



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

**MAYZA DE ARAÚJO BATISTA**

**A VULNERABILIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS PROSTITUÍDAS: o estupro de vulnerável e a sua nova perspectiva frente ao STJ.**

CAMPINA GRANDE - PB

2013

**MAYZA DE ARAÚJO BATISTA**

**A VULNERABILIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS PROSTITUÍDAS: o  
estupro de vulnerável e a sua nova perspectiva no STJ.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Banca Examinadora da Universidade Estadual da Paraíba, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientador: Dr. Félix Araújo Neto.

CAMPINA GRANDE – PB

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

B333v

Batista, Mayza de Araújo.

A vulnerabilidade sexual das crianças prostituídas [manuscrito]: o estupro de vulnerável e a sua nova perspectiva frente ao STJ / Mayza de Araújo Batista.– 2013. 33 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

“Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito Público”.

1. Prostituição infantil. 2. Estupro de vulnerável. 3. Exploração sexual infantil. I. Título.

21. ed. CDD 306.745

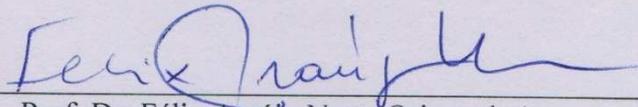
MAYZA DE ARAÚJO BATISTA

**A VULNERABILIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS PROSTITUÍDAS: o  
estupro de vulnerável e a sua nova perspectiva no STJ**

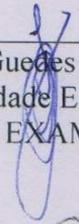
Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Aprovada em 22 de Agosto de 2013.  
Campina Grande, PB.

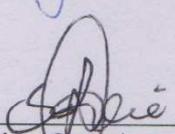
Nota: 9,7



Prof. Dr. Félix Araújo Neto (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba  
PRESIDENTE



Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho  
Universidade Estadual da Paraíba  
1ª EXAMINADOR



Prof. Dra. Sabrina Correia Medeiros Cavalcanti  
FACISA/CESED  
2ª EXAMINADORA

Dedico este trabalho a meu avô Francisco Batista de Oliveira (*in memoriam*). Àquele que sem frequentar Universidade alguma, me ensinou bem mais do que qualquer Doutor.

A Estrela Dalva da minha vida!

## AGRADECIMENTOS

À **DEUS**, que antes mesmo de eu nascer já havia planejado cada dia da minha vida. Que jamais me deixou só, sequer por um minuto, mesmo quando eu estive encoberta da humana ingratidão. E pela graça divina que foi me dada de sonhar os sonhos que Ele próprio reservou pra mim!

À meus **PAIS**, que disseram sim para construir uma família encoberta de valores cristãos e morais. Minha mãe que com a doçura da Virgem Maria me acalentou nas horas difíceis e guiou meus passos até aqui. Meu pai que sonha todos os dias com a minha realização pessoal e profissional e jamais mediu esforços para me ver conquista-las.

À meu querido **IRMÃO**, que mesmo em meio as brigas fraternais foi sempre um porto seguro, a quem amo com amor incondicional e que mesmo na distância continua sendo o meu grande protetor e incentivador nesta caminhada.

À **JOSÉ THYAGO**, que ao mesmo tempo sendo amigo e namorado me ajudou a lidar com as dúvidas, medos, e incertezas. Que em todos os dias faz questão de se orgulhar de quem eu sou, e com carinho e amor me dá forças a lutar pelos meus sonhos.

À todos os **FAMILIARES E AMIGOS** que, juntos a mim, sonharam, choraram, torceram e se alegram por verem mais uma etapa da minha vida sendo cumprida.

À todos os meus **PROFESSORES**, sejam da fase infantil, fundamental ou média, pois é indispensável reconhecer a grandeza desses homens e mulheres que deixaram marcas em toda a minha trajetória estudantil e que persistirão na profissional.

Enfim, a todos os meus professores da Faculdade, em especial a pessoa do meu **ORIENTADOR DR. FÉLIX ARAÚJO NETO**, por terem me revelado que o caminho percorrido para se tornar um fiel Operador do Direito não está apenas na letra fria da Lei, mas principalmente nos princípios morais que eu carregue na minha profissão.

Agradecer é reconhecer a participação fundamental de pessoas na construção e realização do meu sonho. É ofertar-lhes essa conquista e dizer que nada seria igual sem a participação de cada um de maneira particular. Por isso, resta-me o meu “**MUITO OBRIGADA**”!

*“Sabemos, entretanto, que o homem não se torna justo pelas obras da Lei, mas somente pela fé em Jesus Cristo”.*

*(Gálatas 2, 16)*

## RESUMO

A Lei nº 12.015/09 instituiu o delito de estupro de vulnerável, que tipifica a ação de manter relação sexual com menores de 14 anos independentemente de consentimento. O legislador propunha com a edição da lei que alterou o Título VI do Código Penal, dar maior proteção ao menor de 14 anos, com a possibilidade de diminuição dos gritantes casos de exploração sexual infantil. Essa atual presunção absoluta de vulnerabilidade que a leitura do artigo 217-A impõe, torna-se causa de divergência doutrinária e jurisprudencial no País. Com base na antiga redação do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça expôs entendimento (em decisão) no sentido de que a presunção de violência nos casos de estupro contra menores de 14 anos deve ser considerada a partir do caso concreto, haja vista a possibilidade de relativização quando a criança fosse prostituída. Buscando analisar o estupro de vulnerável no contexto da prostituição infantil realizaram-se estudos no sentido de encontrar fundamentos jurídicos, psicológicos e sociológicos que apontem para adoção de um entendimento que não fira a integridade e os direitos das crianças e adolescentes. Percebeu-se, a partir desse estudo, que as causas que levam um menor de 14 anos à prostituição não podem ser desconsideradas quando da aplicabilidade da lei ao caso concreto, bem como independente da situação social nas quais se encontrem, como exemplo a prostituição, tais menores merecem resguardo legal por não possuírem real capacidade de dispor-se sexualmente.

**Palavras-chave:** Estupro de vulnerável. Prostituição infantil. Superior Tribunal de Justiça.

## **ABSTRACT**

The Law 12.015/09 established the offense of rape of vulnerable, which typifies the act of sexual intercourse with children under 14, regardless of consent. The legislator proposed with the enactment of the law which amended Title VI of the Criminal Code, to give greater protection to the children younger than 14 years, with the possibility of decreasing cases of child sexual exploitation. This current absolute presumption of vulnerability that article 217-A imposes, causes doctrinal and jurisprudential divergence in the country. Based in the old wording of the Criminal Code, the Supreme Court expounded understanding (in the decision) in the sense that the presumption of violence in cases of rape against children under 14 years should be considered from the case, given the possibility relativization when the child was prostituted. Seeking to analyze the rape of vulnerable in the context of child prostitution, studies were conducted in order to find legal, psychological and sociological grounds that point to adopt an understanding that does not hurt the integrity and rights of children and adolescents. It was noticed from this study that the causes that lead prostitution of a child younger than 14 years can not be disregarded when the applicability of the law to the case, and regardless of the social situation in which they are, like prostitution, such minors deserve guard for not having real ability to dispose themselves sexually.

**Keywords:** Rape of vulnerable. Child prostitution. Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DOS INDIVÍDUOS</b> .....	<b>11</b>
1.1 A Liberdade Sexual como um das vertentes do Princípio da Dignidade Humana.....	11
1.2 Liberdade Sexual no Código Penal .....	12
<b>2. A PROTEÇÃO LEGAL DO MENOR</b> .....	<b>13</b>
2.1 Breve histórico do Direito das crianças.....	14
2.2 A presunção de vulnerabilidade sexual do menor na lei. ....	16
2.3 O menor de catorze anos como vítima de estupro no Código Penal .....	18
<b>3. PROSTITUIÇÃO: A BANALIZAÇÃO SEXUAL INFANTIL</b> .....	<b>19</b>
3.1 A liberdade sexual versus a disposição degradante do corpo.....	20
3.2 A vulnerabilidade sexual da criança a partir do desenvolvimento psicológico.....	21
3.3 A realidade da prostituição infantil .....	24
<b>4. O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA VULNERABILIDADE SEXUAL DA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS</b> .....	<b>25</b>
4.1 O Superior Tribunal de Justiça.....	26
4.2 A nova perspectiva do STJ quanto a presunção de violência nos estupro contra menores de 14 anos. ....	27
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>32</b>

## INTRODUÇÃO

O artigo 217- A do Código Penal, introduzido com o advento da Lei nº 12.015/09, instituiu o delito de Estupro de Vulnerável, tipificando a ação de manter relação sexual com menor de 14 anos. O que caracteriza de maneira ímpar tal dispositivo é a intenção do legislador em desconsiderar o elemento subjetivo da ação – consentimento do menor em manter relação sexual – para configurar o delito.

Anterior a essa mudança legislativa, a redação do Código Penal previa em seu artigo 224 a presunção de violência quando a vítima fosse menor de 14 anos, a todos os crimes do Título VI (Dos Crimes contra os Costumes), dentre os quais se incluía o Estupro.

Apreciando os dois citados dispositivos, entende-se que a novel legislação introduziu ao crime de estupro a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, criando o novo tipo penal (estupro de vulnerável), fazendo desnecessário manter a presunção de violência, que agora se faz subtendida no artigo 217-A do Código Penal.

A intenção do legislador se manteve em inserir a criança menor de 14 anos num patamar de inteira vulnerabilidade, ou seja, incapaz de defender-se por si só, neste caso, incapaz de decidir por si mesma quanto à disposição sexual do seu corpo.

O que se pode dizer, no entanto, do menor de 14 anos que desde cedo já está inserido em uma vida sexual ativa por meio da prostituição? Há, nesse contexto, vulnerabilidade absoluta ou diante da realidade fática a presunção de vulnerabilidade deve ser relativizada?

A análise do tema se dará no contexto da decisão do Superior Tribunal de Justiça que desconsiderou a presunção de violência em um estupro que tinha como vítima garotas menores de 14 anos, ao posto que fora comprovada a situação de prostituição das meninas envolvidas.<sup>1</sup>

O STJ veio a decidir, em meados de março de 2012, que a presunção de violência, a que o revogado artigo 224 do Código Penal se referia, deve ser relativizada, se contrapondo, portanto, à intenção do legislador. Eis a razão de ser deste Trabalho, que tem como objetivo analisar os diversos aspectos que englobam tal decisão, que compreenderá a situação da

---

<sup>1</sup> O Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha divulgado o número nem o teor do processo, por correr em segredo de justiça, fez conhecer da sua decisão por meio da coordenação de editoria e imprensa.

prostituição infantil, a liberdade sexual dos indivíduos, a proteção legal do menor e a sua presunção de vulnerabilidade.

Ainda que, após recurso do Ministério Público Federal, o STJ tenha anulado a decisão, na escusa de ter desconsiderado a intempestividade do recurso do réu condenado, observa-se que a polêmica gerada pelo mérito da questão manteve-se inalterada.

Esse trabalho tem como escopo fazer um contraponto entre o que preconiza a letra da lei, bem como o entendimento da Corte Superior e a situação atual de vulnerabilidade das crianças menores de 14 anos. Não se quer, contudo, atribuir juízo de valor a decisão do STJ, mas sim fomentar um olhar crítico na sociedade para as constantes alterações no meio social e jurídico.

Para discussão do tema fora necessário o estudo bibliográfico sobre a prostituição infantil e sobre os Direitos Fundamentais principalmente no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente. Buscou-se, ainda, uma interdisciplinaridade junto a livros de Psicologia para avançar no tocante ao desenvolvimento psicológico e sexual das crianças. Não obstante se tratar de uma realidade social do país foi necessário pesquisa em artigos jornalísticos, inclusive na mídia televisiva.

## 1. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DOS INDIVÍDUOS

Levando em conta o princípio da intervenção mínima, segundo o qual só se recorre ao Direito Penal quando os meios extrapenais de controle social se revelam escassos, o bem jurídico penal se particulariza como o bem que ainda que tutelado por outros ramos do Direito, tal proteção se revela insuficiente, isso porque o nível de importância desses bens está no patamar de garantia da ordem social.<sup>2</sup>

Sendo o Direito Penal o ramo do Direito que engloba as normas jurídicas que determinam as infrações e sanções penais, é também por meio das normas penais que a liberdade sexual deve ser resguardada como bem jurídico tutelado legislativamente.

### 1.1 A Liberdade Sexual como um das vertentes do Princípio da Dignidade Humana

O Princípio da Dignidade Humana constitui valor supremo de um estado democrático de direito. É por esta razão que se apresenta na nossa Constituição Federal como um fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III. Com efeito, o conceito de dignidade da pessoa humana abrange o verdadeiro reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que lhes seja assegurado o mínimo necessário para sua existência digna.

Pressupõe-se que a sexualidade está inserida na própria condição de ser humano, e em respeito ao Princípio da Dignidade Humana deve ser assegurado aos indivíduos o seu livre exercício. É nesse sentido que a liberdade sexual se revela como um direito individual e natural, “que acompanha o ser humano desde o nascimento, pois decorre de sua própria natureza”.<sup>3</sup>

A dignidade sexual faz referência à possibilidade de os indivíduos exercerem livremente a sua sexualidade sem qualquer constrangimento, essa afirmação se consolida quando se toma como corolário o respeito e a liberdade à vida privada e a intimidade. É daí resultante, a

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13-14

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?62,14>>. Acesso em: 19 jan.2013.

possibilidade de livre escolha no exercício da atividade sexual, seja ela individual<sup>4</sup> seja ela com parceiro.

Não se admite que esse exercício da sexualidade seja resultante de coação física ou moral, para que não se afronte o direito de outrem em consentir para com o ato sexual. Por esta razão é imprescindível que o Direito Penal se revele como protetor jurídico da liberdade sexual de modo a sinalizar para o respeito à intimidade e à vida privada.

## 1.2 Liberdade Sexual no Código Penal

Não obstante à necessidade de garantir a sua proteção e defesa, o legislador ao elaborar o Código Penal de 1940, reservou o Título VI com a denominação “Dos Crimes Contra os Costumes” para tutelar em sua maioria dos dispositivos a liberdade sexual dos indivíduos, em especial das mulheres.

A denominação do Título VI do Código Penal trazia consigo inúmeras críticas acerca da definição de costumes a que se referia. Isso porque notável é que a sociedade, como um todo, sofre diversas alterações ao longo do tempo, seja no modo de pensar, seja no modo de agir. É bem verdade o que coloca Guilherme Nucci (2012) em sua obra, ao dizer que:

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988.<sup>5</sup>

O Código Penal trazia em seu artigo 213 a previsão do crime de estupro, no qual a proteção à liberdade sexual da mulher era o bem jurídico tutelado. A ação tipificada era a de constranger mulher mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal. Qualquer que fosse outra a forma de constrangimento para satisfação da lascívia mediante violência contra mulher, que não a conjunção carnal, não se encaixaria no tipo penal do estupro, mas sim configuraria o crime de atentado violento ao pudor.

---

<sup>4</sup> Guilherme de Souza Nucci (2012), em sua obra, quando fala em atividade sexual individual faz referência a masturbação que é o ato sexual pelo qual o indivíduo satisfaz sua lascívia com carícias ou gestos sexuais em si próprio.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; op. cit, p. 22

Em decorrência da insatisfação da doutrina com o título VI, do Código Penal, como também da necessidade de se adequar os ilícitos penais aos novos comportamentos sociais, o legislador em 2009 promulgou a Lei 12.015 alterando o que antes se intitulava “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Tal alteração também unificou os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor para pôr fim às discussões quanto as características que envolviam esses dois tipos penais.

O que antes se considerava proteção apenas à mulher pela antiga redação do artigo 213 do Código Penal, transformou-se na isonomia dos gêneros tornando a pessoa, seja ela do sexo masculino, seja do sexo feminino, como sujeito passivo do crime de estupro. Como enfoca Rogério Greco (2011):

Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente.<sup>6</sup>

O constrangimento mediante violência ou grave ameaça, núcleo incriminador do tipo penal, pode ser empregado pelo agente com a finalidade da conjunção carnal propriamente dita, bem como a de forçar a vítima a praticar quaisquer outros atos libidinosos, que não aquela.

## **2. A PROTEÇÃO LEGAL DO MENOR**

Após um longo processo de efetivação, os Direitos da Criança e do Adolescente vêm ganhando mais concretude na sociedade, de modo que diferente de tempos passados, esses sujeitos possuem uma proteção mais contundente. Antes, as crianças não passavam de objetos de direito dos pais, mas hoje ganharam destaque no mundo sócio jurídico, como sujeitos de direitos.

No Brasil, são consideradas crianças e adolescentes as pessoas que possuem idade de até dezoito anos, sendo que aquelas se encaixam no grupo de indivíduos possuidores de idade

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 455.

inferior a doze anos enquanto os adolescentes são os de faixa etária entre doze e dezoito anos de idade.<sup>7</sup>

Segundo o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Por serem fases da vida em que os indivíduos ainda estão em desenvolvimento, há uma necessidade maior de proteção pela sociedade e pelo Estado. É por esta razão que todos os meios sociais estão obrigados à defesa dos direitos essenciais da criança e do adolescente, posto que o texto constitucional expande esse comprometimento desde a família até ao próprio Estado.

## 2.1 Breve histórico do Direito das crianças

A criança desde a Antiguidade vinha sendo tratada tão somente como objeto de Direito, visto que era submetida por inteiro as vontades patriarcais, onde os pais eram os verdadeiros detentores do Direito que a criança representava. Era atribuído aos pais o Direito sobre a vida da criança, podendo se utilizar desse direito da maneira que lhe aprouvesse.

Nos dizeres de José Farias Tavares (2001):

Entre quase todos os povos antigos, tanto do Ocidente como do Oriente, os filhos, durante a menoridade, não eram considerados sujeitos de direito, porém servos da autoridade paterna.<sup>8</sup>

Após um longo e árduo processo de evolução, o Direito Infanto-Juvenil, que passou pelo Direito moderno com a adoção do método romano em que se consagrou o pátrio poder, se inserindo em um regime protetivo pós Revolução Francesa onde a sociedade passou a tratar com maior atenção os interesses das crianças e adolescentes, só veio tomar a sua devida importância com a Declaração dos Direitos da Criança, de Genebra, em 1924.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. 16 dez. 1990. [art. 2º]

<sup>8</sup> TAVARES, José de Farias. Direito da infância e da juventude. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46

Mesmo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde houve o comprometimento da tomada de medidas contínuas para garantir o reconhecimento e efetivo cumprimento dos direitos humanos, ainda se manteve um pensamento precário no tocante aos Direitos da Criança, pois se considerava que a atuação de tais direitos se dava apenas a partir da ineficiência do caráter protetivo dos pais.

Nesse entendimento a Secretaria de Direitos Humanos da República (2010) coloca que:

O olhar que os juristas tinham [...] foi sempre esse, da proteção devida pelos adultos, considerando que o direito deveria intervir justamente nesses momentos em que houvesse um desvio de que se supunha ser um ambiente de cuidado para eles.<sup>9</sup>

É a partir de 1924, que o Direito Internacional começa a sinalizar para necessidade de uma efetivação dos direitos da criança e do adolescente, e o seu marco inicial foi a Declaração dos Direitos da Criança pela Liga das Nações, com isso, se deu partida para a evolução do Direito da Infância e Juventude no Brasil.

José Tavares (2001), ainda, conclui nesse sentido que:

Na ordem jurídica brasileira, leis diversas ao longo do tempo vêm fazendo referência à situação das pessoas em minoridade, desde, mesmo, antes da existência da legislação especial consubstanciada nos Códigos de Menores revogados e, agora, no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>10</sup>

Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu as Garantias Fundamentais atreladas à situação de Pessoa Humana, por óbvio essas garantias estão estendidas às crianças, as quais têm através do art. 4<sup>a</sup> do estatuto da Criança e do Adolescente, um tipo de confirmação dos direitos que lhes são atribuídos.

Para Rezende,

O Direito do Menor, privilegiado pela sua estrutura jurídica, fortalece o menor, dando-lhe segurança e serenidade, bem como, a esperança de um futuro honestamente definido.<sup>11</sup>

Vida, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho aprendiz, liberdade e proteção individual, convivência familiar, dentre tantos outros direitos da criança, responsabilizam

---

<sup>9</sup> BRASIL. Presidência da República. Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional/organização Gustavo Venturi. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p.164.

<sup>10</sup> TAVARES, José de Farias; op. cit, p. 59.

<sup>11</sup> REZENDE, Mário Moura. Introdução ao estudo do Direito do Menor. João Pessoa: A União, [s.d.]. p. 31

diretamente o Estado, a Família e a Sociedade na fiscalização e principalmente no respeito à dignidade da criança.

## **2.2 A presunção de vulnerabilidade sexual do menor na lei.**

No estudo do Direito da Criança e do Adolescente nos deparamos com a existência da regra da prioridade absoluta, que coloca a criança e o adolescente numa preferência quanto ao resguardo dos seus direitos. Segundo essa regra, que primeiro fora firmada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, independente da esfera que deva agir, seja ela pública, privada, administrativa ou jurídica, a prioridade é o atendimento aos direitos infanto-juvenis.

A regra da prioridade absoluta é uma garantia, que vinculada à ordem jurídica, preza por assegurar os direitos subjetivos das crianças e adolescentes, visando cuidar sobremaneira “daquelas pessoas por sua natural fragilidade ou por estarem numa fase em que se completa sua formação com riscos maiores”.<sup>12</sup>

Diante da impossibilidade de uma criança ter absoluta consciência das decisões tomadas referentes à sua sexualidade e da incapacidade de externar responsabilmente seu consentimento de forma segura para uma relação sexual, a tutela jurídico penal se amplia com maior ênfase na proteção do menor, no que corresponde ao exercício de sua sexualidade. Em outras palavras, o Direito Penal abrange de maneira incisiva a proteção do menor de 14 anos, tendo em vista a sua incapacidade de responder por si a atos dessa natureza.

Explicar a vulnerabilidade, corresponde em mencionar que alguém mostra-se carente de proteção, isso ocorre quando um indivíduo não possui discernimento necessário para prática de determinados atos, ou que não possa oferecer algum tipo de resistência para se auto proteger. No nosso ordenamento, as causas que levam um indivíduo ao *status* de vulnerável são principalmente de natureza biológica, como a idade ou doença mental.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito da Criança e do Adolescente. 4.ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 16

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91

Encara-se no caput do artigo 217-A do Código Penal que quem manter relação sexual com menor de 14 anos, comete o delito de Estupro de Vulnerável. Responde pelo mesmo delito aquele que pratica essa ação com enfermo ou deficiente mental que não possui o necessário discernimento para prática do ato ou quem não possa oferecer resistência. Assim, para o Código Penal considera-se vulnerável aquele que é incapaz de consentir de maneira responsável e válida para o ato sexual, ou seja “que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual”<sup>14</sup>.

O que a doutrina ainda não pôs fim foi ao questionamento de se essa vulnerabilidade que envolve o menor de 14 anos é absoluta ou relativa. Pode-se dizer, na verdade, que a questão gira em torno de descobrir até que ponto uma criança deve ser considerada vulnerável.

O grupo de doutrinadores que defendem esta vulnerabilidade como absoluta, parte do pressuposto de que os menores de 14 anos seriam inteiramente incapazes de decidir quanto à disposição sexual de seus corpos, porque ainda estariam em formação, vindo a lei para tão somente, cumprir com sua função protetiva. É nesse sentido que se posiciona Rogério Greco (2011) que leciona:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.<sup>15</sup>

Partindo de outro pressuposto, os doutrinadores que não compreendem da mesma forma que Rogério Greco, acreditam que a legislação, apesar de delimitar a idade de 14 anos para caracterizar os vulneráveis protegidos pelo artigo 217-A do Código Penal, não pode impor de maneira absoluta a presunção de vulnerabilidade de um indivíduo, sem considerar a sua real situação. Nos dizeres de Guilherme Nucci (2012):

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; op. cit, p. 95

<sup>15</sup> GRECO, Rogério; op. cit, p. 528.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; op. cit, p. 99 – 100.

De fato, independentemente da posição tomada com base na doutrina penal brasileira, a legislação pátria cumpre seu papel em priorizar o atendimento aos Direitos da Criança e do Adolescente. Ao atribuir ao menor de 14 anos a situação de vulnerabilidade, ainda que não pacificada sua interpretação, o legislador presa pela tutela do bem jurídico da dignidade sexual do menor, permitindo que a ele seja garantindo o seu desenvolvimento natural e necessário.

### **2.3 O menor de catorze anos como vítima de estupro no Código Penal**

Diante da necessidade gritante de proteção da criança menor de catorze anos, o legislador houve por bem colocá-la num patamar de especial proteção legal. No que diz respeito a proteção da dignidade sexual do menor, desde a edição do Código Penal de 1940 observava-se a existência de dispositivos que sinalizavam para esse cuidado.

Na redação original do Código Penal de 1940 havia em seu Título VI aqueles que se intitulavam como Crimes contra os costumes, dentre os quais se posicionava o Estupro. O dispositivo 224 do Código Penal previa que se restava caracterizado presunção de violência quando quaisquer desses crimes eram cometidos contra: menores de 14 anos, pessoa alienada ou débil mental (se o agente conhecia a circunstância), ou pessoa que por qualquer outra causa não era capaz de oferecer resistência.

O objetivo de tal dispositivo penal era proteger aqueles que são considerados vulneráveis quando expostos a atos de violência sexual e que teriam dificuldade de expelir qualquer atentado de afronta à sua liberdade. Nas palavras de Mirabete (2004):

Pretende-se com o dispositivo, reforçar a defesa da vítima que tem menor possibilidade de reação, já que se exige a defesa pública onde está comprometida a defesa particular da ofendida.<sup>17</sup>

Tomando para análise a presunção de violência contra o menor de 14 anos, o legislador buscava uma proteção mais efetiva à criança, que à época da redação desse dispositivo penal vinha em processo de edificação de seus direitos. Isso porque desde 1924 com a Declaração dos Direitos da Criança pela Liga das Nações, vinha se sobressaindo a necessidade de

---

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 451.

intensificar tal proteção, que só vem a se destacar de fato, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente já em 1990.

Com a redação da Lei Nº 12.015/2009, o artigo 224 do Código Penal, o que fazia referência à presunção de violência quando o estupro fosse cometido contra menor de 14 anos, fora revogado, dando espaço para criação do delito do estupro de vulnerável.

O estupro de vulnerável se configura a partir da prática de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Nota-se que pela leitura do artigo 217-A do Código Penal independente do consentimento do menor, o crime se consuma com a conjunção carnal, mesmo que com penetração parcial, ou no momento em que há prática de qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

### **3. PROSTITUIÇÃO: A BANALIZAÇÃO SEXUAL INFANTIL**

Prostituição, como a prática de venda e compra do corpo para satisfação de desejo sexual de alguém, se apresenta na sociedade desde as antigas civilizações greco-romanas. Ainda que supostamente a Idade Contemporânea seja a época dos grandes avanços sociais e tecnológicos, bem como da gritante luta pela efetivação dos Direitos Humanos, a prostituição avança no mesmo ritmo social.<sup>18</sup>

Apesar de ser tão antiga, quanto à própria formação da sociedade, a prostituição jamais foi vista com “bons olhos” por todos, isso por que a ideia de venda e compra do corpo, com o intuito da satisfação sexual em troca de dinheiro, se contrapõe a intenção social de garantir dignidade a seus indivíduos.

Mesmo não havendo uma aceitação social no que diz respeito à Prostituição, esta se mantém, ainda que encoberta, presente na sociedade de maneira significativa e sua maior problemática se dá quando envolve crianças ou adolescentes. Apesar de parecer inaceitável, a prostituição infantil vem ganhando espaço e levando as crianças e adolescentes a deplorável situação de degradação do corpo.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Armando. Prostituição: uma visão global. 2.ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. p. 1-7

Muitas são as possíveis causas que levam uma criança à prostituição: a miséria, a falta de instrução, o abuso sexual dentro da própria família, a luta por melhor condição financeira para família, a carência afetiva, etc. Diante da ineficiência do poder familiar na proteção do menor, o Estado deve intervir como maior protetor.

### **3.1 A liberdade sexual versus a disposição degradante do corpo**

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana que conduz a razão de ser do Estado Democrático de Direito possui fundamentos objetivos e subjetivos<sup>19</sup> que dão sentido a sua preservação. Quando nos referimos aos fundamentos subjetivos como necessários a livre formação da personalidade e sociabilidade de uma pessoa, Nucci (2012) aponta que devemos partir do pressuposto que:

O respeito à dignidade humana conduz e orchestra a sintonia das liberdades fundamentais, pois estas são os instrumentos essenciais para alicerçar a autoestima do indivíduo, permitindo-lhe criar seu particular mundo, no qual se desenvolve, estabelece laços afetivos, conquista conhecimento, emite opiniões, expressa seu pensamento, cultiva seu lar, forma família, educa filhos, mantém atividade sexual, satisfaz suas necessidades físicas e intelectuais e se sente, enfim, imerso em seu próprio casulo.<sup>20</sup>

A dignidade sexual, diretamente ligada à dignidade humana, se manifesta por meio da possibilidade de o indivíduo exercer livremente sua sexualidade, isso implica dizer que o ser humano é livre para se satisfazer sexualmente da maneira que lhe aprouver, desde que não interfira ou cercee a liberdade e a vontade de outrem.

É a partir dessa liberdade que muitas pessoas disponibilizam seus corpos para venda afim de satisfazer sexualmente outros indivíduos, em troca de dinheiro e benefícios. Contudo, a problemática não se trata apenas dessa compra e venda do corpo com a finalidade da prática sexual, pois o que se percebe é que as pessoas prostituídas sofrem uma degradação física, social e psicológica e esse é o problema que merece atenção.

---

<sup>19</sup> Segundo Guilherme de Souza Nucci (2012) há dois pontos fundamentais ao Princípio da Dignidade Humana: o objetivo e o subjetivo. O primeiro caracteriza-se pelas necessidades básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, enquanto o segundo abarca o respeito e a autoestima individuais.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a Dignidade Sexual. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27

O enigma da prostituição vai além da venda do corpo e da sua situação de descaso humano, é com base nessa preocupação que há décadas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (1976) tem pronunciado que:

O Estado de tensão em que vivem, as obriga a consumir álcool, tóxicos e excitantes, muitas vezes, para poderem enfrentar a triste realidade em que se encontram. Isso destrói a personalidade e debilita a vontade, dificultando-lhes a possibilidade de optar e levando-as a uma degradação cada vez maior.<sup>21</sup>

Para Kant (1797, *apud* BINI, 2003)

... um tal uso não natural (e, assim, abuso) do próprio atributo sexual constitui uma violação do dever para consigo mesmo, e efetivamente uma violação contrária à moralidade.<sup>22</sup>

Portanto, ainda que a Prostituição em si não seja considerada como ilícito penal em nosso ordenamento jurídico, ela pode se revelar uma grande perscrutadora de inúmeras consequências ilícitas e degradações morais inadequadas a um estado que presa pelo princípio da dignidade humana como base fundamentalista de sua sociedade.

Encarar a legalidade da prostituição em detrimento de um estado de precariedade humana, em que os indivíduos prostituídos (na sua maioria, mulheres) se encontram, nos convida a análise de se a proteção da liberdade sexual de homens e mulheres deve, nessas situações, ser restringida de modo a garantir a integridade humana.

Tratam-se de contrapontos que até hoje não foram pacificados em um único entendimento social, e que provavelmente, diante do longo período de existência da prostituição na sociedade, não o serão.

### **3.2 A vulnerabilidade sexual da criança a partir do desenvolvimento psicológico**

Para a psicologia, o homem, diferentemente dos animais, não possui um instinto reprodutor. A escolha do parceiro sexual na nossa espécie não se dá através da necessidade de

---

<sup>21</sup> Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Comissão Episcopal de Pastoral. Prostituição: desafio à Igreja e à sociedade. São Paulo: Paulinas, 1976 (Estudos da CNBB, 15) p. 18.

<sup>22</sup> KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Edson Bini (Org). Bauru: EDIPRO, 2003. p. 267

reprodução, mas nasce da escolha racional e da busca pelo prazer, sendo esse último o ponto principal que norteia o ser humano e sua relação com a sexualidade.<sup>23</sup>

A Psicanálise compreende que um meio de garantir as atividades necessárias para sobrevivência da sociedade é exatamente restringindo parcialmente a energia sexual, que naturalmente é transferida para outros fins.<sup>24</sup> O alcance desse objetivo se dá através de normas e proibições, dentre as quais podemos citar a proibição da prática sexual das e com as crianças.

É importante destacar os comentários de Paul Osterrieth (1916) à obra de Freud que nos leva a entender que desde o nascimento, a criança já está exposta a sexualidade e que o prazer é a ligação daquela com o homem:

[...] é agora, neste nível [por volta dos três anos], que se situam os profundos gozos sensuais antes ligados à região bucal, depois à região anal; e as emoções a isso ligadas adquirem, por esse fato, coloração mais especificamente sexual, à qual não escapam os sentimentos da criança para com o adulto, sempre estreitamente implicado nessas emoções sensuais.<sup>25</sup> [Acréscimos nossos]

Todo o desenvolvimento humano se dá a partir da influência de determinados fatores integrados, tais quais, como: a hereditariedade, o crescimento orgânico, a mutação neurofisiológica, bem como o meio no qual a criança esteja inserida. Esse desenvolvimento vem sendo abordado por meio de quatro aspectos: o físico-motor, o intelectual, o afetivo-social e o social.<sup>26</sup>

No que abrange o tema em estudo, partimos ao aspecto afetivo-social, que diz respeito a subjetividade do indivíduo como o sentir, que é onde a sexualidade e os medos são atingidos. Esses aspectos interferem diretamente no caráter, na personalidade e na sociabilidade de uma pessoa, pois juntos compõem o que chamamos de desenvolvimento humano.

Quando tratamos de desenvolvimento sexual infantil impróprio, ou seja, que não decorre de um processo evolutivo biopsicológico adequado, respeitando as etapas de crescimento do

---

<sup>23</sup> BOCK, Ana Mercês Bahia; Furtado, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 231-232

<sup>24</sup> Idem, p. 237

<sup>25</sup> OSTERRIETH, Paul, *Introdução à psicologia da criança* / Paul Osterrieth; tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J. B. Damasco Penna. 12ª ed. Refundida. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1916 (imp. 1980), p. 85.

<sup>26</sup> BOCK, Ana Mercês Bahia; op. cit, p. 100.

indivíduo, nos deparamos com o sentimento da culpa, que reveste a criança da consciência do prejuízo advindo dessa ultrapassagem das fases naturais do desenvolvimento humano.

Ao crescer, a criança adquire consciência e entende o que se passou, apresentando a partir daí um comportamento reacional à tudo que foi vivido. Esse comportamento, gerado ao decorrer do tempo, pode se manifestar de maneiras negativas à sociedade, de modo que dificulta a convivência tranquila em um meio social, ou até mesmo familiar.

É por tudo isso que se faz necessário, para não se dizer obrigatório, que a sociedade como um todo (família, escola, empresas, etc) esteja preparada para lidar com essas situações adversas, para que por meio do diálogo possa trazer segurança psicológica e conforto para os que tiveram seu percurso natural, no tocante a sexualidade, prejudicado. Nesse sentido Ana Mercês (1999) concorda que:

A discussão do papel da sexualidade nas nossas relações, a discussão ética do significado das regras sociais e sua justa ou injusta interdição do prazer são questões que, discutidas, ajudarão a superar a angústia da culpa, que certamente trabalha no território do não-saber.<sup>27</sup>

Discutindo o posicionamento de Freud, Paul Osterrieth (1916) revela que ao indivíduo é dada a capacidade de esquecer muitas das suas experiências infantis, para que assim se possa negar a sexualidade vivida à época, pois dessa forma não se reconheceria os seus próprios impulsos mal vistos pela sociedade.<sup>28</sup>

Por óbvio quando uma criança se prostitui ou é vítima de exploração sexual, esse esquecimento, torna-se inexistente, pois é quando retira-se da criança a possibilidade de uma formação sexual própria, o que na maioria dos casos gera uma consequência impensável, que pode variar entre a apresentação futura de problemas psicológicos ou até mesmo de possíveis enfermidades.

A exposição da criança a uma série de consequências psicológicas e até mesmo sociais sinalizam para a incapacidade sensitiva de uma criança decidir acerca de sua sexualidade, é o que tratamos por vulnerabilidade, pois como visto, as fases naturais do desenvolvimento apresentam ao indivíduo diversas formas de lidar com as sensações sexuais que estão atreladas

---

<sup>27</sup> BOCK, Ana Mercês Bahia; op. cit, p. 241.

<sup>28</sup> OSTERRIETH, Paul; op. cit, p. 92.

ao ser humano e só na fase adulta os indivíduos estão preparados para viver a sua sexualidade sem que problemas psicológicos dessa natureza se revelem.

### 3.3 A realidade da prostituição infantil

Diversos são os possíveis fatores que levam uma criança à prostituição: a miséria, a falta de instrução, o abuso sexual dentro da própria família, a luta por melhores condições financeiras, a carência afetiva, etc. Diante dessas realidades, elas tornam-se expostas ao aliciamento por adultos que nada mais buscam do que a satisfação fácil e barata de seus instintos sexuais. É assim que corrompem os menores os conduzindo a exploração sexual por meio da prostituição.

É sabido que há uma associação de aspectos que facilitam a sujeição dos menores à degradação de sua infância, desconsiderando os seus direitos e suas prioridades, aspectos esses que ultrapassam a carência socioeconômica, que embora seja uma das mais relevantes causas, dividem espaço com o próprio gênero da criança decorrente de sua vida familiar.<sup>29</sup>

Diante do fato que cabe ao poder familiar a proteção da criança em todas as suas modalidades, de modo que a mesma não esteja exposta a situações de precariedade social, psicológica, educacional, etc. observa-se que não é sempre que os pais tomam por sobre si essa responsabilidade de resguardo dos direitos de seus filhos.

É diante da ineficiência do poder familiar na proteção do menor, que o papel do estado e da sociedade se apresenta como imprescindível à defesa das crianças. A Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal (2013) considera que “a exploração sexual de crianças é uma das piores e mais perversas formas de violação aos Direitos Humanos”<sup>30</sup>.

Existem inúmeras campanhas educacionais por parte de órgãos públicos e privados visando a preservação da dignidade da criança, como o Comitê Nacional de Enfrentamento à

---

<sup>29</sup> RIBEIRO, Paulo Silvino. Prostituição Infantil: uma violência contra a criança. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/prostituicao-infantil.htm>>. Acesso em 11 mai. 2013.

<sup>30</sup> BRASIL, Portal. País incentiva combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Secretaria de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/01/23/pais-incentiva-combate-ao-abuso-e-exploracao-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em 04 ago. 2013.

Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes que tem a missão de unir sociedade e poderes públicos para criar e pôr em prática planos e ações que combatam a exploração sexual infantil.<sup>31</sup>

Em matéria investigativa realizada por uma rede de televisão brasileira, fora divulgado dados surpreendentes acerca desta realidade, segundo a qual, a exploração sexual infantil se revela como a terceira atividade mais rentável do mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e o de armas.<sup>32</sup>

A existência vergonhosa da prostituição infantil na sociedade convoca o Estado à vigilância e à busca de soluções para este problema, ainda que sua atuação, junto com a de instituições que lutam pelo combate à exploração sexual infantil, mostra-se, ainda, ineficaz. Segundo dados UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) no ano de 2010 havia uma realidade de cerca de 250 mil crianças prostituídas no Brasil, o que ultrapassa qualquer dado razoável para controle desta situação.<sup>33</sup>

#### **4. O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA VULNERABILIDADE SEXUAL DA CRIANÇA MENOR DE 14 ANOS**

O Superior Tribunal de Justiça ao proferir uma decisão, traz à tona reflexões atuais e as novas perspectivas da legislação vigente no país. Ocorre que essas decisões ultrapassam a literalidade das normas, buscando adequar à lei o momento histórico social no qual estamos vivendo.

A decisão dessa Corte Superior referente a presunção de violência em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos gerou repercussão jurídica pois fora de encontro a

---

<sup>31</sup> Comitê Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças e Adolescentes. **Missão**. Disponível em <<http://www.comitenacional.org.br/>>. Acesso em 04 ago. 2013.

<sup>32</sup> O Sistema Brasileiro de telecomunicações (SBT) exhibe um programa que possui cunho investigativo das realidades sociais, o Conexão Repórter. Em programa exibido em 07 de junho de 2010, o jornalista e apresentador Roberto Cabrini apresentou a realidade do turismo sexual, da exploração e da prostituição infantis.

<sup>33</sup> RIBEIRO, Paulo Silvino. Prostituição Infantil: uma violência contra a criança. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/prostituicao-infantil.htm>>. Acesso em 11 mai. 2013.

realidade social de muitas menores que se prostituem, desconsiderando a situação que levaram os envolvidos a situação de degradação do corpo.

Conforme fora visto, o fato de um menor se prostituir não corresponde a afirmação de ter havido um necessário desenvolvimento para que se haja um real consentimento para prática sexual. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça indica existir uma necessidade de constatação da real vulnerabilidade sexual dos menores de 14 anos vítimas de estupro.

#### 4.1 O Superior Tribunal de Justiça

A Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição da República em 1988 visava um avanço democrático na sociedade brasileira, bem como uma maior observação aos direitos sociais e humanos.

Como se extrai do preâmbulo da Carta Magna, a justiça é um dos “valores supremos de uma sociedade pluralista e sem preconceitos”<sup>34</sup>, é por esta razão que se volta os olhares para importância de uma justiça que atenda as necessidades sociais. Embora o preâmbulo não seja parte integrante do texto constitucional, nele consta a razão de ser da Constituição promulgada e nesse sentido há de ser observado com merecimento, assim Alexandre de Moraes (2002) se posiciona:

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe segue.<sup>35</sup>

A busca pela justiça como um valor social se acentua desde a sua consagração no preâmbulo constitucional. Ao considerar a justiça como um valor supremo da sociedade brasileira, a Constituinte vislumbrava que a partir de então era em prol dessa sociedade *pluralista e sem preconceitos*, que a justiça se efetivaria.

A sociedade é a principal protagonista da história da democracia brasileira, o que não se pode olvidar, é que essa democracia não se configura tão somente no viés político, mas

---

<sup>34</sup> Preâmbulo da Constituição Federal da República – 1988.

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 49

também no social, cultural e jurídico. Deve-se entender daí que é em prol da sociedade que o sistema jurídico deve agir.

Como órgão do Poder Judiciário, a instituição do Superior Tribunal de Justiça se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dentre as suas atribuições se trata da “Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo Brasil”.<sup>36</sup> Isso implica afirmar que a responsabilidade atribuída ao STJ corresponde à efetivação de máxima clareza aos pontos que obscurecem a legislação pátria e que geram divergência entre os tribunais.

#### **4.2 A nova perspectiva do STJ quanto a presunção de violência nos estupro contra menores de 14 anos.**

No primeiro semestre do ano de 2012 restara decidido naquela Corte que “a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo<sup>37</sup>.” A priori caberia entender que esta decisão viria apenas estender o entendimento do legislador quanto a vulnerabilidade do menor de quatorze anos. No entanto, os motivos que levaram a esse novo entendimento abarcam um leque de situações jurídicas que merecem atenção.

O julgado se deu a um caso em que o réu estava sendo acusado de ser sujeito ativo do delito de estupro praticado contra três menores com idades de 12 anos. Fora inocentado no Tribunal de Justiça de São Paulo, pois se considerou que as atividades sexuais exercidas pelas menores, excluía a presunção de violência do delito. A Coordenadoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça explicou que na fase recursal,

A Quinta Turma do STJ, porém, reverteu o entendimento local, decidindo pelo caráter absoluto da presunção de violência no estupro praticado contra menor de 14 anos. A decisão levou a defesa a apresentar embargos de divergência à Terceira Seção, que alterou a jurisprudência anterior do Tribunal para reconhecer a relatividade da presunção de violência na hipótese dos autos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80

<sup>37</sup> O Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha divulgado o número nem o teor do processo, por correr em segredo de justiça, fez conhecer da sua decisão por meio da coordenadoria de editoria e imprensa.

<sup>38</sup> Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175). Acesso em: 19 jan de 2013.

Em virtude dessa aparente divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, foi necessário reanalisar a jurisprudência quanto ao tema. Diante disso, a revisão se deu na seção que fixou a relativização da presunção de violência prevista no delito de estupro quando realizado contra menores, que fora vencida pelo voto da maioria.

A decisão referida versa quanto ao teor do artigo 224 do Código Penal que fora revogado em 2009 pela Lei nº 12.015. Tal dispositivo legal, presente nas Disposições Gerais dos Crimes contra os costumes na antiga redação do Código Penal, determinava:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência;

A leitura do artigo supra nos permite identificar que a presunção de violência no caso de vítima menor de catorze anos seria absoluta, contudo essa presunção já possuía pontos de divergência na doutrina, pois para autores como Bitencourt (2008), “esta presunção é relativa”.<sup>39</sup>

O posicionamento de Mirabete (2004) encaminha noutro sentido, afirmando que:

Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas consequências (*innocentia consilii*). O consentimento em casos que tais é absolutamente nulo.<sup>40</sup>

O que se percebe é que o Superior Tribunal de Justiça adotou, a partir de sua decisão, uma linha de pensamento que amplifica a interpretação do dispositivo em comento. Ao relativizar a presunção de violência que consta na redação antiga do artigo 224 do Código Penal, o STJ considera que a afronta à liberdade sexual do menor de catorze anos, quando na relação sexual, deve ser analisada no caso concreto.

Na leitura anterior do código, era previsto uma presunção de violência ao estupro quando praticado contra menor de catorze anos, contudo, com o advento da Lei nº 12.015, o artigo de tal previsão fora revogado dando espaço para a criação do delito de Estupro de Vulnerável disposto no artigo 217-A do Código Penal. Logo, tomando por base esse

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; op. cit, p. 49

<sup>40</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; op. cit, p. 452

entendimento da Corte Superior, cabe considerar que a legislação que alterou o Código Penal em seu Título VI, também pode ser objeto da interpretação.

Quando a Corte Superior relativizou a presunção de violência, considerando que as menores prostituídas não seriam vulneráveis, trouxe à tona questionamentos, tais como, a aceitação do problema da prostituição infantil como natural e a impossibilidade de prostitutas serem sujeitos passivos dos delitos de estupro.

Em nota a sociedade o STJ declarou que não institucionalizou a prostituição infantil, bem como não nega que prostitutas possam ser estupradas, esclarecendo que:

A decisão trata apenas da existência ou não, na lei, de violência imposta por ficção normativa, isto é, se a violência sempre deve ser presumida ou se há hipóteses em que menor de 14 anos possa praticar sexo sem que isso seja estupro.<sup>41</sup>

O Superior Tribunal de Justiça anulou a decisão considerando a intempestividade do recurso do réu condenado. Tratou-se de anulação em matéria processual, o que não impediu as inúmeras críticas no âmbito jurídico e social acerca desse novel entendimento.

Essa decisão restou-se anulada em virtude de recurso impetrado pelo Ministério Público Federal que alegou a intempestividade do recurso do réu condenado. O que se sabe é que a decisão foi anulada por questão meramente processual, ou seja, o mérito da questão quanto a presunção absoluta ou relativa nos crimes de estupro contra menor de 14 anos, continua sendo uma incógnita jurídica.

Ainda que anulada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que esta Corte possui um entendimento voltado para a atual situação social do país, buscando uma aplicação da lei, sem contudo desconsiderar o momento que a sociedade vivencia. Isso por considerar que as crianças menores de 14 anos, ainda que supostamente vulneráveis, possam induzir um adulto à prática sexual com elas, agindo de modo que se descaracterize sua vulnerabilidade.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça aponta para necessidade de estudo do caso concreto, analisando a real situação do menor envolvido no delito de estupro, para que não se incorra numa possível condenação sem antes saber qual o grau de vulnerabilidade da vítima.

---

<sup>41</sup> BRASIL, República Federativa. Superior Tribunal de Justiça. Esclarecimentos à sociedade. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290)> Acesso em: 19 jan de 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho decorreu da percepção de uma gritante necessidade de analisarmos fielmente o contexto social e jurídico das crianças e adolescentes que exercem a prostituição, pois o fato de um menor de catorze se prostituir não equivale dizer que ele possui discernimento para prática sexual.

Na ausência de um efetivo poder familiar capaz de retirar a criança e o adolescente de um estado de degradação social, o Estado deve intervir como fiel protetor de seus direitos. Contudo, ainda que haja uma busca incessante pela defesa dos Direitos da criança e do adolescente, é sabido que a prostituição infantil é uma, dentre tantas, causas que lhes retiram sua dignidade, ainda na infância.

O legislador, na busca de efetivar a proteção da dignidade sexual da criança e do adolescente, instituiu o delito de estupro de vulnerável para tipificar o ato sexual praticado com menores de 14 anos, entendendo não haver possibilidade, nesses casos, de um consentimento válido para prática sexual, em quaisquer de suas modalidades.

As dúvidas acerca da interpretação do artigo 224 da antiga redação do Código Penal e do atual artigo 217-A circundam o meio jurídico a demasiado tempo. Se põe em debate a relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de catorze anos, sob argumentos favoráveis no sentido de que deve-se ater, a presunção, ao caso concreto, e desfavoráveis no sentido de que a lei é categórica ao tratá-la como absoluta.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça na decisão em estudo se encaminhou no sentido de que a vulnerabilidade de um menor de 14 anos deve ser estudada no caso concreto, posto que há crianças e adolescentes que iniciam uma vida sexual ativa muito cedo e por essa razão não se pode haver uma aplicação absoluta da presunção de vulnerabilidade.

Observa-se, então, que a Corte Superior aponta para necessidade de observação em cada caso concreto da vida do menor estuproado, para que se constate a real existência de um estupro, considerando para tal, a capacidade de dedução da realidade do menor. Em outras palavras, deve-se averiguar se a vítima realmente pode ser considerada vulnerável, para que não se

incorra na atribuição de um crime sem todos os elementos imprescindíveis constante no tipo penal.

Pelo que se constatou no estudo, mesmo que a criança e o adolescente inicie a vida sexual precocemente, ainda que não pela exploração ou prostituição infantil, o menor de catorze anos não possui desenvolvimento biopsicológico necessário para prática de atos sexuais sem que lhes traga problemas futuros.

Ocorre que para a aplicação da presunção absoluta de vulnerabilidade sexual dos menores de 14 anos, o aspecto social seria, por óbvio, desconsiderado em virtude da aplicação de um critério objetivo. Noutro sentido, quando se busca uma análise subjetiva do caso, o aspecto social, no qual a vítima está inserida, seria considerado para fins de aplicação da legislação penal.

Ainda que longe de se encontrar uma pacificação de entendimentos acerca da vulnerabilidade do menor de catorze anos, torna-se imprescindível constatar que as alterações sociais são cruciais para hermenêutica da legislação vigente. É necessário, para uma boa aplicação da lei, a percepção que a legislação não caminha sozinha e que deve-se haver uma adaptação legal às grandes mudanças da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOCK, Ana Mercês Bahia; Furtado, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL, Código civil. Organização de Rogério Cury. 3ed. São Paulo: Rideel, 2012.
- BRASIL, Conferência Nacional dos Bispos do. Comissão Episcopal de Pastoral. **Prostituição: desafio à Igreja e à sociedade**. São Paulo: Paulinas, 1976 (Estudos da CNBB, 15).
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2011.
- BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. 16 dez. 1990.
- BRASIL, Portal. **País incentiva combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Secretaria de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/01/23/pais-incentiva-combate-ao-abuso-e-exploracao-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em 04 ago. 2013.
- BRASIL, República Federativa. Superior Tribunal de Justiça. **Esclarecimentos à sociedade**. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290)> Acesso em: 19 jan de 2013.
- BRASIL, República Federativa. Superior Tribunal de Justiça. **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290)> Acesso em: 19 jan de 2013.
- BRASIL. Presidência da República. **Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional**/organização Gustavo Venturi. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- COMITÊ NACIONAL de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças e Adolescentes. Missão. Disponível em <<http://www.comitenacional.org.br/>>. Acesso em 04 ago. 2013.
- DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?62,14>>. Acesso em: 19 jan.2013.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Edson Bini (Org). Bauru: EDIPRO, 2003.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 4.ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- O TURISMO SEXUAL INFANTIL. Conexão Repórter. São Paulo, SBT, 07 de junho de 2010. Programa de TV.
- OSTERRIETH, Paul, **Introdução à psicologia da criança** / Paul Osterrieth; tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J. B. Damasco Penna. 12<sup>a</sup> ed. Refundida. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1916 (imp. 1980).
- PEREIRA, Armando. **Prostituição: uma visão global**. 2.ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.
- REZENDE, Mário Moura. **Introdução ao estudo do Direito do Menor**. João Pessoa: A União, [s.d.].
- RIBEIRO, Paulo Silvino. **Prostituição Infantil: uma violência contra a criança**. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/prostituicao-infantil.htm>>. Acesso em 11 mai. 2013.
- TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.