

DISTINGUISHING INCONSTITUCIONAL: A EROÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NA MATÉRIA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

DISTINGUISHING UNCONSTITUTIONAL: THE EROSION OF THE COMPREHENSIVE PROTECTION OF CHILDREN IN MATTERS OF RAPE OF VULNERABLE INDIVIDUALS

 <https://doi.org/10.63330/aurumpub.038-001>

Pedro Henrique Vila Nova Figueredo

Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/RJ e Pós-graduado em Direito Público pela Universidade São Judas Tadeu
E-mail: pedrovilanova.jus@gmail.com

RESUMO

O presente capítulo examina a evolução recente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na aplicação da técnica do *distinguishing* ao artigo 217-A do Código Penal, especialmente no período compreendido entre 2023 e 2025. Observa-se que determinadas decisões passaram a reconhecer hipóteses de afastamento da incidência típica do delito de estupro de vulnerável com fundamento em circunstâncias fáticas específicas, como a existência de vínculo afetivo, diferença etária reduzida entre os envolvidos e constituição de núcleo familiar. A partir de referencial teórico ancorado na teoria dos precedentes e da argumentação jurídica, notadamente em Frederick Schauer, Neil MacCormick, Maria Berenice Dias e Robert Alexy, entre outros, o estudo analisa os critérios de constitucionalidade e validade do *distinguishing* e sua compatibilidade com a estrutura normativa do tipo penal em questão. O trabalho dialoga, ainda, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à proteção integral da criança prevista no artigo 227 da Constituição Federal, incluindo decisões proferidas em habeas corpus que reafirmam a natureza objetiva da vulnerabilidade etária para fins penais. São examinados, entre outros precedentes, o REsp 1.480.881/PI (Tema Repetitivo 918), que deu origem à Súmula 593 do STJ, bem como decisões posteriores noticiadas nos Informativos 777 (2023) e 820 (2024), além do REsp 1.977.165/MS, a fim de mapear eventuais reconfigurações interpretativas no tratamento jurídico da vulnerabilidade etária. A análise busca verificar se a utilização do *distinguishing* nesses precedentes mantém coerência com os parâmetros teóricos que legitimam a técnica, com a sistemática constitucional de proteção integral e com o teste de proporcionalidade. Ao final, propõe-se, como alternativa interpretativa, a preservação da tipicidade sempre que presentes os elementos objetivos do tipo penal, com eventual consideração das particularidades fáticas no âmbito da culpabilidade e da dosimetria da pena, de modo a compatibilizar segurança jurídica, coerência jurisprudencial e individualização da resposta penal.

Palavras-chave: Distinguishing; Estupro de vulnerável; Direitos fundamentais; Proteção integral da criança.

ABSTRACT

This chapter examines the recent evolution of the Superior Court of Justice's jurisprudence in applying the distinguishing technique to Article 217-A of the Penal Code, especially in the period between 2023 and 2025. It observes that certain decisions have begun to recognize instances where the crime of rape of a vulnerable person is not applicable based on specific factual circumstances, such as the existence of an affective bond, a small age difference between those involved, and the formation of a family unit. Using a theoretical framework anchored in precedent theory and legal argumentation, notably in the works of Frederick Schauer, Neil MacCormick, Maria Berenice Dias, and Robert Alexy, among others, the study analyzes the criteria for the constitutionality and validity of *distinguishing* and its compatibility with the normative structure of the penal type in question. The work also engages with the jurisprudence of the Supreme Federal Court regarding the comprehensive protection of children as provided for in Article 227 of the Federal Constitution, including decisions issued in habeas corpus proceedings that reaffirm the objective nature of age-related vulnerability for penal purposes. This study examines, among other precedents, REsp 1.480.881/PI (Repetitive Theme 918), which gave rise to STJ Precedent 593, as well as subsequent decisions reported in Bulletins 777 (2023) and 820 (2024), in addition to REsp 1.977.165/MS, in order to map possible interpretative reconfigurations in the legal treatment of age-related vulnerability. The analysis seeks to verify whether the use of distinguishing in these precedents maintains coherence with the theoretical parameters that legitimize the technique, with the constitutional system of integral protection, and with the proportionality test. Finally, it proposes, as an interpretative alternative, the preservation of typicality whenever the objective elements of the criminal type are present, with possible consideration of factual particularities within the scope of culpability and sentencing, in order to reconcile legal certainty, jurisprudential coherence, and individualization of the penal response.

Keywords: Distinguishing; Rape of a vulnerable person; Fundamental rights; Comprehensive protection of children.

1 INTRODUÇÃO

1.1 O PROBLEMA JURÍDICO E SUA URGÊNCIA

A conhecida afirmação de Mário Quintana de que “as crianças não brincam de brincar, elas brincam de verdade” oferece metáfora precisa para a responsabilidade institucional que recai sobre o Poder Judiciário. Se a infância se vive em intensidade e realidade próprias, não há espaço para que o sistema de

justiça trate suas garantias como campo de experimentação hermenêutica. A atuação jurisdicional, orientada por função técnica, humanista e estruturalmente vinculada à normatividade constitucional, exige coerência metodológica e compromisso com a integridade do ordenamento. Nesse contexto, o fenômeno de erosão jurisprudencial não pode ser compreendido como desvio episódico ou anomalia circunstancial na experiência brasileira: Trata-se, antes, de manifestação de problema metodológico estrutural, consistente no emprego de técnica hermenêutica legítima quando aplicada com rigor, mas progressivamente esvaziada dos critérios formais e materiais que lhe conferem sustentação teórica e validade institucional.

Entre janeiro de 2023 e maio de 2024, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu sucessivas decisões afastando a tipicidade do artigo 217-A do Código Penal em casos que apresentavam características inconstantemente identificadas como "peculiares". O Informativo 777 do STJ, de 16 de maio de 2023, noticia julgamento em que a Corte reconheceu "distinguishing quanto ao Tema 918/STJ" em caso envolvendo réu de dezenove anos e vítima de doze anos. Posteriormente, o Informativo 820, de agosto de 2024, registra reconhecimento de "atipicidade" quando "as circunstâncias fáticas verificadas (consentimento da família da vítima, inclusive abrigando o casal por período de tempo, e a manutenção do relacionamento até os dias atuais, inclusive com nascimento de filho fruto da relação) indicam que o bem jurídico tutelado não foi vulnerado".

Nesse cenário, merece destaque decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida no Processo 0003893-17.2024.8.13.0035, pela 9ª Câmara Criminal Especializada, que absolveu acusado sob o fundamento de existência de vínculo afetivo com a vítima de doze anos, supostamente consentido pelos genitores e caracterizado como relação estável, ainda que, naturalmente se espere recurso de um acórdão assim, cabe indicar que mesmo recorrido o acórdão foi publicado. Para tanto, reconheceu ausência de violência ou coação e atribuiu relevância à aquiescência familiar e à configuração de vida em comum, inclusive com nascimento de filho, para afastar a tipicidade. A decisão ensejou reação institucional, com interposição de recurso pelo Ministério Público de Minas Gerais e abertura de apuração pelo Conselho Nacional de Justiça, evidenciando a densidade jurídica e social da controvérsia.

A atuação do TJMG, serve de exemplo central para demonstrar apenas como órgão de segundo grau, insere-se em dinâmica estrutural de influência jurisprudencial do STJ, a quem incumbe a função de uniformização da interpretação da legislação federal. A invocação do distinguishing pelo tribunal mineiro, ainda que formalmente apresentada como técnica de diferenciação de precedentes, revela tensão metodológica com a orientação consolidada no âmbito repetitivo. Essa tensão não é meramente episódica. Ela projeta, no plano infraconstitucional, o debate mais amplo sobre os limites hermenêuticos da flexibilização de normas penais protetivas e sobre a necessidade de preservação da coerência sistêmica diante da centralidade constitucional da proteção integral da criança.

Estas decisões contrastam dramaticamente com decisão paradigmática do próprio tribunal em REsp

1.480.881/PI, julgado em 26 de agosto de 2015 pela Terceira Seção do STJ, sob relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, pelo rito de recursos repetitivos. Naquela ocasião, a Corte cristalizou orientação, posteriormente codificada em Súmula 593, em 25 de outubro de 2017 – segundo a qual "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente", mas para além disso afronta o controle difuso de constitucionalidade em sentido erga omnes exercido pelo Supremo Tribunal Federal em matérias do mesmo tipo.

O reconhecimento institucional do próprio STJ na decisão de 2015 era inequívoco quanto ao fundamento: não se ignora que a norma do art. 217-A do Código Penal objetiva tutelar não só a dignidade sexual da vítima, mas também o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes.

2 A TÉCNICA DO DISTINGUISHING: GENEALOGIA, TEORIA E CRITÉRIOS DE VALIDEZ

2.1 ORIGEM HISTÓRICA E DESENVOLVIMENTO TEÓRICO

O distinguishing emerge como resposta a problema epistemológico fundamental no direito: como manter autoridade de precedentes sem permitir rigidez que paralise evolução jurisprudencial. Conforme demonstra extensa literatura jurídica, particularmente sínteses como a da Stanford Encyclopedia of Philosophy dedicada a "Precedent and Analogy in Legal Reasoning"⁵, a técnica desenvolveu-se na jurisprudência inglesa a partir do século XIII mediante reconhecimento de que diferenças factuais entre casos podiam justificar afastamento de ratio decidendi precedente.

Tecnicamente, distinguishing diferencia-se de overruling (revogação): o primeiro afirma inaplicabilidade sem questionar validade do precedente; o segundo declara invalidade da decisão anterior. Como observa Frederick Schauer em sua obra fundamental "Playing by the Rules" (1991), distinguishing representa operação retórica de demonstração que fatos de caso novo são materialmente distintos daqueles que fundamentaram o ratio do precedente, tornando-o inaplicável.

Neil MacCormick, em "Legal Reasoning and Legal Theory" (1978), estabeleceu teoria sofisticada segundo a qual raciocínio jurídico não se reduz a operação subsuntiva mecânica, mas envolve análise de comparabilidade entre casos, distinção de relevância material e argumentação sobre princípios subjacentes⁷. Esta abordagem permitiu reconhecer distinguishing não como artifício casuístico, mas como exercício legitimado de hermenêutica jurídica.

No Brasil, incorporação formal do distinguishing acelerou-se através do constitucionalismo de 1988. Artigo 102, § 2º da Constituição Federal estabeleceu que "as decisões do Supremo Tribunal Federal [...] têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário". Posteriormente, Lei

13.105/2015 (Código de Processo Civil) institucionalizou expressamente a doutrina de precedentes em seus artigos 926 e 927. O STJ, por sua natureza de tribunal de uniformização da jurisprudência, naturalmente incorporou metodologia de distinguishing como ferramenta para manutenção simultânea de autoridade vinculativa e evolução jurisprudencial.

2.2 FUNDAÇÃO TEÓRICA DA LEGITIMIDADE DO DISTINGUISHING

Conforme teoria contemporânea de direitos fundamentais de Robert Alexy, desenvolvida em "Teoría de los Derechos Fundamentales" (1985, tradução para português: Malheiros, 2017), direitos fundamentais frequentemente entram em colisão. Alexy sustenta que nem toda colisão deve ser resolvida mediante regra fixa de preferência⁹. Ao contrário, mediante teste de proporcionalidade, os tribunais devem avaliar se restrição a um direito fundamental, em contexto específico, justifica-se por prevalência de outro direito fundamental.

Neste contexto teórico, distinguishing cumpre função legítima: permite que tribunal reconheça validade geral de precedente ("princípio A aplica-se") simultaneamente com afastamento contextual ("mas não neste caso porque fatos X e Y estão presentes"). Tal operação é constitucionalmente necessária porque pressupõe colisão autêntica entre princípios fundamentais que, na hipótese concreta, exige sopesamento.

Contudo, e isto é crucial, tal colisão autêntica deve satisfazer condições formais de estruturação racional. Conforme Virgílio Afonso da Silva em obra canônica "Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia" (2009, Malheiros), a ponderação de direitos fundamentais "não é livre". Sujeita-se a critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sobre os quais se retornará na seção 4.

Portanto: distinguishing é legítimo quando (a) reconhece colisão autêntica entre direitos fundamentais de mesma hierarquia constitucional, (b) estabelece critérios replicáveis que permitiriam outro tribunal chegar a conclusão idêntica, e (c) demonstra, mediante teste de proporcionalidade, que restrição ao direito precedentemente protegido é justificada por prevalência de outro direito.

2.3 CRITÉRIOS DE VALIDEZ PARA DISTINGUISHING

Doutrina jurídica consolidada, particularmente em obra de Schauer "Thinking Like a Lawyer" (2009), identifica que distinguishing legítimo requer satisfação de múltiplos critérios:

Critério 1 – Relevância Jurídica da Diferença Factual: A distinção alegada entre caso novo e precedente não pode ser meramente factual. Deve ser juridicamente relevante para a aplicação da norma em questão. Exemplo: se precedente versa sobre roubo a residência em zona urbana, distinção quanto a roubo a propriedade rural pode ser juridicamente relevante se estrutura de vulnerabilidade da vítima, modus operandi do delito ou contexto de segurança diferem

materialmente. Inversamente, distinção baseada em "réu possui deficiência visual" em crime que não tipicamente envolve elementos visuais carece de relevância jurídica.

Critério 2 – Externalidade da Mudança Normativa: A mudança de premissa jurídica que justifica distinguishing deve ser externa ao tribunal julgador, isto é, deve derivar de decisão de tribunal hierarquicamente superior, mudança legislativa, ou evolução doutrinária consolidada. Quando tribunal distingue com fundamento em decisão sua própria anterior contrária – isto é, sem mudança normativa externa verificável – comete violação metodológica. Exemplo: se STJ decidiu que X é direito fundamental absoluto, tribunal inferior não pode distinguir caso novo alegando que "neste caso, contexto é especial", pois isto importaria em negação casuística do que a Corte estabeleceu como absoluto.

Critério 3 – Replicabilidade de Critérios Utilizados: Para evitar que distinguishing devolva ao direito caráter puramente particularista, critérios utilizados devem permitir que outro tribunal, nas mesmas circunstâncias, chegasse a conclusão idêntica. Critério objetivo (p.ex.: "agente tinha deficiência cognitiva diagnosticada por perícia específica") é replicável. Critério subjetivo (p.ex.: "juiz sentiu que caso era excepcional") é não replicável e, portanto, ilegítimo.

Critério 4 – Respeito à Hierarquia Constitucional de Normas: Quando precedente repousa sobre norma constitucional que institui direito fundamental com caráter não relativizável, distinguishing não pode enfraquecer tal proteção mediante alegação de "particularidades". A razão é lógica: se Constituição afirma que direito X é "absoluto" (no sentido de que não comporta exceção normativa), tribunal não pode através de distinguishing casuístico criar exceções que a própria Constituição vedou.

Estes quatro critérios, identificados pela doutrina jurídica de matriz anglo-saxônica e incorporados pela teoria contemporânea de direitos fundamentais, permitem distinguir entre distinguishing legítimo (operação racional, metodologicamente estruturada) e seu abuso (manipulação casuística de precedentes).

2.4 ABUSO DE DISTINGUISHING: PATOLOGIAS DO MÉTODO

Crítica jurídica consolidada identifica várias formas de abuso do distinguishing, que podem ser categorizadas:

- a) **Distinguishing Erosivo:** Aplicação reiterada de distinguishing ao mesmo precedente, cada caso invocando "peculiaridade" diversa, até esvaziar completamente conteúdo normativo do precedente. Schauer refere-se a este fenômeno como "death by a thousand qualifications"¹³. Exemplo: Súmula 593 do STJ afirma que consentimento é irrelevante. Após Súmula: caso A distingue porque "havia vínculo afetivo"; caso B porque "pais consentiram"; caso C porque "houve prole comum". Após série destes, Súmula 593 permanece formalmente válida mas

praticamente vazia.

- b) **Distinguishing Pretextual:** Alegação de diferença factual que não é juridicamente relevante para a norma em questão. Exemplo: "precedente julgou homem de 22 anos; neste caso agente tem 20 anos". A idade do agente não é elemento típico do artigo 217-A (que incide com base na idade da vítima); logo, diferença não é juridicamente relevante.
- c) **Distinguishing Contrafactual:** Utilização de critérios que contradizem a própria ratio do precedente. Exemplo: precedente afirma que "vulnerabilidade é absoluta, não admite prova em contrário"; distinguishing alegado: "mas neste caso havia consentimento e vínculo afetivo, logo vulnerabilidade foi relativizada". Isto contradiz frontalmente a proposição anterior.
- d) **Distinguishing sem Fundamentação Estruturada:** Mera afirmação de que caso é "diferente" sem demonstração de (a) qual é a diferença relevante, (b) por que essa diferença justifica afastamento da norma precedente, (c) como critério seria aplicado em futuro análogo. Representa forma não racional de exercício do poder de dizer direito.

3 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA COMO NORMA FUNDAMENTAL NÃO RELATIVIZÁVEL

3.1 O ARTIGO 227 DA CF/88: NORMATIVIDADE E FORÇA VINCULATIVA

Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, estabelece:

"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."

Sobre a normatividade deste dispositivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara. Em diversos julgados, particularmente em decisão do Ministro Celso de Mello em matéria de direitos sociais de crianças, a Corte afirmou que artigo 227 não é norma meramente programática ou orientadora¹⁴. Constitui direito fundamental com aplicabilidade imediata e eficácia plena, conforme § 1º do artigo 5º da própria Constituição.

Maria Berenice Dias (2021) sustenta que a proteção integral de crianças e adolescentes não constitui orientação subsidiária ou recomendação programática do ordenamento jurídico constitucional. Representa, ao contrário, princípio fundamental que estrutura toda hermenêutica jurídica. A autora ainda diz que princípios constitucionais como dignidade, igualdade, liberdade e proteção integral transcendem divisões disciplinares, aplicando-se indistintamente a todos os ramos do direito com caráter imperativo. Conforme sua análise, estes princípios não comportam relativização conforme contexto específico ou preferência

interpretativa. Funcionam, antes, como estrutura orientadora que vincula o intérprete a valores que transcendem avaliações casuísticas.

A expressão "com absoluta prioridade" é determinante. Não significa simplesmente "prioridade elevada" ou "preferência geral". Conforme doutrina especializada, particularmente em trabalhos de Flávia Piovesan sobre direitos humanos de crianças, "prioridade absoluta" significa que em qualquer conflito entre direitos colidentes, quando um deles for direito de criança, este deve prevalecer como questão de princípio constitucional, não de avaliação casuística de interesses. Nesse sentido também cabe mencionar que conforme Hartung em sua tese (2019, p. 269) a proteção integral, doutrina originariamente constitucional, fora inaugurada com o termo "absoluta prioridade", dado que tal soma de palavras não aparece em nenhum outro momento da Constituição Brasileira de 1988.

Essa proteção especial e abrangente contra todas as formas de violência, tendo em vista sua condição de indivíduos em estágio peculiar de desenvolvimento, entendimento consolidado em tratados e normativas dos sistemas regionais e internacionais de direitos humanos. No plano constitucional, são titulares de direitos fundamentais pelo simples fato do nascimento, independentemente de idade ou de suposta capacidade de invocá-los por conta própria, uma vez que tal aferição de capacidade fática não se aplica ao Direito Constitucional, inclusive para fins de acesso aos remédios constitucionais (Hartung, 2019, p. 266). O autor aponta que análises fundadas em pressupostos adultocêntricos ignoram que a criança realiza e frui seus direitos de modo próprio e diverso do adulto, e que nem todo direito fundamental exige invocação ativa por parte de seu titular, como ocorre com o direito de ser cuidada e criada livre de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão. Nesse sentido, qualquer interferência na forma infantil de expressar e exercer direitos fundamentais pode comprometer gravemente o desenvolvimento sadio e integral da criança, pois suas manifestações, ainda que elementares sob a perspectiva adulta, como chorar, engatinhar, balbuciar, brincar ou expressar opiniões, são indispensáveis ao desenvolvimento humano e, quando suprimidas por ação ou omissão, configuram violações de direitos fundamentais que devem ser tratadas com igual seriedade.

Esse reconhecimento de que as manifestações infantis constituem expressões legítimas de direitos fundamentais, cuja supressão configura violação a ser levada a sério pelo ordenamento jurídico, encontra desdobramento concreto na resposta do sistema de justiça brasileiro às situações em que a vulnerabilidade da criança é mais acentuada. Se no plano teórico e normativo a Doutrina da Proteção Integral exige que o direito enxergue a criança a partir de sua própria condição e não através de filtros adultocêntricos, no plano jurisprudencial essa mesma lógica impõe que o Estado atue de forma robusta e incondicional na tutela de sua integridade, especialmente diante de condutas que atingem o núcleo essencial de seu desenvolvimento. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal tem construído e reafirmado uma orientação voltada à proteção absoluta das crianças menores de quatorze anos contra a violência sexual, vedando interpretações

que, ao relativizar a tutela penal com base em categorias pensadas para o universo adulto, acabariam por reproduzir, no campo jurídico, exatamente o adultocentrismo que o direito constitucional da criança busca superar.

O STF consolidou, em grau crescente de precedência, uma orientação jurisprudencial que reforça a inviolabilidade da tutela penal e constitucional conferida às crianças menores de quatorze anos. Em decisões recentes, a Corte reafirmou que qualquer ato sexual praticado com pessoa nessa faixa etária subsume-se, em regra, ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, de modo independente de alegado consentimento, vínculo afetivo ou experiência sexual prévia da suposta vítima. Esse entendimento foi explicitado, entre outras decisões, no Agravo Regimental identificado como AgR-segundo 1.319.028 (julgado em junho de 2024) e reiterado em sede de habeas corpus no processo HC 262747-AgR (decidido em novembro/dezembro de 2025), nos quais o Tribunal consignou que, tratando-se de menor de quatorze anos, “não há sequer suporte ético para caminho hermenêutico diverso” e que o consentimento da vítima é irrelevante diante da presunção absoluta de violência. As teses firmadas encontram também apoio em precedente do Plenário do Tribunal, no Habeas Corpus 123.971 (relator: Ministro Roberto Barroso, julgamento de 25 de fevereiro de 2016), que aplicou o princípio da proibição de proteção deficiente para autorizar a tutela penal pública sempre que a aplicação literal de dispositivo infraconstitucional viesse a paralisar a proteção constitucional da criança prevista no art. 227 da Constituição.

A posição do Supremo Tribunal Federal funda-se em dois vetores hermenêuticos e constitucionais. O primeiro tem natureza material: a proteção integral da criança, estabelecida no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, impõe ao Estado o dever de adotar medidas efetivas de prevenção, responsabilização e reparação em face de violações sexuais contra menores, traduzindo-se, no plano penal, em presunções jurídicas protetivas que excluem a relevância do consentimento. O segundo é institucional: enquanto órgão de superposição responsável pela uniformização da interpretação constitucional, o Tribunal atua para evitar decisões contraditórias que resultem em diferença substancial de proteção entre vítimas em situação equivalente, em respeito à efetividade dos direitos fundamentais e à segurança jurídica.

Em termos práticos, a doutrina e a jurisprudência constitucionais apontam que a técnica do *distinguishing*, legítima enquanto expediente de controle de precedentes quando fundada em diferença fática ou jurídica materialmente relevante e replicável, não pode ser mobilizada de modo a reduzir a eficácia de normas constitucionais de proteção especial. Quando o *distinguishing* for utilizado para afastar a incidência do tipo penal que tutela a infância, corre-se o risco de criar vácuos protetivos e de conferir resultados incompatíveis com o padrão constitucional, penal e processual penal que o Tribunal tem buscado consolidar.

A configuração supranacional dos parâmetros protetivos corrobora a direção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A Convention on the Rights of the Child (Convenção sobre os Direitos da

Criança), instrumento ratificado pelo Brasil, impõe ao Estado obrigação de proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual e de adotar medidas processuais e materiais que assegurem reparação e responsabilização efetiva. No plano regional, a Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção das Crianças contra a Exploração e o Abuso Sexual (Convenção de Lanzarote) e a jurisprudência e orientações do European Court of Human Rights apontam para a necessidade de regimes penais e processuais que evitem a revitimização e assegurem a responsabilização do agente. Esses padrões internacionais têm servido de referência comparada para a interpretação protetiva adotada internamente e mostram que a postura brasileira não está isolada no plano normativo global.

Da análise combinada dos marcos constitucionais, penais e internacionais decorre uma solução interpretativa compatível com o Estado constitucional de direito: a manutenção da subsunção típica sempre que presentes os elementos objetivos descritos no art. 217-A, concomitante à adoção rigorosa de instrumentos de individualização da resposta penal. Em outras palavras, o reconhecimento do crime não obsta a que o julgador, com fundamentação idônea, considere, na esfera da culpabilidade e da dosimetria, circunstâncias pessoais do agente (por exemplo, erro de tipo, erro de proibição, possível menoridade relativa ou participação marginal), bem como medidas reparadoras e socioeducativas voltadas à proteção integral da vítima. Essa solução preserva a eficácia normativa da regra protetiva e, ao mesmo tempo, permite que o sistema de justiça penal responda de forma justa e proporcional às complexidades fáticas que eventualmente se apresentem.

Nesse sentido cabe dizer que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Processo 0003893-17.2024.8.13.0035, ao reconhecer a atipicidade da conduta sob o argumento de existência de vínculo afetivo e de suposta constituição de entidade familiar entre homem adulto e menina de doze anos, desloca o eixo normativo da proteção integral para uma lógica de validação fática do relacionamento, o que fere diretamente a lógica já evidenciada neste trabalho. Ao atribuir relevo jurídico à anuência dos genitores, à convivência e ao nascimento de filho, o acórdão opera uma inversão metodológica relevante, pois utiliza como fundamento excludente da tipicidade exatamente os elementos que, em perspectiva constitucional e penal, deveriam reforçar a incidência da norma protetiva. Pois a diretriz erga omnes não se compatibiliza com a legitimação de relações assimétricas que envolvem acentuada disparidade etária e maturacional, sobretudo quando a própria legislação civil brasileira fixa idade mínima para o casamento e condiciona a capacidade civil a estágios progressivos de desenvolvimento. A noção constitucional de família não pode ser instrumentalizada para cancelar situação que nasce de relação juridicamente qualificada como crime.

Por fim, a função do Supremo Tribunal Federal como instância de uniformização é decisiva para impedir que interpretações casuísticas ou contraditórias, inclusive aquelas que utilizem de modo extensivo o *distinguishing*, provoquem erosão da proteção atribuída constitucionalmente às crianças. A

jurisprudência remansosa da Corte, ilustrada pelos julgados mencionados (AgR-segundo 1.319.028; HC 262747-AgR; HC 123.971), estabelece parâmetros invioláveis no encontro entre direito constitucional, direito penal e direito processual penal, que devem orientar o controle jurisdicional e as políticas públicas destinadas a assegurar, de fato, a prioridade absoluta prevista na Constituição.

3.2 A SÚMULA 593 E O RESP 1.480.881/PI: CRISTALIZAÇÃO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Decisão do REsp 1.480.881/PI foi proferida sob rito de recursos repetitivos, instituto processual que confere ao acórdão resultante eficácia vinculante similar à de julgado sobre matéria constitucional. Naquela oportunidade, Terceira Seção do STJ, por unanimidade, cristalizou tese sob o seguinte enunciado:

"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."¹⁹

O voto condutor do Ministro Rogério Schietti Cruz foi particularmente claro quanto ao fundamento constitucional, mas em outra oportunidade ao julgar o **AgRg no REsp 1465769**, disse:

"[...] 2. Por força do recente julgamento do REsp repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato de libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 3. A tese assentada é clara: 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. [...]"

Logo é notório que 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.

Importa notar: o voto não fala em presunção (relativa) de incapacidade de consentimento. Fala em incapacidade absoluta baseada em desenvolvimento neurológico e psicológico. Menores de 14 anos, segundo a jurisprudência consolidada do STJ, não são incapazes de consentir "presuntivamente" (isto é, com possibilidade de prova em contrário). São incapazes absolutamente, como questão de fato antropológico e proteção constitucional.

Esta compreensão foi reafirmada legislativamente pela Lei 13.718/2018, que inseriu parágrafo 5º ao artigo 217-A do Código Penal:

"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."²¹

A Lei é absolutamente inequívoca: o legislador ordinário propositalmente eliminou qualquer possibilidade de defesa baseada em "consentimento" ou "experiência sexual anterior". O objetivo era encerrar debate anterior (que havia sob regime do artigo 224 anterior) e estabelecer de vez a vulnerabilidade absoluta como questão legal, não presumível.

Posteriormente, decisão REsp 1.480.881/PI foi cristalizada em Súmula 593, aprovada em 25 de outubro de 2017. E, ainda, foi reconhecida como "Tema Repetitivo 918" do STJ, com eficácia vinculante para toda Corte.

3.3 DIREITO FUNDAMENTAL: APLICAÇÃO DA HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

Afirmar que o artigo 227 estabelece direito fundamental "não relativizável" requer precisão terminológica. Não significa que direito é "absoluto" no sentido tradicional (isto é, que nunca enfrenta limitações). Significa que a específica proteção estabelecida – crianças devem ser protegidas contra "exploração, violência, crueldade e opressão" – não é objeto de ponderação no sentido de possível restrição mediante colisão com interesse diverso.

Daniel Sarmiento, em análise sistemática sobre o exercício da ponderação constitucional, argumenta que este não se trata de processo puramente discricionário ou dependente de sensibilidade individual do julgador. Conforme sua compreensão, a ponderação de interesses constitucionais deve ser operação racionalmente estruturada, capaz de oferecer critérios metodológicos que permitam distinguir entre sopesamento constitucionalmente legítimo e manipulação casuística de direitos fundamentais. Conforme teoria de Alexy sobre direitos fundamentais, existem dois tipos de normas constitucionais: regras e princípios. Regras aplicam-se mediante subsunção (ou se aplicam, ou não se aplicam). Princípios aplicam-se mediante ponderação (em colisão, um pode ceder ao outro mediante sopesamento).

A questão jurídica fundamental é: artigo 227 (proteção integral contra exploração sexual) é regra ou princípio?

A questão jurídica que fundamenta toda investigação envolve conflito normativo que exige análise precisa de hierarquia constitucional. Quando o Superior Tribunal de Justiça aplica distinguishing para afastar a tipicidade do artigo 217-A do Código Penal, não o faz meramente reinterpretando norma infraconstitucional. Realiza, ainda que implicitamente, operação que coloca em tensão a regra contida no

artigo 217-A e o princípio constitucional de proteção integral da criança estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal.

A questão preliminar é de suma importância: mesmo que se reconheça que se trata de conflito entre duas REGRAS (a do artigo 217-A do Código Penal e uma hipotética regra constitucional de proteção integral), a técnica jurídica de resolução de antinomias oferece resposta clara e inequívoca. Conforme doutrina consolidada sobre conflitos normativos, quando há antinomia entre norma constitucional e norma infraconstitucional, a primeira prevalece. A Constituição Federal, como lei fundamental do Estado, situa-se no topo da hierarquia jurídica, e qualquer norma infraconstitucional que com ela colida deve ser interpretada conforme a Constituição ou declarada inconstitucional. Desta forma, ainda que o artigo 217-A fosse regra que conflitava diretamente com regra constitucional, a solução seria mandatória: aplicar a regra constitucional e recusar a aplicação da regra infraconstitucional.

Contudo, a análise mais precisa revela que o conflito não é entre regras, mas entre uma REGRA infraconstitucional (artigo 217-A) e um PRINCÍPIO constitucional (artigo 227). O artigo 227 não estabelece meramente regra categórica que proíbe exploração sexual de menores. Estabelece princípio mais amplo de proteção integral da criança que fundamenta toda estrutura de direitos dedicados à infância no ordenamento jurídico brasileiro. Princípio não porque careça de normatividade, mas porque admite variações em sua aplicação conforme contexto e porque fundamenta múltiplas regras derivadas.

Quando PRINCÍPIO e REGRA colidem, a técnica apropriada é a ponderação conforme teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy. Contudo – e isto é absolutamente determinante – a ponderação não se aplica indistintamente a toda situação. Ponderação opera apropriadamente quando há colisão entre DOIS PRINCÍPIOS de mesma hierarquia constitucional, exigindo que se determine qual prevalece no caso concreto. Aqui, encontra-se colisão entre o PRINCÍPIO de proteção integral da criança (artigo 227) e outros PRINCÍPIOS constitucionais como devido processo legal, direito de defesa e individualização da pena (artigos 5º, XXXV e LIV).

O legislador ordinário já efetuou a ponderação entre estes princípios quando tipificou o artigo 217-A em sua forma categórica, estabelecendo que vulnerabilidade de menor de 14 anos é absoluta, não admitindo prova em contrário. Esta tipificação representa o resultado de ponderação legislativa entre princípios: o legislador decidiu que, nesta faixa etária específica, o princípio de proteção integral deve prevalecer absolutamente sobre qualquer argumentação de devido processo ou individualização. Resultado dessa ponderação legislativa é regra: menores de 14 anos são vulneráveis para fins penais.

Portanto, embora a estrutura fundamental seja de colisão entre princípios (resolvida legislativamente), sua operacionalização no plano tipológico é de REGRA. Quando tribunal invoca *distinguishing* para afastar a tipicidade alegando "particularidades" ou "complexidade fática", tenta reabrir a colisão entre princípios que o legislador constituinte e ordinário já resolveram. Isto não apenas

viola a regra que o legislador estabeleceu; viola também o princípio de separação de poderes que impede o tribunal de funcionar como legislador.

4 ANÁLISE CRÍTICA: APLICAÇÃO INADEQUADA DE DISTINGUISHING NO STJ

4.1 GENEALOGIA DA EROSÃO JURISPRUDENCIAL: FASES HISTÓRICAS

A aplicação inadequada de distinguishing ao artigo 217-A não surgiu abruptamente. Evoluiu através de fases identificáveis:

Fase 1 (até 2009): Sob regime anterior (artigo 224, CP), jurisprudência aplicava presunção de violência. Havia debate doutrinário sobre se presunção era relativa ou absoluta, mas jurisprudência majoritária aplicava-a rigidamente. Não havia questionamento frequente de presunção.

Fase 2 (2009-2015): Lei 12.015/2009 tipifica artigo 217-A. Jurisprudência questiona se vulnerabilidade é "absoluta" ou "relativa". Doutrinador influente, Guilherme de Souza Nucci, defende a tese de vulnerabilidade **relativa** para maiores de 12 anos, admitindo "prova em contrário"²³. Primeira decisão do STJ (2015), porém, rejeita esta visão, consolidando "vulnerabilidade absoluta".

Fase 3 (2015-2020): Após REsp 1.480.881/PI e Súmula 593, jurisprudência minoritária começa afastar tipicidade discretamente. Motivos invocados: "circunstâncias do caso", "complexidade fática", "erro de proibição". Não há ainda padronização.

Fase 4 (2020-2023): Jurisprudência consolida-se em torno de critérios específicos (vínculo afetivo, diferença etária reduzida, prole comum, consentimento de pais). Decisões começam explicitamente invocar "distinguishing". Informativo 777 (maio 2023) representa cristalização desta segunda jurisprudência.

Fase 5 (2024-presente): Informativo 820 (agosto 2024) refere-se não apenas a "distinguishing" mas a "derrotabilidade da norma", sugerindo que norma não é categórica mas "derrotável" através de fatos específicos.

Esta genealogia sugere que não há oscilação aleatória, mas progressiva erosão mediante acumulação de exceções casuística, o que dá permissividade aos tribunais de segundo grau, para proferir decisões com um grau de altíssima inobservância aos precedentes constitucionais acerca do assunto.

4.2 MAPEAMENTO DE CRITÉRIOS AD HOC: VÁCUO NORMATIVO ESTRUTURAL

Análise sistemática das decisões do STJ entre 2023 e 2024 revela vácuo normativo: não existem critérios formais e articulados que permitam prever quando a tipicidade será afastada. Ao invés, cada decisão invoca conjunto diverso de fatores: O quadro analítico demonstra que não há critério único,

replicável e verificável. Cada caso apresenta combinação diversa de fatores, nenhuma dos quais é necessária (porque nem sempre está presente) nem suficiente (porque presença de um não garante conclusão).

Isto satisfaz caracterização de **vácuo normativo**: operadores jurídicos (juízes de primeiro grau, tribunais estaduais) não possuem regra decisória clara. Resultado é divergência jurisprudencial não apenas entre STJ e tribunais estaduais, mas dentro do próprio STJ (Terceira Seção vs. Quinta Turma vs. Sexta Turma aplicam critérios distintos).

4.3 VIOLAÇÃO DOS QUATRO CRITÉRIOS DE VALIDEZ DO DISTINGUISHING

Aplicando os critérios de validade estabelecidos na Seção 2.3, demonstra-se que distinguishing invocado no STJ viola todos eles:

4.3.1 Violação do Critério 1 (Relevância Jurídica)

Artigo 217-A não tipifica "violência sexual". Tipifica "conduta sexual com menor de 14 anos". Os elementos constitutivos do tipo são: Sujeito ativo: qualquer pessoa; Sujeito passivo: pessoa menor de 14 anos; Conduta: conjunção carnal ou ato libidinoso e Elemento subjetivo: dolo.

Nenhum destes elementos típicos é: vínculo afetivo, concordância de pais, prole comum, diferença etária entre agente e vítima, ou "contexto de relacionamento". Portanto, alegações de distinguishing baseadas nestes fatores invocam diferenças factuais mas não juridicamente relevantes ao tipo.

Exemplo: se precedente julgou roubo qualificado (artigo 158, § 2º), e novo caso é roubo simples (artigo 155), distinção é juridicamente relevante porque elementos estruturais do tipo diferem. Mas se precedente julgou "conduta sexual com menor de 14 anos" e novo caso envolve "conduta sexual com menor de 14 anos", nenhuma diferença factual (vínculo afetivo, pais concordaram, etc.) altera a tipicidade objetiva.

4.3.2 Violação do Critério 2 (Externalidade de Mudança Normativa)

Não houve mudança normativa externa que justificasse distinguishing em matéria de artigo 217-A. A Lei 13.718/2018 reafirmou, não alterou, a posição anterior. Nenhuma decisão do STF declarou inconstitucional a tipificação ou sua aplicação a casos com "vínculo afetivo". Nenhuma evolução doutrinária consensual em âmbito internacional abandonou a vulnerabilidade absoluta de menores de 14 anos.

Portanto, quando STJ distingue, o faz com fundamento em avaliação casuística própria, não em mudança normativa externa. Isto viola frontalmente o Critério 2.

4.3.3 Violação do Critério 3 (Replicabilidade)

Critérios invocados são fundamentalmente subjetivos: "Vínculo afetivo": como se mede? Como se

distingue de relacionamento meramente sexual?; "Diferença etária reduzida": quantos anos constitui "reduzida"? (Nos casos examinados: 7 anos? 5 anos? 2 anos?); "Contexto afetivo legítimo": o que torna "legítimo" um contexto que a lei proíbe?; "Prole comum": por que filho comum do casal torna a relação que o gerou legal?

Nenhum destes critérios poderia ser aplicado por tribunal estadual distinto e chegar-se a mesma conclusão. Cada julgador teria compreensão diversa de "reduzido", "afetivo" ou "legítimo". Logo, critérios não são replicáveis.

4.3.4 Violação do Critério 4 (Respeito à Hierarquia Constitucional)

Artigo 227 estabelece que crianças devem estar "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". O artigo 217-A implementa esta proteção criando tipo penal categórico sem exceções.

Quando STJ distingue invocando particularidades, implicitamente está convertendo regra constitucional (proteção absoluta contra exploração) em princípio ponderável (proteção, salvo em circunstâncias especiais). Tal conversão viola hierarquia constitucional de normas: tribunal não pode reduzir força vinculativa de norma constitucional fundamental através de jurisprudência. Especialmente não pode haver aplicação de distinguish em matéria de direitos fundamentais, sob pena de flexibilização de suas violações.

4.4 ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES PARADIGMÁTICAS

4.4.1 REsp 1.977.165/MS

Informativo 777 (maio 2023) noticia decisão da Sexta Turma em que "admite-se o distinguishing quanto ao Tema 918/STJ na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma (o réu possuía 19 anos de idade, ao passo que a vítima contava com 12 anos de idade), bem como há concordância dos pais da menor somado a vontade da vítima de conviver com o réu e o nascimento do filho do casal".

Análise crítica:

1. **Critério da "diferença etária":** O acórdão paradigma (REsp 1.480.881/PI) envolvia agente com "idade superior a 21 anos" e vítima de 8 anos (diferença de mais de 13 anos). O novo caso: agente de 19 anos e vítima de 12 anos (diferença de 7 anos). A Corte infere que "diferença não se mostrou tão distante".

Problema: não há justificativa de por que diferença etária seria relevante juridicamente ao artigo 217-A. O tipo penal não faz distinção baseada em idade do agente. Lei 12.015/2009 rejeitou regressivamente "atenuadores" como diferença etária. Logo, invocar "diferença não tão

distante" viola Critério 1 (relevância jurídica).

2. **Critério da "concordância dos pais":** Novo caso envolveu consentimento de pais. Voto argumenta que isto modificaria análise.

Problema: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), artigo 14, restringe capacidade de pais de tomar certas decisões em nome de filhos. Lei não autoriza pais a "consentir" com relação sexual de filha com adulto. Portanto, "concordância dos pais" não tem relevância jurídica ao artigo 217-A (que tipifica conduta do agente, não capacidade de pais).

1. **Critério do "nascimento de filho":** Argumento é que prole comum tornaria relação "íntima" e "familiar", logo merecedora de proteção diversa.

Problema: A relação sexual que gerou a prole é precisamente aquela que constitui o crime. Circunstância de ter gerado prole não legitima retroativamente conduta criminosa anterior. Seria absurdo afirmar que assassinato é lícito quando a vítima tem filhos que dependem do agressor. Essa seria uma inversão do real significado de família e uma instrumentalização do corpo feminino, pois em última análise se vê que a relativização da presunção protetiva do art. 217-A, quando justificada por argumentos como prole comum ou vínculo afetivo, não é apenas uma questão técnico-penal: trata-se também de um problema de gênero. Soraia Mendes (2024) que investiga o fenômeno do *lawfare* de gênero mostram que estratégias jurídicas que reconduzem a conduta criminal à esfera da intimidade familiar instrumentalizam o corpo feminino menor e deslocam a vítima para a condição de justificadora do crime, o que produz efeitos de revitimização e de neutralização da tutela estatal. Assim, embora a controvérsia se apresente, em aparência, como mera flexibilização da proteção integral, a decisão revela dimensão mais profunda, na medida em que pode expor traços estruturais de uma racionalidade judicial ainda permeada por padrões históricos de assimetria de gênero, tendentes a mitigar a responsabilidade do agressor masculino e a reduzir a centralidade da vítima feminina, cuja condição de vulnerabilidade é agravada precisamente por sua idade.

A decisão ilustra exatamente as violações descritas em 4.3: invoca fatores não juridicamente relevantes, sem justificativa normativa externa, com critérios não replicáveis, relativizando norma constitucional fundamental.

4.4.2 Informativo 820 (Agosto 2024)

Informativo 820 noticia decisão de segredo de justiça em que STJ reconheceu possibilidade de reconhecimento da atipicidade de conduta que poderia configurar o crime de estupro de vulnerável, quando as circunstâncias fáticas verificadas indicam que o bem jurídico tutelado não foi vulnerado.

O voto afirma: não se ignora que a norma do art. 217-A do Código Penal objetiva tutelar não só a

dignidade sexual da vítima, mas também o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes. No entanto, o contexto que precedeu a prática delitiva (consentimento da família da vítima, inclusive abrigando o casal por período de tempo) e as circunstâncias fáticas verificadas durante a conduta (manutenção do relacionamento até os dias atuais, inclusive com notícia de filho fruto da relação), indicam que o bem jurídico tutelado não foi vulnerado.

1. **Contradição lógica:** O voto reconhece que artigo 217-A visa "tutelar o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes". Depois conclui que, apesar disto, "bem jurídico não foi vulnerado" porque houve "vínculo afetivo" e "prole comum".

Mas se a norma tutela "desenvolvimento psíquico" de menores, como se afirmar que conduta sexual de adulto com criança de 12 anos não vulnera tal bem? Desenvolvimento psíquico é exatamente aquilo que está em risco.

2. **Inversão de ônus probatório:** A norma estabelece que vulnerabilidade é **absoluta**. Logo, para que tipicidade deixasse de incidir, seria necessário demonstrar que não houve conduta sexual com menor de 14 anos (questão de fato). Inversamente, voto infere que porque "houve vínculo" e "prole", então "bem não foi vulnerado".

Isto inverte a lógica: trata vulnerabilidade (categoria legal) como se fosse "dano real" (categoria factual), exigindo prova de que lesão ocorreu. Mas vulnerabilidade não é isto: é categoria jurídica que presume incapacidade de consentimento.

3. **Ressignificação de "exploração":** Voto distingue entre "exploração sexual" (proibida) e "relacionamento afetivo" (permitido). Mas Lei 12.015/2009 revogou expressamente categoria de "exploração sexual" precisamente para evitar este tipo de distinção. O que a lei proíbe agora é simples "conduta sexual com menor de 14 anos", sem qualificadores.

4.5 INSEGURANÇA JURÍDICA ESTRUTURAL: CONSEQUÊNCIAS SISTÊMICAS

A prática casuística de distinguishing sem critérios formais gera consequências estruturais:

- a) **Divergência Jurisprudencial Interna:** Terceira Seção do STJ (que proferiu REsp 1.480.881/PI) não é mencionada nas decisões recentes de Sexta Turma que aplicam distinguishing. Resultado: mesma Corte, mesma lei, mesma Súmula, mas conclusões divergentes conforme turma julgadora. Isto compromete unidade da jurisprudência que é própria razão de ser do STJ.
- b) **Impacto Desproporcional em Vítimas:** Proteção penal de criança passa a depender de qual turma é sorteada, qual juiz, qual tribunal. Menina de 12 anos que é vítima em São Paulo pode ter agressor condenado; menina idêntica em Minas Gerais pode ter agressor absolvido. Isto é manifesto violação de igualdade.

- c) **Precedentes para Relativizar Outras Proteções:** Se técnica funciona em artigo 217-A, pode ser replicada em Lei Maria da Penha (violência doméstica contra mulher), Lei de Estatuto de Deficiente, proteção de idosos. Risco é desmonte sistemático de proteções constitucionais através de jurisprudência.
- d) **Normalização Discursiva de Relações Ilícitas:** Quando decisões judiciais que relativizam réus em casos de exploração sexual de crianças ganham visibilidade, produz efeito discursivo de normalização. A mensagem social transmitida é que relacionamento com criança é complexo moralmente, não crime claro.

5 ANÁLISE MEDIANTE TESTE DA PROPORCIONALIDADE

5.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO TESTE TRÍPLICE

Robert Alexy estabeleceu em sua teoria de direitos fundamentais que quando norma constitucional restringe direito fundamental, tal restrição deve satisfazer teste estruturado em três fases sucessivas. A primeira fase, adequação, questiona se o meio escolhido é apropriado para atingir o fim perseguido. A segunda fase, necessidade, indaga se existe meio menos restritivo ao direito afetado que atinja igualmente o fim. A terceira fase, proporcionalidade em sentido estrito, pergunta se o benefício obtido compensa o sacrifício do direito.

A argumentação fundada na teoria da colisão de princípios é recorrente na jurisprudência do STF. Trata-se de um dos instrumentos mais manejados para superar o conflito entre normas de direitos fundamentais. A título ilustrativo, podemos observar que esse raciocínio também foi empregado no caso da prisão civil do depositário infiel e também da ADPF 54, ADPF 618.

Virgílio Afonso da Silva, tradutor de Alexy para português e principal desenvolvedor desta teoria no Brasil, enfatiza que proporcionalidade não é operação livre ou discricionária. Sujeita-se a critérios racionais que permitem distinguir, de forma objetiva, entre restrição legítima e abuso de poder. Este rigor metodológico é essencial: sem estrutura clara, o teste da proporcionalidade se converteria em instrumento de arbitrariedade judicial, precisamente o oposto de sua função.

A aplicação deste teste ao caso sob exame é direta: quando o Superior Tribunal de Justiça afasta a tipicidade do artigo 217-A mediante distinguishing, satisfaz o teste da proporcionalidade? A resposta requer análise sistemática de cada fase. Para tanto, se considerado conflito de princípios qual seria o resultado apropriado, sem envergar os ensinamentos de Alexy?

5.2 FASE 1: ADEQUAÇÃO

A questão fundamental desta fase é: afastamento da tipicidade é apropriado para atingir qual fim constitucional? A fundamentação típica dos votos que aplicam distinguishing não é clara quanto ao objetivo

perseguido. Diferentes decisões invocam justificativas distintas, algumas vezes não explicitadas.

Implicitamente, os votos sugerem que o afastamento da tipicidade promoveria fim de proteção da criança. Outras vezes, invocam fim de individualização da pena. Ocasionalmente, referem-se ao respeito ao direito de defesa do acusado. Estas justificativas não são equivalentes; requerem análise separada.

Considerando primeiro a hipótese de que o fim seria proteção da criança: este objetivo fracassa no critério de adequação. O afastamento da tipicidade não é meio apropriado para proteger criança. Ao contrário, enfraquece significativamente a proteção. Se o objetivo genuíno fosse proteger menores de 14 anos contra exploração sexual, manteria-se intacta a tipicidade categórica e considerariam-se particularidades do caso exclusivamente na dosimetria penal.

Considerando agora os fins de individualização da pena e respeito ao direito de defesa: estes fins não se realizam adequadamente no plano tipológico. Realizam-se apropriadamente nos planos culpável e executivo. Conforme teoria jurídico-penal consolidada, o sistema penal articula-se em três dimensões estruturantes. O plano tipológico determina qual conduta é proibida. O plano culpável determina se o agente é pessoalmente responsável. O plano executivo ou dosimetria determina a intensidade da sanção.

Individualização da pena é matéria que pertence aos planos culpável e executivo. Envolve consideração de circunstâncias pessoais atenuantes ou agravantes, análise de capacidade de compreensão do agente, exame de erro de proibição, avaliação de antecedentes e personalidade. Nenhum destes elementos opera apropriadamente no plano tipológico.

Confundir estes planos constitui erro elementar na aplicação da dogmática penal. Não é porque um caso apresenta circunstâncias que o tornam "complexo" que a tipicidade desaparece. Significa que culpabilidade é reduzida e pena é atenuada. Não é porque o agente "teve motivos compreensíveis" que o crime deixa de existir. Significa que seus motivos devem ser considerados como fator atenuante.

Conclusão sobre adequação: O afastamento da tipicidade falha decisivamente no critério de adequação. Não é meio apropriado para atingir fim legítimo algum. Quanto ao fim de proteção da criança, enfraquece o que deveria fortalecer. Quanto aos fins de individualização e direito de defesa, estes realizam-se em outro plano da dogmática, tornando desnecessário o afastamento tipológico.

5.3 FASE 2: NECESSIDADE

A pergunta desta fase é clara: existem meios menos restritivos à proteção integral da criança que alcancem igualmente os fins invocados de individualização e direito de defesa? A resposta é inequívoca: sim, existem.

A alternativa menos restritiva consiste em manter intacta a tipicidade e realizar a individualização responsável na dosimetria penal mediante análise qualificada de circunstâncias judiciais conforme artigo 59 do Código Penal. Conforme doutrina consolidada e prática jurisprudencial estabelecida, o magistrado

pode considerar múltiplos elementos nesta etapa. Pode examinar a personalidade do agente, analisando se perícia demonstra existência de transtorno específico que compromete discernimento. Pode avaliar antecedentes criminais ou sua ausência.

O juiz pode investigar os motivos do crime, reconhecendo se havia erro de tipo demonstrável que pudesse afetar a avaliação pessoal de ilicitude. Pode analisar as circunstâncias específicas do fato, identificando se houve, por exemplo, pressão familiar ou coação interna que atenuasse a capacidade decisória. Pode ainda examinar as consequências do crime, embora com cuidado metodológico: a ausência de "dano real" verificável não afasta a lesão presumida ao desenvolvimento psíquico, mas pode constituir fator a ser considerado na avaliação qualitativa de reprovabilidade.

Igualmente, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o agente pode obter atenuantes legais qualificadas quando circunstâncias específicas estejam presentes. Erro de proibição legítimo, demonstrado mediante prova adequada, exclui ou atenua culpabilidade. Comportamento adequado posterior ao delito pode constituir atenuante. Reparação espontânea de danos oferece fundamento para redução de pena.

O magistrado pode, portanto, sem negar a tipicidade, proferir sentença fundamentada que reconheça simultaneamente: a tipicidade do delito está configurada, houve conjunção carnal com menor de 14 anos sob tipo penal objetivo; contudo, considerando que pais da menor consentiram, que não houve violência aparente, e que agente era adolescente com dezenove anos, reconheço culpabilidade reduzida e aplico pena substancialmente menor que o mínimo legal, conforme autorizado por artigos pertinentes. Nada impede esta estruturação. Inúmeros casos são julgados precisamente desta forma, reconhecendo crime mas aplicando pena atenuada.

Este exemplo demonstra que os fins alegados (individualização, humanização, consideração de complexidade) realizam-se plenamente mantendo tipicidade intacta. O afastamento da tipicidade é, portanto, desnecessário. Existem meios menos restritivos à proteção integral que atingem igualmente os fins invocados.

Notoriamente, o critério falha completamente. Existe alternativa menos restritiva disponível no próprio ordenamento jurídico que atende aos fins legítimos sem sacrificar a proteção fundamental.

5.4 FASE 3: PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A terceira fase requer sopesamento genuíno: o sacrifício da proteção integral da criança compensa o ganho de "individualização" casuística? Esta é operação de balanceamento que exige cuidado e rigor.

No lado A, o que se sacrifica com o afastamento da tipicidade é substancial. Sacrifica-se a proteção constitucional integral de crianças contra exploração sexual, consagrada no artigo 227. Sacrifica-se a mensagem normativa clara de que relação sexual com menor de 14 anos é categoricamente proibida pela

ordem jurídica. Sacrifica-se a segurança jurídica e previsibilidade que permitiria vítimas e operadores jurídicos compreender quando o crime será reconhecido.

Sacrifica-se igualmente a uniformidade de aplicação, elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Quando cada turma julgadora aplica critério diverso, proteção depende de sorteio processual, não de regra de direito. Sacrifica-se ainda a proteção preventiva que a clareza normativa oferece: quando decisões judiciais normalizam relações que deveriam ser categorizadas como crime, reduz-se drasticamente o efeito intimidatório que a pena pretende exercer.

No lado B, o que se ganha é singular e casuístico. Em um caso específico, o agente recebe julgamento que considera sua "complexidade" pessoal. Existe possibilidade de pena reduzida. Há reconhecimento de que nem toda relação sexual com criança é "igualmente grave" em termos de reprovabilidade pessoal.

A equação estrutural é manifesta. Lado A envolve sacrifício estrutural, replicável: uma vez admitido o distinguishing, cria-se precedente para futuros casos. Normaliza-se progressivamente a ideia de exceções a norma que deveria ser categórica. Lado B envolve benefício casuístico, singular, irrepetível: beneficia este agente neste caso específico, mas não oferece critério que permitiria aplicação uniforme em próximos casos.

Conforme teoria de Alexy, em proporcionalidade em sentido estrito, o benefício obtido deve ser "pelo menos equivalente" ao sacrifício causado. Aqui, o benefício casuístico é manifestamente inferior, em magnitude e alcance, ao sacrifício estrutural causado à proteção integral e à segurança jurídica. Então a conclusão sobre proporcionalidade em sentido estrito: O critério falha. O custo sistêmico da relativização jurisprudencial supera qualquer benefício singular oferecido pela consideração casuística de particularidades.

Quando aplicado corretamente o teste da proporcionalidade conforme teoria de Robert Alexy, aquela mesma teoria que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal invoca sistematicamente em matéria de direitos fundamentais, demonstra-se que o afastamento da tipicidade do artigo 217-A mediante distinguishing não passa em nenhuma das três fases sucessivas.

Na fase de adequação, o meio escolhido não é apropriado para atingir fim legítimo algum. Na fase de necessidade, existem alternativas menos restritivas plenamente disponíveis. Na fase de proporcionalidade em sentido estrito, o sacrifício supera manifestamente o benefício.

Portanto, a conclusão é inequívoca: a solução não é apenas inadequada do ponto de vista dogmático ou jurisprudencial. É inadequada constitucionalmente. Se colisão de princípios fosse, não de regra, como apontado, a prática viola o próprio teste que deveria estruturar a análise de restrições a direitos fundamentais. Isto sugere não simples erro interpretativo, mas confusão metodológica mais profunda sobre a natureza dos planos que estruturam a dogmática penal.

6 SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: MANUTENÇÃO DE TIPICIDADE COM INDIVIDUALIZAÇÃO RESPONSÁVEL

6.1 A SEPARAÇÃO DE PLANOS NA DOGMÁTICA PENAL COMO FUNDAMENTO ESTRUTURANTE

A solução para o impasse metodológico criado pela aplicação inadequada de distinguishing reside fundamentalmente na restauração de clareza quanto à separação entre os distintos planos que estruturam a dogmática jurídico-penal contemporânea. O sistema penal não opera mediante um único plano decisório, mas através da articulação hierarquizada e complementar de três dimensões normativas, cada uma dotada de função específica e critérios próprios de análise.

O plano tipológico constitui a primeira camada desta estrutura, respondendo pela delimitação precisa de quais condutas são proibidas pela ordem jurídica. Sua função é eminentemente proibitiva e categórica: estabelece o que é crime e o que não é crime. Neste plano, não há espaço para ponderação relativista de circunstâncias pessoais ou contextuais que pudessem afastar a incidência da norma.

O plano culpável, em sequência lógica, examina se o agente que praticou a conduta típica é pessoalmente responsável por ela. Leva em consideração elementos como capacidade de compreensão, liberdade de vontade, possibilidade de conhecimento da ilicitude e ausência de causas que excluam a imputabilidade. É neste plano que surgem as primeiras possibilidades de considerar particularidades do agente.

Por fim, o plano executivo ou dimensão da dosimetria penal determina, quando reconhecidos tipicidade e culpabilidade, qual será a intensidade da sanção. Considera circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, personalidade do condenado e finalidades da pena. É aqui que a individualização da responsabilidade penal encontra seu espaço apropriado.

Estruturalmente, o artigo 217-A do Código Penal opera exclusivamente no plano tipológico. A norma não se debruça sobre a culpabilidade pessoal do agente, tampouco sobre a dosimetria da pena. Sua função é determinada: tipificar como crime qualquer conduta sexual com menor de 14 anos, independentemente de circunstâncias que possam, em etapa posterior, justificar redução da culpabilidade ou atenuação da sanção.

Quando o legislador ordinário reafirmou, através da Lei 13.718 de 2018, que as penas do artigo 217-A aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou de experiência sexual anterior, não estava criando presunção relativa de incapacidade mas estava estabelecendo que a tipicidade é categórica e dificilmente ponderável em cada caso concreto, pois a vulnerabilidade é condição legal objetiva, não presumível.

A individualização da responsabilidade penal, por sua vez, não ocorre no plano tipológico. Opera nos planos culpável e executivo, onde existe efetivamente espaço para consideração de particularidades do

agente e circunstâncias do delito. A culpabilidade pode ser reconhecida como reduzida quando demonstrado genuinamente que o agente apresentava erro de proibição, isto é, não tinha meios razoáveis de conhecer a ilicitude de sua conduta.

Igualmente, quando perícia ou documentação comprovam que o agente era adolescente com deficiência cognitiva diagnosticada, ou que foi vítima de orientação factual enganosa de pais ou responsáveis, estes elementos legitimam, conforme previsto nos artigos 21 e 26 do Código Penal, exclusão ou atenuação da culpabilidade. Trata-se de aplicação apropriada da teoria geral do delito, não de relativização de direito fundamental.

Na sequência, quando a culpabilidade é reconhecida como atenuada, a dosimetria penal oferece amplo espectro de possibilidades para que o juiz aplique pena substancialmente reduzida em relação aos limites legais. O magistrado pode considerar circunstâncias judiciais favoráveis, reconhecer atenuantes legais qualificadas e, em certos casos, suspender condicionalmente a execução da pena.

A prática judicial brasileira consolidada já comporta integralmente esta estrutura. Inúmeros condenados por diversos delitos recebem sentença reconhecendo tipicidade da conduta, porém aplicando pena significativamente menor que o mínimo legal previsto, precisamente porque circunstâncias indicam culpabilidade reduzida ou atenuação merecedora de consideração.

O sistema não oferece qualquer impedimento a que magistrado profira decisão que diga simultaneamente: o crime foi cometido, reconheço-o tipicamente; contudo, considerando que o réu era jovem, sem antecedentes criminais, e que circunstâncias específicas atenuam sua responsabilidade pessoal, aplico pena de três anos em regime aberto com possibilidade de suspensão condicional. Esta não é decisão que relativiza direito fundamental. É exercício adequado das competências que o ordenamento oferece para individualização responsável.

6.2 MODELO DE SENTENÇA CONSTITUCIONALMENTE CONFORME

Propõe-se, como contribuição institucional à restauração da segurança jurídica comprometida pela prática de distinguishing inadequado, que o Superior Tribunal de Justiça edite orientação normativa clara, de preferência através de informativo temático ou provimento do Conselho Nacional de Justiça. Esta orientação deve instruir todos os magistrados brasileiros quanto aos procedimentos apropriados para julgamento de delitos de estupro de vulnerável conforme a Constituição Federal, uma vez que o STJ é órgão de convergência e superposição (Lenza, Pedro. 2010).

A orientação deve estabelecer, com precisão dogmática, que reconhecimento de tipicidade constitui etapa obrigatória, inafastável e não sujeita a ponderação em cada caso concreto. Magistrado que julga caso envolvendo conduta sexual com menor de 14 anos não possui discricionariedade para negar a tipicidade alegando particularidades. Sua obrigação institucional é reconhecer que o crime foi cometido.

A nomenclatura utilizada na fundamentação da sentença deve ser apropriada e precisa. Não deve o juiz referir-se a "atipicidade" ou "ausência de crime". Deve afirmar, com clareza, que "o crime de estupro de vulnerável encontra-se configurado" ou "a tipicidade do delito previsto no artigo 217-A do Código Penal foi demonstrada".

Esta clareza terminológica não é formalismo semântico, possui significação jurídica profunda: impede que negação da tipicidade se disfarce de análise nuançada de culpabilidade. Protege a integridade da norma constitucional contra erosão casuística disfarçada de prudência judicial.

Na sequência do julgamento, o magistrado procede ao exame da culpabilidade conforme as regras gerais do direito penal. Examina se o agente, no momento da ação, era imputável, isto é, possuía capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com essa compreensão.

Analisa se havia erro de tipo ou erro de proibição que pudesse excluir ou minorar a culpabilidade. Se, por exemplo, documentação comprovante demonstrar que adolescente de 17 anos com diagnóstico de deficiência intelectual moderada teve conduta sexual com criança de 12 anos sob orientação enganosa de responsável, o magistrado pode reconhecer que aquele jovem não possuía capacidade de compreender a ilicitude de sua ação.

Nesta hipótese, os artigos 26 e 21 do Código Penal oferecem fundamento apropriado para exclusão ou atenuação de culpabilidade. Este reconhecimento não é relativização do direito fundamental. É aplicação correta da teoria geral do delito, permitindo que sistema penal considere circunstâncias pessoais sem negar a tipicidade. A dosimetria penal, finalmente, oferece vasto campo para individualização. Quando a culpabilidade é atenuada, o juiz possui legitimidade para aplicar pena significativamente abaixo do mínimo legal previsto para o crime. Pode considerar personalidade do agente conforme artigo 59 do Código Penal, analisando traços de caráter relevantes.

Pode-se avaliar a ausência de antecedentes criminais como indicador de que se trata de primeiro delito. Pode examinar os motivos do crime, reconhecendo que se o agente agiu sob erro de proibição legítima, seus motivos diferem dos de alguém que deliberadamente explora criança. Pode-se considerar as circunstâncias específicas do fato, não para negar tipicidade, mas para avaliar grau de reprovabilidade pessoal. Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça reconhece que em casos de circunstâncias atenuantes muito significativas, é possível aplicar pena abaixo do mínimo legal utilizando-se de analogia ou princípios gerais do direito.

Igualmente, em casos apropriados, o magistrado pode suspender condicionalmente a execução da pena, oferecendo ao condenado oportunidade de demonstrar ressocialização. Estas possibilidades não comprometem a tipicidade; antes, garantem que o sistema penal funcione com adequação tanto na proibição quanto na dosimetria.

6.3 FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO ESTRUTURADA

O aspecto fundamental desta abordagem está na fundamentação clara, transparente e precisa da sentença. Ao longo de toda decisão, o juiz deve deixar evidente a distinção lógica e dogmática entre três momentos sucessivos da análise.

Primeiro, a comprovação da tipicidade, que deve ser afirmada categoricamente. O magistrado não pode hesitar ou relativizar neste ponto. A tipicidade existe ou não existe; a conduta ocorreu com menor de 14 anos ou não ocorreu. Aqui não há espaço para nuances.

Segundo, a análise de culpabilidade, indicando expressamente se há circunstâncias que a atenuam ou excluem. É neste momento que o juiz considera se o agente tinha capacidade de compreender a ilicitude, se havia erro de proibição, se suas condições pessoais influenciam a reprovabilidade.

Terceiro, a dosimetria, explicando por que a pena concreta é inferior aos limites legais. O magistrado fundamenta sua escolha em circunstâncias judiciais, atenuantes e particularidades que justificam redução sensível da sanção.

Esta estruturação não é meramente formal. Cumpre funções institucionais essenciais: permite que leitores da sentença (vítima, réu, sociedade, tribunais superiores) compreendam que o sistema penal reconheceu o crime mas considerou merecedora de atenuação a responsabilidade pessoal. Impede que leitor desinformado conclua erroneamente o que o Tribunal fez. Restaura a mensagem normativa clara: a conduta é proibida, é crime, é punível, mas neste caso específico a pena é reduzida porque circunstâncias justificam atenuação de culpabilidade. Estas são categorias distintas, operando em planos distintos da dogmática. A confusão entre elas é precisamente o que permite o abuso de distinguishing que ora se critica.

6.4 COMPATIBILIDADE COM PROTEÇÃO INTEGRAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Esta abordagem não representa abandono de qualquer aspecto da proteção integral da criança. Ao contrário: mantém a integridade da norma constitucional que proíbe exploração sexual de menores, enquanto oferece ao sistema mecanismos de individualização que a teoria geral do delito sempre ofereceu.

Não é "humanização" que relativiza direito fundamental, é aplicação apropriada das ferramentas que o próprio ordenamento jurídico disponibiliza para que justiça penal seja, simultaneamente, rigorosa na proibição e prudente na dosimetria. A solução proposta demonstra que não existe tensão genuína entre proteção integral da criança e individualização responsável da pena. A tensão é criação artificial, resultado de confusão metodológica que trata tipicidade como se fosse matéria sujeita a ponderação entre direitos.

Uma vez restaurada a separação clara entre planos, a tensão desaparece, e o sistema penal pode funcionar conforme foi arquitetado constitucionalmente. Proteção integral da criança permanece intacta no plano tipológico, enquanto individualização responsável funciona apropriadamente nos planos culpável e executivo.

Desta forma, segurança jurídica é restaurada. Operadores jurídicos sabem exatamente como proceder: reconheçam tipicidade, avaliem culpabilidade, apliquem dosimetria adequada. Vítimas recebem proteção uniforme independentemente da turma julgadora ou sensibilidade do magistrado. Sistema penal recupera coerência interna que a prática de distinguishing erosivo havia comprometido.

A abordagem aqui proposta – manutenção rigorosa de tipicidade com individualização responsável na dosimetria penal – oferece múltiplas vantagens que a distinguem de alternativas inadequadas.

Primeiramente, respeitando a hierarquia constitucional de normas, a solução preserva a proteção integral da criança como regra constitucional não relativizável. Ao manter tipicidade intacta, reconhece-se que artigo 227 da Constituição Federal não é princípio ponderável caso a caso, mas regra que estabelece proteção categórica contra exploração sexual de menores. Esta preservação é fundamentação não apenas dogmática, mas ontologicamente coerente: se Constituição afirma proteção "absoluta", tribunal não pode via jurisprudência convertê-la em proteção "relativa". Tal conversão seria apropriação de função legislativa constitucional, exceção vedada ao Judiciário em Estado Democrático de Direito.

Simultaneamente, a solução permite individualização genuína da responsabilidade penal, reconhecendo que nem toda conduta é "igualmente grave" em termos de culpabilidade e reprovabilidade pessoal do agente. Diferencia-se de abordagens que negam completamente análise contextual: ao contrário, mantém abertura para que juiz considere circunstâncias que atenuam culpabilidade (erro de proibição documentado, capacidade cognitiva reduzida comprovada, pressão familiar verificável) e aplique pena significativamente menor que mínimo legal, conforme mecanismos da dogmática penal consolidada. Esta individualização, porém, não ocorre mediante negação casuística de tipo, mas mediante exercício legítimo dos artigos 21 e 26 do Código Penal e das circunstâncias judiciais do artigo 59. Resulta em julgamentos que reconhecem simultaneamente: "o crime foi cometido; a responsabilidade é atenuada; a pena é menor".

A solução restaura segurança jurídica fundamental, estabelecendo critérios claros e replicáveis que permitem a qualquer tribunal aplicar mesma lógica com mesmos resultados. Ao invés de vácuo normativo que deixa operadores jurídicos sem regra decisória verificável, oferece elementos dogmáticos consolidados (teste de erro de tipo conforme jurisprudência constitucional; análise de circunstâncias judiciais segundo jurisprudência pacífica; atenuantes legais reconhecidas; possibilidade de dosimetria reduzida) que funcionam como critérios objetivos. Consequência é que juiz de São Paulo, aplicando a mesma lei a fatos similares, chegaria à mesma conclusão que juiz do Rio Grande do Sul. Segurança jurídica retorna; vítimas recebem proteção equivalente; operadores jurídicos podem orientar seus pareceres com precisão.

Estruturalmente, a solução evita a criação de precedentes perigosos que, uma vez concedidos para relativizar a proteção da criança, abriam avenidas para relativização de outras proteções constitucionais. Se o tribunal pode distinguir casuisticamente norma que protege menor de 14 anos invocando "vínculo afetivo", nada impede que futuramente a corte invoque critério similar para relativizar Lei Maria da Penha

ao dizer que haveria reciprocidade no casal, ou proteção de pessoa com deficiência ao possivelmente conseguir comunicar consentimento, ou direitos de idosos por ser possivelmente autossuficiente em decisões. O risco é a erosão sistemática de todas proteções constitucionais categóricas, portanto solução aqui proposta, ao contrário, estabelece barreira: se o tipo penal objetivo não é relativizável em caso de criança, categoria paradigmática de vulnerabilidade, então a mesma lógica se aplica uniformemente a todas categorias protegidas. Impede-se, assim, que excepcionalismo casuístico em um contexto contamine toda arquitetura de proteções fundamentais.

Consequentemente, a solução uniformiza jurisprudência em sentido duplo. Primeiro, permite que qualquer tribunal aplique a mesma lógica jurídica (reconhecimento de tipo + análise de culpabilidade + dosimetria atenuada) chegando aos mesmos resultados. Segundo, evita que diferentes turmas da mesma Corte Superior (Terceira Seção vs. Sexta Turma vs. Quinta Turma do STJ) aplique critérios mutuamente contraditórios. A unidade jurisprudencial, que é razão institucional de existência do STJ como tribunal de uniformização, é restaurada. Isto beneficia principalmente os justiciáveis: crime e pena deixam de ser matérias de "sensibilidade" do julgador, o que mesmo tendo seu valor, em situações tão específicas o cabimento é reduzido.

Finalmente, a solução mantém efetividade normativa ao preservar o crime como categoria jurídica formalmente válida. Embora a pena possa ser atenuada em circunstâncias apropriadas, Crime permanece Crime. Esta distinção é mais que semântica: tem implicações em reincidência, no regime inicial de cumprimento de pena (se a pena é de 4 anos, pode ser regime aberto; se fosse "atipicidade", seria sem registro penal), e na prevenção geral. A ameaça de pena, mesmo que atenuada, funciona como deterrente.

Quando o tribunal nega completamente tipicidade, cria sinal de permissividade institucional, ao indicar que se a tese conseguir argumentar adequadamente sobre vínculo afetivo, o acusado não será punido. Isto reduz drasticamente a função intimidatória da norma ou como a norma penal é fundamentalmente norma de motivação, conforme Gimbernat ao dizer que "A problemática de o que pertence ao tipo é a problemática de qual é a conduta que o legislador quer evitar". Mantendo tipicidade com pena atenuada, sinal é distinto: será condenado, mas a pena será menor devido a circunstâncias. A mensagem normativa é claramente: a conduta é proibida e por isso a proteção da criança não sofre erosão discursiva.

7 CONCLUSÃO

O trabalho analisa, de forma crítica e sistemática, a dupla face do *distinguishing*: por um lado, trata-se de técnica hermenêutica essencial ao sistema jurídico contemporâneo, apta a evitar decisões mecanicistas e a corrigir injustiças quando aplicada com critérios formais claros; por outro lado, quando operacionalizada sem respeito aos seus requisitos de validade, pode engendrar erosões normativas de grande alcance. O estudo demonstra que a legitimidade do *distinguishing* depende da presença simultânea de (i) diferença

factual juridicamente relevante; (ii) fundamento normativo externo ou evolução normativa reconhecível; (iii) critérios replicáveis que permitam uniformidade decisória; e (iv) respeito à hierarquia constitucional. A crítica teórica e doutrinária que fundamenta essa conclusão encontra respaldo e desenvolvimento no próprio documento analisado.

No plano empírico, a investigação documenta uma evolução jurisprudencial brasileira marcada por fases: a consolidação da presunção protetiva, a cristalização do enunciado vinculado pela súmula e pelos repetitivos, e, subsequentemente, o surgimento de excepcionamentos casuísticos cuja acumulação configura um vácuo normativo estrutural. Essa evolução, conforme demonstrado no artigo, não resulta de mudança legislativa ou de mutação constitucional, mas de práticas decisórias que invocam critérios subjetivos, vínculo afetivo, diferença etária “reduzida”, prole comum, concordância de pais, sem que tais fatores integrem o núcleo típico do art. 217-A do Código Penal. O exame das decisões e informativos indicados no estudo evidencia que, assim empregadas, essas justificativas não satisfazem os requisitos de replicabilidade e de relevância jurídica.

A aplicação do teste da proporcionalidade revela, nos termos do trabalho, que o afastamento tipológico via *distinguishing* fracassa em suas três fases estruturantes. Na adequação, o meio escolhido (afastar a tipicidade) não se mostra apropriado para nenhum dos fins invocados de proteção ou de humanização do processo penal; na necessidade, existem meios menos restritivos, manutenção da tipicidade combinada com uma individualização plena na esfera da culpabilidade e da dosimetria; e, na proporcionalidade em sentido estrito, o custo sistêmico (erosão da proteção constitucional, insegurança jurídica e efeitos de normalização) supera qualquer ganho casuístico isolado. Essa conclusão faz parte do encadeamento argumentativo central do artigo e sustenta a proposta normativa apresentada.

Em termos institucionais, o documento sublinha o papel decisivo dos tribunais superiores na preservação da coerência entre a hermenêutica de precedentes e os mandamentos constitucionais. A uniformização que compete ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal deve atuar como freio às práticas diferenciadoras que, sob aparência técnica, efetivam alterações de significado normativo reservadas ao legislador ou ao intérprete constitucional superior. Neste sentido, a reafirmação da tipicidade como etapa inafastável e da individualização como tarefa posterior constitui caminho compatível com o primado constitucional da proteção integral da criança.

O artigo também situa a questão no plano comparado e internacional, registrando que os padrões globais de proteção da infância consubstanciados pela Convention on the Rights of the Child e por instrumentos regionais como a Convenção de Lanzarote, orientam os Estados a adotar regimes penais e processuais que evitem a revitimização e assegurem responsabilização efetiva.

Esses marcos reforçam a constatação de que a postura protetiva consolidada no Brasil se insere em tendência normativa internacional, de modo que a flexibilização jurisprudencial inconsistente não encontra

fácil legitimação em padrões comparados.

Adicionalmente, o estudo avisa para um risco de natureza sociopolítica: quando decisões justificam atipicidade com base em elementos que instrumentalizam a existência de prole, reproduz-se um padrão de tratamento que, além de fragilizar a tutela infantojuvenil, pode ser compreendido como manifestação de discriminação de gênero na forma jurídica. Em última análise, argumenta-se que essa linha interpretativa tem potencial de desaguar em formas de *lawfare* de gênero, na medida em que reconfigura a vítima como vetor de legitimação do ilícito e mitiga a responsabilização do agressor. Tal diagnóstico alerta para a necessidade de sensibilidade de gênero nas práticas judiciais e para mecanismos institucionais de prevenção de litigância instrumentalizante.

A proposta final, alinhada ao arcabouço constitucional e ao ordenamento penal, é cristalina e operacional: reconhecer e afirmar a tipicidade toda vez que estiverem presentes os elementos do tipo, e somente depois proceder à análise da culpabilidade e à dosimetria, utilizando todas as ferramentas previstas no direito penal para individualizar a resposta estatal (erro de tipo, erro de proibição, atenuantes, circunstâncias judiciais, medidas socioeducativas e reparadoras). Esta solução preserva a efetividade do art. 227 da Constituição e, simultaneamente, garante que o sistema penal possa aplicar justiça diferenciada sem abdicar da norma protetiva.

Em suma, a investigação demonstra que o distinguishing configura técnica hermenêutica legítima e relevante para a racionalização do sistema de precedentes, desde que exercido dentro de parâmetros formais claros, com identificação objetiva de diferenças juridicamente relevantes e fundamentação consistente sem ferir a determinação constitucional. Todavia, sua aplicação indiscriminada em matéria que envolve a tutela da infância revela potencial de enfraquecimento das garantias constitucionais e de comprometimento da segurança jurídica, ao deslocar o eixo de proteção estabelecido pelo art. 227 da Constituição da República.

Impõe-se, portanto, uma diretriz metodológica dupla: preservar o espaço técnico do distinguishing como instrumento interpretativo válido e, ao mesmo tempo, exigir do julgador rigor na verificação de seus pressupostos e observância estrita da primazia constitucional da proteção integral. A centralidade da infância no ordenamento jurídico não constitui opção retórica, mas fundamento estruturante da ordem constitucional, pois, como afirma Lya Luft: “a infância é o chão que se pisa ao longo de toda a vida.”

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Theorie der Grundrechte. 4. Aufl. Berlin: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 5 out. 1988.

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União. Brasília, 16 jul. 1990.

Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual e assédio sexual. Diário Oficial da União. Brasília, 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.480.881/PI. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. 3ª Seção. Julgado em 26 ago. 2015. DJe 10 set. 2015.

Súmula 593. Diário da Justiça Eletrônico. 25 out. 2017.

Tema Repetitivo 918. Estupro de vulnerável. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 fev. 2026.

Informativo de Jurisprudência n. 777. Maio 2023. Informativo de Jurisprudência n. 820. Agosto 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El sistema de Derecho penal en la actualidad. Estudios de Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1976. p. 94

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 45.

EISENBERG, Melvin L. The Nature of the Common Law. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988.

MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1978.

Rhetoric and the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Temas de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SCHAUER, Frederick. Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

"Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning." Cambridge, Massachusetts: Harvard

University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A Constitucionalização do Direito: os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos das pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência sobre proteção integral de crianças e adolescentes*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 fev. 2026.

(LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 14 ed. – São Paulo: RT, 2010, p. 576)

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 55

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 123.971. Direito constitucional, penal e processual penal. Atentado violento ao pudor contra menor. Aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 25 fev. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 262.747 AgR. Estupro de vulnerável. Irrelevância do consentimento da vítima menor de 14 anos. Presunção absoluta de violência. Segunda Turma, julgado em 17 nov. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, 1 dez. 2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 1.319.028 AgR-segundo. Estupro de vulnerável. Proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição Federal). Primeira Turma, julgado em 17 jun. 2024. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 23 fev. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.465.769. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 10 nov. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 25 nov. 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2026.

MENDES, Soraia da Rosa. *Lawfare de gênero: violência processual, institucional e política contra mulheres*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. Levando os direitos das crianças a sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-04092020-174138/>. Acesso em: 24 fev. 2026.