and the concrete of case law understandings, while indirect documentation is the research technique used, which will be done through documental, bibliographical and case law exploration. By the end, it is expected to determine a potential possibility that the mentioned case works as a precedent, guiding Brazilian case law in the direction of carefully verifying the non-criminal effects of criminal conviction, as it can emphasize to the other Courts and judges the duty to cautiously consider all the consequences that come from a criminal sentence that finds the defendant guilty, although they are unrelated to penal laws, also pondering the influence of the Constitution on judged cases.

**Keywords:** Statutory rape; Distinguishing; Case Law; Violence Assumption.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>PERSPECTIVA HISTÓRICO-DOG MÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b>	<b>11</b>
2.1	Os crimes sexuais contra menores de 14 (catorze) anos na redação original do Código	12
2.2	Estupro de vulnerável – elementares do crime e a “nova” presunção de violência	19
<b>3</b>	<b>VIOLÊNCIA PRESUMIDA E JURISPRUDÊNCIA</b>	<b>30</b>
3.1	A presunção de violência nos Tribunais de Justiça	30
3.2	A presunção de violência no Superior Tribunal de Justiça	38
3.3	A presunção de violência no Supremo Tribunal Federal	50
<b>4</b>	<b>O DISTINGUISHING APLICADO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1.919.722 / SP</b>	<b>56</b>
4.1	<i>Distinguishing</i> : breves considerações	57
4.2	O Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722 /SP	59
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>71</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que segue tem como tema a presunção de violência no delito de estupro de vulnerável, com o seu consequente tratamento jurisprudencial. O crime mencionado, previsto no art. 217-A, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.105/09, criminalizando a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso praticado com menor de 14 (quatorze) anos, limitando-se a redação legal ao objeto do estudo que se apresenta. Para tal, diferentemente da figura do estupro, previsto no art. 213 do Diploma Repressivo, uma das características marcantes do estupro de vulnerável é a presunção de violência (ou de vulnerabilidade, ou de ausência de consentimento válido, conforme será explanado) que cerca a conduta do agente. Essa particularidade mira combater a iniciação sexual precoce, com os variados problemas que dela podem decorrer, afastando, a partir do tratamento jurisprudencial da matéria (a exemplo da edição da Súmula 593 do STJ, a ser analisada detidamente no momento oportuno), como convalidação da conduta, considerações tais quais o consentimento da vítima, sua “vida sexual ativa”, o relacionamento entre o(a) ofendido(a) e o(a) acusado(a), bem como presta a repudiar situações em que a vítima não apresentava, por determinados motivos, capacidade de resistir à conjunção carnal ou ao ato libidinoso – situações que fogem ao propósito desta pesquisa, mas que merecem ser mencionadas neste momento.

Nesse ponto, o estudo busca analisar, detalhadamente, as características necessárias para a consumação da infração penal alistada no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, com especial foco no aspecto da presunção de violência<sup>1</sup>. Para cumprir a tarefa dogmática, mostra-se necessário realizar breve retomada histórica. É que o delito de estupro de vulnerável somente integrou o ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei nº 12.015/09, de modo que a mesma conduta era punida de modo diverso nos anos antecedentes. Com efeito, a previsão legal era expressa ao presumir a violência quando os “crimes contra os costumes” fossem praticados contra menores de 14 (catorze) anos, na forma do que dispunha o revogado art. 224, alínea “a”, do Estatuto Repressivo (BRASIL, 1940). Assim, a partir das lições passadas, será possível compreender

---

<sup>1</sup> Em que pesem as lições que entendem não mais ser cabível falar em “presunção de violência”, o estudo demonstrará não serem verificados óbices insuperáveis a essa denominação.

os fundamentos e os elementos do crime hoje previsto no art. 217-A do Código Penal, de forma a vislumbrá-lo com interpretação mais adequada do que aquela fundada unicamente na nova redação.

Como demonstrativo do encontro entre a abstração da norma e os fatos ocorridos na vida prática, estuda-se o tratamento do delito na jurisprudência pátria. Fato é que existia discussão sobre o caráter relativo ou absoluto da presunção de violência estampada no revogado art. 224, alínea “a”, do Código Penal, e, na ausência de norma expressa sobre a matéria, o debate persiste até os dias atuais. Assim, superadas as lições doutrinárias cabíveis no capítulo inicial, deve-se analisar e compreender o entendimento exarado pelos Tribunais pátrios. Importante guinada na orientação jurisprudencial veio a partir do caso que originou a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, cujas nuances serão analisadas mais detidamente. Não obstante, a tarefa do capítulo intermediário estará voltada à compreensão “em geral” da jurisprudência pátria, iniciando-se com Tribunais de Justiça de alguns estados da federação, passando pelo Superior Tribunal de Justiça, e, finalmente, culminando no Supremo Tribunal Federal.

A partir desta análise, chega-se ao Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) 1.919.722/SP. Antes, contudo, de serem enfrentados os fundamentos da decisão referida, impende realizar brevíssimas considerações a respeito do conceito e do histórico do *distinguishing*, ferramenta interpretativa aplicada no caso em testilha, a fim de compreender a sua chegada e aplicabilidade no sistema legal brasileiro. Em relação ao julgado paradigma desta pesquisa, anota-se, desde já, que, *a contrario sensu*, foi afastada a presunção de violência contida no delito de estupro de vulnerável, concluindo pela absolvição do réu. Nesse ponto, o estudo se propõe a responder o seguinte questionamento: como deve ser compreendida a decisão prolatada no AgRg no REsp 1.919.722/SP, em termos de oposição ao entendimento dominante e análise de efeitos extrapenais do caso concreto? Ou, melhor: a partir do julgado analisado, quais são os possíveis efeitos paradigmáticos no tratamento jurisprudencial da presunção de violência referente ao crime de estupro de vulnerável?

Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo como método de abordagem. Nesse ponto, em se tratando de tema a ser debatido na jurisprudência, a pesquisa se mostra inviável caso seja realizada através de método que, conceitualmente, almeja a afirmação de conclusões aceitas como verdadeiras (permanentes) – e não como provisoriamente não falsas, a exemplo do indutivo e do dedutivo. Assim, qualquer conclusão a que se chegue ao final do presente trabalho não poderá ser caracterizada de qualquer outra forma que não “provisoriamente não falsa”, obtida através das informações coligidas até o momento de sua elaboração e delas deduzidas. Como método de procedimento, aproveita-se do método histórico, haja vista a apertada, mas significativa, busca histórica que será feita a fim de compreender o que levou à atual tipificação do delito de estupro de vulnerável, além da sintética investigação em torno do conceito e histórico do *distinguishing*, bem como o método estruturalista, por permitir a aproximação entre a norma abstrata e os casos concretos diariamente julgados pelo Poder Judiciário, estabelecendo-se a relação de conexão existente entre estes. Por fim, como técnica de pesquisa, usa-se a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental na legislação brasileira, bem como da pesquisa bibliográfica, servindo-se das lições doutrinárias, e da pesquisa jurisprudencial, a partir do entendimento exarado pelos Tribunais brasileiros, em especial, o Superior Tribunal de Justiça.

## 2 PERSPECTIVA HISTÓRICO-DOGMÁTICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme explicitado, este trabalho busca maior compreensão acerca dos fundamentos utilizados no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.919.722/SP, que versa sobre a infração penal prevista no art. 217-A do Código Penal, conhecida como estupro de vulnerável. Para tal, passará por extensa análise sobre o tratamento jurisprudencial da matéria, tanto no âmbito dos Tribunais de Justiça de diversos Estados da Federação, bem como no contexto do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, não se pode lá chegar sem antes compreender o tipo penal em questão. Isto é: antes de se entender como é tratada a matéria nos Tribunais brasileiros, é necessário investigar acerca da infração penal em si, passando pelas características elementares e específicas do crime de estupro de vulnerável. Dentre elas, destaca-se a presunção de violência, objeto principal deste estudo.

Ocorre que o delito de estupro de vulnerável não estava originariamente previsto no Diploma Repressivo, datado de 1940. De fato, a mesma conduta – conjunção carnal ou ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos – era punida nos termos do art. 213 (estupro, quando conjunção carnal) ou do art. 214 (atentado violento ao pudor, quando outro ato libidinoso), combinado com o art. 224, alínea “a”, todos do *Codex* (BRASIL, 1940).

A inovação legislativa que introduziu o crime de estupro de vulnerável no Código Penal é extremamente recente, tendo ocorrido através da Lei nº 12.015/2009. Assim, não é possível obter uma compreensão isolada desta infração penal, sendo necessário realizar um breve traçado histórico, apontando como as características dos antigos delitos de estupro contra menor de 14 (catorze) anos (art. 213 c/c art. 224, alínea “a” do Código Penal) e de atentado violento ao pudor (art. 214 c/c art. 224, alínea “a” do Código Penal) influenciaram e se reuniram na inovação trazida pela Lei nº 12.015/09, que também revogou o art. 214 e o art. 224 do Código Penal, e alterou a redação do art. 213, entre outras mudanças.

Portanto, este capítulo inicial tem como primeiro objetivo compreender os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor quando cometidos contra

menores de 14 (catorze) anos de idade. Em sequência, analisar-se-ão as características do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Diploma Repressivo, abarcando suas elementares, culminando em um estudo pormenorizado da presunção de violência inclusa no tipo.

## 2.1 Os crimes sexuais contra menores de 14 (catorze) anos na redação original do Código

Não devem existir dúvidas de que a sociedade brasileira da década de 1940, quando foi decretado e passou a vigorar o Código Penal, era radicalmente diferente daquela que agora se apresenta. Os costumes – bem jurídico outrora considerado protegido pelas mesmas disposições que hoje albergam a dignidade sexual – eram vistos com olhar certamente diverso, e questões sexuais, indubitavelmente, representavam uma área de debate muito mais sensível do que nos dias atuais.

É a partir desse prisma que se deve enxergar a tutela dos costumes – ou da dignidade sexual – dos menores de 14 (catorze) anos à época. Inexistente a figura típica do estupro de vulnerável, a norma mais aproximada do intento legislativo atual era estampada no art. 224, alínea “a”, do Código Penal, o qual determinava presumir-se a violência se a vítima “não é maior de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 1940).

As condutas hoje vedadas pelo art. 217-A do Código Penal (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), anteriormente ao advento da Lei nº 12.015/09, estavam previstas – em soma ao dispositivo citado acima, nos casos envolvendo menores de 14 (catorze) anos – nos arts. 213 e 214 do Estatuto Penal, os quais dispunham, na redação original:

### **Estupro**

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

### **Atentado violento ao pudor**

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de dois a sete anos.

A lei era explícita ao delimitar o sujeito passivo à mulher no crime de estupro, ponto inconteste na doutrina – em virtude do conceito de conjunção carnal –, ao contrário da possibilidade enquadrar-se, como sujeito ativo da infração penal em tela, o marido frente à mulher. É uma das formas, inclusive, de se evidenciar o nítido contraste entre a percepção que possui a sociedade atual – representada através do legislador – acerca dos crimes sexuais, em contraposição com a norma vigente ao tempo prévio referenciado. Consoante se depreende do seguinte trecho extraído da obra de DELMANTO:

Sujeito ativo: somente o homem. **Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a grande maioria dos doutrinadores entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher a conjunção carnal, mediante violência física ou grave ameaça [...]. Todavia, entendemos que o marido pode ser autor de estupro contra a própria esposa.** (1984, p. 289). (grifos nossos)

Ou seja, está-se a falar da cogitação de que um homem possa estuprar uma mulher, caracterizando-se a sua conduta como um indiferente penal somente pelo fato de serem casados. A discussão sequer poderia ter lugar atualmente, mas, ao contrário do que se pode pensar, não foi abandonada há muito tempo, como se viu.

No que toca ao atentado violento ao pudor, hoje unificado com a figura do estupro – justamente através da reforma promovida pela Lei nº 12.015/09 –, a doutrina observava:

Ao contrário do anterior, que se refere à conjunção carnal, o presente dispositivo se refere a qualquer outro ato libidinoso. E enquanto naquele caso, conseqüentemente, só homem pode ser agente e só mulher pode ser vítima, neste, qualquer pessoa, homem ou mulher, pode ser vítima ou agente [...]. O constrangimento, a violência e a grave ameaça são elementos comuns aos dois crimes. E ato libidinoso diverso da conjunção carnal é tudo que se refira a libido, a sexual, com exclusão da conjunção carnal, isto é, da introdução do membro masculino no órgão feminino (GOMES NETO, 1984, pp. 190-191).

As normas sociais – os costumes propriamente ditos, as crenças e a cultura etc. – da época, conforme se observa, impunham à cópula vaginal violenta reprovação maior do que qualquer outro ato libidinoso que fosse praticado. A cópula anal e o sexo oral – que poderiam ser praticados, por exemplo, entre homossexuais –, exemplificativamente, não eram alvo da mesma proteção dispensada ao coito forçado pelo homem contra a mulher, dada a

busca, por exemplo, pela preservação da chamada “mulher honesta” e, igualmente, da mulher virgem.<sup>2</sup>

A respeito da imposição de presumir-se a violência quando o fato era praticado contra jovens não maiores de 14 (catorze) anos, aplicável aos crimes em testilha, HUNGRIA sustentava:

Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a CARPSOVIO, o Código presume ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade [...] é incapaz de consentimento, ou, pelo menos, de consentimento válido [...].

[...]

**Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento.** O raciocínio é, sem dúvida, sofisticado. O incapaz de querer é também incapaz de não querer. [...] Além disso, fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não se lhes possa dar valor jurídico. Como quer que seja, porém, o estado de indiferença ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados à falta de consentimento, justificando a presunção de violência. (1981, pp. 225-226) (grifos nossos)

O mesmo caminho é tomado por NORONHA (1964, p. 288), quando, ao mencionar o trabalho do legislador na edição do Código de 1940, aduz ter sido considerado que “abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece” – desconhece, pois, conforme expõe o doutrinador, o fundamento da presunção de violência era a *innocentia consilii* da vítima.

Vê-se de difícil contorno, assim, a afirmativa de que, não obstante o consentimento fático do menor de 14 (catorze) anos, resta inaplicável à autorização qualquer validade jurídica. Como se sabe – e como foi explicado por HUNGRIA –, não se descuidava que os mais jovens possam manifestar sua vontade ou seu intento nas mais variadas situações cotidianas. O que não se tolera, no caso do dispositivo em comento, é que se empreste qualquer valor jurídico a tal consentimento.

---

<sup>2</sup> Pode-se mencionar, no ponto, os extintos tipos penais de sedução (art. 217 do CP) e de rapto violento ou mediante fraude (art. 219 do CP).

A presunção de violência, outrora estampada no art. 224, alínea “a”, do Código Penal, portanto, é fundada – e esse é um ponto fundamental da compreensão sobre o tema – na percepção que tomou o legislador acerca da evolução dos “costumes” e na noção que os maiores de 14 (catorze) anos, à época, possuíam sobre os atos da vida sexual. A visão do legislador, com efeito, pode ser perfeitamente extraída a partir da exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende a evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. (BRASIL, 1940)

Apesar disso, criou-se o inevitável debate, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a caracterização da referida presunção de violência como absoluta (*juris et de jure*) ou relativa (*juris tantum*). A compreensão de que se tratava de presunção *juris tantum* era defendida, por exemplo, por DELMANTO:

**Presunção de violência**

Em três hipóteses a lei dispensa a violência real, fazendo com que ela seja presumida (violência ficta):

a. Se a vítima não é maior de catorze anos. Tanto na doutrina como na jurisprudência, a tendência é emprestar valor relativo, e não absoluto à presunção [...]. Assim, a presunção pode ceder, por exemplo, se a ofendida já era corrompida, aparentava idade superior pelo seu desenvolvimento etc. (DELMANTO, 1984, p. 302) (grifos no original)

A posição, além de ser explicitamente acompanhada por HUNGRIA (1981, p. 230) e por NORONHA (1964, p. 309), é indiretamente assumida por GOMES NETO (1984, p. 209), quando expõe que “feita a prova de um ou de mais de um dos elementos previstos no dispositivo, fica dispensada a existência de prova de violência real [...]”. Ora, se é necessário prova em favor da violência presumida, somente se pode interpretar a exegese do artigo como sendo permissiva, também, de produção probatória contrária à prevalência da presunção.

Deve ser referido, ademais, que o contexto da produção da norma supra indica ser relativo o valor ora atribuível à presunção de violência, o que se verifica, novamente, das lições de HUNGRIA:

É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula “não se admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. (1981, p. 230)

É dizer: havia certo intento em tornar absoluta a presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra os menores de 14 (catorze) anos, o que, ao final, foi afastado pelo legislador do Código de 1940. Como bem apontado, o elemento histórico argumentava contra a presunção *juris et de jure*.

Não obstante, deve ser anotada a existência de vozes em contrário. Nesse sentido, BRANCO (1973, p. 56; p. 108) entendia que a presunção deveria ser considerada absoluta nos casos envolvendo menores de 14 (catorze) anos, seja a infração debatida o delito de estupro (art. 213, c/c art. 224, alínea “a”), seja o crime de atentado violento ao pudor (art. 214, c/c art. 224, alínea “a”).

Há que se considerar, ademais, que as mudanças sociais, inevitavelmente, acabam por influenciar na interpretação dada pelos Tribunais a diversos tipos penais, e, notadamente, aos crimes sexuais. É de se notar, nesse sentido, a mudança de posicionamento na jurisprudência pátria ao longo dos anos – o que, não sendo objetivo do presente estudo, poderá ser demonstrado através de lições doutrinárias.

Observe-se, assim, que, no ano de 1964, NORONHA (p. 309), indicava ser “relativa a presunção do art. 224, a. **Nossos Tribunais têm muita vez assim decidido**” (grifos nossos). MIRABETE (2004, p. 452), ao defender o caráter relativo da presunção, mencionava inúmeros julgados, argumentando que “**na jurisprudência, aliás, é praticamente pacífico de que se trata de presunção relativa**” (grifos nossos). O entendimento, inclusive, aparentava ser partilhado pela jurisprudência da Corte Suprema, consoante se depreende do seguinte aresto:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado

contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. **A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal.** Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (HC 73662, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028) (STF, 1996) (grifos nossos)

Todavia, a relevância da controvérsia – e, por consequência, a enorme possibilidade de um cenário de insegurança jurídica – pode ser percebida pela lição de CAPEZ, que, em 2006 – ou seja, apenas dois anos após a manifestação de MIRABETE, dizia que a tendência doutrinária era “emprestar valor relativo a essa presunção (*juris tantum*), **corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência** (2006, p. 59) (grifos nossos). De elevada curiosidade a suposta mudança radical na percepção dos Tribunais sobre a matéria em um espaço temporal tão curto.

A confusão, por evidente, gerava embaraços no caminho a ser trilhado até considerar-se a supostamente correta interpretação da norma em testilha, dando espaço ao surgimento, na doutrina, de uma corrente mista, encabeçada, à época, por NUCCI:

Ressaltemos, outrossim, que não há incompatibilidade em buscar uma solução mista, diante da importância e da delicadeza que o caso requer: como regra geral, não devem os juízes imergir na produção de provas acerca da honestidade da vítima e sua capacidade de consentimento, caso sejam menores de 14 anos, pois a presunção é, via de regra, absoluta, não aceitando prova em contrário. [...]. Defendemos, pois: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas maiores de 12 anos; relativa para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos. (2003, p. 695)

Antes de mais nada, é indubitavelmente destacada a mudança na percepção social sobre o tema, na medida em que se sugere a idade de 12 (doze) anos, e não mais 14 (catorze) anos, como um parâmetro para fins de aferição em caso de crime sexual, ainda que apenas voltado a caracterizar a

presunção de violência enquanto absoluta ou relativa. Não obstante, o entendimento de NUCCI, acima demonstrado, merecia críticas, pois, já vigente a Carta Magna de 1988, e em se tratando de matéria penal, mostra-se de questionável constitucionalidade atribuir à presunção caráter absoluto em determinados casos, e relativo em outros, com base exclusiva em critério extralegal, qual seja, a idade de 12 (doze) anos e/ou o vocábulo – de extrema incerteza conceitual – “casos excepcionais”.

Fato é que, em um breve exame histórico – não aprofundado por não ser o objetivo desta pesquisa –, é impossível determinar a interpretação dominante nos Tribunais pátrios. Somado a isso, a vigência de um Código Penal por tantos anos – notadamente naquilo que toca aos “costumes” –, impõe a sua necessária revisão, ainda que parcial. É que, como se sabe e foi dito, as percepções sociais em volta dos bens jurídicos merecedores da tutela penal sofrem modificações ao longo dos anos, que se dirá das décadas.

Nesse sentido, os delitos sexuais foram alvo de variadas modificações legislativas, dentre as quais se pode citar as trazidas pela Lei nº 8.069/1990, Lei nº 8.072/90, Lei nº 9.281/96 e, finalmente, a Lei nº 12.015/09. Analisando as transformações sociais e jurídicas que se sucederam, GRECO expõe:

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante no revogado art. 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. (GRECO, 2020, p. 99-100)

Havia que se buscar um meio para pacificar a matéria, em nome do Princípio da Legalidade e da segurança jurídica, abarcados pela Constituição de 1988 e de indispensável observância no regime jurídico por ela adotado. Em busca dessa solução, foi apresentado, discutido, aprovado e sancionado o Projeto de Lei nº 4.850/2005, convertido na Lei nº 12.015/2009, incluindo o crime de estupro de vulnerável no Código Penal, cujos detalhes e minúcias serão

analisados no subcapítulo seguinte, a fim de averiguar se foi estabelecido, ou não, o caráter da presunção de violência.

## 2.2 Estupro de vulnerável – elementares do crime e a “nova” presunção de violência

A *novatio legis*, tendo como base o revogado art. 224 do Código Penal, nele incluiu o art. 217-A, dando origem a nova figura típica, nomeada “estupro de vulnerável”, prescrevendo-a da seguinte maneira:

### **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 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. (BRASIL, 1940)

Em atenção ao julgamento do Agravo Regimental nº 1.919.722/SP, a presente pesquisa é voltada aos casos em que o crime em tela é praticado contra menor de 14 (catorze) anos. Assim, adverte-se, a análise a ser feita nas linhas que seguem terá como base a previsão do *caput* do art. 217-A, não se aplicando as conclusões aos demais casos (§1º), por não serem alvo deste estudo.

A conduta típica, assim, consiste na prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos. O tipo em tela, portanto, preocupou-se em unir, em uma só disposição, a vedação anterior que consistia na análise conjunta dos arts. 213 e/ou 214 com o art. 224, alínea “a”, do Estatuto Repressivo. A conjunção carnal, no ordenamento jurídico brasileiro, é interpretada exclusivamente como sendo a cópula vaginal, classificando-se os demais atos sexuais, voltados à satisfação da lascívia, como atos libidinosos (NUCCI, 2021, p. 61). A pena abstratamente cominada ao delito varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Não há qualquer limitação ao sujeito ativo, podendo ser homem ou mulher, independente do sexo da vítima, que, por sua

vez, também não sofre restrições além da condição de vulnerabilidade elencada pelo preceito primário (*in casu*, o critério etário).

Em relação ao bem jurídico tutelado, observa-se, na doutrina, a existência de diversos posicionamentos: CUNHA (2019, p. 522), CAPEZ (2022, p. 41) e BITENCOURT (2022, p. 116) entendem que o bem jurídico alvo da proteção legal é tão somente a dignidade sexual do menor de 14 (catorze) anos<sup>3</sup>; PRADO (2022, p. 842), defende que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual em sentido amplo, envolvendo, mais precisamente, a indenidade ou a intangibilidade sexual dos vulneráveis; BUSATO (2017, p. 894) aduz haver proteção ao livre desenvolvimento sexual, sem negar, contudo, o abrigo à dignidade sexual dos vulneráveis; ESTEFAM (2021, p. 308), a seu turno, também compreende pelo albergue ao livre desenvolvimento sexual do vulnerável, acrescentando, ainda, a preservação de sua liberdade sexual; por fim, GRECO (2020, p. 107), em posição mais ampla, entende ser possível a tutela dos três bens jurídicos até agora indicados, quais sejam, a dignidade sexual, a liberdade sexual e o livre desenvolvimento sexual.

Dentro da classificação doutrinária, não sendo observadas maiores divergências, alinha-se à posição de GRECO (2020, pp. 106-107), para quem o delito é: de mão própria na conjunção carnal e comum nos atos libidinosos (pois a conjunção carnal exige a introdução do pênis na vagina); próprio com relação ao sujeito passivo, na medida em que somente podem ser vítimas as pessoas elencadas pela lei<sup>4</sup>; doloso, não havendo previsão de modalidade culposa; comissivo (sendo admitida a omissão imprópria); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada na conjunção carnal e de forma livre no ato libidinoso; monossujeito; plurissubsistente, sendo possível a tentativa, e; não transeunte ou transeunte, a depender da existência de vestígios no caso concreto (sendo maior a possibilidade na hipótese de conjunção carnal e no sexo anal, por exemplo, e menor em outros atos libidinosos).

---

<sup>3</sup> A partir das lições de BITENCOURT (2022, pp. 116-117), tem-se que a presunção de violência invalida eventual consentimento, tornando o menor de 14 (catorze) anos incapaz de usufruir de qualquer liberdade sexual a ser tutelada.

<sup>4</sup> Deve ser anotada a posição contrária de BITENCOURT, no ponto, para quem “o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio” (2022, p. 139).

Em relação à antiga presunção de violência, aponta-se que a nova legislação, inserida em um “contexto jurídico” completamente diverso daquele no qual se estabeleceu o art. 224, alínea “a”, do *Codex*, impõe um novo dever interpretativo, sendo necessária a revisão dos conceitos anteriormente utilizados e aproveitados no novo tipo penal, a fim de torná-los adequados às demais normas vigentes, notadamente as de ordem constitucional, cuja prevalência foi acentuada na retomada do regime democrático. Ressurge, portanto, a discussão em torno da presunção de violência – se é que ainda pode assim ser chamada, conforme será enfrentado a seguir – e seu caráter, se absoluto ou relativo, frente aos casos em que há prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

O primeiro fato a ser apontado é que o legislador, ao elaborar o novo tipo penal, deixou passar a oportunidade para encerrar o debate de uma vez por toda. Poderia ter estabelecido, em definitivo e de maneira objetiva, se a presunção de violência (ou de ausência de consentimento válido, ou, ainda, de vulnerabilidade) envolta no tipo em tela tem caráter *juris et de jure* ou *juris tantum*. Todavia, não o fez, reacendendo a discussão.

A posição jurisprudencial sobre o tema será analisada no capítulo seguinte, de modo que as linhas que seguem farão referência ao modo pelo qual a doutrina vem abordando a matéria. Discutir-se-ão, no ponto, a possível mudança na presunção e a sua caracterização a partir do posicionamento doutrinário existente.

A introdução do assunto deve ser feita partindo-se de um questionamento: o que existe, hoje, no crime de estupro de vulnerável, é uma presunção de violência? É presunção de vulnerabilidade? O que é, afinal, o fator que afasta a necessidade de violência real, como no estupro, para configurar como delituosa a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos?

NUCCI, *ab initio*, entende que a novel legislação teve como escopo abandonar a presunção de violência, inserindo outro critério para a definição da tipicidade: a vulnerabilidade, que faria com que eventuais “presunções” desaparecessem, dando espaço a fatos concretos (2022, p. 55). É dizer: na visão de NUCCI, a “positivação” da vulnerabilidade existente naqueles menores de 14

(catorze) anos é, nada mais, nada menos, do que a constatação legal de um fato perceptível no plano do “real”, antecedente ao plano do “jurídico”. A vulnerabilidade, por assim dizer, não adviria de um critério puramente jurídico, mas, sim, da constatação da imaturidade sexual dos mais jovens. Nada obstante, deve ser apontada a contradição no seu pensamento, na medida em que, no mesmo parágrafo no qual aduz não haver qualquer presunção na atualidade, declara não deixar “de haver uma presunção nesse caso: baseado em certas probabilidades, supõe-se algo. E a suposição diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual” (NUCCI, 2022, p. 55”).

Apesar disso, como consequência, o debate existente seria entre vulnerabilidade relativa e vulnerabilidade absoluta – tomada como aquela adotada pelo legislador, principalmente após a introdução do §5º no art. 217-A<sup>5</sup> do Código Penal (NUCCI, 2022, pp. 56-57). Caminho similar, inclusive, é tomado por BITENCOURT, para quem, ao comparar os tipos penais do art. 217-A e do art. 218-B do Código Penal, a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos deve ser considerada absoluta (2022, p. 119). Todavia, em exposição cuja profundidade merece e precisa ser destacada, alerta:

[...] impõe-se a conclusão de que **a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casuística.** No entanto, para realizarmos uma melhor interpretação dessa peculiaridade, recomenda-se ter presente que **presunção absoluta ou relativa não se confunde com vulnerabilidade absoluta ou relativa** [...]. (2022, pp. 121-122) (grifos nossos)

O autor, em verdade, sugere um “duplo juízo valorativo”, a fim de que seja examinada, primeiramente, a presunção de vulnerabilidade – estabelecida pelo legislador –, e, em sequência, a vulnerabilidade em si – que dependeria do caso concreto –, sendo que ambas podem ser divididas em absoluta e relativa (BITENCOURT, 2022, p. 122). Assim, haveria casos em que a presunção de vulnerabilidade seria relativa (como no caso do art. 218-B do Código), mas a

---

<sup>5</sup> **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

[...]

§ 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

vulnerabilidade “fática”, verificada *in concreto*, seria absoluta, o que seria averiguado casuisticamente (BITENCOURT, 2022, p. 123). Por outro lado, poderia ocorrer de a presunção de vulnerabilidade ser absoluta (art. 217-A), mas as circunstâncias denotarem vulnerabilidade relativa, retomando-se o exemplo da menor de 14 (catorze) anos com “experiência sexual das ruas” (BITENCOURT, 2022, pp. 123-124).

Com a devida vênia, o raciocínio deve ser visto com muita cautela, senão com respeitosa discordância, e variados são os motivos. A um, o próprio doutrinador apontou anteriormente, sendo o excerto trazido, que a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos era sempre absoluta, de modo que a compreensão pode levar a confusões terminológicas indesejadas. A dois, se a vulnerabilidade pode ser aferida a depender das circunstâncias do caso concreto, importa dizer que seu caráter será, indubitavelmente, relativo, pois deverá ser admitida a discussão probatória a seu respeito. A três, se a presunção de vulnerabilidade – nos termos do autor – fosse, efetivamente, absoluta, no crime de estupro de vulnerável, seria insustentável alegar sua eventual relatividade, ainda que em etapa secundária de um juízo valorativo.

Destaca-se que não se está, no momento, a tomar posição e dizer que a vulnerabilidade, a sua presunção, ou a presunção de violência devem ser consideradas relativa ou absoluta. O que se apresenta são as inconsistências lógicas verificadas no raciocínio de BITENCOURT, sendo inimaginável que algo relativo possa ser “absolutizado” em momento posterior, ou vice-versa. Ou se tem uma presunção (ou uma vulnerabilidade) absoluta, ou ela(s) deve(m) ser considerada(s) relativa(s). De maneira final: não se pode pretender solucionar um impasse tornando-o ainda mais complexo (e – reiterando o pedido de vênia – contraditório).

Deve ser mencionado que a relatividade da vulnerabilidade é defendida, também, por ESTEFAM (2021, p. 308). Com efeito, aduz o doutrinador que a pena abstratamente cominada ao delito, por ser maior, inclusive, que a do homicídio simples, autoriza a produção de prova contrária à presunção de vulnerabilidade.

A doutrina, em sua maioria, todavia, tende a reputar como absoluta a vulnerabilidade, ou a sua presunção, no delito de estupro de vulnerável. CUNHA,

adotando a ideia de presunção de vulnerabilidade, aponta que é proibida “a relação sexual com menor quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 [...]” (2019, p. 526). PRADO, por sua vez, leciona que “a lei, ao adotar o critério cronológico, acaba por presumir “*iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual” (2022, p. 843). BUSATO também entende pelo caráter absoluto da presunção legislativa (2017, p. 893), sendo que a posição dos autores acima citados é mais profundamente explicada por GRECO, que abandona a ideia de presunção:

[...] a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos [...]. Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável. (2020, p. 101)

Exposto o posicionamento atual da doutrina, cabe indagar: afinal, o que existe no delito insculpido no art. 217-A do Código Penal: uma presunção de violência? Presunção de vulnerabilidade? Uma mistura entre ambos? Ou um meio-termo?

O fundamento da presunção de violência anteriormente prevista no art. 224, alínea “a”, do Diploma Penal, como foi amplamente discutido, era a *innocentia consilii* dos mais jovens, fundamentação obtida, acima de tudo, da própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. Tem-se como imprescindível, por conseguinte, analisar o que disse a Justificação do PLS 253/2004, que, por sua vez, foi convertido no PL 4.850/2005, o qual, por fim, deu origem à Lei nº 12.015/2009:

Esse artigo [217-A], que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar aqui a absoluta presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade de até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção

carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. (BRASIL, 2004)

Pela expressão “sem entrar no mérito da violência e sua presunção”, fica muito claro o intento do legislador de abandonar a regra prevista no antigo art. 224 do Código Penal. Não haveria, tecnicamente, portanto, presunção de violência vigente no que toca ao delito de estupro de vulnerável. A opção legislativa feita foi, indubitavelmente, pela vulnerabilidade enquanto valor fundante da tutela penal. É inequívoca a pretensão do legislador, e, inclusive, reforçada, quando aduz que “não há situação de admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade” (BRASIL, 2004).

A tendência, portanto, parece ser emprestar valor absoluto à vulnerabilidade (ou à sua presunção), afastando qualquer possibilidade de prova em contrário. Há, todavia, dois fatos que caminham em sentido contrário, e merecem, sob pena de se comprometer o viés científico da presente pesquisa, ser objeto de análise.

A um, é o inequívoco amadurecimento sexual precoce dos jovens, principalmente em solo pátrio. Os dados apontam que ocorrem cerca de 19 mil nascimentos, ao ano, de mães entre 10 (dez) e 14 (catorze) anos (UNFPA, 2021), número que pode ser considerado bastante expressivo – lido de outro modo: ocorrem cerca de 19 mil casos de estupro de vulnerável por ano no Brasil, excluindo-se, por evidente, os casos em que as jovens já possuem 14 (catorze) anos e/ou dão a luz a mais de um filho por parto. Elementos culturais devem fazer parte da interpretação da norma, e é inconteste a disponibilidade de conteúdos sexuais, explícitos ou implícitos, aos mais jovens nos dias atuais, indicando um amadurecimento sexual precoce.

A dois, e como consequência do primeiro, o descompasso da disposição legal – desde o seu nascedouro no Senado Federal – com a realidade é gritante. Para além do HC 73.662 (STF, 1996), já colacionado acima, com muito mais urgência se rememora a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, ao reduzir a idade da presunção de 16 (dezesesseis) anos, no Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890), para 14 (catorze) anos:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende a evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. **Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.** (BRASIL, 1940) (grifos nossos)

Se, em 1940, já se notava preocupação com a adequação da lei penal ao precoce amadurecimento sexual dos jovens, reduzindo-se a idade paradigma da infração criminal para 14 (catorze) anos, muito mais cautela deveria ter adotado o legislador de 2004, passados mais de 60 (sessenta) anos desde a vigência do Código Penal. No ponto, acompanha-se a crítica de NUCCI, para quem o legislador repetiu “a mesma idade em 2009, como se nada tivesse mudado no comportamento dos jovens de lá para cá” (2021, p. 55).

O Direito, principalmente o Penal, deve reagir às mudanças culturais e sociais. Em 2004, preferiu-se observar um critério etário que era ignorado nas normas pátrias, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua “criança” como a pessoa cuja idade é menor de 12 (doze) anos (BRASIL, 1990), coadunando-se com parâmetro utilizado pela ONU (BRASIL, 2004). Trata-se, inegavelmente, de um descompasso gritante com a tendência brasileira de diferenciar o tratamento legal dispensado às crianças e aos adolescentes.

Ademais, assiste razão a BITENCOURT, quando preconiza:

Observa-se que o legislador, dissimuladamente, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual. Constata-se que o legislador anterior foi democraticamente transparente (mesmo em período de ditadura), ou seja, destacou expressamente as causas que levavam à presunção de violência [...]; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deveria redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei [...]. Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224). (2022, p. 120)

A mudança no critério jurídico, *in casu*, não tem o condão de afastar as particularidades fáticas incidentes no caso concreto. Mais ainda: não possui

força para inibir a incidência de disposições constitucionais inegavelmente irradiantes, também, sobre o Direito Penal.

Manobras argumentativas não escondem: o critério utilizado pelo legislador de 2004 é o mesmo presente na Exposição de Motivos elaborada em 1940: a *innocentia consilii* dos mais jovens, agora travestida de “vulnerabilidade”. Ora, a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos também era reconhecida, sendo representada através da incapacidade para validamente consentir no ato sexual. A ideia de “é tão nova(o), não sabe o que está fazendo” é perfeitamente aplicável à norma nascida em 1940 e àquela promulgada em 2009.

Não havendo mudança nos fundamentos – e, principalmente, nascendo a “maturidade” sexual ainda mais precocemente –, torna-se inviável a modificação da compreensão jurídica. Não se pode, das mesmas razões, chegar-se a conclusão diametralmente oposta.

O critério etário é uma objetividade fática, sim. Mas somente prestável para limitar o alcance do tipo penal, e não para estabelecer a vulnerabilidade como sendo absoluta. É inafastável que existem jovens adultos mais vulneráveis do que adolescentes de 13 (treze) anos. Dito de outro modo: a idade é tão somente um elemento do tipo penal, porém, jamais um motivo para tornar inabalável a presunção que o circunda.

Há que se ter em mente, também, o bem jurídico efetivamente tutelado. No ponto, entende-se correto o posicionamento de BITENCOURT (2022, pp. 116-117), no sentido de que a própria norma impede o reconhecimento de eventual “liberdade sexual” dos menores de 14 (catorze) anos. Não se trata da mesma fruição da qual são privados os mais velhos quando vítimas do crime de estupro (art. 213 do Código Penal), pois ali, além de sua dignidade sexual, viola-se a sua liberdade sexual no sentido de serem coagidos a uma relação que não desejavam, embora o pudessem fazer. Não há como sustentar a violação de uma liberdade que não existia. O menor de 14 (catorze) anos não é juridicamente livre para se relacionar sexualmente.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Como foi visto no primeiro subcapítulo, há casos em que o menor aquiesce com a prática sexual, sendo imprestável para o Direito, contudo, o seu consentimento. A ausência de liberdade sexual se relaciona com uma impossibilidade jurídica, e não fática, portanto.

Por outro lado, ele é dotado, indubitavelmente, de dignidade sexual, no sentido de ser necessário o respeito ao seu amadurecimento sobre o tema, a fim de que, futuramente, possa vir a usufruir da liberdade sexual conquistada com maior responsabilidade. Ao contrário da última, inclusive, todos possuem dignidade sexual, com a nuance de que esta, sim, pode ou não ser exercida pelos menores de 14 (catorze) anos.

Necessário um alerta: não se está dizendo que as vítimas de estupro de vulnerável são indignas. Não é isso. O que se sustenta é que o seu nível de amadurecimento sexual lhes concede “oportunidades” nas quais – e isso é inegável – abrem mão de sua “dignidade”, em prol do prazer almejado com a efetivação de uma relação sexual. O que faz o critério legal nada mais é do que presumir que tal “permissão” não tenha ocorrido, sendo imperativo reconhecer, entretanto, que é possível – e necessário, em determinados casos – a produção de prova em sentido contrário. Pode ser imaginado, inclusive, situação em que a menor de 14 (catorze) anos consente expressamente em um relacionamento amoroso, no qual ocorrem relações sexuais, não sendo cabível imaginar que foi ferida a sua dignidade sexual, não configurando, em tese (conforme será visto adiante), o crime de estupro de vulnerável. Por outro lado, a mesma menor pode ser constrangida a praticar uma relação sexual indesejada, e, em virtude de sua idade, a conduta ser capitulada como aquela estampada no art. 217-A.

Outrossim, permanece atual o entendimento do Ministro Marco Aurélio, quando, em 1996, apontou:

Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...]. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, **não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.** [...]. Aquela altura [anos 1940], uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança, e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinquenta anos [...], **não há de se igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir.** [...].

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico, e, em algumas passagens, até

descabido, **porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental** assistida pelos hoje mais idosos. [...].

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: **a sociedade envelhece; as leis, não?** (STF, 1996)

Assim, ao que indica, *maxima venia*, a melhor compreensão dogmática, é relativa (*juris tantum*) a presunção de vulnerabilidade – ou de violência, não sendo enxergados óbices concretos à nomenclatura – que circunda o delito de estupro de vulnerável. Não obstante o legítimo intento do legislador, as normas constitucionais e, principalmente, a realidade social brasileira não podem passar batidos pelo operador do Direito.

Em que pese a conclusão infirmada acima, deve ser avaliado, efetivamente, o comportamento dos Tribunais frente à presunção investigada. Assim, o capítulo seguinte é destinado à análise jurisprudencial do tema.

### 3 VIOLÊNCIA PRESUMIDA E JURISPRUDÊNCIA

Analisadas as questões dogmáticas envolvendo a infração penal de estupro de vulnerável, é vital compreender o tratamento dispendido pela jurisprudência pátria no que diz respeito à presunção de violência/vulnerabilidade atinente ao delito em tela. Em verdade, por ser uma de suas características intrínsecas, para além do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722/SP, mostra-se árdua a tarefa de se encontrar julgados que a tenham afastado no caso concreto, em virtude de peculiaridades do contexto fático. Para tal incumbência, segue-se o estudo de ao menos um julgado oriundo de um Tribunal de Justiça de cada região do Brasil, finalizando-se com o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, com enfoque na Súmula 593, e pelo Supremo Tribunal Federal.

Deve ser salientado, contudo, que o propósito da presente pesquisa não é o de esgotar a pesquisa jurisprudencial de cada um dos Tribunais pátrios. Busca-se fornecer, assim, um panorama geral do tratamento dispensado ao tema em solo brasileiro.

#### 3.1 A presunção de violência nos Tribunais de Justiça

Dando início ao presente subcapítulo, portanto, colaciona-se recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA**. VÍTIMA COM SEIS ANOS DE IDADE À ÉPOCA DO FATO. JURISPRUDÊNCIA TRANSCRITA NA INICIAL QUE DIFERE TOTALMENTE DO CASO DOS AUTOS. REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Revisão Criminal, Nº 70085083806, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em: 27-08-2021) (TJRS, 2021) (grifos nossos)

Na oportunidade, a propositura da ação almejava a revisão da condenação de um homem, que fora dado como incurso nas sanções do art. 217-A, postulando a desclassificação da conduta para o delito de importunação sexual, previsto no art. 215-A, do Código Penal, ante *novatio lege in mellius*. Ocorre que, analisada a manifestação do condenado, considerou-se inviável a

desclassificação, haja vista a perfeita adequação da ação à proibição contida na descrição da infração penal contra menor de idade, somada ao dever de proteção dos menores por parte do Estado.

A relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, em seu voto, ressaltou:

E em hipótese alguma se caracterizou, aqui, o delito de importunação sexual. Destaco que a nova legislação poderia retroagir, aplicando-se ao requerente, se fosse o caso, justamente porque mais benéfica. Mas isso não ocorre. **Na verdade, em se tratando de crianças e adolescentes menores de quatorze anos cabe ao Estado tutelar integralmente sua proteção decorrente dos abusos ocorridos, especialmente no ambiente doméstico e familiar. Em sendo assim, há presunção absoluta de vulnerabilidade e violência contra a vítima menor de quatorze anos nos delitos sexuais.** (TJRS, 2021) (grifos nossos)

Conforme se pode observar, a presunção absoluta de violência/vulnerabilidade foi um dos fundamentos edificantes do *decisum*, afastando a possibilidade de retroatividade da lei penal mais benéfica, somado a fatos de índole constitucional. Em outras palavras, foram suscitados argumentos extrapenais em prejuízo do acusado – sem qualquer ilegalidade, saliente-se, pois, coadunados com preceitos constitucionais de observância obrigatória e, além, internalizados pelos exegetas –, quedando impossível, ao ver do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao menos ao tempo do julgamento, afastar a presunção de violência da figura típica.

Ainda, de maneira oportuna e alinhada com o pensamento dominante, novamente o voto da Relatora reforça a desnecessidade de comprovação acerca da violência no caso concreto, dado que absolutamente presumida:

Então, na espécie, em que a vítima tinha seis anos de idade, a violência é presumida, de forma absoluta, caindo por terra a possibilidade de desclassificação postulada, devendo prevalecer a condenação do requerente pela prática do delito de estupro de vulnerável, aqui perfeitamente configurado. (TJRS, 2021)

Ademais, a utilização de precedentes como modo de embasamento da posição adotada reforça a tentativa de se uniformizar a jurisprudência. De fato, há de se compreender que, em havendo construção teórica forte o suficiente para caracterizar como absoluta a presunção de violência (ou de vulnerabilidade), não deve haver receio, em tese, por parte dos julgadores, de

cometimento de quaisquer ilegalidades ao não se deter profundamente às nuances do contexto fático ensejador da *persecutio criminis*, dificultando a ocorrência de soluções que adotem caminho diverso ao esposado acima.

Dito de outro modo, a formação de precedentes – notadamente nas Cortes Superiores – favorece a “repetição” de fundamentos decisórios, na medida em que somente circunstâncias por demais extraordinárias serão capazes de afastar a orientação predominante. O comando do art. 315, §2º, inciso VI, inclusive, impõe um maior dever de fundamentação *in concreto* do que aquele existente no inciso V<sup>7</sup> do mesmo dispositivo (BRASIL, 1941).<sup>8</sup>

Veja-se, a seguir, manifestação extraída do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa abaixo se transcreve:

Apelação. Estupro de vulnerável. Três imputações, em continuidade delitiva. Recurso defensivo visando a reforma da r. sentença pela ausência de provas suficientes para a condenação. Alegação de que a condenação baseou-se única e exclusivamente no depoimento da vítima. Pleito subsidiário de fixação da pena no mínimo legal. Não acolhimento. A vítima prestou relato seguro e coerente nas duas etapas da persecução penal. Depoimentos em audiência que corroboram com a versão apresentada pela ofendida. Prova pericial que concluiu que a vítima não apresentava qualquer indício de manipulação da vontade ou de estar apresentando versão imaginária. As provas produzidas indicam, com segurança, as práticas delitivas, o que impõe que sejam rejeitadas as teses de insuficiência probatória. Não obstante, dos três crimes imputados ao apelante na denúncia, uma das condutas deve ser desclassificada para o artigo 215-A do Código Penal. Aplicação do princípio da proporcionalidade em suas duas vertentes, proibindo-se a punição por excesso, bem como se evitando a proteção deficiente do bem jurídico. Dosimetria da pena refeita. Conduto, considerando que, apesar da desclassificação, a reprimenda final (18 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão) resultou em pena superior a que foi fixada pelo Juízo a quo (17 anos e 06 meses de reclusão) e tratando-se de recurso exclusivo da defesa, a pena fixada em primeira instância deve prevalecer, por mostrar-se mais

---

<sup>7</sup> Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

[...]

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>8</sup> É questão de raciocínio lógico: havendo um comando a ser seguido caso constatadas determinadas circunstâncias, mostra-se muito mais fácil demonstrar que tais existiram do que comprovar sua ausência e a presença, ainda, de outras capazes de afastá-lo, dada a carga presuntiva constante no tipo legal e na orientação jurisprudencial.

benéfica ao apelante. Recurso parcialmente provido, com a desclassificação de uma das condutas, sem alteração de pena, nos termos referidos. (TJSP; Apelação Criminal 0001340-67.2017.8.26.0362; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Guaçu - Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/09/2021; Data de Registro: 08/09/2021) (TJSP, 2021)

Apesar de, na ementa, não se referir expressamente à presunção de violência, é possível encontrar trecho do voto do Relator no qual é mencionada a mudança proporcionada pela revogação do art. 224 do Código Penal. No entendimento do Desembargador Xisto Albarelli Rangel Neto, que vem reforçado pela Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, até o advento da Lei nº 12.015/09, falava-se em presunção de violência, sendo que, com a chegada da figura típica do art. 217-A, o correto seria tratar a situação como presunção de ausência de anuência:

**É que no que tange à pessoa menor de 14 anos o legislador, que antes presumia a violência (na forma da redação do art. 224 hoje revogado), agora, ao não se referir propriamente à expressão, dá a entender que presume na verdade a falta de consentimento, a falta de anuência (o que engloba as 2. Enquanto a pena para o estupro (art. 213) é de 6 a 10 anos de reclusão e a da violação sexual mediante fraude é de 2 a 6 anos de reclusão, a pena para o estupro de vulnerável é de 8 a 15 anos, ou seja, pena mínima pelo menos um terço maior, e pena máxima pelo menos metade maior. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Apelação Criminal nº 0001340-67.2017.8.26.0362 -Voto nº 4776 9 hipóteses de violência, grave ameaça e fraude)<sup>3</sup>, e acaba dando força ao seguinte entendimento sumulado pelo STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 15-10-2017, Dje 6-11-2017). (TJSP, 2021) (grifos nossos)**

Apesar da inovação terminológica trazida pela *novatio lege*, não se deve perder de vista se tratar de sinônimos. Consoante foi apontado no primeiro capítulo, o fundamento explícito da antiga presunção de violência, estampada no art. 224, alínea “a”, do Código Penal, era a *innocentia consilii* dos mais jovens, o que foi adotado implicitamente na Lei nº 12.015/09. Na prática, o resultado do julgamento é o mesmo, ou seja: afasta-se eventuais análises pormenorizadas, em nome da construção consolidada do entendimento judicial da matéria:

Enfim, para fins de enquadramento da conduta no art. 217-A, é indiferente para o legislador se o estupro ou ato libidinoso praticado

com menor de 14 anos se dá mediante violência, grave ameaça, fraude ou nenhuma dessas circunstâncias, **já que presume, em todas elas, a ausência de consentimento válido, de anuência.** (TJSP, 2021) (grifos nossos)

Não diverge do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, portanto, aquele oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo. Aproxima-se, novamente, da imutabilidade do pensamento jurisprudencial ao redor do país.

A seguir, posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REDUÇÃO PROPORCIONAL. PARCIAL PROVIMENTO. 1. É de ser mantida a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, com fundamento nas declarações seguras da vítima, que se revestem de especial importância para comprovação de delitos contra a dignidade sexual, especialmente quando corroboradas por outros elementos probatórios como o depoimento da testemunha. **2. Não é possível a desclassificação dos crimes sexuais contra vulnerável, diante da presunção absoluta de violência em casos de prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa menor de quatorze anos de idade. Precedentes do STJ** 3. O acréscimo na segunda fase de aplicação da pena, diante de circunstância agravante, deve nortear-se por critério de equidade, de modo a guardar proporcionalidade com o aumento a ser operado pelo julgador na primeira fase da dosimetria. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão 1358046, 07119446120208070009, Relator: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 22/7/2021, publicado no PJe: 30/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (TJDFT, 2021) (grifos nossos)

Contrariamente ao julgado oriundo do TJSP, a própria ementa cá exposta reforça a presunção de violência do delito de estupro de vulnerável, dando destaque à sua força no trabalho interpretativo levado a efeito pelo julgador. Novamente, nos mesmos termos da decisão originária do TJRS, impede a desclassificação da conduta praticada pelo agente para outro delito de menor reprimenda, haja vista a absoluta presunção de que o ato tenha sido cometido de maneira violenta ou sem anuência válida.

Interessante notar trecho do voto exarado pelo Desembargador Relator Jesuino Rissato, no qual é apontada possível controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à violência presumida no caso da figura típica do art. 217-A do Código Penal. Entretanto, reforça o entendimento da 3ª Seção do STJ, alinhado com aquele do TJDFT, conforme segue:

**No mais, ressalto que embora haja divergência no âmbito da Corte Superior de Justiça, a Terceira Seção do Tribunal Superior segue entendendo que, nos crimes sexuais em desfavor de criança e adolescente menor de 14 (quatorze) anos de idade, a presunção de violência é absoluta, o que afasta a possibilidade de desclassificação delitiva para importunação sexual**, notadamente porque, em comparação com as demais condutas sexuais proibitivas, deve ser observado o princípio da especialidade do tipo penal de estupro de vulnerável. (TJDFT, 2021) (grifos nossos)

Deve ser acentuado, igualmente, o novo argumento elencado para reforçar a tese do julgador: o princípio da especialidade. Assim, não só se reforçam as características inerentes à infração penal em questão, como frisa-se a sua especialidade perante outros delitos “subsidiários”, que somente são cabíveis quando afastadas as circunstâncias elementares (o que se mostra de extrema dificuldade uma vez reputada absoluta a presunção em discussão) do tipo disposto no art. 217-A.

A posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é reforçada:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. ERRO DE TIPO. NÃO COMPROVADO. CIÊNCIA DA MENORIDADE DA VÍTIMA. DEMONSTRADA. I - O art. 217-A do CP incrimina a conduta lasciva praticada contra menor de 14 (catorze) anos de idade, ao considerar que pessoas dessa idade não podem expressar validamente sua vontade. II - Comprovado nos autos que o apelante tinha plena ciência de que a vítima contava com 13 (treze) anos de idade quando manteve com ela relacionamento amoroso, com a prática de relações sexuais, não há que se falar em erro de tipo. **III - Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável, é irrelevante eventual consentimento da vítima, diante da presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso, com pessoa menor de 14 anos nos termos da Súmula n. 593 do STJ.** IV - Recurso conhecido e não provido. (Acórdão 1352461, 07049081420198070005, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 17/6/2021, publicado no PJe: 21/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (TJDFT, 2021) (grifos nossos)

Porém, não é possível acessar o voto do Relator, em virtude de segredo de justiça. Evidentemente, todos os demais processos cujas ementas foram e serão transcritas tramitam em segredo de justiça, contudo, o *website* do TJDF não disponibiliza, sequer, a íntegra do voto do Relator no caso acima mencionado. O interessante, entretanto, é reforçar a posição pelo caráter

absoluto da presunção em debate, bem como a utilização, como fundamento, da Súmula nº 593 do STJ.

Na sequência, entendimento encontrado no Tribunal de Justiça da Paraíba:

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000056-91.2018.8.15.0201 RELATOR: Dr. José Guedes Cavalcanti Neto, Juiz de Direito Convocado em substituição ao Des. João Benedito da Silva ORIGEM: 2ª Vara da comarca de Ingá APELANTE: Juscelmir dos Santos Batista ADVOGADO: Josevaldo Alves de Andrade Segundo APELADO: Justiça Pública APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. APELO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA. ENGANO DO RÉU QUANTO A IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. DEFESA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO CORRETAMENTE APLICADA CONFORME ENTENDIMENTO DO STJ. DESPROVIMENTO. Nos delitos contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de excepcional importância, máxime se confortada pelos demais elementos de convicção coletados nos autos. **A idade da vítima a tornou vulnerável às investidas de pessoa muito mais velha, não tendo discernimento para dar, de forma equilibrada, seu assentimento às práticas sexuais. É justamente essa vulnerabilidade que a lei protege, reconhecendo que aquele ser em desenvolvimento não possui maturidade, tampouco senso crítico, para realizar um julgamento pertinente acerca das circunstâncias que lhe cercam, e nem das atitudes advindas dos adultos.** Diante do lapso temporal em que mantiveram relacionamento com a prática de relações sexuais, a fração de ½ (metade) referente a continuidade delitiva aplicada pela magistrada a quo deve ser mantida. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados; A C O R D A a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL. (0000056-91.2018.8.15.0201, Rel. Des. João Benedito da Silva, APELAÇÃO CRIMINAL, Câmara Criminal, juntado em 15/07/2021) (TJPB, 2021) (grifos nossos)

Embora não mencionem expressamente o termo “presunção absoluta de violência”, tanto a ementa quanto o voto do Relator falam sobre o papel da lei em proteger os menores de 14 (catorze) anos de atos sexuais para os quais ainda não possuem o necessário discernimento. Substitui-se, portanto, o termo dogmático rotineiro, pela explicitação do papel legislativo, qual seja, salvaguardar o envolvimento dos mais jovens em práticas para as quais, em virtude da idade, ainda não possuem o indispensável conhecimento para anuir perfeitamente. Nesse sentido, o voto do Desembargador João Benedito da Silva:

Observa-se, assim, que a idade da vítima a tornou vulnerável às investidas de pessoa mais velha, não tendo discernimento para dar, de forma equilibrada, seu assentimento a tais práticas. É justamente essa vulnerabilidade que a lei protege, reconhecendo que aquele ser em desenvolvimento não possui maturidade, tampouco senso crítico para realizar um julgamento pertinente acerca das circunstâncias que lhe cercam, e nem das atitudes advindas dos adultos. (TJPB, 2021)

Mais uma vez, predomina o raciocínio da *innocentia consilii* dos mais novos. É a conclusão lógica, como dizia HUNGRIA (1981, p. 226): “Quem não podia consentir, dissentiu”. Começa a ser possível cogitar, não obstante os esforços do legislador, que o fundamento da norma permaneceu intacto.

Finalmente, em relação aos Tribunais de Justiça dos Estados, confira-se resultado de julgamento realizado no Tribunal de Justiça do Amazonas:

0000002-57.2019.8.04.2801 - Apelação Criminal - Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA – ESPECIAL VALOR PROBATÓRIO – DECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL – IMPOSSIBILIDADE – PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS – CONSUMAÇÃO DELITIVA CONFIGURADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – NULIDADE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO PEDIDA PELA ACUSAÇÃO – ART. 385 DO CPP RECEPCIONADO PELA CF/88 – FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA – EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial valor probatório, tendo em vista que esses delitos geralmente ocorrem à distância de testemunhas e não deixam vestígios. Precedentes. 2. In casu, a autoria e materialidade restaram sobejamente comprovadas no caderno processual, sobretudo pela palavra da vítima, a qual, apesar das limitações na comunicação que apresenta, ostenta acentuada carga probatória e mostrou-se digna de credibilidade, tendo mantido total convergência em ambas as fases processuais e também quando comparada com o relatório psicossocial, apontando com segurança ser o apelante o autor do delito. **3. As elementares do tipo do art. 217-A do CP encontram-se bem delineadas e comprovadas nos autos, além de o delito comportar presunção absoluta de violência, por ter sido praticado contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, o que afasta a possibilidade de desclassificação. Precedentes.** 4. De acordo com o STF, o art. 385 do CPP é constitucional. Além disso, não há violação do princípio da congruência ou da correlação quando o juízo aplica causa de aumento de pena que, embora não pedida pela acusação, consta da descrição fática da denúncia. 5. Apelação criminal conhecida e não provida. (Relator (a): João Mauro Bessa; Comarca: Manaus/AM; Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/09/2021; Data de registro: 07/09/2021) (TJAM, 2021) (grifos nossos)

Mais uma vez, a presunção de violência é tratada em caráter absoluto, fundamentada na idade da vítima, bem como em precedentes do Superior

Tribunal de Justiça. Ao que tudo demonstra, o fato de decisões oriundas da Corte Superior de Justiça servirem como fundamento anexo, mas igualmente relevante, de decisões que reforçam a inafastabilidade da presunção de violência no caso concreto indica o possível caráter paradigmático do resultado do julgamento do AgRg no REsp 1.919.722/SP. Em outras palavras: havendo uma diferente solução jurídica oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria aparentemente pacificada, cresce o possível impacto do novo julgamento no pensamento adotado por aquele Tribunal.

No que toca ao aresto em estudo, veja-se trecho do voto do Relator, onde é reforçada a posição dominante:

Cabe destacar, por oportuno, que a pretensão de desclassificação encontra óbice, ainda, em virtude de o delito em tela comportar presunção absoluta de violência, por ter sido praticado contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, consoante entendimento majoritário do STJ. (TJAM, 2021)

A par das divergências acerca da terminologia específica – se presunção de vulnerabilidade, de ausência de anuência válida, ou de violência –, nota-se que o caminho tomado é o mesmo: eventuais circunstâncias particulares cedem perante a firme orientação jurisprudencial. A formação de precedentes – e, notadamente, a existência de enunciado sumular –, assim, se transforma na ferramenta para que os detalhes pormenorizados não interfiram no julgamento realizado pelo Judiciário, edificando um entendimento quase que imutável, tornando ainda mais surpreendente a conclusão dada no caso do AgRg no REsp 1.919.722/SP.

### 3.2 A presunção de violência no Superior Tribunal de Justiça

Dada a vitalidade do entendimento da Corte Superior para a fundamentação das decisões dos diversos Tribunais de Justiça existentes, é necessário analisar julgados próprios do Tribunal da Cidadania a respeito do tema. A seguir, portanto, serão estudados alguns casos concretos examinados pela Corte, onde se poderá atestar que o caminho percorrido até a construção da Súmula 593 segue a mesma orientação presenciada nas situações colacionadas anteriormente.

Antes, contudo, há de ser feito um destaque: se, por um lado, se reforça que não é intento deste estudo esgotar a pesquisa das jurisprudências estaduais do país sobre o tema, por outro, deve ser evidenciado o papel das Cortes Superiores na uniformização do entendimento nacional. A compreensão dos casos concretos exarada pelo STJ e pelo STF demonstra o trajeto a ser percorrido. Essa é, afinal, sua principal relevância dentro das competências do Poder Judiciário – oferecendo maior segurança jurídica –, ao passo que sua importância é reafirmada ao serem observadas citações de precedentes nas decisões das Cortes Estaduais.

Inicia-se, portanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a observação de que a Corte tanto sedimentou sua compreensão acerca de eventuais circunstâncias incapazes de justificar o delito de estupro de vulnerável, que culminou com a edição da Súmula 593. A força da Súmula, antes de mais nada, deve ser realçada quando se entende que se “[...] o tema já está decidido, muitos não aderem ao verbete sumular por reflexão, mas por mera adesão. Não há trajeto reflexivo quando o ponto de chegada já está dado” (ROSA, 2020, p. 23). *In casu*, o referido enunciado sumular encontra-se redigido da seguinte forma:

Súmula nº 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. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017) (STJ, 2017)

A compreensão sumulada é fruto do julgamento do Recurso Especial nº 1.480.881/PI, julgado em 26/08/2015, sob o rito do art. 543-C do antigo Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), pois considerado tema repetitivo. Disso, reafirma-se o papel orientador da decisão no que diz respeito aos casos a serem analisados pelos demais Tribunais do Brasil, além de extrair-se, precisamente, o posicionamento da Corte Superior.

A partir da ementa do julgado citado<sup>9</sup>, podem ser verificados os mais variados fundamentos que orientaram o Superior Tribunal de Justiça na sua

---

<sup>9</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA

compreensão. Percebe-se: a menção ao entendimento firmado ao redor da presunção absoluta de violência, anterior à Lei nº 12.015/09 – remetendo-se à aparente confusão existente na antiga percepção sobre o tema, abordada no primeiro capítulo –; recortes criminológicos vitais, como o “etiquetamento da vítima”; a evolução legislativa e moral, no sentido de se enfatizar a necessária

---

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. [...]. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. **No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.** 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.** (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015) (STJ, 2015)

proteção a crianças e adolescentes, os quais, ainda em tenra idade, não são responsáveis o suficiente para tomarem certas decisões; o afastamento da adequação social da conduta, sob a justificativa de que diferenças culturais e regionais poderiam impedir a consecução dos objetivos constitucionais fixados e; ao final, por óbvio, a tese de que o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos, sua experiência sexual anterior ou a própria existência de relacionamento amoroso entre o criminoso e a vítima não bastam para afastar a ocorrência delituosa prevista no art. 217-A do Código Penal (STJ, 2015).

Com efeito, dada a sua relevância, o Recurso Especial nº 1.480.881/PI merece maior atenção. Nesse ponto, por ter dado origem à Súmula 593 do STJ, é importante lembrar as consequências dessa fixação, que podem ser percebidas, por exemplo, no art. 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que considera não fundamentada a decisão que deixa de seguir enunciado sumular sem demonstrar a devida distinção com o caso concreto<sup>10</sup>. Assim, é necessário verificar, mais detidamente, os pontos levantados pelo Superior Tribunal de Justiça durante a votação da impugnação.

*In casu*, o fato precursor da irresignação foi a eventual capacidade de o consentimento da vítima afastar a incidência do tipo legal em tela. No discorrer de seu voto, o Ministro Relator remete a trechos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Piauí (Apelação Criminal nº 2013.0001.007817-2), onde se encontram, dentre as razões para a absolvição do acusado, a condescendência da vítima com o “namoro” entre ela e o réu (TJPI, 2014).

Prossegue o julgador da Corte Estadual do Piauí, comentando seu entendimento acerca dos fatos narrados. Contribui, dentro de seu propósito, pela análise acerca da possibilidade de a vítima ser presumidamente considerada vulnerável, nos termos da inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.015/09:

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima,

---

<sup>10</sup> Assim, para que seja afastado o enunciado sumular, devem ser apontadas particularidades do caso sob análise para que se opere o *distinguishing*. Ocorre que tal tarefa resta deveras dificultada quando o intento do enunciado sumular é o de tornar absoluta uma presunção, praticamente inviabilizando qualquer produção probatória em sentido contrário.

indiscutivelmente, **refutou em seu depoimento a prática de violência real.**

[...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, entendo que **a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.**

**Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável** e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato.

**Dessa forma, analisando o caso concreto, entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade,** tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos.

[...]

**Dessa forma, afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.** (TJPI, 2014)  
(grifos nossos)

É destacado o consentimento dado pela menor para a prática dos atos sexuais. Verifica-se que, inobstante sua tenra idade, a vítima expressamente confirma ter praticado os atos por livre e espontânea vontade, ou seja: anuiu (de fato, não de direito) com a prática das relações sexuais.

Ainda que de maneira dissolvida ao longo do excerto, o Desembargador Relator analisa a possível incidência da presunção de violência no caso concreto. Parte, sim, do reconhecimento de que é aplicável ao delito de estupro de vulnerável, mas sua declaração gira em torno da “violência real”, ou seja: afasta-se o caráter presumível da incapacidade da vítima para anuir – isto é, de que o ato tenha ocorrido com violência –, a fim de investigar a efetiva, real prática violenta por parte do réu, pois somente esta restaria apta a configurar a prática delitiva no caso sob análise, dado o conteúdo das declarações prestadas pela vítima, pelas testemunhas e pelo acusado (TJPI, 2014).

Ao final, conclui pela inexistência de violência real no caso concreto. Dessa forma, afirma ser necessário afastar a presunção de violência/vulnerabilidade, pois insuficientemente comprovado o dolo do acusado, e, conseqüentemente, inviável atestar a tipicidade delituosa (TJPI, 2014).

Retornando ao âmbito do julgamento no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Rogério Schietti Cruz, discordando do Tribunal *a quo*, apresenta seu entendimento próprio, começando sua declaração a partir de breve contextualização histórica, referindo-se ao revogado art. 224, alínea “a”, do Código Penal. Assim, reafirma o entendimento anterior da jurisprudência – remetendo-se, no ponto, novamente, à controvérsia apresentada no primeiro capítulo:

Registre-se que, ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos. (STJ, 2015)

A mais, entende que o acórdão recorrido seguiu um padrão patriarcal, que diz típico quando da análise de crimes dessa natureza (STJ, 2015). Em outras palavras: o Tribunal de Justiça do Piauí teria interpretado a ocorrência ainda “atrasado” nas evoluções do pensamento moderno, alinhadas com a conscientização humana acerca de temas delicados, como a influência do sexismo no julgamento de crimes sexuais.

Na sequência, em recorte criminológico, comenta sobre o “etiquetamento” da vítima desses casos, especialmente aquela chamada “criança sedutora”. Conforme o Ministro Rogério Schietti Cruz, nos delitos sexuais, o processo de rotulação corre em desfavor da vítima, a partir da qual se inicia a análise da ocorrência possivelmente criminosa, buscando-se eventual justificação ao ato perpetrado pelo acusado. Nesses termos, salienta:

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados. (STJ, 2015)

Ainda, informa que, apesar de o órgão julgador em segunda instância ter fundamentado sua decisão no histórico do relacionamento entre vítima e acusado, não são encontradas evidências que comprovem o “amadurecimento

precoce” da criança. Destarte, seria inviável concluir firmemente a respeito da história de vida da infante:

Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdica vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente? (STJ, 2015)

Destaca, por oportuno, a evolução da política criminal no Brasil no tocante aos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. Se, anteriormente, tais fatos se encontravam à margem do Direito Penal, hoje não mais podem passar despercebidos, mesmo que o senso comum atual tenda a ir em sentido contrário (STJ, 2015).

Para o Ministro, a política legislativa brasileira, como um todo, acompanhou o pensamento do legislador criminal, tendo ocorrido diversas inovações legais voltadas a proteger os direitos da criança e do adolescente. Como destaque, tem-se a Doutrina da Proteção Integral, expressamente abarcada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), com a consequente edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Comenta:

Essa mesma expressão normalmente utilizada: "desenvolvimento da sociedade e dos costumes" foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes. (STJ, 2015)

Analisando a presunção de violência outrora “anexa” à conduta ilícita, o Ministro Relator não oferece maiores obstáculos à verificação de sua conclusão no momento atual: sequer foi cogitada pelo legislador. Mais: caso cogitada, não pode ser relativizada. O posicionamento é encontrado no seguinte trecho

**Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, banuiu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB**, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. (grifos nossos)

[...]

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. **Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.** (STJ, 2015) (grifos nossos)

Pelo entendimento, portanto, do Ministro Rogério Schietti Cruz, descaberia qualquer tentativa de relativização da presunção de violência. Sob essa ótica, qualquer que seja a tese defensiva veiculada, – consentimento da vítima, consentimento da família da vítima, histórico sexual da vítima, além de outros efeitos extrapenais causados por eventual condenação –, esta não deverá ser acolhida, pois a política criminal brasileira, no que diz respeito ao delito de estupro de vulnerável, teria optado pelo recrudescimento do tratamento penal dispensado aos agentes que o cometem.

Outrossim, destaca o caráter eminentemente jurídico da presunção de violência, impedida de ser analisada sob ótica diversa. É, portanto, a política legislativa em voga que ditará o rumo a ser tomado pelo exegeta, orientando a tomada de decisão dentro do caso concreto, pautada pelos rumos jurídicos da corrente produção normativa – brasileira, nesse caso:

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. O tema é

essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado. A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária. (STJ, 2015)

Por conseguinte, ao tempo da análise da decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP, deve ser investigado se a justificativa utilizada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca alinhou-se ao pensamento do Ministro Rogério Schietti Cruz. Dito de outro jeito: imperioso compreender se as razões de voto do Ministro Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP são de caráter exclusivamente jurídico, ou se são embutidas de argumentos provenientes de outras áreas de estudo.

Retomando a sua análise, o Ministro Relator trabalha, especificamente, sobre o delito previsto no art. 217-A do Código Penal. Assim, delinea as diferentes situações abarcadas pelo tipo legal, com enfoque na previsão do *caput*, pois referente aos menores de 14 (catorze) anos. Sobre tal aspecto, menciona:

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, **sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.** (STJ, 2015) (grifos nossos)

Na sequência, o Ministro se debruça sobre a invocação defensiva de adequação social da conduta. Baseia-se a defesa, portanto, em princípio basilar do Direito Penal, cuja criação é atribuída a Hans Welzel, mas cuja aplicação, nem sempre, é evidente. Prestaria, deste modo, o princípio da adequação social a afastar da justiça penal aquelas condutas reputadas como “socialmente adequadas” no contexto em que estão inseridas as pessoas envolvidas na ocorrência delituosa, pois despidas de tipicidade material (BITENCOURT, 2022, pp. 65-66).

Desta maneira, o Relator entende que não se pode subjugar o Direito Penal às disparidades de cada microrregião brasileira, ainda mais se consideradas as proporções continentais do país. É dizer: as singularidades presentes em diversos locais do Brasil, se efetivamente capazes de alterar, *per se*, o entendimento do julgador, acabariam por tornar completamente inefetivas as disposições legais, marginalizando o Direito Penal, que resultaria inócuo:

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da "normalidade social", a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à ideia, consubstanciará verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas. (STJ, 2015)

E vai adiante o Ministro, referindo-se que a adequação social acabaria por ser excessivamente danosa para a própria vítima, que deve ser protegida em virtude de normas constitucionais e infraconstitucionais:

Com efeito, a aclamada aceitação do relacionamento, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º).

[...]

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos. (STJ, 2015)

Encerra, assim, seu voto, dando provimento à irresignação recursal para reestabelecer a sentença que condenou o réu nas sanções do art. 217-A. Para mais, por se tratar de julgamento de Recurso Especial sob o rito do art. 543-C (CPC/1973), ou seja, de recursos repetitivos, propõe a tese que culmina firmada na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015).

O enfoque dado às minúcias do voto proferido no julgamento do Recurso Especial 1.480.881/PI é necessário para que se vislumbrem claramente as razões adotadas pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, acompanhado na íntegra por seus colegas. A tese originária da Súmula 593, proposta ao final do voto e aprovada, elucida o sentido em que caminha (ou tende a caminhar) a interpretação judicial da matéria, guiando os casos posteriormente analisados.

É assim, então, que o Tribunal da Cidadania passa a julgar os casos similares, nos quais eram ventiladas as mesmas teses defensivas. Ainda, podem ser encontrados recursos nos quais se intentou a desclassificação da conduta para o delito de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal). Nesse

sentido, o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.837.243/SP:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 381, III, DO CPP. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO E FUNDAMENTADO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE MÍDIA CONTENDO A GRAVAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TESE NÃO PREQUESTIONADA. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 215-A DO CP. DESCABIMENTO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. MENOR DE 14 ANOS.** SENTENÇA E ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1.[...]. **3. Inviável a desclassificação da conduta para aquela prevista nos moldes do art. 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei n. 13.718/2018, porquanto não há como se aplicar a nova lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, notadamente diante da presunção de violência. Inúmeros precedentes.** 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1837243/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 09/08/2021) (STJ, 2021) (grifos nossos)

É necessário, primeiramente, apontar como a formação de precedentes fornece uma ferramenta apta ao julgador para que se esquive de analisar as nuances do caso concreto. Em outras palavras, eventual análise de tese defensiva contrária ao precedente não recebe, na maioria dos casos, a mesma atenção que argumentos ainda não amplamente analisados pelas Cortes em situações anteriores. Pode-se observar essa ocorrência no voto do Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, ao afastar a tentativa de desclassificação intentada pela defesa:

É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido de não ser possível a desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do CP) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos.

Na continuação de seu voto, o Ministro redireciona o argumento para os precedentes citados em suas decisões anteriores no mesmo Recurso Especial, além de acrescentar um novo, de forma a complementar seu embasamento. Servem os precedentes, logo, como um meio, sim, de reforçar a tese jurídica adotada pelo Tribunal, mas, ao mesmo tempo, percebe-se certa ausência de cautela ao analisarem-se as tentativas defensivas de ver melhorar a situação do

acusado – basta fazer referência ao entendimento da Corte, citar alguns precedentes, e está devidamente fundamentado o *decisum*.

E, nesse ponto, deve ser estudado trecho do voto do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.935.350/SC, embora referente ao antigo delito de atentado violento ao pudor, praticado contra menor de 14 (catorze) anos. Na oportunidade, o Recurso restou assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PERPETRADO POR PADRASTO CONTRA MENOR DE 14 ANOS, POR VÁRIAS VEZES (ARTIGOS 214 C/C ART. 224, "A" E ART 226, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA RECURSO DA DEFESA. [...]. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. LEGALIDADE. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. [...]. 6.. **Ressalvado meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal**, acompanho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, concluindo-se ser inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.225.717/RS, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019). 7. No caso em análise, mesmo com a ressalva do meu entendimento, não seria possível a referida desclassificação, tendo em vista a gravidade concreta da conduta praticada pelo padrasto contra sua enteada, criança de menos de 11 anos. Assim, no caso em apreço, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 214 c/c 224, alínea "a", e 226 do Código Penal, haja vista que restou incontroverso nos autos a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, por diversas vezes. 8. [...]. 10. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1935350/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) (STJ, 2021) (grifos nossos)

Embora a ressalva do Ministro não tenha sido suficiente para modificar a sua compreensão desse caso específico, extrema relevância tem o seu posicionamento, pois demonstra que não é impossível, ou até mesmo ilegal, desvincular-se de precedentes firmados nas oportunidades em que se atenta para as peculiaridades do caso concreto. De fato, ficou bem aclarado pelo seu voto:

Contudo, reitero que, a meu ver, referido entendimento merece uma melhor reflexão. De fato, no que concerne à possibilidade de desclassificação do crime do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal, registro, de início, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual.

Dessa forma, tenho dificuldades em identificar, de pronto, óbice à possibilidade de desclassificação, porquanto é possível, dependendo do caso concreto, pela ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não demande a gravosa punição trazida no art. 217-A do Código Penal. De fato, não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade. (STJ, 2021)

Tem-se, como consequência, a firme conclusão de que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os casos similares julgados foram tantos, justificando a edição da Súmula 593, facilitando a formação de um sistema rígido de precedentes, orientando, de maneira muito convincente, os julgamentos do Tribunal da Cidadania. Por outro lado, a ressalva feita pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (inclusive, o Relator do AgRg no REsp 1.919.722/SP, a ser estudado no próximo capítulo), demonstra que o cuidadoso estudo acerca das particularidades elencadas pela defesa pode, eventualmente, afastar o resultado exaustivamente repetido.

### 3.3 A presunção de violência no Supremo Tribunal Federal

Analisado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, passa-se, então, à compreensão do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal. De início, aponta-se que o resultado dos julgados é idêntico àqueles encontrados no Tribunal da Cidadania, conforme, desde logo, se demonstra:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA. **PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO.** 1. A mera reavaliação jurídica dos elementos de prova utilizados na apreciação dos fatos pelo magistrado de primeiro grau não implica reexame do acervo fático-probatório, porquanto meramente jurídica a questão de fundo. Precedentes. **2. “A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009” (ARE 940.701-AgR/SP,**

**Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 12.4.2016**); 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 130297 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC 19-10-2018) (STF, 2018) (grifos nossos)

De plano, por conseguinte, para além da incidência dos precedentes do Tribunal da Cidadania, verifica-se um sistema de precedentes próprio do Pretório Excelso. Aliás, a força de julgados anteriores relacionados ao tema é reforçada na Corte Suprema:

EMENTA Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Estupro de vulnerável. Vítima menor de quatorze anos. Consentimento e existência de relacionamento amoroso. Irrelevância. **Presunção absoluta de violência. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. “Para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos” (HC nº 122.945/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4/5/17).** 2. Agravo regimental não provido. (RHC 192485 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2021 PUBLIC 10-05-2021) (STF, 2021) (grifos nossos)

Funda-se o caso acima tanto na presunção de violência quanto na presunção de ausência de anuência, retomando-se a distinção anteriormente explanada. Ademais, retornando a destacar a força dos precedentes, que, na prática, quase vinculam o julgador ao seu resultado, mostrando-se deveras incomum a ocorrência de soluções diversas.

Em recente oportunidade, o Pretório Excelso manifestou-se pela impossibilidade de desclassificação do delito. Diferentemente, contudo, dos casos oriundos do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão defensiva do julgado, cuja ementa abaixo se colaciona, dizia respeito à desclassificação do crime de estupro de vulnerável para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, prevista no revogado art. 65 da Lei de Contravenções Penais:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. **CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO LEGAL. VALIDADE.** PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 65 DA LCP. [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. **3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido**

**de que é válida a presunção legal de violência, em caso de estupro praticado contra menor de 14 (quatorze anos).** 4. É inviável, em sede de habeas corpus, acolher a tese de desclassificação do crime previsto 217-A do CP para a figura prevista no art. 65 da LCP, pois tal providência demandaria reavaliação do substrato fático probatório, já empreendida, de forma adequada e fundamentada, pelas instâncias ordinárias. 5. Não há como reconhecer suposta ilegalidade na dosimetria da pena não avaliada pelas instâncias antecedentes, sob pena de supressão de instância. 5. Agravo regimental desprovido. (RHC 184148 ED-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 16-04-2021 PUBLIC 19-04-2021) (STF, 2021) (grifos nossos)

A posição jurisprudencial da Corte Suprema aparenta ser intangível. Com efeito, a pretensão de desclassificação para o delito de importunação sexual já não parecia merecer albergue na jurisprudência nacional. Menos ainda o intento desclassificatório voltado a uma contravenção penal.

Anteriormente, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já havia externado entendimento no mesmo sentido, como se pode verificar da ementa abaixo transcrita:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO ACOLHIDO PELA CORTE ESTADUAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA RESTABELECIDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA QUANTO AO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA CONDUTA NO TIPO PENAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS INDEFERIDA. (HC 134591, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 01/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019) (STF, 2019)

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux aduz que não há sequer espaço para discussões sobre presunção de violência ou sobre eventual capacidade de consentir da vítima, tendo em vista a estrita redação do tipo legal. O Ministro reforça, no ponto, a objetividade da nova redação legal (STF, 2019).

Embora não seja possível a análise dos votos proferidos no restante dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal encontrados a respeito do delito de estupro de vulnerável, em virtude do segredo de justiça em que tramitam os processos que envolvem tal infração penal, é possível compreender a firme posição da Corte Suprema. Aliás, a permanência do entendimento é tão sedimentada que, no julgado abaixo colacionado, se destaca a expressa menção de que o entendimento do Pretório Excelso é de que há violência absolutamente

presumida caso a infração seja praticada contra menor de 14 (catorze) anos, independentemente de ser referente ao antigo delito de estupro (art. 213, C/C art. 224, alínea “a”, do Código Penal) ou ao crime tipificado no art. 217-A do Estatuto Repressivo:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. 3. Incidência das súmulas 282 e 356. 4. Indeferimento da prova testemunhal. Ausência de repercussão geral (Tema 424). 5. Alegação de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Inexistência de repercussão geral da matéria quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660). Ofensa indireta ao texto constitucional. **6. A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.** 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 940701 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 11-04-2016 PUBLIC 12-04-2016) (STF, 2016) (grifos nossos)

E a compreensão é mantida no decorrer dos anos. Para além dos já citados, devem ser mencionados os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTIGOS 213 e 224, ALÍNEA A (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. **MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.** REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmitida da via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/12/2013.** 2. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 3. [...]. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 124830 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017) (STF, 2017) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. TÍTULO CONDENATÓRIO – PRECLUSÃO – SUSPENSÃO. A suspensão de título condenatório alcançado pelos efeitos da preclusão situa-se no âmbito da excepcionalidade, pressupondo ilegalidade manifesta. **ESTUPRO – VULNERÁVEL – VIOLÊNCIA – PRESUNÇÃO. Comprovadas relações sexuais quando a vítima contava idade inferior a 14 anos, tem-se a presunção de violência.** PRISÃO DOMICILIAR – COVID-19 – INADEQUAÇÃO. A crise sanitária decorrente do novo coronavírus é insuficiente a autorizar recolhimento domiciliar. (HC 183432, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 02-09-2020 PUBLIC 03-09-2020) (STF, 2020) (grifos nossos)

Por todo o exposto, tem-se a inarredável conclusão de que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a cristalina orientação jurisprudencial é no sentido de que a presunção de violência (ou de vulnerabilidade, ou, ainda, de ausência de consentimento válido) é absoluta na infração penal de estupro de vulnerável. Não cabem, portanto, tentativas de desclassificação da conduta, notadamente para o crime de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal) e para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 da Lei de Contravenções Penais).

Ao mesmo tempo, e por consequência, a presunção de violência inerente ao tipo penal em questão não comporta relativizações. Assim, restam, aparentemente, fadadas ao fracasso teses defensivas que abordem: comportamento sexual anterior da vítima; consentimento da vítima com a conjunção carnal ou com o ato libidinoso; consentimento da família da vítima, mormente seus pais, com o ato em si ou com o contexto relacional entre acusado e vítima; eventual relação amorosa pré-existente entre réu e vítima etc.

Forma-se um fortíssimo sistema de precedentes, constantemente seguido pelos Tribunais de Justiça brasileiros. Não poderia ser outro o resultado, afinal, para esquivar-se da aplicação de entendimento sumulado, haveria de se apontar as necessárias distinções, conforme preconiza o art. 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o que é extremamente dificultado na prática, em virtude da ampla abrangência da redação sumular e da absolutização da presunção sob estudo.

Nesse ponto, como se demonstrará no capítulo que segue, torna-se ainda mais surpreendente a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso

Especial nº 1.919.722/SP. A conclusão do julgado, afinal, confronta o enunciado sumular, bem como anos de entendimentos reiterados originários do STF, do STJ, e de diversos Tribunais de Justiça, conforme foi demonstrado no decorrer deste capítulo.

#### 4 O DISTINGUISHING APLICADO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1.919.722 / SP

Com o advento da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, e, também, com a inclusão do §5<sup>o</sup><sup>11</sup> ao art. 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), a possibilidade de se relativizar a presunção de violência praticamente deixou de existir. O regime de fundamentação de decisões adotado pelo Código de Processo Penal, notadamente em seu art. 315, §2<sup>o</sup>, inciso VI (BRASIL, 1941), determina que, para não aplicar um enunciado sumular dos Tribunais Superiores, o órgão jurisdicional deve fundamentar sua decisão de tal modo a demonstrar, concretamente, o porquê da necessidade de distinção. Assim, se a Súmula (e, ainda, a lei) prevê que o relacionamento entre vítima e agente é insuficiente como justificadora, não se pode usar esse argumento para afastá-la. Do mesmo modo se deve proceder com relação à experiência sexual anterior da vítima e com o seu consentimento. Devem, em suma, ser trazidos argumentos que escapem de uma redação deveras ampla, tornando a tarefa muito mais difícil.

A formação de um precedente com força quase vinculante faz com que os Tribunais brasileiros repitam “condenações automáticas” em casos de estupro de vulnerável. A mais, conforme mencionado acima, o amadurecimento (legítimo e necessário) da consciência sociojurídica demanda maior repressão aos crimes sexuais, dentre os quais se encontra aquele previsto no art. 217-A do Código Penal. Como consequência, acumulam-se condenações a penas elevadas, muitas dentro dos parâmetros gerais de justiça, porém, outras, em virtude da força e amplitude da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, criadoras de injustiças em prol de uma falsa sensação de combate à “delinquência” sexual contra vulneráveis.

Em agosto de 2021, todavia, é julgado o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP, que afasta o entendimento sumulado, e absolve o

---

<sup>11</sup> **Estupro de vulnerável**

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

[...]

§ 5<sup>o</sup> As penas previstas no caput e nos §§ 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

acusado tendo em vista a atipicidade material da conduta, afastando, por consequência, a presunção (em tese, absoluta) de violência. A hipótese foi de aplicação de um *distinguishing* em relação ao entendimento consolidado e sumulado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e que havia gerado uma série de precedentes até então. Assim sendo, necessário discorrer brevemente sobre o que é um *distinguishing*, e, em sequência, passar ao estudo do julgado em análise.

#### 4.1 *Distinguishing*: breves considerações

O termo *distinguishing* vem do inglês, podendo ser literalmente traduzido como “distinção”. O *distinguishing* é oriundo dos sistemas jurídicos anglo-saxões, que adotam a chamada *common law*. Com efeito, MARINONI (2009, pp. 12-13) explica que a *common law* surgiu na Inglaterra, onde, de acordo com a teoria declaratória, para além do direito escrito (*statute law*), aos juízes caberia um papel declaratório do direito não escrito, qual seja, a *common law*. Em oposição à teoria declaratória, a teoria positivista fundava seu posicionamento na *law making authority* (autoridade para criar leis) dos juízes, que não se encarregariam de apenas declarar o direito não escrito, mas de verdadeiramente criá-lo.

A *civil law*, tradição jurídica brasileira, a seu turno, pode ser, em resumo, compreendida como um sistema que privilegia a produção legislativa, deixando ao Judiciário apenas o papel de aplicar a lei, que seria a única representação do Direito (MARINONI, 2009, p. 20). Todavia, o principal problema enfrentado pelos sistemas jurídicos que adotam a *civil law*, é o fato de que é humanamente impossível ao legislador prever todos os fatos que possam gerar controvérsias a serem resolvidas perante o Judiciário, de modo que, em situações, a princípio, excepcionais, o órgão jurisdicional deverá “criar” (ou declarar) o direito não previsto pelo legislador. Ademais, o resultado desse fenômeno ao longo do tempo parece ser o favorecimento da criação de precedentes, pois seria contraditória à ideia de Estado Democrático de Direito a hipótese de obrigar o legislador a produzir determinadas leis a fim de completar as lacunas do ordenamento, bem como, na ausência de legislação específica para regular os casos que chegam ao Judiciário, mostra-se primordial o estabelecimento de

“padrões” nas respostas jurídicas, isto é, do oferecimento da mesma solução jurídica a casos como similaridades fáticas, em nome da segurança jurídica.

No contexto pátrio, o Código de Processo Civil de 2015, abraçando alguns ideais da *common law*, introduziu uma série de dispositivos com vistas a privilegiar o entendimento formado e consolidado pelos Tribunais, a exemplo do próprio art. 926 (BRASIL, 2015), que fala sobre o dever de uniformização da jurisprudência. Outra norma conexa a tal matéria é a que vem prevista no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que estabelece o que é considerado uma decisão não fundamentada, privilegiando a aplicação das orientações jurisprudenciais, e em atenção ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com o advento da Lei nº 13.964/19, também conhecida como pacote anticrime, o dispositivo civil foi praticamente copiado para o Código de Processo Penal, através da inclusão, no diploma, do §2º no art. 315 (BRASIL, 1941). Chega ao processo penal, portanto, a previsão dos casos de *distinguishing*, conforme art. 315, §2º, inciso VI, do Diploma Processual.<sup>12</sup> A técnica de *distinguishing* pode ser assim definida:

Distinguir entre casos é primeira e principalmente uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o presente – de demonstrar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso sob análise. (DUXBURY, 2008, p. 113)<sup>13</sup>

Essa, portanto, a tarefa que se apresenta ao operador do Direito quando a *ratio decidendi* de um precedente formado, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável ao caso em apreço. Deve apontar os fundamentos que

---

<sup>12</sup> Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

[...]

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>13</sup> Tradução literal de: Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the “ratio” of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.

servem para embasar a distinção que, justamente em virtude das desigualdades entre os casos, deixa de ser uma opção, e acaba tornando-se mandatória.

Cabe verificar, portanto, quais motivos levaram à decisão prolatada no AgRg no REsp nº 1.919.722/SP, haja vista a expressa menção, conforme será visto, à necessidade de um *distinguishing*. A matéria será abordada no subcapítulo seguinte.

#### 4.2 O Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722 /SP

Compreendidos os detalhes que permeiam o delito de estupro de vulnerável, e demonstrada a orientação jurisprudencial dominante no Brasil, principalmente através da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, inicia-se a análise do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722/SP. Conforme será observado, a decisão citada trilhou sentido totalmente contrário ao dos casos analisados anteriormente, realçando variados fundamentos, cujos destaques devem ser detidamente analisados.

Conforme se depreende de sua ementa<sup>14</sup>, o *decisum* está abarcado por argumentos de conteúdo jurídico, bem como se sustenta a partir da situação

---

<sup>14</sup> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO 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 TIPCIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM 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. **EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPCIDADE MATERIAL RECONHECIDA.** 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.** 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. **Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de**

**violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.** 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. **Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.** 4. **A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana.** Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional). 5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). **6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar.** Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. **7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana". A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.** (REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). **8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III).** Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. 9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso um bebê). Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material. - Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art.3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1919722/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) (STJ, 2021) (grifos nossos)

fática, concreta, que deu origem à persecução penal, além de percepção criminológica. Em verdade, são essas peculiaridades que permitem realizar o necessário *distinguishing* deste caso com os demais julgados pelo Tribunal da Cidadania e aqueles originários dos demais Tribunais brasileiros.

Já na abertura de seu voto, o Ministro Relator aponta:

Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada, a hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593 desta Corte. (STJ, 2021)

É possível extrair, na esteira do raciocínio anteriormente externado, a força dos precedentes no âmbito do Tribunal da Cidadania, principalmente da Súmula 593 nos casos de estupro de vulnerável. Em verdade, a notar-se a extensa ementa do caso sob análise, se vislumbra quantas peculiaridades foram necessárias para que o entendimento “regra” fosse afastado, em prol do minucioso estudo da “exceção”.

A mais, na parte inicial de sua manifestação, o Ministro Relator desalinha-se da compreensão de que existe uma presunção de violência nos casos de ocorrência do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, anotando que referido elemento era parte do antigo art. 224 do Diploma Repressivo. Nesse ponto, o que existe, de acordo com o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, é a presunção de que o menor de 14 (catorze) anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual:

De pronto, reitero que não há se falar em presunção de violência para tipificação do crime do art. 217-A do Código Penal. Com efeito, referido conceito constava do art. 224 do Código Penal, o qual foi revogado pela Lei n. 12.015/2009, e, à época da sua vigência, prevalecia se tratar de presunção absoluta. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. (STJ, 2021)

Lembra-se que, a partir do presente estudo, não são aferidos óbices à denominação “presunção de violência”, pois, ainda que a antiga legislação – que

---

era expressa no tema – tenha sido revogada, o fundamento e a motivação do legislador permanecem substancialmente os mesmos, justificando a possibilidade de se adotar a nomenclatura. Novamente, como dizia HUNGRIA (1981, p. 226), “quem não podia consentir, dissentiu”, e, se houve a imposição de vontade contrária a um dissenso – ainda que sob a forma de “consenso impossível” –, pode-se afirmar ter havido violência, ainda que presumida em uma ficção jurídica.

Em seguida, o Ministro expõe todo o contexto familiar do acusado e da vítima, pois estavam em um relacionamento. No ponto, é relatado que ambos começaram a namorar após obterem a permissão dos pais da menina, e que todas as relações sexuais foram, em termos fáticos, consensuais, nas devidas proporções guardadas pela idade da vítima. Ainda, acrescenta que geraram um filho (STJ, 2021).

Após, é apresentada a narrativa fornecida pela mãe da menina, contando que, depois de certa relutância, concordou com o relacionamento, pois o acusado aparentava ser pessoa responsável. Tal fato, diz ela, restou comprovado após o réu ter espontaneamente assumido a criação do filho que gerou com a vítima. Menciona, ademais, que a menina não deixou de estudar e que fornece todo o apoio necessário para o casal e para a criança (STJ, 2021).

Brevemente expostos os fatos, o Ministro Relator aponta o principal motivo jurídico-penal que afasta a infração penal *in casu*:

Nessa linha de intelecção, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, **haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado**. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva **constituição de núcleo familiar**. (STJ, 2021) (grifos no original)

Disso, se conclui que a impossibilidade de subsunção do fato à norma passa pela não violação relevante do bem jurídico tutelado pela norma penal. É que, dentro da significação dada pelo conceito analítico do crime, tem-se o fato típico, o qual possui a divisão entre tipicidade formal e tipicidade material. Nesse ponto, a tipicidade formal é o mero encaixe entre fato da vida real e fato previsto abstratamente pela norma (BITENCOURT, 2022, p. 368). Já a tipicidade material

compreende um exame mais aprofundado do que o mero juízo de subsunção, conforme ensina GRECO:

Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. (2020, p. 113)

Importa alertar que não se está dizendo que a dignidade sexual dos menores de 14 (catorze) anos é irrelevante. Em verdade, o que se apresenta é que, no caso concreto analisado (o julgado paradigma da presente pesquisa), de acordo com o posicionamento do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, não houve violação material – isto é, inobstante a relevância do bem jurídico tutelado a partir de um juízo abstrato (tipicidade formal), a lesão a ele não se mostrou dotada da necessária relevância para um juízo condenatório criminal (tipicidade material) – à norma penal.

Destarte, a partir do posicionamento do julgador do caso sob análise, não se observa tipicidade material na conduta do acusado, pois não há uma relevante violação ao bem jurídico protegido pela norma do art. 217-A do Código Penal (dignidade sexual do vulnerável). E isso não se dá unicamente a partir do estudo da conduta do réu, mas, sim, por diversas outras perspectivas elencadas no voto do Ministro Relator, e que serão compreendidas nas linhas seguintes.

Em trecho vital para os propósitos deste trabalho, o Ministro destaca que, apesar dos julgamentos de incidentes repetitivos e da edição de Súmulas por parte dos Tribunais Superiores, essas não impedem a análise do caso concreto. Destaca o Ministro:

Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, **não se pode descuidar do caso concreto, com as suas particularidades próprias**, sob pena de a almejada uniformização acarretar **injustiças irreparáveis**. (STJ, 2021) (grifos no original)

O excerto acima traz lição que, muitas vezes, a prática parece indicar ter sido esquecida. É que não se pode ignorar o abarrotamento do Judiciário, muitas vezes com processos e recursos totalmente desnecessários, e a importância que a criação de precedentes, Súmulas e temas (de recursos repetitivos ou de

repercussão geral) tem na busca pela efetivação da garantia da razoável duração do processo. Não obstante, a atividade jurídica tem – e deve ter – um elemento essencialmente humano na sua composição e na sua realização. A mera aplicação de precedentes poderia ser feita por robôs ou qualquer maquinário mais desenvolvido. Um *software* que ofereceria a solução “adequada”, com base na legislação e nos precedentes existentes, por exemplo. Mas o Direito e a sua concretização lidam com vidas, com problemas reais e que afetam pessoas de maneira, muitas vezes, não percebida pelo julgador. Por isso, o trecho mencionado é de fundamental importância, ao lembrar que a uniformização da jurisprudência não presta para ignorar particularidades capazes de afastar o entendimento predominante, sob pena de culminar em injustiças gravíssimas e insanáveis.

Prosseguindo, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca realiza interessante comparativo com o trabalho do legislador. Se, por um lado, existe uma firme consciência de que a criação das leis não consegue abarcar todos os fatos possíveis, a mesma dificuldade abrange as Súmulas e julgamentos de incidentes repetitivos (STJ, 2021). Porém, muitas vezes, o “senso comum jurídico” acaba não vislumbrando a mesma problemática com relação aos entendimentos oriundos da jurisprudência, abraçando-os como inabaláveis em nome de uma percepção desviada da segurança jurídica, pois supostamente apoiada em uma hermenêutica basicamente incapaz de ser equívoca. Fato é que, se a lei, que é vasta, não consegue prever todos os fatos e situações capazes de influenciar na esfera jurídica, que se dirá dos enunciados sumulares e teses firmadas pelos Tribunais, que existem em número destacadamente menor.

Feitos esses apontamentos, o Ministro inicia o devido *distinguishing* (distinção) do caso concreto, apontando, ainda que de maneira geral, o fato de o jovem não oferecer riscos para a sociedade, indicando que eventual condenação representaria a subversão do Direito Penal, pois violaria os mais basilares princípios jurídicos, principalmente o da dignidade humana. A mais, salienta a necessidade de se afastar da letra fria da lei quando essa interpretação leva a uma injustiça maior do que aquela que a própria norma busca combater,

reforçando a vitalidade de uma hermenêutica constitucional na ordem jurídica atual (STJ, 2021).

Prossegue, com sustento na teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual – já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal –, nas palavras do Ministro, pode ser entendida como uma teoria que “trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto” (STJ, 2021). Para fundamentar seu posicionamento, cita o HC 124306/RJ (STF, 2017), no qual a ordem foi concedida de ofício para determinar a soltura da paciente, que se encontrava reclusa preventivamente por suposta prática do delito de aborto. Assim, entende que o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula 593, bem como a própria regra exposta no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, não merecem guarida no caso concreto (STJ, 2021).

O raciocínio do Ministro Relator é o de que a condenação simbolizaria violação de direitos de terceiros – e muito mais grave do que aquela representada pela conduta do acusado. Isto é: ocorreria violação dos direitos básicos da própria vítima e do filho do casal, constatando-se a importância dada ao núcleo familiar pela Constituição de 1988. É dito que: a família perderia sua principal fonte de sustento, pois a vítima ainda estudava, e o jovem já trabalhava; a mãe teria que criar a criança sem a ajuda do pai, de modo que restariam prejudicadas ou a sua educação, ou o saudável crescimento do infante e; o próprio bebê ficaria afastado, por prolongadíssimo tempo, do convívio com ambos os genitores, sendo a convivência tema, hoje, muito delicado e significativo do Direito de Família, cuja importância tem sido cada vez mais reforçada<sup>15</sup>.

Salta aos olhos, ademais, o recorte criminológico realizado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca ao falar da vitimização secundária. Se, por um lado, a Constituição Federal prevê, em seu art. 129, inciso I (BRASIL, 1988), a titularidade exclusiva do Ministério Público da ação penal de iniciativa pública,

---

<sup>15</sup> Com efeito, MADALENO aponta que a efetiva presença “de ambos os genitores equilibra a relação com a prole, pois os pais possuem três funções básicas para com os filhos: 1. Assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; 2. Satisfazer as necessidades afetivas, e; 3. Responder às necessidades de segurança psíquica oferecendo à criança um ‘tecido psíquico grupal’ no qual se enraizará o psiquismo da criança”. (2021, p. 27)

colocando os interesses da sociedade acima dos interesses da vítima, deve ser dito que o desejo da vítima merece determinada relevância em todo caso concreto, sem que isso retire, todavia, as atribuições e competências do *parquet*. A condenação no caso sob comento representaria, além de tudo, ignorar completamente o desejo da ofendida no caso concreto (STJ, 2021), o qual, nem sempre, é o da condenação do acusado. A exclusiva titularidade da ação penal pública, pelo Ministério Público, não significa que a vítima se torne mero “espectador” processual, desvinculada de qualquer interesse no feito. E, em muitos casos, o seu interesse não é o mesmo do órgão acusatório, de modo que não deve ser ignorado, sob pena de ocorrência da vitimização secundária. O fenômeno criminológico pode ser conceituado a partir da lição de BITENCOURT:

A violência sexual contra crianças e adolescentes, intrafamiliar ou não, pode ser entendida como vitimização primária, na medida em que no âmbito procedimental- investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo próprio sistema de justiça penal que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infantojuvenis novas vítimas, agora do estigma procedimental- investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão até inviabilizar) o processo de superação do trauma, provocando ainda uma imensa sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições de justiça criminal. (2022, p. 114)

Parece evidente que, quando escreveu o trecho acima, o autor não imaginava situação como aquela com a qual se deparou o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Inobstante, o magistério é plenamente aplicável, pois a prolação de édito condenatório representaria colocar a menor (que deu a luz a uma criança) em uma posição de vítima 1) do autor do fato, sob uma perspectiva unicamente dogmática, e 2) do sistema estatal, sob uma perspectiva fática, que a deixaria desamparada do sustento familiar, forçada a abandonar os estudos e a cuidar de uma criança sem nenhum apoio paterno, sendo a consequência drástica de uma condenação “deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida” (STJ, 2021).

Inclusive, acerca de temas constitucionais aparentemente em choque no caso em tela, o Ministro Relator aponta:

Nessa linha de raciocínio, se por um lado a Constituição da República consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). (STJ, 2021)

É, portanto, na hermenêutica constitucional que vai ser encontrado o devido fundamento para: respeitar-se os interesses da vítima no caso sob análise e; compreender e prever os efeitos extrapenais da condenação, o que, no caso *in comento*, acarretaria numa violação de direitos e, igualmente, de diretrizes de matriz constitucional. Extrapolam-se os limites da seara penal do Direito<sup>16</sup>, para adentrar em questão muito mais complexa, na qual, aparentemente, existe um choque entre as disposições constitucionais – proteção da criança e do adolescente e proteção da família, ambas amparadas pela proteção da dignidade humana –, mas nota-se, de certo modo, integração entre as diretrizes da Carta Magna, pois existe efetivo núcleo familiar constituído entre vítima e acusado, com o acréscimo de um filho, o qual, de maneira idêntica, merece a proteção fixada na Lei Maior. Ou seja: não existe, em verdade, um choque entre disposições constitucionais. A leitura atenta da situação fática descrita nos autos indica que a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados da criança e do adolescente implica na prolação de decisão absolutória, resguardando as garantias tanto do bebê quanto de sua genitora, ainda que menor de 14 (catorze) anos.

Portanto, com base: na criação de um filho; na necessidade de apoio e presença paternas que tanto o bebê quanto a mãe sustentam; na possível (e, por que não dizer, provável) violação de direitos que adviria com a condenação (salientando-se que pena fixada em 14 (catorze) anos, à qual o acusado foi condenado nas instâncias inferiores, deve ter seu cumprimento iniciado em regime fechado, nos termos do art. 33, §2º, alínea “a” (BRASIL, 1988), do Diploma Repressivo); na atipicidade material da conduta, por não haver efetiva

---

<sup>16</sup> Isso não significa usurpação da competência constitucional do STF para se debruçar sobre eventual violação a normas constitucionais. O que fez a Quinta Turma do STJ, no processo analisado, nada mais foi do que o imperativo de se aplicar a Constituição Federal aos casos julgados pela Corte.

violação ao bem jurídico-penal protegido pela norma do art. 217-A do Código Penal, e; nas disposições constitucionais que tutelam a família, a criança e o adolescente; o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca nega provimento ao Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Federal, absolvendo o acusado, posicionamento acolhido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, merecendo ser realçado que a decisão analisada – e o processo – transitaram em julgado em 15/09/2021 (STJ, 2021).

Embora a mudança simbolizada pelo julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP possa parecer uma novidade, fato é que já era possível encontrar posicionamentos doutrinários no mesmo sentido. Sustenta(va)-se, em verdade, uma leitura constitucional de eventuais casos particulares que chegassem aos operadores do Direito. Conforme salienta NUCCI, por exemplo:

A despeito de ter a lei optado pela vulnerabilidade absoluta, há, em nossa visão, uma exceção à regra, visto que o Brasil é um país de natureza continental, com costumes e valores diferenciados em suas regiões. **Sabe-se da existência de casais, em união estável, inclusive com filhos, possuindo a mãe seus 12 ou 13 anos no início da relação. Formou-se uma família, cuja proteção advém da Constituição Federal, não podendo prevalecer a lei ordinária.** Preceitua o art. 226, caput, da CF: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Para efeito de proteção estatal, reconhece-se a união estável. Além disso, é uma entidade familiar toda comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. **No art. 227 da Constituição, confere-se particular tutela à criança e ao adolescente, garantindo-lhe, entre outros direitos, a convivência familiar. Pode-se sustentar deva ser protegida a adolescente, que tenha tido relação sexual, dando à luz um filho, na sua dimensão familiar, evitando-se punir seu companheiro.** As tensões entre as normas constitucionais e entre estas e as ordinárias tornam-se evidentes. 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. **Acima de tudo, encontram-se a entidade familiar e o direito da criança nascida de conviver com seus pais em ambiente adequado. Punir o jovem pai com uma pena mínima de oito anos de reclusão não se coaduna com a tutela da família, base da sociedade, merecedora da proteção estatal.** Diante disso, a única hipótese na qual se deve, privilegiando o texto constitucional em prol da família e da criança nascida, absolver o pai da acusação de estupro de vulnerável é esta. A supremacia do bem jurídico entidade familiar e a do princípio da absoluta prioridade de proteção à criança são suficientes para afastar a aplicação do § 5.º do art. 217-A. (2021, p. 57) (grifos nossos)

A leitura realizada pelo autor é destacadamente similar com aquela feita pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Em detrimento da mera aplicação

“automática” da norma penal, com a condenação do acusado, enfoca-se em particularidades muito sensíveis, a fim de dar prevalência às disposições constitucionais. Tutela-se, acima da dignidade sexual do menor de 14 (catorze) anos, a entidade familiar e os direitos da criança oriunda de uma relação sexual, em tese, infracional.

Orientação similar era apresentada por BUSATO, que dizia:

Por outro lado, a doutrina aventava uma possibilidade de afastamento da pretensão de ilicitude objetiva.

**Existem casos de menores de 14 anos de idade que, com o consentimento dos pais ou responsáveis, mantêm vida conjugal.**

Em alguns casos, até mesmo obtendo autorização judicial para casar-se através do chamado suprimento de idade.

Nessas circunstâncias, a relação conjugal – seja ela oriunda do casamento, ou da união estável – é juridicamente lícita.

Um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e ilícito e a ilicitude é uma categoria jurídica que percorre todo o ordenamento de modo uniforme, não podendo um fato ser ilícito para um ramo do direito e ser lícito para outro.

**Assim, nessa hipótese, as relações sexuais consentidas com vulnerável seriam exercício regular de direito, pelo que restaria afastada a pretensão objetiva de ilicitude pela presença de uma causa de justificação.**

Claro que, nesse caso, deve haver relação estável e não ocasional. (2017, p. 899)

Apesar da lição trazida, o próprio autor reconhece que “a jurisprudência, por outro lado, já delineou os limites dessa situação, ao não reconhecer possível a união estável com criança, mesmo presente a relação conjugal estável” (BUSATO, 2017, p. 899). Assim, em tese, estaria superada a hipótese levantada pelo doutrinador.

De qualquer forma, é incontroverso que, no caso sob análise, foi aplicada a técnica do *distinguishing*, apresentando-se as circunstâncias peculiares que determinaram o afastamento da orientação sumulada e da redação legal (art. 217-A, §5º, do Código Penal). Se da decisão prolatada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca pode ser extraída uma única lição, é a de que devem prevalecer as normas constitucionais sobre as leis infraconstitucionais e a interpretação dada a elas pelos Tribunais. Mais, e justamente representando o propósito da presente pesquisa, a inovação jurisprudencial representa modificação na percepção da matéria em grau muito mais importante do que o das sugestões doutrinárias. Não é que se queira menosprezar o que foi dito por NUCCI e por BUSATO acima, mas, na esteira do que o último reconheceu, a

jurisprudência tem determinada prevalência sobre a doutrina na aplicação do Direito. Assim, a possibilidade de impacto e de mudanças na compreensão do tema passa por uma virada nas decisões judiciais envolvendo a matéria, de modo que, a título de conclusão, serão analisados os possíveis efeitos paradigmáticos do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho que ora se conclui buscou enfrentar o tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência ao delito de estupro de vulnerável, analisando-se detidamente a presunção de violência inserida no tipo. Para a execução de tal mister, mostrou-se fundamental a realização de breve retomada histórica, no sentido de compreender que a conduta ora prevista no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, em anos anteriores, advinha da conjugação entre os arts. 213 e/ou 214 e 224, alínea “a”, do Estatuto Repressivo. Mais, restou comprovado que tal característica do tipo penal *in comento* deveria ser estudada não somente a partir da redação legal, mas, igualmente, dos fundamentos elencados pelo legislador para a sua inclusão no ordenamento jurídico pátrio, de modo que foi possível estabelecer a *innocentia consilii* enquanto ideia fundante da incriminação pesquisada, motivada na incapacidade jurídica de os menores de 14 (catorze) anos consentirem com atos da vida sexual, notadamente em virtude da inviabilidade de lidarem adequadamente com as consequências que deles poderiam advir.

Compreendidas, assim, as origens do delito hoje inculcado no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, passou-se à análise de sua redação atual, a partir da sua inclusão no Diploma referido, por parte da Lei nº 12.015/09. Com isso, foi possível estabelecer a dignidade sexual enquanto bem jurídico efetivamente violado, refutando-se as opiniões no sentido de que a norma tutela a liberdade sexual dos menores de 14 (catorze) anos, pois dela não dispõem, ao menos em termos jurídico-legais. Outrossim, fez-se investigação em torno da corrente presunção de violência – por alguns negada, em prol da denominação “presunção de vulnerabilidade” ou “presunção de ausência de consentimento válido” – de modo a compreender não haver óbices relevantes à nomenclatura adotada (“presunção de violência”), na medida em que, conforme o Projeto de Lei nº 253/2004, inobstante a modificação nos termos adotados, a *innocentia consilii* permaneceu enquanto elemento fundante da criminalização da conjunção carnal ou de outros atos libidinosos praticados com os vulneráveis. Portanto, conforme esclareceu HUNGRIA (1981, p. 226), “quem não podia consentir, dissentiu”, de forma a ser imperativo o reconhecimento de que o principal diferencial entre o atual crime de estupro (art. 213 do Código Penal) e

o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do mesmo Estatuto) é, justamente, a presunção de violência, cuja absolutização não pode ser aceita sem objeções – o que será ponderado nas linhas que seguem.

Tendo sido o segundo capítulo dedicado ao estudo doutrinário da infração sob comento, voltou-se, no momento seguinte, às atuais percepções jurisprudenciais acerca da matéria. Destarte, partindo-se dos Tribunais de Justiça de estados de cada uma das regiões do Brasil, foi possível verificar a predominância do entendimento no sentido de que a presunção de violência – inobstante a nomenclatura adotada – contida no crime de estupro de vulnerável praticado contra menores de 14 (catorze) anos tem caráter absoluto, de modo que, em tese, não admitiria prova em contrário. A partir de tal estudo, chegou-se à compreensão do Superior Tribunal de Justiça, o qual, em virtude do repetitivo julgamento de demandas similares, publicou a Súmula nº 593, a fim de estabelecer que a infração em testilha “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” (STJ, 2017). Como consequência, a posição pela presunção de violência absoluta ganhou força no cenário judicial brasileiro, tendo-se em vista que as decisões prolatadas pelo Tribunal da Cidadania são cotidianamente utilizadas como precedentes nas demais Cortes pátrias. No mesmo sentido, a orientação assinalada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja pesquisa de jurisprudência apontou apenas resultados defendendo o caráter absoluto da presunção de violência, pelo menos desde 2009, quando introduzido o tipo penal em análise no ordenamento jurídico do Brasil.

No capítulo final, a decisão que motivou a presente pesquisa foi objeto de análise, a fim de visualizar e entender os motivos que levaram o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca a absolver um acusado de estupro de vulnerável, em virtude da atipicidade material da conduta. Antes, contudo, foram feitas breves considerações a respeito do *distinguishing*, de modo a assimilar a sua origem e o seu conceito, percebendo-se necessária a sua utilização quando determinadas características particulares do caso sob julgamento tornam inaplicável a orientação jurisprudencial anteriormente firmada e aplicada na

forma de precedentes. Na sequência, a partir do voto do Ministro Relator no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP, verificou-se que não houve violação significativa ao relevante bem jurídico protegido pela norma penal *in comento*, de forma que reconhecida a tipicidade formal e absolvido o acusado em virtude da atipicidade material. Ademais, mostrou-se, a partir da percepção do julgador, que eventual condenação do denunciado: representaria violação de direitos mais grave do que aquela visualizada a partir de sua conduta de se relacionar sexualmente com uma menina menor de 14 (catorze) anos, pois feriria as disposições constitucionais voltadas à proteção da família, da criança e do adolescente – notadamente os arts. 226 e 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) –, também privando a família formada do sustento provido pelo acusado, que já trabalhava e assumira as responsabilidades pelo filho, bem como afastaria o infante gerado do necessário convívio com ambos os progenitores, e; simbolizaria vitimização secundária da ofendida no caso concreto, principalmente pois seria forçada a abandonar os estudos e iniciar, precocemente, a laborar, almejando garantir o sustento próprio e da criança gerada, afastadas as contribuições dadas pelo acusado nesse sentido, em virtude da longa pena a ele imposta.

Desta forma, como primeiro apontamento desta conclusão, tem-se que a decisão comentada atendeu perfeitamente ao comando do art. 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ao deixar de seguir enunciado de Súmula, mais especificamente, o disposto na Súmula 593 do Tribunal da Cidadania. De fato, foram apontados os elementos concretos que embasaram a decisão proferida pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, aplicando-se o devido *distinguishing* do caso que culminou no enunciado sumular, sustentando-se em razões de matriz penal, criminológica e constitucional, bem como na teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, emplacada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, ao final, de decisão devida e minuciosamente fundamentada, atenta às peculiaridades do caso que se apresentava, não padecendo, pelo que se nota, de eventuais vícios formais ou materiais.

Outrossim, nos termos do questionamento proposto na página 44, sobre se os argumentos utilizados no AgRg no REsp 1.919.722/SP seriam de caráter unicamente jurídico, tem-se que a resposta somente pode ser negativa, por mais

forte que seja, de fato, o embasamento jurídico do voto do Ministro Relator. É bem verdade que hermenêutica constitucional, (a)tipicidade material, violação de direitos etc. devem ser classificados como argumentos jurídicos. Porém, o Ministro também utiliza recortes criminológicos, como no caso da vitimização secundária. Ainda, o raciocínio jurídico não pode vir desacompanhado, sob qualquer ótica, do contexto fático que o originou, de modo que, a partir do que foi apontado, as consequências e o contexto fático foram sopesados corretamente pelo Ministro, afastando resultados jurídicos “naturalmente decorrentes”, por assim dizer, da situação exposta – as chamadas “condenações automáticas”. Outrossim, ressalta-se a importância de se vislumbrar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – dando impacto muito maior ao resultado do julgamento do que se tivesse ocorrido em um Tribunal de Justiça Estadual, por exemplo – decisão que enfrenta Súmula com tão ampla abrangência. Mais do que buscar fundamentos para uma decisão já tomada, ainda que inconscientemente, o que se verifica no AgRg no REsp 1.919.722/SP é o efetivo uso de circunstâncias concretas para a fundamentação de um voto, em muito, promissor, principalmente com relação ao cuidado com que se deve ter com as peculiaridades do caso concreto, como destacado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Ao que tudo indica, não se trata de desconsideração da Súmula 593, mas, sim, de uma “interpretação constitucional” da presunção (“absoluta”) de violência em vigor atualmente.

A súmula 593 e o §5º do art. 217-A não apontam, a bem da verdade e conforme o melhor raciocínio lógico, que a presunção é absoluta. Ao revés, são apenas indicativos de que aqueles fatores não bastam para o seu afastamento, nada impedindo, como foi visto, a ocorrência de outros aos quais se somam e corroboram a falência da presunção no caso concreto. É preciso lembrar: se o legislador não consegue prever a ocorrência de todos os fatos sociais com relevância jurídica, muito menos o conseguirá o operador do Direito, na medida em que sua tarefa é muito mais interpretativa do que criativa. A opção, ao publicar-se a Súmula 593 do STJ, foi a de afastar do “rol” de circunstâncias justificadores de atos sexuais cometidos com menores de 14 (catorze) anos as alegações ali elencadas – consentimento, experiência sexual anterior e relacionamento com o acusado. Jamais, contudo – até mesmo por representar

indevida analogia *in malam partem* –, pode-se imaginar que a Súmula impossibilitou qualquer produção probatória em sentido contrário.

Como visto, o fundamento implícito do legislador para motivar a proteção dos menores de 14 anos, na esteira da orientação jurisprudencial predominante e analisada no terceiro capítulo, permanece sendo a *innocentia consilii* dos mais jovens, a qual é passível de relativização, apenas sendo necessários diferentes critérios em comparação com aqueles aplicáveis outrora. É dizer: se antes, eventual prostituição da vítima, por exemplo, era capaz de afastar a presunção estampada no art. 224, alínea “a”, do Código Penal, hoje, o mesmo fundamento não tem esse condão. Não significa, todavia, que nenhum outro motivo ou circunstância fática possa vir a gerar a mesma consequência (absolvição). Consoante exposto: é possível vislumbrar determinados cenários em que a dignidade sexual – bem jurídico efetivamente tutelado pela norma em questão – não tenha sido violada – ou, ao menos, violada de maneira relevante para justificar a intervenção do Direito Penal. Não se quer dizer que existam pessoas menores de 14 (catorze) anos sexualmente indignas, mas, sim, que há particularidades, principalmente em um contexto social tal qual o corrente<sup>17</sup>, aptas a justificar uma compreensão de que a prática de atos sexuais jamais veio a ferir a dignidade sexual dos mais jovens.

É necessário pontuar que a presente pesquisa foi iniciada ainda em 2021, logo após a publicação do acórdão paradigma, de modo que o problema suscitado viria a ser respondido sem qualquer posição tomada anteriormente. Inobstante, merece ser apontado que o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.919.722/SP foi citado, em decisão datada de 27/09/2022, publicada em 04/10/2022, como precedente aplicável a caso similar (STJ, 2022). Assim, apesar de ser recomendável aguardar maior transcurso de tempo a fim de que se possa responder se o caso que motivou a presente pesquisa virá a ser um precedente efetivo da Corte Superior de Justiça, criando um “sistema paralelo de precedentes” com a Súmula 593, mostra-se viável, desde já, em resposta ao problema proposto, afirmar que o julgamento do Agravo Regimental no Recurso

---

<sup>17</sup> Rememora-se, no ponto, os dados sobre a gravidez outrora apontados (p. 24 do presente trabalho – UNFPA, 2021), reforçando-se o entendimento (advindo da experiência prática e do próprio senso comum, em que pese sua impropriedade, em geral, para trabalhos acadêmicos) em torno do inequívoco amadurecimento sexual precoce existente no Brasil nos dias atuais.

Especial nº 1.919.722/SP pode ter os seguintes efeitos paradigmáticos: definir a presunção de violência (ou de vulnerabilidade, ou de ausência de consentimento válido) como relativa, pois admite prova em contrário; servir como alerta a ser dirigido aos demais Tribunais pátrios, no sentido de serem observadas, quando do julgamento de casos similares, eventuais disposições extrapenais incidentes, como as normas constitucionais que albergam a família, a criança e o adolescente, e; servir como orientação jurisprudencial diversa da dominante, apta a influenciar uma variedade de novas decisões a serem prolatadas, na forma de precedente – a partir da percepção brasileira do tema –, podendo vir a modificar, inclusive, a forma de fundamentação das decisões que venham a afastar a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, e com base nos dados sobre gravidez na adolescência apontados em momento pretérito (p. 24 deste trabalho), no amadurecimento (ainda que possa ser julgado precoce) da juventude sobre temas de natureza sexual, e, finalmente, nas inovações legislativas verificadas no Brasil – a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem nos 12 (doze) anos a idade paradigma –, faz-se um último apontamento, no sentido de que, talvez, esteja na hora de ser revista a legislação penal voltada à proteção da dignidade sexual dos mais novos. É dizer: se nos idos anos 1940 já se apontava, na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (BRASIL, 1940), que as mudanças sociais ocorridas entre 1890 e o ano de edição do Diploma Penal motivavam a redução da idade parâmetro da presunção de violência de 16 (dezesesseis) para 14 (catorze) anos, transcorrido lapso temporal maior (mais de 70 anos), sobrevindo mudanças legislativas voltadas especificamente a proteção de crianças e adolescentes, e, principalmente, verificada a massificação dos conteúdos da *internet* a partir do seu (quase) universal e livre acesso, com muito mais razão há de se rediscutir a idade de 14 (catorze) anos enquanto definidora da capacidade de um adolescente imiscuir-se nas atividades sexuais – com base, evidentemente, em análises não só jurídicas, mas advindas de outras áreas de estudo, sob uma perspectiva interdisciplinar, apta a fornecer a solução mais adequada a essa questão social que se apresenta.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. **Apelação Criminal 0000002-57.2019.8.04.2801**. Relator Desembargador João Mauro Bessa. DJ: 07/09/2021. Disponível em: < <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=AD935B252147A8BB5139098BE64C06A7.cjsg1> >. Acesso em: 17 set. 2021

APESAR da redução dos índices de gravidez na adolescência, Brasil tem cerca de 19 mil nascimentos, ao ano, de mães entre 10 e 14 anos. **UNFPA BRASIL**, 23 set. 2021. Disponível em: < <https://brazil.unfpa.org/pt-br/news/apesar-da-redu%C3%A7%C3%A3o-dos-%C3%ADndices-de-gravidez-na-adolesc%C3%AAncia-brasil-tem-cerca-de-19-mil> >. Acesso em: 22 dez. 2021

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública - arts. 213 a 311-A. Vol. 4**. 16ª Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 3ª Ed. – São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1973.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 22 dez. 2021

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acesso em 22 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal (Redação Original). Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm) >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em: 29 jan. 2022

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal, de 04 de novembro de 1940. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: AHMAD, Nidal. **Vade Mecum Penal**. Organizador: Nidal Ahmad. 9ª Ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal (da CPMI da Exploração Sexual). Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&disposition=inline> >. Acesso em: 17 nov. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1837243/SP**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 03/08/2021. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1837243&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2177806/CE**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 27/09/2022. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202202327586](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202327586) >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1919722/SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 17/08/2021. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1919722&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1935350/SC**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 17/08/2021. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1935350&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> > Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1480881/PI**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 26/08/2015. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271480881%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271480881%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271480881%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271480881%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) >. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 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. DJe 06/11/2017. Disponível em: < [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula\\_593\\_2017\\_terceira\\_secao.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf) >. Acesso em: 17 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus 124.830**. Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 20/04/2017. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur367941/false> >. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus 130.297**. Relatora Ministra Rosa Weber. DJ: 15/10/2018. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393053/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário 940.701**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ: 08/03/2016. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344970/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 192.485**. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 22/03/2021. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur445933/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 184.148**. Relator Ministro Edson Fachin. DJ: 15/03/2021. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444427/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73.662**. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 21/05/1996. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102498/false> >. Acesso em: 21 dez. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão Ministro Roberto Barroso. DJ: 17/03/2017. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false> >. Acesso em: 5 dez. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 134.591**. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 01/10/2019. Disponível em: <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417002/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 183.432**. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ: 18/08/2020. Disponível em: <  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430800/false> >. Acesso em: 18 set. 2021

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597010374. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 213 a 359-T. v.3**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596007. Disponível em: <  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596007/> >. Acesso em: 15 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 11 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2019.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Anotado**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1984.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal 07049081420198070005**, Relator Desembargador Nilsoni de Freitas Custodio DJ: 21/07/2021. Disponível em: <  
[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Visa%20BuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=07049081420198070005&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Visa%20BuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=07049081420198070005&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1) >. Acesso em: 17 set. 2021

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal 07119446120208070009**. Relator Desembargador Jesuíno Rissato. DJ: 22/07/2021. Disponível em: <  
<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Visa>

oBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=1358046&tipoDeRelator=TO DOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS\_RECURSAIS,%20BASE\_ACORDAOS\_IDR,%20BASE\_TEMAS,%20BASE\_ACORDAOS,%20BASE\_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=Data Publicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1 >. Acesso em: 17 set. 2021

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: < <http://eprints.lse.ac.uk/id/eprint/6066> >. Acesso em: 29 jan. 2022

ESTEFAM, André. **DIREITO PENAL V 2 - PARTE ESPECIAL (ARTS. 121 A 234-B)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590180. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590180/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GOMES NETO, Francisco Antônio. **Novo Código Penal Brasileiro: comparado, anotado, comentado, vol. 3**. São Paulo: Leia Livros, 1984.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 3: parte especial, arts. 213 a 361 do Código Penal**. 17 ed. – Niterói: Impetus, 2020.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal: volume VIII: arts. 197 a 249**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1981

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf; **Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009**. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238> >. Acesso em: 29 jan. 2022

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22 ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: volume 3**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1964.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 3**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640188.

Disponível em: <

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640188/> >. Acesso em: 15 nov. 2022.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação Criminal 0000056-91.2018.8.15.0201**. Relator Juiz de Direito Convocado José Guedes Cavalcanti Neto. DJ: 15/07/2021. Disponível em: < <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AXqtC1ENnwDqLYGDXEB?word=s=>> >. Acesso em: 17 set. 2021

PIAUI. Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação Criminal nº 2013.0001.007817-2**. Relator Desembargador Erivan José da Silva Lopes. DJ: 02/04/2014.

Disponível em: < [https://www.tjpi.jus.br/e-](https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201300010078172)

[tjpi/consulta\\_processo.php?num\\_processo\\_consulta=201300010078172](https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201300010078172) >

Acesso em: 5 dez. 2022

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume Único**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644902. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644902/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal Nº 70085083806**. Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas. DJ 27/08/2021. Disponível em: <

[https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70085083806&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085083806&codEmenta=7706337&temIntTeor=true) >. Acesso em: 17 set. 2021

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 4 ed., amp. e rev. – Florianópolis [SC]: Emais, 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal 0001340-67.2017.8.26.0362**. Relator Desembargador Xisto Albarelli Rangel Neto. DJ: 08/09/2021. Disponível em: <

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=1685922CD4C87D4E1CA95B0893BFFC11.cjsg2> >. Acesso em: 17 set. 2021