Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.11, 2023
ISSN 2178-6925

RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL ETÁRIO À LUZ DO CASO CONCRETO: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

RELATIVIZATION OF VULNERABLE AGE RAPE IN THE LIGHT OF THE CONCRETE CASE: ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE SUPERIOR COURTS

Ana Caroline Lima Stoco
Graduanda em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: carollimastoco@gmail.com
Alexandre Jacob
Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

Resumo

Com enfoque no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o presente artigo tem por objetivo investigar como os Tribunais Superiores tratam a relativização do estupro de vulnerável contra menores de 14 anos. Notadamente, a presunção de vulnerabilidade da vítima, que hodiernamente é entendida como absoluta, já aflorou muitos debates na doutrina e na jurisprudência. A justificativa para a pesquisa é baseada em julgados recentes que afastaram a incidência do delito, de modo que o julgador aplicou o instituto do distinguishing ou distinção para tratar de casos concretos que mereceram tratamento diferenciado. A partir da análise de dados do STJ, nota-se que diante das peculiaridades apresentadas em casos concretos, o intérprete do direito visa uma interpretação conforme os ditames da Constituição, no sentido de conferir proteção à entidade familiar e proteção absoluta à criança e, além disso, tem-se o atendimento aos anseios da vítima e o reconhecimento de impossibilidade de imposição de pena ao acusado.

Palavras-chave: Direito penal; política criminal; estupro de vulnerável; relativização; tribunais superiores.

Abstract

Focusing on the position of the Superior Court of Justice, this article aims to investigate how the Superior Courts treat the relativization of vulnerable rape against children under 14 years old. Notably, the presumption of vulnerability of the victim, which nowadays understood as absolute, has already surfaced in many debates in doctrine and jurisprudence. The justification for the research

based on recent judgments that ruled out the incidence of the crime, so that the judge applied the institute of distinguishing or distinction to deal with concrete cases that deserved different treatment. From the analysis of STJ data, it noted that, given the peculiarities presented in specific cases, the interpreter of law seeks an interpretation in accordance with the dictates of the Constitution. In the sense of conferring protection to the family entity and absolute protection to the child and, in addition, there is the fulfillment of the victim's wishes and the recognition of the impossibility of imposing a sentence on the accused.

***Keywords**: Criminal law; criminal policy; vulnerable rape; relativization; superior courts.*

1. Introdução

A pesquisa trata da possibilidade de relativização do estupro de vulnerável contra menores de 14 anos com base nas peculiaridades apresentadas em determinados casos concretos. O delito está previsto no art. 217-A do Código Penal, o qual descreve a conduta de: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (Brasil, 1940). Nota-se que o tipo penal possui um critério objetivo, qual seja, a idade da vítima.

A questão da presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos foi alvo de muitas discussões entre a doutrina e a jurisprudência, então, para consolidar o assunto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou tese no julgamento do Recurso Especial nº. 1.480.881-PI (Tema Repetitivo nº. 918-STJ) e posteriormente editou a Súmula nº. 593, no sentido de que a presunção de vulnerabilidade etária é absoluta e, portanto, não comporta flexibilização. Além disso, o legislador corroborou a tese e a súmula do STJ ao inserir o parágrafo 5º no artigo 217-A, do Código Penal, sendo que a lei é certa e taxativa, ressaltando que o consentimento da vítima, bem como eventual experiência sexual anterior ao delito são irrelevantes (Brasil, 1940).

Todavia, em julgados recentes e em casos excepcionais, apesar de a lei e do precedente firmado, o STJ tem afastado a incidência da norma, com o intuito de afastar consequências mais gravosas do que a própria prática do delito. Nesse sentido, foram extraídos cinco julgados do Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2021, sendo o mais recente julgado em 16 de maio de 2023 para análise nesta pesquisa.

Nesse ponto, dado o tratamento diferenciado a certas situações, o STJ ressalta que mantém o posicionamento adotado e que os julgados que afastaram

a incidência do delito merecem distinção em relação ao julgamento do REsp nº. 1.480.881-PI e a Súmula nº. 593. Tamanha é a relevância da temática, que possivelmente gerará novas discussões, porque apesar desse entendimento minoritário dos Tribunais e de alguns doutrinadores, outros entendem que a doutrina e os Tribunais não podem criar subterfúgios para evitar aplicar a lei em hipóteses que se amoldam ao tipo penal.

Neste contexto, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: de que forma os Tribunais Superiores brasileiros tratam a relativização do estupro de vulnerável contra menores de 14 anos?

A hipótese é que ainda é conferido bastante rigor no que diz respeito à proteção infanto-juvenil de crianças/adolescentes menores de 14 anos. Todavia, o STJ tem admitido a flexibilização do estupro de vulnerável etário, aplicando o *distinguishing* ou distinção, devendo sempre ser analisado as peculiaridades do caso concreto.

Nesse contexto, tem-se que a aplicação literal da lei, com a simples subsunção da conduta ao tipo penal, pode acarretar situações de injustiças e lesar institutos do Direito penal, como sua incidência em *ultima ratio*, os princípios da intervenção mínima e lesividade, bem como a necessidade de aplicação da pena. Ainda, em determinados casos, é importante considerar a proteção da entidade familiar e a proteção absoluta ao menor fruto de eventual relacionamento entre vítima e acusado, bem como dar atenção aos anseios da ofendida, a fim de minimizar os impactos da vitimização secundária.

A pesquisa tem como objetivo analisar como os Tribunais Superiores tratam a relativização do estupro de vulnerável contra menores de 14 anos, com enfoque no tratamento diferenciado conferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, é preciso estudar a legislação aplicada ao caso; expor os debates e posicionamentos doutrinários envolvendo o assunto; selecionar casos findos sobre a temática; identificar os argumentos nos casos de relativização.

Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória na forma de levantamento bibliográfico e análise jurídico-documental, tendo como fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e o Código penal (1940) e secundárias as obras de Rogério Greco (2019), Cleber Masson (2018), Guilherme

de Souza Nucci (2014; 2023), Cezar Roberto Bitencourt (2019) dentre outras, além de dados dos tribunais superiores sobre o tema.

2. O Estupro de Vulnerável Etário

O crime denominado estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A do CP, o qual prevê a conduta de ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Com a edição da Lei nº. 13.718/2018, o legislador incluiu o §5º no referido dispositivo, aduzindo que para a configuração do delito são irrelevantes o consentimento da vítima ou o fato de ela ter vida sexual ativa anteriormente ao delito (Brasil, 1940).

Destaca-se que o artigo 217-A é uma inovação jurídica propiciada pela Lei nº. 12.015/2009, mas isso não quer dizer que a conduta não era criminalizada, pois antes havia a previsão do então revogado artigo 224, que trazia o conceito de violência presumida. Ocorre que diante da inclusão do novo artigo, o termo não é mais relevante, pois foi substituído pelo conceito de vulnerabilidade da vítima (Masson, 2018).

Nas palavras de Cleber Masson (2018, p. 61): “Não se fala mais em presunção de violência, e sim em vulnerabilidade, decorrente do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, pois estas pessoas não estão prontas para participar da atividade sexual”.

Nesse sentido, Rogério Greco (2019) ressalta a objetividade jurídica constante no tipo penal, tendo em vista que basta a análise da idade da vítima e a identificação se o agente possui consciência de que a vítima seja menor de 14 anos. Não há qualquer menção no dispositivo acerca do emprego de violência ou grave ameaça e, além disso, não importa o consentimento da ofendida, pois a lei despreza a anuência para o ato de alguém que seja menor de 14 anos.

> A inclusão do dispositivo em comento objetiva conferir maior proteção às crianças e adolescentes menores de 14 anos e, além disso, reprova mais ainda os comportamentos que alcancem essas vítimas. Nesse viés, a própria justificação ao projeto que resultou na edição da Lei nº. 12.015/2009 descreve a preocupação com a vulnerabilidade de determinadas pessoas (Greco, 2019).

Quanto ao bem jurídico tutelado, frise-se que quando o legislador criminalizar determinada conduta, tem-se a intenção de proteger determinado bem

jurídico merecedor da tutela penal. Diante disso, Rogério Greco (2019) descreve que além da liberdade sexual e a dignidade sexual, o estupro de vulnerável atinge o desenvolvimento do menor de 14 anos de idade.

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt (2019) entende que o tipo penal não compreende a proteção à liberdade sexual, pois a lei não reconhece a plenitude do exercício desse direito para menores de 14 anos. Além do mais, a ausência de disponibilidade plena da liberdade sexual é o que determina a vulnerabilidade da vítima. Diante disso, a tutela seria referente à evolução e ao desenvolvimento do ofendido menor de 14 anos.

3. Controvérsias Acerca da Presunção de Vulnerabilidade da Vítima

Como mencionado, na antiga previsão disposta no artigo 224 do CP havia menção expressa ao termo violência presumida no caso em que a vítima não fosse maior de 14 anos. Posteriormente esse conceito começou a ser questionado pelos Tribunais Superiores, que entendiam que em muitos casos a presunção de violência seria relativa. A doutrina e a jurisprudência divergiam em definir se a presunção era absoluta e, portanto, não passível de discussão ou se relativa, a presunção poderia ser afastada em determinados casos (Greco, 2019).

Em posicionamento crítico em relação às decisões de Tribunais que relativizavam a presunção de violência, Rogério Greco (2019) declara que essas decisões tentavam criar um critério subjetivo quando a própria lei visava exprimir que não importa se iniciada a vida sexual precocemente, de todo modo, menor de 14 anos não possui desenvolvimento razoável para decidir a vida sexual. Destaca ainda que nessa idade o menor de 14 anos de idade está em formação, tanto na personalidade quanto em questões referentes a conceitos e opiniões.

Diante da inclusão do artigo 217-A, o doutrinador Rogério Greco declara:

> Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (Greco, 2019, p. 98).

Todavia, apesar da novidade legislativa, alguns autores, como por exemplo Guilherme de Souza Nucci (2014), asseverou que a inclusão do artigo 217-A não encerraria as controvérsias envolvendo a presunção relativa ou absoluta da antiga presunção de violência, que atualmente foi substituída pelo conceito de vulnerabilidade. Em determinados casos, deve-se analisar o caso concreto, em respeito aos princípios do direito penal, como por exemplo, o princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade (Nucci, 2014).

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt (2019) descreve que apesar de o legislador eliminar o termo expresso da presunção de violência, o mais adequado seria seguir a mesma direção que vinha caminhando a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de analisar cada caso concreto, avaliando casuisticamente determinadas circunstâncias.

No entanto, Rogério Greco (2019, p. 99) discorda acerca desse tipo de posicionamento: “o tipo penal 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, bem como com aqueles mencionados no §1° do art. 217-A do Código Penal”.

Então, diante do intenso debate entre a doutrina e a jurisprudência, em agosto de 2015, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese:

> Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (STJ, 2015).

Ainda, para corroborar o entendimento, editou a 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 (STJ, 2017).

Ocorre que mesmo diante do entendimento do STJ, ainda havia discussão sobre o assunto. Destarte, a Lei nº. 13.718/2018 inseriu o parágrafo 5º ao artigo 217-A do CP, com o intuito de sanar a insegurança jurídica (Greco, 2019). Assim, preleciona o referido parágrafo: “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).

> Dessa forma, aparentemente a discussão estaria encerrada, uma vez que nem mesmo a exceção de Romeu e Julieta, tese desenvolvida no Direito norte americano, seria admitida no Brasil. Nesse sentido, se fosse possível a admissão dessa tese de defesa, em caso de pequena diferença de idade entre vítima e o acusado, poder-se-ia comportar a relativização de vulnerabilidade da vítima e, consequentemente afastar o delito (Masson, 2018).

Nesse diapasão, Cleber Masson esclarece que a vulnerabilidade etária não comporta qualquer tipo de relativização, pois tem caráter objetivo. Ainda, segundo o doutrinador: "Vale repetir o espírito do legislador: a ninguém é dado o direito de relacionar-se sexualmente com menores de 14 anos, ainda que exista consentimento do ofendido ou relacionamento amoroso entre os envolvidos" (Masson, 2018, p. 75).

André Estefam (2022) descreve que apesar de o legislador incluir o §5º do artigo 217-A no CP, com intuito de reforçar o caráter absoluto da vulnerabilidade etária, entende que nem toda conduta que se amolda ao tipo penal alcança a tipicidade material da norma. Ainda, apesar do entendimento majoritário, a súmula 593 do STJ não possui tanta aceitação nos tribunais inferiores (Estefam, 2022).

> No entanto, frise-se, que a adoção desse entendimento por parte dos Tribunais de 2ª instância não segue a jurisprudência dominante, pois o entendimento preponderante é no sentido de que a vulnerabilidade da vítima, no critério etário, trata-se de presunção absoluta de vulnerabilidade (Estefam, 2022).

Apesar do posicionamento rigoroso do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em pesquisa via Internet é possível encontrar notícias comentando casos em que a Corte Cidadã aplicou a técnica da distinção por entender que em casos excepcionais, é possível afastar a tese fixada, pois determinados casos não se adequaram ao precedente firmado. Nesse sentido, Danilo Vital informa:

> De maneira excepcionalíssima e por maioria de votos, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento a um recurso especial para rejeitar a denúncia pelo crime de estupro de vulnerável praticado por um homem de 19 anos contra uma menina de 12 (Vital, 2023).

Sobre caso semelhante, o pesquisador já havia informado:

> A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou, de forma excepcional, a presunção de ocorrência de estupro de vulnerável no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 14 anos. No referido caso, a imposição da sanção a um jovem de 20 anos lesaria outro bem jurídico disposto na Constituição Federal, que seria a proteção do menor fruto do relacionamento, pois a criança seria afastada

> do convívio do pai. Ainda, considerou-se a vontade da vítima e sua dignidade, pois decidiu constituir núcleo familiar com o réu (Vital, 2021).

Em consonância com esse tipo de flexibilização pelo STJ, Guilherme de Souza Nucci debate em sua obra que, apesar da intenção do legislador em tornar nítida a opção de impor a presunção absoluta de vulnerabilidade, não se pode ignorar a existência de jovens entre 12 ou 13 anos, com filhos e que constituíram união estável. Desse modo, deve-se dar uma interpretação conforme os ditames da CRFB/1988, no sentido de tutelar o núcleo familiar formado e dar prioridade absoluta às crianças frutos desses relacionamentos, a fim de não as retirar o direito de conviver com os pais (Nucci, 2023).

Nesse diapasão, preleciona a CRFB/1988, em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 1988). Além disso, dispõe em seu artigo 227:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

Diante desses bens jurídicos previstos constitucionalmente e com base no caso concreto, a proteção à família e ao menor poderiam ser suficientes para afastar a incidência do §5° do art. 217-A (Nucci, 2023).

4. Hipótese de Distinguishing pelo Superior Tribunal de Justiça

Como mencionado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) uniformizou o tema, conferindo a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos. No entanto, a partir da pesquisa de jurisprudência do próprio STJ, foram coletados 05 (cinco) julgados que afastaram a incidência do crime, mesmo a conduta se subsumindo formalmente ao art. 217-A do Código Penal. Nesse ínterim, todos os julgados apresentaram os seguintes argumentos: (a) Impossibilidade de imposição da pena, (b) Vitimização secundária, (c) Proteção da família e do menor. Ainda, nota-se que em todos os casos concretos em análise, a idade entre vítima e acusado não se mostraram discrepantes.

Importante frisar que nesses casos o Tribunal aplicou a técnica do *distinguishing* ou distinção, evidenciando, portanto, que não se trata de superação

do entendimento dominante. Para corroborar essa excepcionalidade, em recente caso em que a defesa tentou absolver o acusado, alegando a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima em uma situação em que havia a diferença de 36 anos entre o acusado e a menor de 14 anos:

> Não se admite o *distinguishing* realizado no julgamento do AgRg no REsp 1.919.722-SP – caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevindo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar - nas hipóteses em que não há consentimento dos responsáveis legais somado ao fato do acusado possuir gritante diferença de idade da vítima - o que invalida qualquer relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável (STJ, 2023a).

Quanto ao conteúdo da decisão, no caso do Recurso Especial nº. 1.524.494-RN, houve, por unanimidade, negativa da Quinta Turma ao provimento do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. No caso concreto, o relacionamento entre réu e vítima iniciou quando ele tinha 19 anos, enquanto ela possui apenas 11 anos de idade. Eles mantinham um relacionamento às escondidas, mas adveio uma filha fruto da relação, que na época do julgado contava com 10 anos de idade e era sustentada pelo réu, bem como a vítima manifestou o desejo que o genitor acompanhasse a criação da filha (STJ, 2021b). Diante disso:

> O que se discute, nestes autos, é a possibilidade de intervenção do direito penal para, rompendo tal estrutura, e sob a justificativa de proteger a vítima, privar da liberdade o seu ofensor – e, por consequência, retirar o sustento e a presença paterna da vida de sua filha (STJ, 2021b).

Ressaltou-se ainda a necessidade de atender os anseios da vítima, conferindo a ela um papel além de um mero meio de obtenção de provas. Nesse sentido:

> Ao votar pela inaplicabilidade da pena no presente caso, longe de questionar a legitimidade da atuação do MPRN, estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objeto (lícito e correto, ressalto) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria (STJ, 2021b).

No Agravo em Recurso Especial nº. 1.555.030-GO, por unanimidade, a Quinta Turma negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público de Goiás. A vítima e o acusado tinham 13 e 19 anos, respectivamente, e no caso, também adveio uma filha fruto do relacionamento, que na época do julgado estava

com 07 anos de idade (STJ, 2021a). Após alcançar a maioridade civil, eles mantiveram o relacionamento e geraram mais um filho. Desse modo, levou-se em consideração a opção da vítima e ressaltou que essa escolha foi reforçada em razão da vítima ter se casado com o réu e ter gerado mais uma vida (STJ, 2021a):

> Esta inequívoca manifestação de vontade da vítima não pode ser recebida com indiferença pelo sistema penal, sob pena de grave ofensa ao seu direito constitucional de desenvolver, livremente, a própria personalidade e resolver seus conflitos pessoais (STJ, 2021a).

Quanto ao papel da vítima, frisou-se que o interesse na acusação e execução da pena não deve preponderar totalmente sobre a vontade da vítima, ressaltando que a imposição da pena ao acusado não traria qualquer alívio à ofendida (STJ, 2021a).

O terceiro julgado, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.919.722-SP, a Quinta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal. No caso, o acusado pediu permissão aos pais da vítima para namorar, quando esta possuía 12 anos de idade. A vítima declarou que iniciaram relações sexuais após uns 4 meses de relacionamento e após engravidar foi morar junto com o acusado, também com anuência dos pais. O Ministro relator frisou que o caso se tratava de 2 (dois) jovens namorados que obtiveram a anuência dos pais e ainda, nasceu um bebê fruto da relação e as partes formaram uma entidade familiar (STJ, 2021c):

> 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 da pessoa humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se de outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional) (STJ, 2021c).

Conforme o relatório, o fato de a vítima e acusado terem constituído família, retirou a tipicidade material da conduta. Além do mais, asseverou que impor a pena iria de encontro aos anseios da vítima. Somado a isso, a privação de liberdade do acusado iria deixar a vítima e o filho desamparados, tanto materialmente quanto emocionalmente (STJ, 2021c).

No mesmo sentido, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 2.019.664-CE verificou-se que a vítima (12 anos de idade) e o acusado, à época dos fatos mantinham um namoro e então nasceu uma filha, que efetivamente

obtém assistência do genitor. Apesar da tese fixada pelo STJ, nesse caso, decidiu-se que: “não se pode descurar do caso concreto, com suas particularidades próprias sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis” (STJ, 2022).

Ainda, entendeu não ser razoável e ser desproporcional a pena imposta ao acusado, que foi de 10 anos e 10 meses. Além do mais, deu preponderância à formação do núcleo familiar, assim como atendeu aos anseios da vítima, pois era contrária à condenação do suposto violador (STJ, 2022). Quanto à criança fruto do relacionamento, ressaltou-se: “Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP: a absoluta proteção da criança e do adolescente” (STJ, 2022).

Por último e mais recente julgado, tem-se o Recurso Especial nº. 1.977.165-MS, onde a Sexta Turma do STJ, por maioria, deu provimento ao recurso interposto pela defesa. Na situação, o acusado com 19 anos na época, praticou conjunção carnal com a vítima, que tinha 12 anos de idade e acabou resultando em gravidez. O relator destacou a distinção do caso da tese firmada pela Corte, pois no caso em comento, a idade entre vítima e acusado não eram tão distantes, além disso, considerou como relevante o nascimento do filho do casal, que foi devidamente registrado. Além do mais, extraiu-se que a família da vítima possui ciência do relacionamento e deu consentimento para que morassem juntos (STJ, 2023b). Diante disso:

> As particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico resultar na atuação punitiva estatal, de modo que não se evidencia a necessidade de imposição de pena, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade (STJ, 2023b).

Ademais, depreende-se que a condenação seria mais lesiva aos bens aos valores protegidos, notadamente, a proteção à família e à criança fruto do relacionamento. Então, em mais um caso, o Superior Tribunal de Justiça afastou a condenação, com base na técnica da distinção.

5. Conclusão

Com base nos dados apresentados, nota-se que apesar do rigor da jurisprudência dominante e, além disso, da intenção do legislador em estabelecer a vulnerabilidade absoluta a partir da inclusão do §5º no dispositivo 217-A, não se pode descartar as flexibilizações admitidas pelo próprio STJ. Assim, analisando os julgados que aplicam o instituto da distinção, infere-se que os fundamentos das decisões condizem com o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (2023), no sentido de reconhecer as peculiaridades em determinados casos e conferir uma interpretação conforme a CRFB/1988.

Nesse giro, analisando a forma como os Tribunais Superiores tratam a relativização do estupro de vulnerável contra menores de 14 anos, observa-se que nem sempre o julgador irá aplicar a lei de forma nua e crua. Determinados casos, como se pode extrair dos precedentes apresentados, dependem de uma interpretação excepcional, visto que apresentam particularidades que depende de uma interpretação que visa garantir os interesses da vítima do delito, a fim de minimizar os impactos da vitimização secundária, bem como reconhecer a desnecessidade em impor sanção ao acusado.

Além do mais, como observado, nos casos analisados, a relação entre as partes resultou em constituição de entidade familiar e prole fruto do relacionamento entre acusado e vítima, o que justifica a proteção conferida pelo julgador. A intenção não é diminuir a proteção conferidas aos menores de 14 anos, pois o Superior Tribunal de Justiça deixa claro que não se trata de superação de seu entendimento fixado em sede de Recurso e Repetitivo e muito menos de superação do enunciado sumular nº. 593 (STJ, 2017).

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 3.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/dxh3npru. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Catete, 1940. Disponível em: https://tinyurl.com/52wm6kn2. Acesso em: 27 jul. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial arts. 121 a 234-c. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial artigos 213 a 361 do código penal. 16. ed. Niterói: Impetus, 2019, v. 3.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial arts. 213 a 359-h. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: volume único. ed. 19. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 1.555.030-GO**. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília-DF: DJe, 21 maio 2021a.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 804.741-MS**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 14 mar. 2023a.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.524.494-RN**. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília-DF: DJe, 28 maio 2021b.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.919.722-SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 20 ago. 2021c.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 2.019.664-CE**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 19 dez. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.480.881-PI**. Terceira Seção. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília-DF: DJe, 10 set. 2015.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.977.165-MS**. Sexta Turma. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília-DF: DJe, 25 maio 2023b.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 593 de 25 de outubro de 2017**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de

relacionamento amoroso com o agente. Terceira Seção. Brasília-DF: DJe, 06 nov. 2017.

VITAL, Danilo. STJ afasta presunção de crime em caso de estupro de vulnerável. **Consultor Jurídico**, 25 ago. 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/bdfs7tpj. Acesso em: 11 ago. 2023.

VITAL, Danilo. STJ afasta presunção de crime por estupro de vulnerável e rejeita denúncia. **Consultor Jurídico**, 02 jun. 2023. Disponível em: https://tinyurl.com/mh7z573k. Acesso em: 11 ago. 2023.