



A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES (DISTINGUISHING), PARA O AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

THE USE OF THE TECHNIQUE OF DISTINCTING BINDING JUDICIAL PRECEDENTS (DISTINGUISHING), TO REMOVE THE PRESUMPTION OF THE CRIME OF RAPE OF A VULNERABLE PERSON

Jaíne Koerich¹
jaine.koerich@outlook.com

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo identificar e avaliar se a técnica de distinção de precedentes judiciais, conhecida como *distinguishing*, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, pode ser aplicada para afastar a presunção do crime de estupro de vulnerável. Para tanto, a pesquisa abrange uma análise das noções gerais sobre o crime de estupro de vulnerável, oferecendo uma visão abrangente de suas principais características, e examina a presunção de vulnerabilidade do delito, discutindo se é relativa ou absoluta. Além disso, investiga a técnica de distinção de precedentes judiciais vinculantes (*distinguishing*), que busca conferir maior flexibilidade ao sistema jurídico. O estudo foca, especificamente, na aplicabilidade do *distinguishing* ao crime de estupro de vulnerável com menores de 14 anos, com base na análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. No que se refere à metodologia, foram adotados os métodos indutivo, bibliográfico e monográfico, abrangendo pesquisas em leis, doutrinas e precedentes judiciais relacionados ao tema em questão. A investigação revela que, de maneira excepcional, o Superior Tribunal de Justiça admite o afastamento da presunção de vulnerabilidade em crimes de estupro de vulnerável envolvendo menores de 14 anos, quando certas condições são atendidas, por meio do *distinguishing*. Este estudo se mostra particularmente relevante ao contribuir para a compreensão do instituto do *distinguishing* e sua aplicação no contexto do crime de estupro de vulnerável. A pesquisa destaca a importância dessa técnica para flexibilizar a interpretação das leis em casos específicos, garantindo uma proteção mais adequada aos direitos e à integridade das crianças, que é um compromisso fundamental tanto da sociedade quanto das normas jurídicas vigentes no Brasil.

Palavras-Chave: *Distinguishing*; Precedentes judiciais vinculantes; Crime; Estupro de vulnerável; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This work aims to identify and evaluate whether the technique of distinguishing judicial precedents, known as *distinguishing*, in the context of the Brazilian legal system, can be applied to rule out the presumption of the crime of rape of a vulnerable person. To this end, the research covers an analysis of general notions about the crime of rape of a vulnerable person, offering a comprehensive view of its main characteristics, and examines the

¹ Graduação, Universidade do Contestado. Curitiba. Santa Catarina. Brasil. E-mail: jaine.koerich@outlook.com



presumption of vulnerability in the crime, discussing whether it is relative or absolute. Furthermore, it investigates the technique of distinguishing binding judicial precedents (distinguishing), which seeks to provide greater flexibility to the legal system. The study focuses, specifically, on the applicability of distinguishing to the crime of rape of vulnerable children under 14 years of age, based on the analysis of precedents from the Superior Court of Justice. With regard to methodology, inductive, bibliographic and monographic methods were adopted, covering research into laws, doctrines and judicial precedents related to the topic in question. The investigation reveals that, exceptionally, the Superior Court of Justice allows the removal of the presumption of vulnerability in crimes of rape of a vulnerable person involving minors under 14 years of age, when certain conditions are met, through distinguishing. This study is particularly relevant in contributing to the understanding of the institute of distinguishing and its application in the context of the crime of rape of a vulnerable person. The research highlights the importance of this technique to make the interpretation of laws more flexible in specific cases, ensuring more adequate protection for the rights and integrity of children, which is a fundamental commitment of both society and the legal norms in force in Brazil.

Keywords: *Distinguishing*; Binding judicial precedentes; Crime; Rape of vulnerable people; Superior Justice Tribunal.

1 INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais vinculantes desempenham um papel crucial na garantia da estabilidade e coerência do sistema jurídico. No entanto, em certos casos, sua aplicação estrita pode se tornar problemática quando as circunstâncias fáticas não se alinham com o contexto paradigmático estabelecido por decisões anteriores. Esta rigidez pode resultar em decisões injustas ou inadequadas, uma vez que os tribunais são obrigados a seguir regras fixas, sem considerar as nuances individuais de cada caso.

Cada situação traz consigo uma série única de circunstâncias que podem não ter sido contempladas nos casos anteriores que estabeleceram os precedentes. Ao vincular-se rigidamente a esses precedentes, os tribunais correm o risco de negligenciar essas complexidades, comprometendo a justiça e a equidade. Além disso, a aplicação inflexível de precedentes pode dificultar a evolução do direito, impedindo sua adaptação às mudanças sociais, tecnológicas e culturais.

Isso pode minar a confiança do público na imparcialidade do sistema judicial e levar a ressentimento por parte das partes envolvidas nos casos. Em última análise, é essencial encontrar um equilíbrio entre a estabilidade proporcionada pelos precedentes e a necessidade de flexibilidade para lidar com situações únicas. Isso requer uma abordagem que leve em consideração tanto a consistência quanto a justiça em cada decisão judicial.



Nesse viés, o *distinguishing*, ou técnica de distinção de precedentes judiciais vinculantes, emerge como uma possível solução ao impasse apresentado, pois, em primeira análise, permite que os tribunais identifiquem diferenças relevantes entre casos semelhantes, podendo aplicar o direito de forma coerente, mantendo a integridade do sistema jurídico e fornecendo orientação para futuros litigantes.

Ademais, o *distinguishing* ganha ainda mais relevância quando estudado à luz do crime de estupro de vulnerável, particularmente, ao abordar indivíduos com menos de 14 anos, sendo este assunto de grande notoriedade no âmbito jurídico do Brasil. Isso ocorre devido à urgência em garantir a proteção dos direitos e da integridade das crianças, um compromisso primordial tanto da sociedade quanto das leis vigentes no país.

O Código Penal Brasileiro trata desse tipo de delito, englobando uma variedade de questões legais e sociais que demandam uma análise aprofundada, uma vez que a legislação nacional dedica uma atenção especial à fase da infância. Um aspecto crucial é a responsabilidade dos pais ou responsáveis pela segurança e bem-estar da criança. Muitos casos de abuso ocorrem dentro do ambiente familiar da vítima. A legislação reconhece a obrigação dos pais ou responsáveis de proteger a integridade da criança e busca prevenir a ocorrência desses crimes por meio da implementação de mecanismos legais voltados para tal fim. Dessa forma, a prevenção do estupro de vulnerável não apenas envolve o sistema jurídico, mas toda a sociedade. A conscientização, a educação sexual e os programas de proteção à infância são ferramentas essenciais para evitar situações de abuso.

E é nesse ecossistema jurídico que a presente pesquisa se insere, cujo objetivo geral é identificar e avaliar se a técnica de distinção de precedentes judiciais, conhecida como “*distinguishing*”, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, pode ser utilizada como mecanismo de afastamento da presunção do crime de estupro de vulnerável.

Os objetivos específicos consistem em: a) apresentar algumas considerações gerais sobre o crime de estupro de vulnerável; b) desenvolver uma análise acerca dos principais aspectos da técnica denominada “*distinguishing*”; c) investigar qual é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à utilização da técnica de distinção de precedentes judiciais vinculantes ao crime de estupro de vulnerável.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: a presunção do crime de estupro de vulnerável pode ser afastada, mediante a aplicação da técnica de distinção de precedentes judiciais vinculante, conhecida como *distinguishing*?



Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que, de maneira excepcional, o Superior Tribunal de Justiça admite o afastamento da presunção de vulnerabilidade aos crimes de estupro de vulnerável com menores de 14 anos, quando preenchidos certos requisitos, por meio do *distinguishing*.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Quanto à estrutura deste artigo científico, principia-se com algumas noções gerais do crime de estupro de vulnerável, buscando fornecer uma visão ampla das suas principais características, além de dissecar a ideia de presunção de vulnerabilidade do delito, se relativa ou absoluta. Indo adiante, será realizada uma análise da técnica de distinção de precedentes judiciais vinculantes, conhecida como *distinguishing*, a qual atribui maior flexibilidade ao sistema jurídico. Ao final, abordar-se-á, de maneira específica, o mote central da presente pesquisa, qual seja a aplicabilidade da técnica de distinção ao crime de estupro de vulnerável aos menores de 14 anos, a partir da análise de precedentes decisórios do Superior Tribunal de Justiça.

A presente pesquisa encerrar-se-á com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos aqui desenvolvidos, além de outras ponderações necessárias.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Estupro é um delito sexual caracterizado pela penetração forçada sem o consentimento da pessoa afetada. Trata-se de uma severa violação dos direitos humanos, refletindo um abuso de poder e controle que inflige sofrimento físico, emocional e psicológico às vítimas. Este crime pode se manifestar em diversos cenários, incluindo relações íntimas, encontros ocasionais, ambientes profissionais, ou até em contextos de guerra e conflito armado.²

Ressalta-se que o consentimento é fundamental na caracterização do estupro. Para que a participação em uma atividade sexual seja legítima, o consentimento precisa ser dado de forma livre, esclarecida e voluntária. Isso significa que a pessoa deve concordar de maneira explícita e sem qualquer tipo de coerção, intimidação ou impossibilidade de consentir, como

² ARAÚJO, Ana Paula de. **Abuso: a cultura do estupro no Brasil**. 1. ed. Globo livros, 2020.



em casos de deficiência mental, embriaguez ou quando se está abaixo da idade legal para consentimento.³

O estupro de vulnerável é uma forma particular de estupro que acontece quando a vítima é considerada vulnerável por causa de sua idade, condição física ou mental. Esta categoria de estupro fundamenta-se no princípio de proteção a indivíduos que possuem fragilidade ou incapacidade de consentir devido à sua situação de vulnerabilidade.

Os componentes do estupro de vulnerável podem variar conforme a legislação de cada país, mas geralmente incluem os seguintes aspectos: a) Idade da vítima: na maioria dos sistemas legais, a idade é o principal critério para determinar a vulnerabilidade. Tipicamente, a vítima deve ser menor de idade, abaixo da idade legal de consentimento sexual, que difere entre países. Esta proteção baseia-se na presunção de que crianças e adolescentes, devido à sua imaturidade emocional e falta de experiência, não têm plena capacidade para consentir em atividades sexuais. b) Incapacidade física ou mental: além da idade, a vulnerabilidade pode ser identificada pela condição física ou mental da vítima. Por exemplo, pessoas com deficiência intelectual, transtornos mentais, ou doenças que comprometem sua compreensão ou capacidade de tomar decisões, podem ser consideradas vulneráveis. A legislação deve definir critérios claros para identificar e proteger essas vítimas. c) Ausência de consentimento: assim como no estupro convencional, a falta de consentimento é crucial no estupro de vulnerável. A vítima deve ser incapaz de entender o significado e as consequências de um ato sexual e, portanto, não pode fornecer um consentimento válido. A ausência de consentimento pode ser devido à idade, condição física ou mental, ou qualquer outra circunstância que impeça a livre manifestação de vontade..⁴

No contexto do Direito brasileiro, a Lei nº 12.015/2009 introduziu a figura típica do artigo 217-A⁵ ao Código Penal, sob o nome jurídico de estupro de vulnerável, caracterizado como um tipo autônomo, bem como revogou o artigo 224⁶, o qual tratava das hipóteses de

³ MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁴ MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁵ 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. (BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.)

⁶ Mencionava o art. 224: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.



presunção de violência. Entretanto, a criação do novel tipo penal não colocou fim ao debate acerca do caráter da relatividade, que agora ficou subsumida na figura da vulnerabilidade.⁷

Anteriormente, a abordagem dos crimes sexuais contra menores de quatorze anos se baseava na presunção de violência ou grave ameaça, mesmo sem a presença concreta desses elementos, devido à presumida incapacidade de discernimento dessas vítimas para consentir em atos sexuais. No campo acadêmico e judicial, surgiu um intenso debate sobre a natureza absoluta dessa presunção. A controvérsia girava em torno da possibilidade de abrir exceções à regra geral em casos onde a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em práticas sexuais.⁸

Diante da controvérsia existente, é essencial, primeiramente, entender o conceito de “vulnerabilidade”. Conforme Fernando Capez, vulnerável é qualquer indivíduo “em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.”⁹

Acrescentando o exposto acima, alude Cezar Roberto Bitencourt que, “na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade”.¹⁰

De uma perspectiva estritamente criminal, Rodrigo Moraes Sá aborda a compreensão sobre a natureza libidinosa da relação sexual:

[...] a vulnerabilidade está intimamente ligada a ideia de pessoas que não detém aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestar livremente seu desejo quanto a prática da relação sexual. [...]¹¹

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1657.

⁸MORAES SÁ, Rodrigo. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000011, 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 18 jun. 2024.

⁹CAPEZ, Fernando. Estupro de Vulnerável e a contemplação lasciva. **Migalhas**. 3 fev. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/253038/estupro-de-vulneravel-e-a-contemplacao-lasciva>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. **Revista Consultor Jurídico**. 19 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹¹MORAES SÁ, Rodrigo. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000011, 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 18 jun. 2024.

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci obtempera que a vulnerabilidade contida no artigo 217-A “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir”.¹²

Tendo expostas considerações breves sobre a definição de vulnerabilidade, é pertinente analisar suas duas hipóteses: a absoluta e a relativa.

Conforme mencionado anteriormente, o antigo artigo 224 do Código Penal de 1940 introduzia o conceito de presunção de violência. Esta disposição estipulava que atos sexuais com determinadas categorias de pessoas – como menores de 14 anos – eram considerados como realizados com violência, mesmo que houvesse consentimento. Em outras palavras, o consentimento não era visto como válido e a presença de violência era automaticamente presumida.¹³

Com o passar do tempo, surgiram questionamentos substanciais na comunidade jurídica e nos tribunais em relação à presunção de violência. A discussão centralizava-se na natureza dessa presunção: se ela deveria ser considerada absoluta, não admitindo evidências em sentido contrário, ou relativa, permitindo a apresentação de provas que contestassem essa presunção. Esse debate era especialmente relevante no contexto das vítimas com menos de 14 anos de idade.

Na tentativa de encerrar as controvérsias relacionadas à presunção de violência em relação aos indivíduos com menos de quatorze anos, essa terminologia foi suprimida através das alterações legais introduzidas pela Lei 12.015/2009¹⁴. Essa legislação introduziu o conceito de vulnerabilidade, destacando uma vulnerabilidade de caráter absoluto. Isso fica evidente na Exposição de Motivos do Projeto, onde é mencionado o propósito de assegurar a proteção desses indivíduos:

[...] Esse artigo, 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. [...] 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 possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 829.

¹³ REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal**: jurisprudência em debate. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 460.

¹⁴ BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.



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 sua presunção. Trata-se de objetividade fática.¹⁵

Apesar da alteração na definição legal, as discussões acadêmicas e judiciais continuaram, pois, mesmo com a eliminação da presunção de violência, a proibição estabelecida pela lei quanto à prática de atos sexuais com as vítimas mencionadas no artigo 217-A permaneceu inalterada.

Ao abordar a complexidade da questão da vulnerabilidade no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, surge a perspectiva divergente de Guilherme de Souza Nucci, que afirma que

“A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato o princípio da ofensividade. [...] o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de um novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. [...] permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerado absoluta no cenário sexual.”¹⁶

Nessa ótica, o professor Cezar Roberto Bitencourt destaca que, ao remover o termo "presunção de violência" da legislação, o legislador efetivamente não fez outra coisa senão incorporá-lo de forma velada, utilizando novas terminologias:

Observa-se que o legislador, dissimuladamente, usa as mesmas circunstâncias que foram utilizadas pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual. Constatou-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 (ver o revogado art. 224 do CP de 1940); 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.¹⁷

¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009 - Exposição de Motivos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaoodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014, p. 114.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 165.



Portanto, fica claro que a controvérsia sobre este tema não cessou após a alteração no Código Penal, que eliminou a presunção anterior de violência. No entanto, as visões predominantes dentro do nosso sistema legal concordam com a ideia de uma presunção absoluta da vulnerabilidade das vítimas mencionadas no artigo 217-A.

Esse consenso resultou na criação da Súmula 593 pelo Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu a interpretação da vulnerabilidade absoluta nos casos de estupro de vulnerável. Isso reflete a visão predominante dos tribunais sobre a necessidade de uma abordagem rigorosa para garantir a proteção das vítimas menores de 14 anos. O teor da referida Súmula é o seguinte:

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.¹⁸

Esse entendimento consolidou-se através do julgamento do REsp nº 1.480.881/PI, no âmbito dos recursos repetitivos, com relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que expressou a seguinte posição:

[...] 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 [...] 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 psicologicamente 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 - legítima 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. [...] ¹⁹

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.480.881/PI**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe de 10/9/2015.



Em razão da criação da Súmula 593 aludida, e visando reforçar de maneira ainda mais incisiva o entendimento exarado, a modificação legislativa do Código Penal, realizada mediante a promulgação da Lei nº 13.718/2018²⁰, replicou de forma exata o teor consolidado na Súmula, incorporando o §5º²¹ ao artigo 217-A.

Essa alteração sem dúvida ratificou a interpretação de que a vulnerabilidade é absoluta, conforme afirmado por Guilherme de Souza Nucci:

Elege-se a vulnerabilidade absoluta, ao deixar nítido que é punível a conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de 14 anos independentemente de seu consentimento ou do fato de ela já ter tido relações sexuais anteriormente ao crime. Em primeiro lugar, há de se concluir que qualquer pessoa com menos de 14 anos, podendo consentir ou não, de modo válido, leia-se, mesmo compreendendo o significado e os efeitos de uma relação sexual, está proibida, por lei, de se relacionar sexualmente. Descumprido o preceito, seu (sua) parceiro(a) será punido(a) (maior de 18, estupro de vulnerável; menor de 18, ato infracional similar ao estupro de vulnerável). Cai, por força de lei, a vulnerabilidade relativa de menores de 14 anos. [...] A segunda parte está enfocando, primordialmente, a prostituição infanto-juvenil; afinal, a norma penal refere-se, de propósito, a relações sexuais (no plural), pretendendo apontar para a irrelevância da experiência sexual da vítima. Essa experiência, como regra, advém da prostituição.²²

Em que pese o STJ sumular entendimento de que a presunção do crime de estupro de vulnerável, nas circunstâncias mencionadas, é absoluta, isto é, não comporta relativização, em determinadas situações, essa interpretação é superada, conforme restará evidente, a partir da leitura da seção a seguir.

3 NOTAS ACERCA DA TÉCNICA DE DISTINÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS – DISTINGUISHING

Apesar das distintas abordagens da *civil law* e da *common law* possuírem características marcantes, a busca por aprimoramento nos sistemas de justiça levou as tradições jurídicas do ocidente a incorporarem gradualmente elementos de ambas. Esse processo visa fornecer maior segurança jurídica, garantindo estabilidade, previsibilidade e igualdade para aqueles que buscam a justiça.

Acerca do tema, ensina Humberto Theodoro Júnior:

²⁰ BRASIL. LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1. Acesso em: 18 jun. 2024.

²¹ Art. 217-A. [...] § 5º: As penas previstas no caput e nos §§ 1.º, 3.º e 4.º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.)

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 182.



A aproximação do sistema do civil law ao do common law, no sentido de valorizar a jurisprudência no plano das fontes do direito, é um fenômeno de amplas dimensões no mundo ocidental de tradições romanísticas, desde que há cerca de 50 anos Cappelletti e Garth se puseram a campo para encetar uma grande campanha de modernização do processo civil europeu em busca de tornar mais justa, mais humana e mais efetiva a tutela jurisdicional.²³

No início, o positivismo jurídico, que serve como a principal base normativa da *civil law*, procurou limitar o papel do intérprete do Direito a uma função meramente afirmativa em relação à legislação. Isso ocorreu porque, naquela época, havia uma crença generalizada de que todas as questões legais poderiam ser resolvidas através de uma simples aplicação lógica, adaptando a situação concreta aos princípios abstratos da lei. Contudo, rapidamente percebeu-se que a adesão acrítica ao legalismo e as deficiências presentes nas normativas proporcionavam uma fachada para diversas formas de autoritarismo, o que eventualmente resultaria na queda do positivismo. Nesse cenário, surgiu a demanda por uma atuação mais engajada por parte dos magistrados, que são os principais guardiões das leis, para esclarecer e integrar possíveis lacunas encontradas no corpo do direito codificado. Dessa maneira, foi no cumprimento dessa missão específica que os precedentes judiciais começaram a receber mais ênfase, especialmente quando se demonstra que seguir interpretações previamente estabelecidas por instâncias superiores não apenas assegura ao jurisdicionado um tratamento igualitário, mas também aumenta a previsibilidade na entrega da justiça.²⁴

Diante desse contexto, foi crucial inserir no Brasil, cujo ordenamento jurídico é guiado pelo sistema *civil law* - métodos tradicionais da *common law*, para assegurar uma jurisprudência mais estável e previsível, além de preservar a igualdade entre os jurisdicionados. Esse esforço resultou na introdução de um sistema de precedentes adaptado à realidade brasileira.

Apesar da natureza universal dos precedentes vinculantes, é fundamental que casos distintos, devido a particularidades relevantes, recebam tratamento diferenciado. Caso contrário, haveria o risco de cometer uma injustiça ao aplicar uma solução jurídica idêntica a situações diferentes. Os magistrados não podem justificar uma atuação em prol da estabilidade dos julgados quando o litígio demanda uma resposta distinta, não devendo se

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo código de processo civil** - Demandas repetitivas. In : Doutrinas essenciais - Novo processo civil - Precedentes, execução e procedimentos especiais - Volume VI. Organização: Fredie Didier Jr.; Teresa Arruda Alvim. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 255-268.

²⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019, p. 623.



refugiar em uma postura que priorize a manutenção da estabilidade em detrimento da justiça.²⁵

O respeito aos precedentes vinculantes não implica em sua mutabilidade, nem na aplicação irracional e automática. É responsabilidade dos magistrados, de maneira fundamentada, mostrar a pertinência da razão decisória para o caso em questão, ou explicar os motivos para afastá-la, conforme estabelecido no artigo 489, § 1º, V e VI, do Código de Processo Civil (CPC).²⁶

Isso porque, para além do Código de Processo Civil, o dever de fundamentação das decisões judiciais está preconizado no artigo 93, IX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabelece o seguinte:

Art. 93. [...] IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.²⁷

No julgamento em que se estabelece um precedente vinculante, os argumentos expostos na fundamentação da decisão não são obrigatoriamente as razões decisivas, pois podem abranger teses jurídicas que não são diretamente relevantes para o desfecho final do processo.²⁸

Nesse viés, Hélio Ricardo Diniz Krebs alude que, “enquanto a *ratio decidendi* é um passo necessário ao alcance das conclusões, o *obiter dictum* é uma passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível ao deslinde da controvérsia”.²⁹

²⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 606.

²⁶ Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar 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. (BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.)

²⁷ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

²⁸ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 100.

²⁹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 197.



É crucial para os magistrados distinguir entre os fundamentos jurídicos essenciais (*ratio decidendi*) de um precedente e os comentários incidentais (*obiter dictum*), consoante ensina Livia Ferruzi Possari:

A diferenciação entre os fundamentos jurídicos de um precedente entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é tarefa indispensável no momento em que o magistrado se vê diante de um futuro caso concreto que aparenta ter similaridade com o caso-paradigma, pois somente os motivos determinantes que levaram à conclusão jurídica do precedente poderão ser utilizados a título de vinculação, sob pena de se desvirtuar o sistema como um todo.³⁰

Para evitar a aplicação arbitrária da *ratio decidendi*, é fundamental que os magistrados realizem uma comparação explícita entre o caso paradigma e o caso em julgamento. Não é suficiente simplesmente aplicar uma solução jurídica pronta à nova demanda sem considerar as peculiaridades fáticas e jurídicas que influenciaram a conclusão adotada no precedente.³¹

Assim, a técnica do *distinguishing* emerge como uma ferramenta crucial no sistema de precedentes, sendo incumbência dos julgadores aplicá-la para atender ao ônus argumentativo que lhes é atribuído. Para isso, é essencial compreender o precedente em questão, identificando sua razão decisória com base nos fatos materialmente relevantes que levaram à solução adotada no caso paradigma, sempre respeitando o dever de fundamentação das decisões judiciais.

De acordo com os ensinamentos de Ravi Peixoto, o *distinguishing* pode ser assim conceituado:

A técnica da distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos. Caso elas existam, pode ser afastada a aplicação do precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado. Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similaridade fática dos casos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação.³²

Como um instrumento eficaz para proteger a segurança jurídica e a igualdade entre os jurisdicionados, o *distinguishing* evita que o sistema jurídico se torne inflexível como um todo “na medida em que permite diferenciar circunstâncias materiais entre duas demandas,

³⁰ POSSARI, Livia Ferruzzi. **Distinguishing**: a técnica de distinção dos precedentes e os impactos na jurisdição. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022, p. 58.

³¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 673.

³² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 248.



impedindo a incidência da pretérita regra jurídica, o que equivaleria a tratar semelhantemente casos distintos”,³³ conforme afirma Tiago Asfor Rocha Lima.

Quando aplicada corretamente, a técnica de distinção não constitui desrespeito aos precedentes vinculantes porque, consoante ensinam Bruno Bodart e Luiz Fux, “preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados ao Judiciário”.³⁴

Utilizar o mecanismo de *distinguishing* requer um desafio argumentativo substancial e, se eficaz, resulta na não aplicação do precedente mencionado, efetuando-se a distinção. Acerca dessa assertiva, Aurélio Viana e Dierle Nunes asseveram:

Se a analogia constitui importante método de aplicação do precedente e se dá pela conclusão de existirem certos pontos de aproximação entre o caso passado e presente, o *distinguishing* se dá ao inverso, já que corresponde a uma contra analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente.³⁵

A aplicação da técnica de distinção requer uma profunda prudência, conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.³⁶

No Código de Processo Civil vigente, a referida técnica de distinção possui previsão originária apenas como uma referência às hipóteses gerais do artigo 489, § 1º, feita no artigo 927, § 1º. Todavia, com a reforma do CPC, promovida pela Lei nº 13.256/2016, o código contempla situações específicas onde é necessário aplicar o *distinguishing*, como: sobrestamento inadequado de processo (art. 1.037, § 9º), reclamação contra decisão baseada em precedente inapropriado (art. 988, § 4º), e ação rescisória para anular decisão transitada

³³ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

³⁴ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 160.

³⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 383.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.



em julgado que não considerou a distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório aplicado (art. 966, § 5º).³⁷

4 A APLICAÇÃO DO *DISTINGUISHING* AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, NO ENTENDIMENTO DO STJ

Consoante visto na seção que versa sobre noções gerais acerca do crime de estupro de vulnerável, o STJ sumulou entendimento no sentido de que o referido delito ocorre quando há conjunção carnal ou ato libidinoso com um menor de 14 anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima, sua experiência sexual prévia ou qualquer relacionamento amoroso com o perpetrador. Todavia, o mesmo Tribunal, em situações absolutamente excepcionais, vem admitindo o afastamento da incidência da Súmula 593, ancorando-se na técnica de distinção de precedentes judiciais vinculantes, qual seja o *distinguishing*.

Em julgamento recente, o STJ assim se pronunciou acerca de um caso envolvendo um jovem trabalhador rural de 20 anos e uma menina de 12 anos, absolvendo o réu do crime imputado-lhe:

[...]

6. 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 culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que **se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da adolescente, sobrevivendo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.**

- Não se está a infirmar a orientação sedimentada no enunciado sumular n. 593/STJ. 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 descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

- Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. **É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção.**

[...] (Grifou-se.)³⁸

³⁷ Para informações mais detalhadas acerca das hipóteses mencionadas, vide POSSARI, Livia Ferruzzi. **Distinguishing**: a técnica de distinção dos precedentes e os impactos na jurisdição. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022, p. 72-84

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 2.389.611/MG**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 10/4/2024.



Em outra oportunidade, de condições similares, a denúncia, que visava a condenação do réu, o qual contava com 19 anos à época dos fatos, teve sua rejeição restabelecida pela Corte, nestes termos:

[...]

2. **A presente questão enseja distinguishing** quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, **do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.**

[...]

4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, **a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado**, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.

[...] (Grifou-se.)³⁹

Cumprido trazer ao presente, ademais, outro acórdão no qual fez-se uso da técnica do *distinguishing*, em dezembro de 2022, para absolver réu que, igualmente ao caso anterior, contava com 19 anos à época dos acontecimentos:

[...]

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 e a constituição de núcleo familiar. **Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.**

[...]

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.

[...] (Grifou-se.)⁴⁰

Apesar de admitir, como dito, excepcionalmente, o afastamento da presunção de vulnerabilidade absoluta, principalmente quando, do ato libidinoso resulta uma gravidez, deve-se ter em mente que “a constituição de família não exclui, per se, a punibilidade da

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.977.165/MS**. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 2.029.009/RN**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.



conduta”, sobretudo quando, “além de o réu não haver registrado a criança, o seu relacionamento com a vítima não subsiste”.⁴¹

No julgamento do AgRg no HC 849912/MG, pela 6ª Turma, a distinção foi afastada porque o réu, apesar de ter sido advertido pelos pais da menor e pelo Conselho Tutelar, persistiu no relacionamento. Esse período incluiu de seis a oito relações sexuais, resultando em gravidez. O relator do caso, ministro Rogério Schietti, ressaltou que o fato de o relacionamento ter gerado um filho agrava a conduta, pois impôs à vítima, devido à sua idade, uma gravidez precoce que representa riscos significativos à sua saúde física e mental.⁴²

Em outro contexto semelhante, a tentativa de aplicação de *distinguishing* também foi rechaçada, em virtude da ausência de consentimento da genitora da vítima, a qual teve relação sexual com réu 36 anos mais velho que a menor. Assim ficou ementado pelo STJ:

[...]

3. Na hipótese, conforme fundamentadamente apontado pela Corte local, **o caso dos autos não se amolda ao *distinguishing*** realizado no julgamento do AgRg no REsp n. 1919722/SP, de minha relatoria - caso de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar - tendo em vista que **a relação amorosa não foi consentida pela genitora da vítima**, tanto que, ao tomar conhecimento de que sua filha estava se relacionando com o paciente, acionou o Conselho Tutelar e registrou os fatos na Delegacia de Polícia. Além disso, a genitora da menor relatou que sua filha, após se relacionar com o acusado, apresentou comportamento agressivo, além de reprovar de ano na escola, tendo de ser submetida a tratamento psicológico.

Somado a isso, conforme foi consignado pelo magistrado de primeiro grau, que se encontra mais próximo dos fatos, **a vítima e o acusado tinham a gritante diferença de 36 (trinta e seis) anos**. Ademais, apontou que a própria vítima e a sua genitora mencionaram espontaneamente que as relações aconteciam na chácara do acusado, localizada em área rural, esvaindo-se a tese de que não manteve relação sexual com a vítima pois sua casa na cidade era alugada.

Assim, mesmo ciente da tenra idade da vítima e do não consentimento de sua responsável legal, o acusado manteve relação sexual com a menor.

[...] (Grifou-se.)⁴³

Desta feita, da análise dos precedentes judiciais amealhados, extrai-se que o STJ admite o afastamento da presunção de vulnerabilidade aos crimes de estupro de vulnerável com menores de 14 anos, nos casos em que, embora tenha ocorrido conjunção carnal com menor de 14 anos, o réu e a vítima, ambos jovens, mantêm um relacionamento estável, autorizado e aprovado pelas famílias, o qual gerou filhos e perdurou por muitos anos após a

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 849.912/MG**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 6/3/2024.

⁴² VITAL, Danilo. Constituir família, por si só, não afasta presunção de estupro de vulnerável. *Revista Consultor Jurídico*. 25 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-25/constituir-familia-por-si-so-nao-afasta-presuncao-de-estupro-de-vulneravel/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 804.741/MS**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.



denúncia. Em tais circunstâncias, a imposição de uma condenação resultaria em maiores prejuízos, pois desestabilizaria o núcleo familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, ressalta-se que o estupro é um grave crime sexual que envolve a penetração sem o consentimento da vítima, representando uma severa violação dos direitos humanos. Caracteriza-se por abuso de poder, causando sofrimento físico, emocional e psicológico. Esse delito pode ocorrer em diversas situações, como relações íntimas, encontros casuais, ambientes profissionais ou em contextos de guerra. Consentimento é um elemento central na definição desse crime: a atividade sexual só é legítima se o consentimento for livre, informado e voluntário, sem coerção ou incapacidade de consentir, devido a idade, deficiência mental, embriaguez ou qualquer outra condição. O conceito de "estupro de vulnerável" se aplica a vítimas que, por idade ou condição física/mental, não têm capacidade para consentir, uma abordagem que busca proteger os mais vulneráveis.

No Brasil, a Lei nº 12.015/2009 incorporou a figura do estupro de vulnerável no artigo 217-A do Código Penal, eliminando a presunção de violência anteriormente existente. O debate jurídico tem se concentrado na natureza da vulnerabilidade e se esta deveria ser considerada absoluta ou relativa. A proteção legal é especialmente rigorosa para menores de 14 anos, considerados incapazes de consentir. Essa mudança legal visa proporcionar uma proteção clara e inequívoca, independentemente da experiência ou consentimento da vítima, refletindo a necessidade de uma abordagem severa para proteger aqueles que são mais suscetíveis a abusos sexuais. A criação da Súmula 593 pelo STJ reafirma que o consentimento de menores de 14 anos é irrelevante, consolidando a presunção absoluta da vulnerabilidade, com base no reconhecimento de sua imaturidade e necessidade de proteção integral.

Ao longo da pesquisa realizada, extraiu-se que a convergência entre os sistemas *civil law* e *common law* reflete uma tentativa de aprimorar os sistemas de justiça, visando maior segurança jurídica e igualdade. Historicamente, o *civil law*, baseado no positivismo jurídico, limitava o papel dos juízes a uma aplicação estrita das leis. Contudo, reconhecendo as limitações desse formalismo, houve um movimento para valorizar os precedentes judiciais, como no *common law*, aumentando a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. No Brasil, esse esforço se traduziu na adaptação de um sistema de precedentes, buscando uma jurisprudência mais coerente e previsível, mas sem perder de vista a necessidade de tratar os casos distintos de forma adequada.



No contexto brasileiro, a introdução de precedentes vinculantes visa preservar a igualdade e a segurança jurídica. Porém, é essencial que os magistrados apliquem a técnica do *distinguishing* para identificar diferenças relevantes entre casos, evitando a aplicação automática e irracional de precedentes. Essa técnica exige que os juízes comparem explicitamente o caso em julgamento com o precedente, justificando qualquer distinção. O Código de Processo Civil, especialmente após a reforma de 2016, prevê a necessidade de distinguir situações para evitar injustiças ao aplicar precedentes inadequados. Assim, a adoção dos precedentes deve ser balanceada com uma análise crítica das particularidades de cada caso, mantendo a flexibilidade e a justiça no sistema legal.

Enfim, cumpre repisar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que o crime de estupro de vulnerável ocorre com a conjunção carnal ou ato libidinoso envolvendo menores de 14 anos, sendo irrelevante o consentimento, a experiência sexual ou o relacionamento amoroso da vítima. Entretanto, o Tribunal admite exceções a essa regra em casos excepcionais, utilizando a técnica de *distinguishing*. Essa técnica permite afastar a aplicação rígida da Súmula 593 quando a análise das circunstâncias específicas do caso revela que a conduta, apesar de formalmente típica, não causa dano significativo ao bem jurídico tutelado.

Nos casos que se aplica o *distinguishing*, o STJ considera a natureza do relacionamento entre os jovens e as implicações sociais e familiares resultantes, haja vista a aceitação da relação pela família da vítima e o nascimento de um filho do casal. Em tais situações, o Tribunal tem ponderado que a aplicação da pena seria mais prejudicial do que a infração cometida, uma vez que o relacionamento era estável e houve uma aceitação social e familiar significativo.

Todavia, o STJ ressalta que essa técnica não pode ser usada indiscriminadamente para justificar a absolvição em todos os casos de relações sexuais com menores de 14 anos, em tese, consensuais e que resultem em gravidez. A distinção não se aplica quando há ausência de consentimento da família ou quando a relação impõe danos graves à vítima, como gravidez precoce com riscos à saúde, bem como levando a danos psicológicos e sociais significativos à menor.

Assim, o Tribunal destaca a importância de considerar cuidadosamente as circunstâncias específicas de cada caso ao decidir pela aplicação do *distinguishing*, sendo quase unânime a necessidade de que o réu e a vítima, ambos jovens, mantenham um



relacionamento estável, autorizado e aprovado pelas famílias, cuja relação sexual tenha gerado uma gravidez.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Paula de. **Abuso: a cultura do estupro no Brasil**. 1. ed. Globo livros, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. **Revista Consultor Jurídico**. 19 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009 - Exposição de Motivos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm.

BRASIL. **LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 2.389.611/MG**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 10/4/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 804.741/MS**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 849.912/MG**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 6/3/2024.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 2.029.009/RN**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.480.881/PI**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe de 10/9/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.977.165/MS**. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 593**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf.

CAPEZ, Fernando. Estupro de Vulnerável e a contemplação lasciva. **Migalhas**. 3 fev. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/253038/estupro-de-vulneravel-e-a-contemplacao-lasciva>.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAES SÁ, Rodrigo. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 000011, 10/07/2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

POSSARI, Livia Ferruzzi. **Distinguishing**: a técnica de distinção dos precedentes e os impactos na jurisdição. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

REALE JUNIOR, Miguel. **Direito penal**: jurisprudência em debate. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo código de processo civil** - Demandas repetitivas. In: Doutrinas essenciais - Novo processo civil - Precedentes, execução e procedimentos especiais - Volume VI. Organização: Fredie Didier Jr.; Teresa Arruda Alvim. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VITAL, Danilo. Constituir família, por si só, não afasta presunção de estupro de vulnerável. Revista **Consultor Jurídico**. 25 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-25/constituir-familia-por-si-so-nao-afasta-presuncao-de-estupro-de-vulneravel/>.