

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A NECESSÁRIA TRANSIÇÃO DO PATERNALISMO À PROTEÇÃO ADEQUADA

STATUTORY RAPE: THE NEEDED TRANSITION FROM PATERNALISM TO ADEQUATE
PROTECTION

Alexandre de Lima Castro Tranjan

Graduando em Direito pela USP. Pesquisador-visitante na Universidade Palacký em
Olomouc, República Tcheca; bolsista de iniciação científica pelo CNPq; monitor-bolsista na
USP em Filosofia do Direito.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1831263257995454>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9777-439X>

alexandre.tranjan@usp.br

Resumo: O presente artigo visa a analisar legislação e jurisprudência vigentes em relação ao estupro de vulnerável, mais especificamente àquele cujo sujeito passivo se configura como o menor de 14 anos. Critica-se a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, que institui o critério etário como único elemento a ser levado em consideração na aplicação do tipo penal. Tal entendimento revela-se não só inadequado à realidade social brasileira, mas também contrário aos próprios princípios que norteiam a tipificação em questão, tanto os gerais do Direito Penal quanto os específicos à proteção à autodeterminação sexual.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável – Súmula 593 do STJ – Idade de Consentimento.

Abstract: The present article aims to analyze the current legislation and jurisprudence related to statutory rape, most specifically to the one in which the passive subject is under 14 years old. It is criticized the Precedent 593 of the Superior Court of Justice, which posits the age criteria as the only element to be considered in the application of the criminal type. That understanding reveals to be not only inadequate to Brazilian social reality, but also contrary to the principles that guide the referred typification, both of general criminal law and to the specific protection of sexual self-determination.

Keywords: Statutory rape – Precedent 593 of STJ – Consent Age.

1. Introdução

Os tipos penais constantes no artigo 217-A do Código Penal, tanto em seu *caput* quanto em seu parágrafo primeiro, visam à tutela de bens jurídicos sem sombra de dúvida relevantíssimos à totalidade das sociedades ocidentais contemporâneas. A dignidade sexual daquele física ou psiquicamente incapaz de consentir é evidentemente considerada um valor a ser protegido. No *caput*, encontra-se a tipificação da “conjunção carnal” ou “outro ato libidinoso” com menor de 14 (catorze) anos. No parágrafo primeiro, criminalizam-se tais ações se forem elas praticadas com quem, “por enfermidade ou deficiência mental, não [tenha] o necessário discernimento” para consentir, ou que não possa “por qualquer outra causa [...] oferecer resistência” (BRASIL, 2009).

A partir da simples análise dos sujeitos passivos dos tipos penais em tela, percebe-se que a proteção jurídico-penal se destina à dignidade e à autodeterminação dos indivíduos (ainda) tidos como incapazes de autonomamente definir ou expressar adequadamente sua vontade. No caso do *caput* do artigo, que aqui será objeto de análise, fixa-se um critério objetivo cuja função é, de maneira aproximativa, estabelecer um mínimo etário abaixo do qual essa vontade não mais poderia ser considerada

válida ou independente (SOUZA, 2022, p. 652).

A função aproximativa do critério etário será a premissa a partir da qual partiremos para que seja devidamente criticada a jurisprudência atual, que desvirtua a racionalidade a partir da qual a norma foi estabelecida, ao transformar a base para se presumir a vulnerabilidade na presunção ela mesma. Trata-se, como argumentaremos, de um paternalismo legislativo, que parece confundir critérios morais com o propósito preventivo da lei em questão, e que presume vulnerabilidade de maneira pouco precisa, protegendo, por vezes, de menos, quando tenta proteger demais.

Embora as teorizações críticas, de maneira geral, já bastem por si sós para uma contribuição substantiva para o debate acerca do tema sobre o qual se debruçam, não nos furtaremos a propor soluções para a problemática apontada, ainda que sob a recomendação de cautela, dado que novas situações engendram novas contradições e, portanto, novas críticas, as quais já não serão o escopo de nossa proposta.

Também não entraremos em discussão profunda, cabendo apenas uma ou duas palavras, a respeito da genealogia dos crescentes interditos à sexualidade das crianças e dos jovens adolescentes,

que consolidaram como sinônimos a dignidade sexual e a pura e simples inexistência de sexualidade para tal grupo etário. Muito ilustrativa, por exemplo, a preocupação crescente em relação à masturbação nessa fase de seu desenvolvimento, apontada como etiologia geral dos males de saúde, sobretudo se de alguma forma estimulada por um adulto perversor (FOUCAULT, 2010, p. 206-212). Também revelador o caso de Charles Jouy, detido e rotulado como doente por uma prática sexual relativamente comum com uma jovem garota, e que fora tratado com naturalidade pelos pais, demonstra a transformação, aos poucos, do entendimento geral a respeito dessa sexualidade prematura, viabilizando por meio de uma legitimação discursiva a penetração social da técnica psiquiátrica de poder (FOUCAULT, 2010, p. 256-262).

Essa análise, que não pode ser ignorada, também não obsta nem deslegitima por completo o repúdio que a sociedade brasileira tem pelas relações sexuais entre crianças ou adolescentes e adultos. Se a genealogia como método de investigação tem por um de seus objetivos justamente a demonstração da contingencialidade de determinados discursos, de determinadas formas de percepção, sua aplicação específica a cada tipo penal de certo ordenamento jurídico demonstraria que todo bem jurídico reflete um valor de certa sociedade, em um tempo específico.

A noção de que um bem jurídico é um valor social é axiológica para o Direito Penal. Por isso, ainda que evidencie esse caráter contingente e discursivamente construído do Direito, a genealogia não pode ser a ferramenta argumentativa única da causa abolicionista se aplicada separadamente aos crimes prescritos pelo Direito Penal e sem o horizonte crítico da luta contra os mecanismos de dominação subjacentes aos processos de criminalização. Em outras palavras, não basta determinar que o Direito Penal não reflete valores morais absolutos. É preciso pôr em questão a validade dos valores morais contingentes e relativos que ele visa a defender, bem como a efetividade, as consequências, as modalidades e os jogos de poder envolvidos nessa suposta defesa de bens jurídicos.

2. A Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça

Ainda que a análise precedente enseje longas e profícuas discussões de teoria geral do Direito Penal, não é este o escopo deste texto. Porque o mencionado valor moral (relativo) dos tipos penais do 217-A não será posto, aqui, em questão. Entretanto, a aplicação jurisprudencial de tal disposição normativa não é tão somente fruto de certo prescritivismo moral, o que seria uma afirmação tautológica, mas é grosseiramente equivocada quanto aos próprios objetivos, morais ou não, da norma proibitiva.

A Súmula 593 do STJ determina, literalmente, que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo **irrelevante[s]** eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua **experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso** com o agente (BRASIL, 2017, grifo nosso).

O disposto aplica, como se pode ver, o critério etário como requisito único e absoluto para a configuração da prática delitiva. Além de explicitamente afastar o consentimento, a experiência sexual anterior da vítima e o relacionamento amoroso com o agente, a súmula também indiretamente afasta, pela redação de sua primeira frase (ou, ao menos, dá tese que sustente decisões nesse sentido, apesar do princípio *in dubio pro reo*), o aval da família da vítima, a diminuta diferença etária entre o agente e a vítima ou, ainda, a tomada de iniciativa, mais que mero consentimento, do ou da adolescente.

Na literatura médica, não há consenso em relação à idade mínima adequada para o início da atividade sexual, de maneira psicofísica e socialmente saudável (COSTA *et al*, 2020, p. 2). Ora, partindo do truísmo de que os seres humanos são seres dotados de variabilidade biológica, e que as pessoas são social e culturalmente distintas umas das outras, é evidente que uma estipulação jurídica rígida e inegociável de limites entre o que será permitido ou severamente proibido pelo Direito, por si só, já atenta contra o bom senso.

A respeito das circunstâncias do ato rejeitadas pela súmula em questão, salta aos olhos como o consentimento (e o mesmo vale, por óbvio, para a iniciativa), excludente genérica de ilicitude, é absolutamente presumido como inexistente ou nulo, ainda que experiência prévia demonstrasse plena capacidade da "vítima" para o exercício de seus direitos sexuais. Ademais, a autorização dos pais do adolescente, bem como a existência de relacionamento anterior entre ele e o sujeito ativo do delito, ambos que, especialmente se em conjunto, configurariam atipicidade material por adequação social, também foram descartados pelo Tribunal. Também é o caso da diferença etária reduzida, que poderia configurar aceitabilidade social da conduta. Ora, soa muito mais, aos ouvidos do cidadão médio, como uma situação de abuso um homem de meia-idade se relacionar com uma garota de 15 anos do que um jovem de 18 apaixonar-se e manter relações sexuais com uma de 13. Enquanto o primeiro caso é fato atípico, o segundo acarreta reclusão de oito a 15 anos para o rapaz.

A decisão jurisprudencial em tela soa agradável aos ouvidos mais punitivistas, aos quais a consideração de excludentes de ilicitude ou de tipicidade para a adequação do tipo penal ao mundo fático seria causa de "impunidade", termo tão evocado – nunca sem um propósito específico – nos dias atuais. Ainda que tais ouvidos punitivistas tenham tido muito discurso populista penal a escutar nos últimos anos no Brasil, não é com base neste que a boa técnica legislativa e jurisprudencial deve se basear, felizmente. E para a definição específica do dever-se (se é que deve ser, mas isso é outra questão) do Direito Penal, não é preciso recorrer a argumentos filosóficos, ainda que muito pertinentes, para defender sua *ultima ratio*, já que é pacífico tal entendimento em sede da teoria geral desse ramo do Direito. Os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da lesividade, por si sós, já são suficientes para tal: apenas e tão somente deve ser punível, de maneira razoável e proporcional, vedados então excessos, o ato que efetivamente lesione bem jurídico, ou que, ao menos, ofereça-lhe risco concreto de violação, nos casos em que a ação penal do Estado revelar-se imprescindível (PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 87-93).

Ora, a Súmula 593 do STJ colide com tal principiologia na medida em que pune o delito não lesivo e faz o Direito Penal agir sem necessidade ou, ao menos, de maneira desproporcional. Porque, se para a configuração do delito e o estabelecimento da pena, não há critério a ser levado em consideração senão a idade, não há diferença entre o relacionamento amoroso entre dois adolescentes, um menor de 14 e outro, maior de 18,² e a pedofilia propriamente dita, por exemplo, entre um adulto e uma criança – parece ser esta última a conduta realmente reprovável socialmente evidente descompasso do Código Penal em relação ao que o Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990) preconiza, já que este configura criança como menor de 12, não 14 (SOUZA, 2022, p. 657).

Mais do que isso, ao estabelecer que a vontade da vítima não seja relevante para o caso concreto, a jurisprudência ignora que

a idade do sujeito passivo para a configuração do delito nada mais é do que um critério objetivo aproximativo, como todos os outros citados, para uma presunção relativa de incapacidade de discernimento quanto à própria vontade sexual. O que ocorre é perda de sentido da norma quando se estabelece a condição de que, não havendo nenhum outro aspecto da situação a ser considerado, por força do transcurso de apenas algumas horas, na hipótese de um caso-limite da véspera do 14º aniversário da vítima, uma situação punível com extremo rigor transforme-se num fato banal e atípico, indiferente ao Direito Penal.

Ademais, a jurisprudência majoritária no assunto, epitomada pela Súmula 593 do STJ, revela-se de cunho moralista e paternalista (SOUZA, 2022, p. 653), ao tentar defender a inexistência de uma sexualidade abaixo de um marco arbitrário de 14 anos. Ataca-se o próprio princípio mesmo da autodeterminação sexual, que norteia todo o Título VI do Código Penal, em prol de uma suposta proteção a indivíduos presumidos como vulneráveis, ainda que não o sejam.

Também há de se considerar que, em se tratando de legislação e jurisprudência aplicáveis, por óbvio, em todo o território nacional, a fixação dessa presunção absoluta de vulnerabilidade ignora diferenças regionais no que diz respeito à precocidade ou ao retardo no desenvolvimento sexual de jovens. Se para o habitante de grandes cidades pode parecer absurdo um vínculo sexual que envolva adolescentes de 12, 13 anos – ou até menos! – não se trata de algo fora do habitual para diversas localidades interioranas de nosso país (NUCCI, 2021, p. 57-58).

Diante do exposto, resta-nos a convicção de que a edição da Súmula 593 pelo Superior Tribunal de Justiça é um ato temerário de rigorismo jurisprudencial – influenciado por um moralismo conservador subjacente – que, na tentativa de proteger um bem jurídico relevante, faz o Direito Penal perder seu foco de incidência necessário, que deve ser a conduta socialmente lesiva. A presunção absoluta de vulnerabilidade não representa maior proteção ao jovem, mas sim resulta de um prescritivismo moral que parece querer educar (NUCCI, 2021, p. 59) o adolescente no trato de sua sexualidade que, segundo o discurso conservador (melhor dizendo, reacionário!), deveria ser nula (SOUZA, 2022).

3. Rumo à maior adaptabilidade do Direito Penal ao caso concreto

Como, então, caminhar em direção a uma legislação mais justa no que diz respeito ao tema? Acima de tudo, parece-nos evidente que a maior flexibilidade para adequação ao caso concreto no julgamento da conduta possivelmente típica seja a premissa essencial dessa transformação, já que sua inadequação à realidade e as injustiças dela decorrentes são exatamente onde incidiram as críticas tecidas.

Nesse sentido, a substituição do marco etário de 14 por 12 anos e da vulnerabilidade absoluta por relativa, podendo ser afastada por perícia, parece uma saída bastante razoável que Souza (2022) encontra para a questão. Podemos ir além e pensar até mesmo na retirada da presunção de vulnerabilidade, devendo esta ser comprovada por meio de perícia. Isso faria com que, por um lado, jovens de mais tenra idade possam, se precocemente desenvolvidos, fruir da liberdade sexual. Por outro, poderia ser pensada uma forma de, pela mesma perícia, configurar essa vulnerabilidade que enseje punibilidade mesmo no caso de adolescentes de um pouco mais idade, mas que, por um motivo ou por outro, ainda não tenham desenvolvido a faculdade sexual que aqui se discute. No caso de enfermidade mental do sujeito passivo da conduta, é exatamente a solução adequada para a aplicação justa da lei penal (SOUZA, 2022, p. 660-661), devendo ser claramente comprovada a incapacidade de se oferecer resistência (NUCCI, 2021, p. 66).

Evidentemente, as considerações aqui tecidas visam a contribuir para o debate sobre o tema a fim de alterações positivas na legislação e sua aplicação, não se tratando de uma proposta definitiva. Há de se questionar, por exemplo, até que ponto essa “pericialização” do tipo penal é salutar, e se não representa mais um possível campo em que penetre a técnica de poder do discurso médico no Direito. De todo modo, o que deve ser feito a partir daqui será resolvido num tempo (*kairós*) vindouro. Ensejou-se o momento da crítica, da negação racional do presente, pondo-se em movimento a marcha para sua superação dialética (*Dialektische Aufhebung*).

Notas

¹ Os dois termos são sinônimos na tão influente, ainda que criticável por diversos aspectos, filosofia kantiana, que de uma forma ou de outra norteia nosso ordenamento jurídico. Kant (2019, p. 82-83) considera que a capacidade do ser racional de formular autonomamente a máxima que norteia o princípio objetivo de suas ações, é o que lhe confere dignidade, isto é, um valor em si mesmo.

Entre muitas outras críticas feitas a Kant, digna de nota a análise de Deleuze e Guattari (2011, p. 89), fundada, sobretudo, em Nietzsche (2005, § 19, p. 22-24), que contesta o ideal kantiano de autonomia racional fundada num sujeito de enunciação

moral independente e unitário. Para os três críticos, o que compõe os sujeitos é uma pluralidade irreductível, fruto de uma espécie de discurso indireto-livre que expressa uma coletividade de influências exógenas, muito mais do que uma vontade intrínseca.

² O maior de 18 e menor de 20 é adulto para fins legais, mas não é assim considerado pela ciência. Da mesma forma, o menor de 12 e maior de 10 é criança para o ordenamento jurídico brasileiro, mas é biologicamente já adolescente. A Organização Mundial da Saúde define a adolescência como período entre 10 e 19 anos de idade (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1986).

Referências

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Terceira Seção, em 25/10/2017. Diário da Justiça/Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 6 nov. 2017.

COSTA, Simoni Furtado et al. Contradições acerca da violência sexual na percepção de adolescentes e sua desconexão da lei que tipifica o “estupro de vulnerável”. Cadernos de Saúde Pública, v. 36, n. 11, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00218019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/SS7jVrL57qXcsFQSWP%N4mb/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2. v. 2. Tradução

de Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. Além do Bem e do Mal. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial arts. 213 a 361 do Código Penal. v. 3, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: parte especial arts. 155 a 234-B do CP. v. 3, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Young people's health: a challenge for society. Report of a WHO Study Group on Young People and Health for All by the Year 2000. Technical Report Series, n. 731. Geneva: World Health Organization, 1986. Disponível em: http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_731.pdf. Acesso em: 27 mar. 2022.

Recebido em: 20.04.2022 - Aprovado em: 04.07.2022 - Versão final: 02.08.2022