

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

CARLA THAIS SANTIAGO AZEVEDO

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL-PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CRÍTICA À TESE DA ATIPICIDADE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO
DE PROSTITUIÇÃO DE MENORES**

Pouso Alegre – MG

2020

CARLA THAIS SANTIAGO AZEVEDO

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL-PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CRÍTICA À TESE DA ATIPICIDADE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO
DE PROSTITUIÇÃO DE MENORES**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração do eixo comum “Constitucionalismo e Democracia” ao Programa de Pós – Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Doutor Cristiano Thadeu e Silva Elias.

FDSM – MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

394 AZEVEDO, Carla Thais Santiago
Proteção Constitucional Penal da Criança e do Adolescente: Crítica à tese da atipicidade do estupro de vulnerável no caso de prostituição de menores.. / Carla Thais Santiago Azevedo. Pouso Alegre: FDSM, 2020.
99p.

Orientador: Cristiano Thadeu e Silva Elias.
Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. atipicidade; estigmas;menores; sexualidade; violação. I Elias, Cristiano Thadeu e Silva . II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Carla Thais Santiago Azevedo

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL-PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
CRÍTICA À TESE DA ATIPICIDADE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO
DE PROSTITUIÇÃO DE MENORES**

Data da aprovação: 15/04/2020.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Cristiano Thadeu e Silva Elias.

Orientador

Faculdade De Direito do Sul de Minas

Professor Doutor Elias Kallas Filho

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Professor Doutor Régis Willian da Silva Andrade

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pouso Alegre, maio de 2020.

A Deus, pelas incontáveis segundas chances, pelas incontáveis vezes em que pude me sentir escolhida por Ele por me capacitar e me dar oportunidades maravilhosas. Autor do meu destino sem o qual nada que faço ou que sou seria possível.

Aos meus pais, por permitirem a concretização deste grande sonho. Pelas inúmeras vezes em que estiveram ao meu lado em momentos de angústia, com palavras de acalento e esperança. A vocês, pai e mãe, eterna gratidão por terem guiado meus passos e segurarem minhas mãos em mais esta caminhada, e pelo simples fato de existirem e por, nos momentos de angústia acalantar meu coração. Os dois maiores incentivadores das realizações dos meus sonhos. "Muito obrigada."

AGRADECIMENTOS

A Deus, por nunca ter me feito sentir sozinha nesta jornada, pelas inúmeras vezes que pude sentir sua presença grandiosa ao meu lado, com sua voz de Pai amoroso dizendo que tudo daria certo.

Aos meus pais, grandes incentivadores na árdua jornada, na segurança da caminhada, por sempre estarem presentes e me mostrarem que eu seria capaz.

A minha grande e querida amiga Tamires Moraes Gonçalves, companheira diária desta jornada, por todos os momentos de incentivo, de força, de inspiração e de palavras e atitudes as quais foram indispensáveis para a conclusão desta trajetória.

Em especial, ao grande orientador deste trabalho, professor Doutor Cristiano Thadeu e Silva Elias.

Sempre tive em mente que um grande Mestre não se faz apenas por possuir um título. Mestre é aquele que orienta, traz segurança e guia os passos. Professor, ao senhor toda a gratidão que eu possa expressar sempre por lutar comigo nesta árdua batalha. Gratidão por ter me guiado em todos os passos, por todas as vezes que carinhosamente me prestava auxílio quando por vezes eu achava que iria desmoronar. Gratidão pela paciência, pelo grande auxílio, por sua gentileza, pela nobreza do seu caráter e por cada minuto percorrido comigo até aqui.

Ao senhor, professor Doutor Cristiano, grande Mestre por excelência, todo carinho e agradecimento que há em meu coração por concretizar o que antes parecia doloroso e distante em uma realização confortável e possível. Que Deus continue lhe abençoando na sua jornada assim como abençoou a mim, o senhor sem dúvidas será sempre lembrado.

“Quando vejo uma criança, ela inspira-me dois sentimentos: ternura, pelo que é, e respeito pelo que pode vir a ser.”

Louis Pasteur

RESUMO

A abordagem acerca da atipicidade nos crimes de estupro de vulnerável, o qual foi ensejada a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2012, em que a então Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura absolveu um Réu acusado de praticar sexo com três meninas de doze anos de idade, sob alegação de que as mesmas se prostituíam à época dos fatos, não havendo, pois objeto jurídico a ser tutelado. Os objetivos foram analisar criticamente a decisão ensejadora deste trabalho, bem como demonstrar a questão estigmatizante em relação a menores de idade de classes sociais diferentes, onde o próprio Órgão Judiciário não zela pela proteção e sanções previstas em leis protetivas dos menores de idade, escolhendo através disto quem será ou não punidas. Os resultados constataram-se através deste trabalho, o desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes, sobretudo analisados dentro do campo social, onde a legislação pátria, bem como demais documentos internacionais de suma importância garantidora de tais direitos são simplesmente ignorados, quando os órgãos representantes do Poder Estatal resolvem por si só estigmatizar crianças e adolescentes de acordo com o meio social no qual estão inseridas, abrindo dessa maneira um campo considerável para que agentes que cometem esses tipos de delitos possam se valer destes argumentos para sua defesa, e assim, fiquem impunes enquanto o bem jurídico permanece violado. Conclui-se a gravidade da situação a que os menores de idade estão expostos, olvidando-se acerca da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em que há situações onde os próprios tribunais expõem estes menores a riscos e situações degradantes e vexatórias, quando escolhem fazer inversão de papéis, responsabilizando as vítimas e não seus autores pelos crimes sexuais e correlatos praticados.

Palavras-chave: atipicidade; estigmas; menores; sexualidade; violação.

ABSTRACT

The approach to atypicality in the crimes of rape of the vulnerable, which was brought about by a decision of the Superior Court of Justice in 2012, in which the then Rapporteur Minister Maria Thereza De Assis Moura acquitted a Defendant accused of having sex with three twelve-year-old girls, on the allegation that they were prostitutes at the time of the facts, and therefore there is no legal object to be protected. The objectives were to critically analyze the decision that gave rise to this work, as well as to demonstrate the stigmatizing issue in relation to minors from different social classes, where the Judiciary itself does not ensure the protection and sanctions provided for in protective laws for minors, choosing through of this who will or will not be punished. The results were verified through this work, the disrespect to the rights of children and adolescents, mainly analyzed within the social field, where the national legislation, as well as other international documents of paramount importance guaranteeing such rights are simply ignored, when the representative bodies of the State Power resolve by themselves to stigmatize children and adolescents according to the social environment in which they are inserted, thus opening a considerable field so that agents who commit these types of crimes can use these arguments for their defense, and thus stay go unpunished while the legal good remains violated. We conclude the seriousness of the situation to which minors are exposed, forgetting about their peculiar condition as a person in development, in which there are situations where the courts themselves expose these minors to degrading and vexing risks and situations, when they choose reverse roles, making victims and not their perpetrators responsible for sexual and related crimes.

Keywords: atypicality; stigmas; minors; sexuality; violation.

SIGLAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
ANCED	Associação Nacional dos Centros da Defesa da Criança e do Adolescente
CDC	Convenção sobre os Direitos das Crianças
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Internacional de Doenças
CP	Código Penal
DDC	Declaração dos Direitos da Criança
DP	Direito Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MP	Ministério Público
MS	Ministério da saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PPI	Princípio da Proteção Integral
PPN	Políticas Públicas Nacionais
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE :	13
1.1 Da superação da doutrina do menor em situação irregular	23
1.2 Da proteção integral na Constituição Federal e na Convenção sobre os direitos da criança	26
1.3 Do combate à exploração sexual da criança e do adolescente previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente	32
2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	38
2.1 Modificações da Lei 12.015/2009 – conceito e erro de tipo	41
2.2 Sujeito, idade e namoro	47
2.3 Consumação e tentativa	55
3 DA INVESTIGAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO POR ESSA INCRIMINAÇÃO E COGÊNERES	58
3.1 Objeto jurídico do crime	58
3.2 Cotejo com objeto de outros crimes	66
3.3 Liberdade sexual e retrocesso ao conceito de mulher honesta	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

Durante muitos anos, o Direito apresentou-se de certa maneira omissa em relação ao fato de não amparar explicitamente em seus textos legais a questão da proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Entretanto, com o decorrer do tempo e as mudanças sociais daí advindas, os representantes dos órgãos nacionais e internacionais, responsáveis pelo zelo e aplicação do Direito, conscientizaram-se acerca de elevarem a condição de vulnerabilidade física e psicológica das crianças e adolescentes a um patamar de âmbito internacional, inclusive.

Diversos são os documentos que tratam explicitamente dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, e assim, há uma ampla tutela de caráter nacional e internacional que respaldam tais direitos, bem como preveem a punição dos agentes que cometerem atos atentatórios a tais direitos, resguardando não somente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas reconhecendo a condição de seres em desenvolvimento físico e psicológico desses seres, que por isso mesmo devem ser sujeitos do denominado princípio da proteção integral, onde tais direitos não poderão ser violados, e, inclusive o Estado se coloca como um dos responsáveis pelo zelo e aplicação de sanções caso isso ocorra.

Ao trazermos à tona a questão do estupro de vulnerável e suas especificidades, imprescindível ressaltarmos sobre o fato da vulnerabilidade e seus conceitos, intimamente ligados com a questão do que denominamos consentimento sexual. A problemática está justamente no fato de o Poder Judiciário, órgão este responsável por ser garantidor da proteção dos menores, diferenciar menores de idade ante classe social e econômica, criando uma espécie de culpabilidade aos sujeitos passivos, entendendo que tais são aptos a consentir e entender as consequências de um ato sexual, e assim, violar normas previstas como asseguradoras de tais direitos, rebaixando a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e abrindo portas para que possíveis agentes possam se valer de tais atos para saírem impunes diante de tais delitos.

A decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, demonstrada no presente trabalho, considerou atípico o crime sob a alegação de que três meninas de doze anos

já se prostituíam à época dos fatos, e assim, não havia bem jurídico a ser protegido, inocentando o agente.

Embora cada região do país tenha seus próprios costumes, a problemática aqui tratada é justamente pelo fato de que, independente de quaisquer situações em que os menores vivam classe social e demais fatores, todos, sem exceção, na qualidade de pessoas que estão em desenvolvimento, interligados a Doutrina da Proteção Integral, não devem ser tratados de maneira diferente, devendo a lei ser severa e ser aplicável a todos os casos, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, na súmula 593, citada no presente trabalho.

A capacidade de autonomia e entendimento não os faz necessariamente aptos a entender as consequências de tais atos. Os direitos da criança abrangem um princípio ético básico, justamente de não serem tratadas como objeto por agentes que se valem dessas condições, onde há uma grave inversão de valores, notoriamente demonstrada, em que as vítimas propriamente ditas passam a ser rotuladas como agentes provocadores para consecução de uma relação sexual e os agentes são inocentados como se fossem vítimas, valendo-se até de alegações que pagam pelo sexo, e, portanto, não há inocência ou vítima no caso concreto.

Ante tais casos, ratifica-se aqui o entendimento de que, exceto nos casos previstos em lei, e citados no decorrer deste trabalho, quais sejam: erro de tipo e casos em que há gravidez decorrente de um namoro, sendo que no primeiro, para que haja absolvição deverá ser cabalmente comprovado, e no segundo, a aplicação da norma constitucional prevista no artigo 226 da Magna Carta, em que se busca zelar pela formação da família, nenhuma outra hipótese deverá abrir portas para que as crianças vítimas de estupro sejam taxadas, ora até mesmo se tornando responsabilizadas pela prática desses atos, e assim, todos os agentes que cometerem delitos de natureza sexual, não somente o estupro de vulnerável, mais delitos congêneres previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, aqui também citados, deverão ser punidos rigorosamente.

O Direito Penal não deverá ser utilizado como documento de retrocesso que nos leva à figura da mulher honesta, onde, somente mulheres que assim eram taxadas pela sociedade poderiam se afigurar como vítimas de delitos. Deve buscar e entender, especialmente em relação à crianças e adolescentes, que todos, sem exceção serão vítimas de graves e desprezíveis delitos como os de cunho sexual.

1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE :

Os direitos das crianças e dos adolescentes encontram vasto amparo em âmbito nacional e internacional, posto que a condição de vulnerabilidade dessas pessoas seja explícita e mereça respaldo absoluto, mormente pelo fato de também serem sujeitos que estão em condições de desenvolvimento da própria personalidade, não podendo, pois, estarem aptos a responderem por seus atos.

Anteriormente ao respaldo atualmente encontrado na Constituição Federal (CF), no Brasil, embora as primeiras garantias sociais tenham surgido com a Constituição de 1824, onde se estabelecia a gratuidade do ensino primário (artigo 179¹, inciso XXXII), nenhuma referência era feita especificamente à infância ou adolescência².

Em previsão constitucional, podemos em um primeiro momento elencar o artigo 227 da CF que prevê expressamente ser 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 coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desde a proclamação de sua independência, o Brasil teve suas Constituições nos anos de 1824, 1891, 1934, 1934,37, 1946, 1967 e 1988, sendo que esta última é a vigente nos dias atuais. Antes da Constituição de 1934, não se previa direitos e garantias dos menores, e somente a partir da vigência da Constituição de 1934, influenciada por mudanças sociais e costumes, é que pudemos notar a inserção, ainda que de maneira discreta acerca da proteção da família, educação e cultura³.

¹ O referido dispositivo da Constituição Federal de 1824, artigo 179, inciso XXXII: Art. 179: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, são garantidos pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) - XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.41.

³ Assim dispunha os artigos 138, alínea “e” e 141 da Constituição Federal de 1934: Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) e: proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; Art. 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

Importante salientar que a Constituição de 1934 teve um curto período de duração, tendo, em 1937 sido outorgada uma nova constituição.

Quanto à Constituição de 1937, ainda apresentava resquícios de um caráter autoritário e centralizado, provenientes de um poder Executivo forte, personificado ainda na figura de Getúlio Vargas. A partir da Constituição de 1946, começaram a surgir mudanças no cenário nacional, onde apresentava certo repúdio com relação a Vargas. O título V do diploma legal, com previsão de direitos e garantias sociais e econômicos, proveio boa parte do diploma de 1934. Garantia-se assim, que a família receberia especial tutela do Estado, com garantia da assistência à maternidade, infância, além da inclusão da adolescência⁴.

Tal documento, além de respaldar direitos das crianças em demais artigos, trazia um capítulo especialmente denominado de “A FAMÍLIA”, que dos artigos 124-127, traziam normas expressas, estendendo a proteção dos menores não somente aos pais, como também ao Estado, e trazia de maneira taxativa que a infância e a juventude deveriam ser objetos de cuidados e garantias especiais, bem como sobre a hipótese de que possíveis abandonos morais, físicos e intelectuais seriam tidos como falta grave dos responsáveis⁵.

As mudanças no campo constitucional foram ocorrendo gradativamente, e não podemos deixar de citar a Constituição de 1967, que continha aspectos autoritários, ainda decorrentes do golpe militar de 1964, sendo que quanto aos direitos e garantias fundamentais, apresentavam-se somente no campo formal, pois na praticidade, na aplicação concreta, tais direitos estavam ocultos pelo regime militar.

⁴ LIMA, Luciana Vasconcelos e MENDES, Vanessa Correia. *A proteção da criança e do adolescente na evolução do pensamento constitucional brasileiro*. Revista de Direito UNINOVAFAPI, 2016. Disponível em <https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinterdireito/article/view/1081> acesso em 03 mai. 2019, p. 8.

⁵ Assim dispunha a Constituição Federal de 1937 no capítulo “A FAMÍLIA”: Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Passamos a tratar neste momento da edição da CF de 1988, vigente até os dias atuais. Conhecida como Constituição Cidadã, devido a gama de direitos e garantias fundamentais por ela albergados, trouxe o Título VIII, que trata da ordem social, no qual consta o Capítulo VII, o qual se dedicou à tutela da infância e juventude.

Podemos, portanto afirmar, que pela primeira vez na história, a Constituição tratou a matéria com a merecida relevância. A previsão inédita acerca da outorga aos direitos fundamentais, pelo então direito constitucional vigente, embora o reconhecimento acerca desse status deu-se somente com o decorrer do tempo, onde então os direitos fundamentais passaram a fruir de um regime jurídico-constitucional e compatível com a sua condição⁶.

Com a promulgação e conseqüente democratização da CF de 1988, surgiu uma nova etapa no campo do direito penal, sobretudo para adolescentes, intitulada de garantista, ante as garantias ali incorporadas, apresentando-se como uma Constituição de caráter social, onde estabelece obrigações para o Estado na área social, buscando regulamentar suas políticas públicas⁷.

Neste sentido, assume papel relevante a norma contida no artigo 5º, §1º, da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva e que ainda teremos oportunidade de analisar com mais vagar no curso deste estudo⁸.

A CF, como documento supremo de garantias e direitos pátrios de todos os cidadãos, teve, pois uma preocupação protetiva quanto às crianças e adolescentes, deixando explícito o caráter de absoluta prioridade quanto aos seus direitos e à sua proteção especial⁹.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.74.

⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes – Elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39 e 40.

⁸ SARLET, Op. cit., p. 68-69.

⁹ A proteção integral às crianças e adolescentes está consagrada nos direitos fundamentais inscritos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 3 e 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Tais direitos estabelecem que crianças e adolescentes, justamente pela peculiaridade de seres em desenvolvimento, devem ter status de respaldo absoluto.

Os direitos fundamentais elencados constituem a principal garantia dos cidadãos dentro de um Estado Democrático de Direito, associados a segurança de um sistema jurídico e político que se associam com o fim de resguardar e fazer cumprir o princípio da dignidade humana.

A CF de 1988 está embasada nas noções de *valor* e *princípio*". Conforme Gama, os *princípios* traduzem "mandados de otimização, com caráter deontológico, relacionando-se ao dever-se, enquanto que os valores se situam na dimensão axiológica, ou seja, do que efetivamente é de acordo com um juízo do bom e do mau". Já o princípio "se encontra num grau de concretização maior que o valor, eis que congrega a bipartição em previsão e consequência, característica da norma jurídica". O princípio "depende da mediação concretizadora do intérprete, orientado pela observância da equidade, ou da justiça do caso concreto"; "apresenta maior grau de generalidade, consagrando valores do ordenamento, consagrando a noção de validade universal". É importante também traçar a distinção entre *princípio* e *regra*. Enquanto o primeiro "indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto", o segundo "aponta suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto", o segundo "aponta suporte fático mais determinado e fechado"; "a regra é aplicada pela técnica da subsunção, ou seja, com a concretização na realidade dos fatos da hipótese de incidência (ou suporte fático hipotético), o aplicador reconhece a incidência da regra¹⁰.

Quanto ao papel garantista da CF, possível questionamento a surgir diante do vasto campo que se abre para a interpretação deste papel é acerca de que tipo de garantia estaria tratando aqui. A resposta seria dos direitos e das liberdades, ao passo que nas constituições modernas, os direitos constitucionalmente tutelados eram a representação positiva jurídica - constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado¹¹.

Ante a vastidão que a interpretação sobre o que seria se falar em dignidade da pessoa humana, podemos fazer uma síntese, assim ilustrada por Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos

¹⁰ AZAMBUJA, Op. cit., p. 55.

¹¹ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Almedina, Coimbra, 2005, p. 1440.

fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹².

(...)

O princípio fundamental consagrado pela CF da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada o que lhe é devido)¹³.

Calcada em pilares de dignidade, igualdade, garantias e até mesmo valores, a CF de 1988, preocupou-se em estabelecer direitos e garantias das crianças e adolescentes, que até então não continham sequer previsão nas anteriores, e quando do seu início, foram surgindo de modo sutil, havendo, na verdade, democratização dos direitos e relações familiares.

A criança passa a ser reconhecida como pessoa em desenvolvimento e dotada da sua própria personalidade e dignidade. O posicionamento antes ocupado como mera expectadora dentro do seio familiar é substituído pela ocupação central na família, devendo ter seus direitos promovidos e protegidos. A questão de o pátrio poder, antes um direito subjetivo do pai, investido da questão masculina e impositiva, passa por transformações aptas a considerar ambos os genitores como seres que devem promover o desenvolvimento e a personalidade do menor. Porém, a tutela dos menores é atribuída também ao Estado e à sociedade, e tais direitos passam a ser oponíveis, inclusive, à própria família¹⁴.

Diferente do previsto anteriormente, onde as crianças estavam sujeitas estritamente aos direitos que o pai, investido na figura do pátrio poder¹⁵, que poderia escolher sobre os possíveis direitos dos filhos menores, a Constituição atual zelou por incluir um rol taxativo de direitos das crianças e adolescentes, entendendo pela sua

¹² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128 e 129.

¹³ Id.

¹⁴ LIMA, Luciana Vasconcelos e MENDES, Vanessa Correia. A proteção da criança e do adolescente na evolução do pensamento constitucional brasileiro. **Revista de Direito Uninovafapi**, 2016. Disponível em <https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinterdireito/article/view/1081> acesso em 03 mai. 2019. p. 9-10.

¹⁵ Antes da vigência do Código Civil de 2002, empregava-se a expressão “pátrio poder”, onde após a vigência no novo Código Civil, tal expressão foi substituída por “poder familiar”, em referência aos direitos e deveres que os pais tem em relação aos filhos menores de idades, e não mais como designação da figura masculina do pai.

condição de hipossuficiência e seres em desenvolvimento, na medida em que tais são dotados de personalidade e dignidade, devendo sofrer, inclusive, resguardo Estatal em oposição à figura dos pais e possíveis abusos que estes possam cometer.

O poder familiar deve, pois ser entendido como sendo uma consequência acerca do grau de parentalidade, vez que os pais têm o dever de zelar em todos os aspectos por seus filhos menores. Tais direitos estão amparados e titularizados constitucionalmente, dentre os quais: vida, saúde, educação, alimentação, dignidade, respeito, além da salvaguarda quanto a possíveis formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁶.

Salienta-se ainda acerca da importância das crianças e adolescentes em serem tutelados de maneira cautelosa e específica, que dentro do âmbito nacional ainda estão amparados por uma lei específica, qual seja, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida por Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Explicitamente no título III, artigo 70 do referido dispositivo, trata acerca da prevenção das crianças e adolescentes, dizendo que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Este dispositivo insere norma profilática genérica ao assentar que a ninguém é dado eximir-se do dever de prevenir a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Trata-se, na verdade, de um avanço histórico extraordinário na valorização dessa faixa etária, mormente da infância, sabido que, nos primórdios da civilização, a criança era ignorada como pessoa. O infanticídio constituía delito sem a carga de homicídio. Lembra Vittorio Messori, em obra dedicada a Pascal (*Ipotesi su Gesù*, Turim, Societá Editrice Internazionale, 1976), que em Roma e Atenas, até a cerimônia de “reconhecimento de paternidade”, o filho não tinha qualquer direito à vida: o pai podia decidir mata-lo. Platão dizia ser necessário deixar morrer as crianças de família demasiadamente pobres, enquanto Aristóteles preconizava a proibição legal da criação de infantes portadores de defeitos físicos¹⁷.

Quanto à referida legislação, podemos dizer ainda ser esta de caráter indissolúvel da Constituição Pátria bem como da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), formam assim um verdadeiro arcabouço de sustentação acerca da proteção do menor no Brasil. Não há mais legislações diversas que sejam passíveis

¹⁶ LIMA, Op. cit., p.10.

¹⁷ CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*. 9ª ed., atualizada por Maria Júlia Kaial Cury. Malheiros Editores. São Paulo, 2008, p.258.

de diferenciar determinadas situações dos menores, e dessa forma causar uma separação de crianças ditas em situações regulares ou irregulares¹⁸.

Trata-se de dispositivo legal, com 267 artigos de suma importância legislativa na tutela dos menores, explicitando a tutela sobre a proteção integral da criança e do adolescente, que significou verdadeira inovação ao romper com a legislação do Código de Menores – Lei nº 6697, de 10 de outubro de 1979, adotando, conforme analisaremos mais adiante de forma pormenorizada o Princípio da Proteção Integral (PPI), contrariamente ao que antes era feito no princípio da situação irregular.

O PPI encontra seus pilares no artigo 227 da CF, que resguarda grande parte dos direitos da criança e do adolescente, conforme já citado nesta obra. A questão de analisar e tratar a criança e o adolescente como um ser que possui sua individualidade, embora em formação, e que, embora esteja sob tutela de outras pessoas, foi reconhecida com tal importância, que diversos documentos internacionais tutelam a proteção aos menores.

Brevemente iremos citá-los, porém valendo-nos de dar maior destaque à Declaração dos Direitos da Criança (DDC) e CDC, que são mais conhecidos na questão da tutela internacional, ênfase, sem diminuir o grau de importância dos demais.

Em primeiro lugar, mencione-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), ratificado pelo Brasil em 10-12-1948, este documento é sem dúvidas, um dos grandes marcos legais acerca da garantia dos direitos de todos os cidadãos, inclusive da criança. Diversos são os direitos que encontram respaldo neste documento, mas podemos dizer de maneira sucinta que é um tratado de garantia e respeito à vida, liberdade, e que por sua vez fundamentam também os direitos das crianças¹⁹.

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que nascem quando devem e podem nascer como alerta Piovesan (2006, p.11), constitui-se no legado maior da chamada “era dos direitos”¹⁸. Sua definição aponta para uma pluralidade de significados, e a Declaração dos Direitos Humanos representa o marco maior do processo de reconstrução de direitos. Caracterizada por universalidade, indivisibilidade e interdependência, a Declaração afirma que a condição humana é o requisito único para a titularidade de direitos e considera o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Para a autora, a indivisibilidade se justifica “porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”,

¹⁸ LIMA, Op. cit., p.11

¹⁹ O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura a cada indivíduo e órgão da sociedade a promoção e garantia aos direitos e liberdades.

consagrando a visão integral dos direitos humanos (Piovesan, 2006, p.13-14)²⁰.

Nessa mesma linha ainda cita que:

Um dos importantes desdobramentos do reconhecimento dos direitos humanos situa-se no fato de o Estado deixar de exercer, com exclusividade, a sua proteção, isto é, “não se deve restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional” (Piovesan, 2006, p.15)²¹.

Em segundo lugar, saliente-se a DDC, firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em Genebra, em 26-09-1924, adotada pela Assembleia Geral em 20-11-1959, através da Resolução 1.386 (XIV), do qual o Brasil é um dos signatários²².

Tal declaração trata de 10 princípios minuciosamente elaborados e redigidos em prol das crianças, dentre os quais nome e nacionalidade, desenvolvimento sadio, condições de dignidade, tratamento e assistência médica, segurança, educação, proteção contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração. A declaração reconhece ainda a condição da criança como pessoa em desenvolvimento, em decorrência da sua imaturidade física e mental, necessitando de proteção e cuidados especiais²³.

Posteriormente, devemos fazer menção ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24-01-1992, tal pacto, com força normativa interna não deixou de privilegiar a proteção à infância, onde alinha nos seus artigos 23 e 24 a proteção à família, e reforça a garantia dos direitos da criança, propondo que tais não poderão sofrer discriminações de quaisquer espécies, bem como estabelece o direito ao nome e à nacionalidade²⁴.

Ratificado pelo Brasil em 06-11-1992, através do Decreto 678, de 06-11-1992, tal Pacto, surge a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos/ Pacto de San José da Costa Rica, que através de 82 artigos, que é dividido em três partes, “Deveres

²⁰ AZAMBUJA, Op. cit., p. 31.

²¹ Ibid. p. 32.

²² Os direitos estabelecidos na Declaração, são elevados a nível de natureza programática e moral, que apresentam a propositura para os Estados de que possam ou não fazer uso dos mesmos, não sendo uma obrigação.

²³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional- Medida socioeducativa é pena?* 2ªed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2012, p. 32 e 33.

²⁴ Acerca do documento citado, ressalva especial se dá para o artigo 24, inciso I que prevê: “1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado”.

dos Estados e Direitos protegidos”, “Meio de Proteção” e “Disposições Transitórias”. Na primeira parte, onde se encontra o artigo 19, estabelece que toda criança tenha as medidas de proteção próprias da sua condição de menor, seja por parte da família, do Estado e da sociedade²⁵.

Aqui, podemos citar também a importante Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança²⁶, que foi o primeiro documento internacional a apresentar as obrigações dos Estados com a infância, constituindo-se em um tratado de direito internacional público que representa o mínimo que cada nação deve garantir às suas crianças.

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), na data de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil e aqui inserida por meio do Decreto nº 99.710, em 21 de novembro de 1990, reforçando ainda mais a questão da proteção integral, onde, o Brasil, assim como os demais 195 países signatários é obrigado a cumprir os compromissos e tutelas ali estabelecidos²⁷.

Tal convenção foi o primeiro instrumento internacional que apresentava as obrigações dos Estados com a infância, ratificando, portanto, um tratado de direito internacional público de representação acerca do mínimo que cada nação deve garantir às suas crianças²⁸.

Entre os princípios estabelecidos pela Convenção, cabe destacar o reconhecimento dos direitos fundamentais à sobrevivência, ao desenvolvimento, à proteção e à participação; a proteção integral da criança; a prioridade imediata para a infância; o princípio do interesse maior da criança e o direito à convivência familiar e comunitária, entre outros. Não se pode mais desconhecer que “a necessidade de uma prioridade máxima para a infância foi à recomendação da ONU, em setembro de 1990, na Reunião de Cúpula Mundial em favor da infância, com representantes dos governos de todo o mundo” (Pereira, 1992 a, p. 25)²⁹.

²⁵ Estabelece o Pacto de *San José da Costa Rica*, em seu artigo 19 que: “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

²⁶ A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em seu preâmbulo, esclarece que: “(...) a liberdade, a justiça e a paz do mundo se fundam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. A criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”.

²⁷ LIBERATI, Op. cit., p.21 e 22.

²⁸ AZAMBUJA, Op. cit., p.36.

²⁹ PEREIRA, apud. Azambuja, p. 36.

O Brasil, assim como os demais 195 países signatários deste documento, se vê obrigados a cumprir os compromissos e tutelas ali estabelecidas³⁰. Tendo por base tais apontamentos sobre os direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, é importante salientar que o presente capítulo abordará importantes temas. Em primeiro lugar, será analisada a doutrina do menor em situação irregular, presente no Código de Menores, Lei 6697, de 10 de outubro de 1979, que dispunha de uma maneira geral, acerca dos menores em situação irregular, somente recebendo respaldo aqueles que estivessem em situações assim definidas na lei, sendo que os demais não careciam da tutela jurisdicional³¹.

Em segundo lugar, será apresentada a doutrina da proteção integral do menor, cujo pioneirismo coube à Constituição de 1988. Assim, será examinado o artigo 227 que estabelece, entre outras coisas, que passa a ser 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 coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em terceiro lugar, será estudada a questão da doutrina da proteção integral do menor no plano internacional, a proteção integral do menor. Por fim, em quarto lugar, será feito um panorama das normas infraconstitucionais brasileiras que regulamentam o combate à exploração sexual da criança e do adolescente. Então, será visto que o Código Penal (CP) incrimina em seu artigo 217- A o denominado estupro de vulnerável, que tipifica acerca de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menores de 14 anos, importante mudança feita no CP através da Lei 12.015/09, bem

³⁰ O tratado do direito da criança foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e teve a adesão de 195 países, incluindo o Sudão do Sul, tornando-se o tratado de direitos humanos internacionais mais amplamente ratificados na história. Dados disponíveis em: <https://nacoesunidas.org/onu-com-adesao-do-sudao-do-sul- apenas-eua-nao-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-criancas/> acesso em 07 mai. 2019.

³¹ Assim dispunha o Código de menores, sobre o tratamento que se dava ao menor em situação irregular: Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I- privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

como tipificações previstas no ECA, que corroboram direitos e garantias fundamentais, bem como ratificam a questão da proteção integral ao menor, garantindo-lhes, independente de qualquer situação o desenvolvimento saudável e a garantia de integridade, seja física, moral, psicológica, sexual, conferindo-lhes absoluta prioridade.

1.1 Da superação da doutrina do menor em situação irregular

Para tratarmos da questão da superação da doutrina do menor em situação irregular, devemos entender como surgiu este conceito e onde encontrava respaldo jurídico, à época vigente.

Dentro do século XX, começamos a nos deparar com as instituições de menores infratores, assim como os jovens tidos como delinquentes passam a ser tratados por leis especiais para os denominados menores em situação irregular.

A doutrina que estabelece a questão do menor em situação irregular acaba por não fazer a correta distinção entre os menores necessitados de proteção, em decorrência de uma situação de carência e entre os menores que deveriam necessitar de reforma³².

Surge então, através do Decreto 17.943- A, de 12/10/1927, o Código de Menores “Mello Mattos”, que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores, onde, já em seu artigo 1º dispunha sobre o objeto e finalidade que dizia que o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tivesse menos de 18 anos, seria submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção nele contidas³³.

Em 1923 surgiu o primeiro Juizado de Menores do Brasil, no Distrito Federal, tendo como seu titular o Magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos. Para funcionar junto ao juizado, foi criado um abrigo para os infratores e abandonados, que tinha por objetivo recolhê-los e educá-los. O Juizado precisava de uma estrutura de apoio inexistente à época, no entanto, não seria a existência de um ou dos abrigos que atenderia à demanda. Pondere-se que os infratores deveriam ser retirados do cárcere e deveriam, em princípio, ser separados dos menores carentes. Isso exigia uma infraestrutura que compreendia desde o espaço físico adequado até profissionais especializados, sob pena de se deparar com mais uma instituição em que

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

³³ LIBERATI, Op. cit., p. 66.

crianças de várias idades e de distintas qualificações se veriam amontoadas, sem qualquer tipo de educação³⁴.

Dentro do que estabelecia tal Código, salienta-se o fato de que não havia diferenciação entre a figura do menor abandonado e do menor delinquente³⁵, cabendo à figura do Juiz fixar por óbvio, medidas mais graves aos delinquentes do que aos em situação de carência, e, muitas vezes sob o pretexto de proteção do menor, o Juiz determinava sua institucionalização em hospitais, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres, sem qualquer atenção ou compromisso de observância da figura do menor quanto ao fato de ser uma pessoa em desenvolvimento³⁶.

Insta salientar ainda, que embora houvesse previsão expressa no artigo 86 do citado Código em se proibir que os menores fossem recolhidos à prisão comum, com determinação de que fossem encaminhados às instituições especiais, àquela época era comum a utilização de presídios adultos, especialmente nos primeiros tempos, já que não havia políticas especiais de atendimento aos menores infratores de dezoito anos, sendo que deveria ficar separado dos adultos que ali se encontravam cumprindo pena. Possibilidade esta eliminada com o advento do CP, em 1940 que proibia expressamente tal prática – o artigo 71 do Código de Menores foi alterado pelo artigo 7º da Lei de Introdução ao CP³⁷.

Após 50 anos de vigência do Código de Menores “Mello Matos”, havia chegado a hora de adaptar a legislação às novas diretrizes propostas pela Funabem, onde, inclusive aproveitaram a vigência do Ano Internacional da Criança, em 10-10-1979, com o surgimento da Lei 6697/79, denominado de Código de Menores.

O certo é que o Código de Menores de 1979 não mudava a essência do problema, mantendo a doutrina de situação irregular, nome oriundo da Legislação Espanhola de 1918. Na realidade, desde o Regime Militar, algumas modificações foram incorporadas no sistema tutelar. A criação da FUNABEM, em 1964, e da FEBEM, em 1976, entidade que se vinculava à primeira, permitiu uma consolidação da política de controle social que buscava mecanismos sociais de contenção de violência. Os juristas aperfeiçoaram os mecanismos pedagógicos do desajuste como elemento central da periculosidade social. O Código, criado no final do regime militar,

³⁴ SHECAIRA, Op. cit., p. 35 e 36.

³⁵ Sobre a questão do menor, prevista no Código Mello Mattos, logo no artigo 1º havia a questão expressa de menor delinquente ou abandonada. Assim sendo, os menores previstos como abandonados eram sinônimos de libertinos, vadios e até mesmo mendigos, tendo previsão nos artigos 28,29 e 30, e os demais seriam os delinquentes.

³⁶ SHECAIRA, Op. cit., p. 37.

³⁷ Ibid. p. 39.

ratificava uma visão consolidada e ultrapassada, que ignorava garantias às crianças e adolescentes, como se eles fossem objeto do direito, e não sujeitos dele³⁸.

Nota-se, portanto, que o artigo 26 do Código Mello Mattos, é parcialmente reproduzido pelo Código de Menores de 79, quando equipara pessoas carentes, a infratores. As expressões utilizadas de “menor abandonado” e “menor delinquente” passam a ser utilizadas de maneira quase corriqueira para definir crianças e adolescentes que estivessem sob o controle formal da Justiça. Crianças vistas como pobres pela sociedade, trajando vestimentas singelas, vagando pelas ruas já bastava para que fossem enquadradas na denominada situação irregulares³⁹.

Estabelecia essa nova doutrina da “situação irregular”, seriam sujeitos das normas quando se encontrassem em estado de “patologia jurídico-social”, assim definida legalmente em seu artigo 2º⁴⁰.

Dentro das situações que eram previstas como casos de irregularidades dentro do Código, a letra da lei era omissa no que tangia a possíveis diferenças entre a vítima de um abandono familiar ou autor de ato ilícito por exemplo. Assim sendo, detectada uma possível situação irregular, a criança ou adolescente estariam sujeitos à jurisdição do Juiz de Menores, o que por vezes, sujeitava-os a estabelecimentos inadequados ou à institucionalização.⁴¹

Embora tal doutrina tenha representado um avanço em relação à anterior, o Código de Menores pode ser alvo de críticas, pois neste caso o Juiz não estava obrigado a fundamentar suas decisões, tendo por si, poderes praticamente ilimitado, uma vez que não havia sujeição de critérios e podia arbitrar desde medidas de internação por tempo indeterminado, mormente pelo simples fato de às vezes tais menores encontrarem-se perambulando pelas ruas, bem como não havia sequer

³⁸ SHECAIRA, Op. cit., p. 41

³⁹ Id.

⁴⁰ Assim dispunha o Código de Menores em seu artigo 2º: “Para os efeitos desse Código, considera-se em situação irregular o menor: I- privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável, para provê-las; II- vítima de maus-tratos ou castigos imoderados, impostos pelos pais ou responsável, III- em perigo moral, devido a : a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes, IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V- com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI- autor de infração penal”.

⁴¹ SHECAIRA, Op. cit., p.41.

distinções de estabelecimentos, e os menores abandonados ou infratores em grande parte das vezes ocupavam o mesmo espaço⁴².

O reconhecimento do papel preponderante do direito positivo na construção do justo representa, de certa forma, garantia contra a subjetividade do julgador. A experiência do Direito do Menor, onde a discricionariedade da autoridade judiciária era uma das suas características principais, foi desastrosa na medida em que o bem-estar do menor justificava toda a sorte de aniquilamento de garantias fundamentais, entre as quais as relacionadas à paternidade e maternidade. Mas a observação não vai a ponto de rechaçar a importância do papel do juiz na criação do direito; apenas realça o valor da lei como garantia em um Estado Democrático de Direito (2002, p.64-65)⁴³.

A superação do Código de Menores se deu no momento em que sai de cena o paradigma da incapacidade do menor, onde não havia, conforme já mencionado, paradigmas concretos para diferenciar menores em situações diversas, ficando a critério do Juiz de Menores a aplicação das medidas.

A adoção do paradigma da peculiar condição de uma pessoa em desenvolvimento, como sujeito de direitos, implica na adoção da então Doutrina da Proteção Integral de Direitos da Criança, norteadora do ECA, inspirando, portanto, a revogação do Código de Menores de 1979.⁴⁴

O ECA apresentou total ruptura com a legislação anterior do Código de Menores, posto que haja supressão do princípio do menor em situação irregular e há adoção do Princípio da Proteção Integral.

1.2 Da proteção integral na Constituição Federal e na Convenção sobre os direitos da criança

A CF de 1988 trouxe pilares sólidos quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, colocando a família como base da sociedade. A partir deste importante princípio, o menor passa a ser visto e tratado como pessoa em desenvolvimento, sujeito de direitos, dotado de dignidade e personalidade.

A criança deixa então de ser mera expectadora da vida familiar e cumpridora de deveres, e alcança posição central no âmbito da família, tendo dessa maneira pleno

⁴² AZAMBUJA, Op. cit. p. 43.

⁴³ PAULA, Apud Azambuja, p. 43.

⁴⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil- Adolescente e Ato Infracional*. 4.ed. Rev. Atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.23.

respaldo dos seus direitos e proteção. A questão subjetiva de o pátrio poder, até então aplicado pelo pai de maneira impositiva, passa por transformações que o consideram como autoridade parental, devendo ser exercida por ambos os genitores com intuito de promover o desenvolvimento e personalidade do menor⁴⁵.

O referido diploma legal contraria a visão antiga de que as crianças somente teriam seus direitos concedidos pelo pai, e adota-se então o posicionamento de que por serem pessoas, são dotadas de dignidade e personalidade, merecendo respaldo Estatal também contra eventuais abusos que poderiam decorrer da liberdade dos pais em relação aos filhos, opondo-se assim ao antigo modelo patriarcal, onde os filhos não tinham participação no processo decisivo em relação a eles inerente⁴⁶.

A expressão Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente encontra referência em um conjunto de instrumentos jurídicos que possuem caráter nacional e internacional, tendo, portanto, um aspecto qualitativo no que tange à consideração social da infância⁴⁷.

A doutrina da proteção integral surgiu no âmbito jurídico embasada nos movimentos internacionais de proteção à infância, que foram tratados e materializados em tratados e convenções, tais como: Convenção sobre os Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), Regras Mínimas da ONU para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).⁴⁸

A Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança vem fundada na chamada “escola de reação social⁴⁹”, que representa uma ruptura com a escola etiológica. Neste caso, a autorização do Estado para intervir não decorre das condições pessoais do menor de idade, mas sim sua conduta delitativa concreta.

⁴⁵ LIMA e MENDES, Op. cit., p. 9.

⁴⁶ Ibid. p. 10.

⁴⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil – A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2006, p.25.

⁴⁸ Ibid. p.25.

⁴⁹ Em meados do século XX, surgiu nos Estados Unidos uma corrente fenomenológica denominada de “Labeling Approach” também conhecida por teoria da reação social, do etiquetamento ou da rotulação”. Alessandro Baratta, em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, 6ª ed., p.92 e 93 esclarece “[...] Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’. Obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e de grupos diversos”.

Como consequência da implementação de regras de proteção de direitos, a doutrina da proteção integral tornou-se um novo símbolo, um novo paradigma, um novo parâmetro, que, como acentuam Emilio García Méndez e Mary Beloff, “cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infante-adolescência, ao mesmo tempo em que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância (...)”. Ele obriga diversas autoridades, inclusive instituições privadas, a avaliar os interesses superiores da criança como uma consideração primordial para o exercício de suas atribuições⁵⁰.

A Doutrina da Proteção Integral, além de encontrar respaldo nos tratados internacionais, preconiza como base que os direitos da criança não poderem ser restritos a uma categoria de menor, por vezes classificado como infrator, abandonado ou carente, mas sim, deve alcançar a todas as crianças e adolescentes, sem quaisquer tipos de distinção⁵¹.

Em âmbito nacional, tal princípio foi consagrado no artigo 227 da CF, rompendo, em caráter definitivo com a doutrina da situação irregular, até então prevista no Código de Menores, e o ECA reproduzem perfeitamente o conceito da proteção integral nos seus artigos 1º ao 6º.

Ao citarmos o ECA, que trata do PPI, podemos dizer que três outros princípios assentam-se na respectiva teoria, primeiramente a criança e o adolescente como sendo sujeitos de direitos, segundo sendo sujeitos destinatários de absoluta prioridade, e terceiro como sujeitos que merecem respeito por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento⁵².

Em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código de Menores brasileiro de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Hoje não. Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente tem um mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizam, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas

⁵⁰LIBERATI, Op. cit., p. 26.

⁵¹ Id. p. 26.

⁵² FERREIRA, Luis Antônio Miguel e DÓI, Cristina Teranise. *A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas-comentários ao artigo 143 do ECA*. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html> acesso em 12 mai. 2019.

específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como, aliás, ocorre em qualquer outro ramo do direito⁵³.

Com a inserção no ordenamento jurídico da Proteção Integral, a criança é tratada como uma questão pública, devendo ser abordada e atingir de maneira efetiva o sistema jurídico. Como sujeitos em desenvolvimento, a lei deverá respaldar a peculiaridade dessa condição, e serem assim, protagonistas do próprio direito⁵⁴.

Em âmbito internacional, dentro da CDC e do adolescente, o principal marco de tutela acerca desses direitos foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotado pela AGNU, em 20 de novembro de 1989, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

A Convenção representa, na verdade, um resumo e conclusão de toda legislação garantista de proteção à infância, pois através dela, corrobora-se o arcabouço de direitos e garantias pessoais que já tinham sido prescritos em declarações anteriores⁵⁵.

O Brasil colocou-se em um ponto central na questão da primazia adotada no cenário internacional na adoção dos termos da denominada Doutrina da proteção Integral dos Direitos da Criança, sendo que a CF de 1988 antecipou-se à própria Convenção quando estabeleceu nos artigos 227 e 228 acerca dos princípios fundantes da nova concepção⁵⁶.

Dentre o amplo rol de direitos respaldados pela CDC, para o presente trabalho, necessário se faz destacar o preâmbulo da Convenção que diz que a “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes, como depois do nascimento”.

Acerca da dignidade e proteção sexual que as crianças e adolescentes gozam, que será, inclusive, objeto deste trabalho, a Convenção traz respaldo de maneira explícita em seu artigo 34⁵⁷, sendo, portanto, indissociável das demais legislações que

⁵³ MACHADO, 2003, apud FERREIRA e DÓI. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html> acesso em 12 mai. 2019.

⁵⁴ LIBERATI, Op. cit., p.27

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ SARAIVA, Op. cit., p. 56 e 57.

⁵⁷ Assim dispõe o artigo 34: Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Para tanto, os Estados Partes devem adotar, em especial, todas as medidas em âmbito nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: o incentivo ou a coação para que uma criança dedique-se a qualquer atividade sexual ilegal; a exploração da

assim também preveem, devendo, portanto, qualquer ato contrário a eles, ser tido como atentatório à Justiça.

Dentro da Doutrina da Proteção Integral, muito se fala na questão da tutela do menor como pessoa em desenvolvimento. Entretanto, indispensável seria, para melhor entendimento, buscarmos uma análise descritiva acerca disso.

O princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento vem taxada de maneira expressa no artigo 6º do ECA que assim diz: “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”

Quando referenciamos o artigo 6º do ECA, na verdade estamos falando acerca das denominadas “exigências do bem comum”. Aqui, houve uma explicitação clara de que o propósito principal que presidiu a luta pelo novo ordenamento jurídico foi justamente de superar todas as formas de elitismo, corporativismo, basismo e até mesmo dogmas religiosos. É na verdade, uma afirmação no plano positivo de que os direitos da criança e do adolescente revestem-se de valores que são universais e capazes de se sobrepor às diferenças inerentes à conflitividade natural e saudável da vida democrática⁵⁸.

A afirmação da criança e do adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento é o suporte ontológico da legislação da infância e juventude. O adolescente, tanto quanto a criança, passou a ter uma condição peculiar a ponto de ser reconhecido como um sujeito de direitos merecedor de absoluta prioridade das autoridades, o que vem a configurar uma nova concepção, que se funda nesse tripé ontológico, e que se orienta para todas as novas interpretações decorrentes das relações jurídicas que possam advir das condições fáticas envolvendo esses sujeitos. A natural consequência disso reside no reconhecimento de que adolescentes em conflito com a lei são detentores de todos os direitos que tem os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais alguns outros direitos que tem os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais alguns outros direitos que são especiais, e que decorrem particularmente de seu estatuto ontológico próprio, de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento⁵⁹.

O artigo 6º, ao estabelecer essa tutela em face de condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, reconhece a desigualdade do adolescente em cotejo com o adulto. Justamente por não ser igual, não pode ser tratado como tal.

criança na prostituição ou em outras práticas sexuais ilegais; a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

⁵⁸ CURY, Op. cit., p. 58.

⁵⁹ Id.

Liberati, ao referenciar Antônio Carlos Gomes da Costa, esclarece que uma peculiaridade da condição de desenvolvimento, é que a mesma não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições ou capacidade. Cada fase do desenvolvimento é revestida de uma singularidade peculiar e de uma completude relativa, que ainda assim não cessa com as responsabilidades da vida adulta. Cada etapa é um período de plenitude, que deve ser compreendida e respeitada pela família, sociedade e Estado⁶⁰.

O PPI abrange diversas peculiaridades das crianças e adolescentes, e não menos importante, não poderíamos deixar de citar o artigo 143 do ECA, que visa resguardar o adolescente, através de sigilo, de quaisquer exposições a seu respeito, que constem em atos judiciais, policiais e administrativos, os quais possam atribuir-lhe caráter de autoria em ato infracional⁶¹.

Insta salientar ainda acerca de crianças vítimas de delitos, especialmente falando acerca dos crimes contra os costumes e delitos de natureza sexual, onde a lei também oferece respaldo quanto ao sigilo, dando proteção a uma situação constrangedora e vexatória, o que, inclusive tinha previsão já no Código de Menores de 1979⁶².

A respeito da importância desse princípio estar elencado constitucionalmente, Liberati cita que:

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico. Essa mudança é significativa, pois considera, a partir de agora, que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos, independente de sua condição social. E a lei deverá respeitar essa condição peculiar, característica singular desses sujeitos, que, até então, tinham direitos, mas não podiam exercê-los, em face de sua pouca inserção social e pela submissão incondicional ao poder familiar. Nesta perspectiva, criança e adolescente são os protagonistas de seus próprios direitos⁶³.

⁶⁰ LIBERATI, Op. cit., p. 57.

⁶¹ Assim dispõe o artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente: É vedada a disposição de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único – Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança e o adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência e, inclusive, iniciais de nome e sobrenome.

⁶² O artigo 3º, parágrafo único que “a notícia que se publique a respeito do menor em situação irregular não o poderá identificar, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência, salvo no caso de divulgação que vise à localização de menor desaparecido”.

⁶³ LIBERATI, Op. cit., p. 27.

O autor conclui ainda, referenciando Antônio Carlos Gomes da Costa, a afirmação acerca do valor intrínseco da criança como ser humano, tendo por isso, necessidade especial quanto à peculiaridade da sua condição de pessoa em desenvolvimento e do reconhecimento de sua vulnerabilidade quanto a isso, devendo ser merecedores da proteção integral por parte de sua família, do Estado, da sociedade, que deverá atuar através de políticas específicas na tutela e promoção de tais direitos⁶⁴.

1.3 Do combate à exploração sexual da criança e do adolescente previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente

As normas legais são fundamentais para embasarem e respaldarem a segurança da vida em sociedade, bem como garantir que sua possível violação acarretará em uma punição coercitiva e imposta pelo Estado.

O legislador, ao elaborar a Lei nº 12.015, de 7-8-2009, preocupou-se em conferir aos menores de 18 anos de idade uma especial proteção acerca do crescente número de abusos sexuais e da prostituição infantil e demais formas de exploração sexual. A repressão às questões acerca da exploração sexual do menor em suas diversas modalidades tem sido objeto de tratados e convenções internacionais, tamanha a relevância do bem jurídico tutelado, bem como também acerca da proporção que o tráfico de menores com fins de exploração sexual vem atingindo. Reservou, pois, um capítulo próprio aos crimes contra vulnerável, centrado em proteger o menor de 18 anos de idade, dando assim maior efetividade ao mandamento constitucional previsto no artigo 227, §4º da CF, ante a sua previsão de que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente⁶⁵.

A violência sexual contra os adolescentes é evidenciada por qualquer atividade entre um adolescente e um adulto ou outro adolescente que, pela idade ou estágio do desenvolvimento, está em uma relação de responsabilidade, confiança ou força para com o primeiro (Dos Santos, 2004). Dentre as formas de violência cometidas contra crianças e adolescentes, o abuso sexual tende a ser pior em termos de prejuízos psicológicos, pois assume a característica de "acordo" segredo entre abusador e abusado, em que aquilo que ocorre entre eles deve permanecer oculto, estando à

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, volume 2: Parte especial. Arts. 121 a 234 –B do CP. 32.ed. rev. e atual. Até 5 de janeiro de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p.425.

criança ou o adolescente sob pena de castigos físicos ou psicológicos no descumprimento desse acordo (Habigzang e Caminha, 2004). A atividade sexual, nestes casos, é destinada à gratificação ou satisfação das necessidades desta outra pessoa adulta ou mais forte. Pode incluir (mas não se limita) a indução ou coerção de um (a) adolescente para engajar-se em qualquer atividade sexual, a exploração de um (a) adolescente em sexo comercial ou outra prática sexual ilegal e o uso de adolescentes em *performances* ou materiais pornográficos (*World Health Organization*, 1999). Esta definição vale quando a atividade sexual é dirigida ou envolve também crianças. Tal violação de direitos, que antes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) era conhecida como prostituição infanto-juvenil, passa a ser denominada, de acordo com Leal (1999), como exploração sexual infanto-juvenil⁶⁶.

A modificação trazida pela Lei 12.015/09 alterou a nomenclatura antes existente no CP em seu Título VI, “Dos Crimes Contra os Costumes”, e passa então a ser intitulado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, abrangendo assim, de forma ampla os crimes sexuais, como o estupro de vulnerável – artigo 217-A, corrupção de menores – artigo 218, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – artigo 218–A e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável – artigo 218 –B, deixando notório o endurecimento da legislação Penal ante as modificações do comportamento humano, especialmente nas áreas da sexualidade⁶⁷.

A nova roupagem desprezou os costumes, no sentido de que como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, justificando-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940, pois somente as mulheres de família, ou seja, as mulheres que se casavam virgens eram dignas de receber a tutela jurisdicional. O legislador ao eleger o bem jurídico tutelado, a dignidade sexual, fundamenta na proteção à dignidade da pessoa humana, bem como na liberdade, desenvolvimento sexual do indivíduo e o combate às diversas espécies de violência sexual, independente da vida pregressa da vítima⁶⁸.

No capítulo II do dispositivo legal, a lei disciplina os crimes sexuais contra vulnerável. Por pessoa vulnerável, entende-se a pessoa menor de 18 anos de idade, que pelo fato de ainda ter sua personalidade em formação, está mais sujeita a questões de abuso e exploração, e dessa maneira aos danos causados provenientes desses abusos. Em alguns dispositivos, a lei faz tratamento diferenciado em relação

⁶⁶ SANTOS, Elder Cerqueira; REZENDE, Nelma e CORREA, Priscila. *Adolescentes vítimas de exploração sexual: um estudo de casos múltiplos*. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198334822010000200005&lng=en&lng=en&gathStatIcon=true acesso em 02 nov. 2019.

⁶⁷ XAVIER, Op. cit.,

⁶⁸ Idem.

ao menor de 14 anos e ao maior de 14 e menor de 18 anos de idade, reconhecendo que para estes últimos, há que ser respeitada certa liberdade sexual. O CP afastou-se da disciplina contida no ECA que considera a idade de 12 anos incompletos como criança, e adolescente o maior de 12 e menor de 18 anos de idade. Embora haja possibilidade de se falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, a lei não confere ao magistrado discricionariedade que permita aferir diante de um caso concreto, a maturidade sexual do menor para a aplicação dos referidos dispositivos legais⁶⁹.

Ao revogar o dispositivo do artigo 224 do CP, antes da Lei 12.015/09, o legislador extermina na verdade, a possibilidade de presunção de violência que era contida nesse dispositivo. Com a nova redação dada nos artigos 217-A a 218-B, a intenção do legislador foi a de excluir possíveis indagações acerca da maturidade ou do possível conhecimento do menor acerca das questões de natureza sexual⁷⁰.

Entretanto, quando citamos o dispositivo que trata do “estupro de vulnerável”, necessário se faz termos o conhecimento do que a lei realmente entende por vulnerabilidade.

A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual m sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual. São os menores de 14 (quatorze) anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência⁷¹.

Acerca da resistência de que trata o dispositivo, a lei não se refere especificamente aos menores de 18 anos de idade ou as pessoas portadoras de enfermidades mentais, mas sim a qualquer pessoa que não possa oferecer resistência, deixando tal dispositivo em aberto para diferentes aplicações de diversos dispositivos legais.

Um das modificações trazidas pela Lei 12.015/09 foi o intuito de extinguir a questão da presunção de violência e sua classificação partindo-se de situações

⁶⁹ MIRABETE e FABBRINI, Op, cit. p. 425.

⁷⁰ Ibid. p. 426.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de. e CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte geral e parte especial*. 14ªed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p.1044.

fáticas. Revogou-se o artigo 224⁷² de maneira positiva ao substituí-lo pelo artigo 217-A.

Estabeleceu, pois o legislador acerca da presunção de violência ao dispor que as pessoas tratadas no artigo 224 não tinham como aceitar a relação sexual, pois eram incapazes para tanto, naturalmente, se ocorresse, estavam sendo obrigadas a praticar o ato⁷³.

Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de presunção. São consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa não possam oferecer resistência à prática sexual. Independente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art.217-A do Código Penal⁷⁴.

Assim, tem prevalecido o entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que firma o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea “a”, do CP, ser considerada de natureza absoluta (HC 224174, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 18.10.2012, v.u) ⁷⁵.

O artigo 217-A tutela ainda, aspectos da dignidade sexual, liberdade física e psíquica, de pessoas que a lei considera, portanto, vulneráveis. O *caput* do artigo deixa claro que o objeto central da tutela ali prevista é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, onde a lei presume de maneira absoluta que o menor não tem a maturidade necessária para manter com liberdade questões de natureza sexual⁷⁶.

O artigo 217-A a conduta típica é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso⁷⁷ com menor de 14 anos ou com pessoa vulnerável nos termos do §1º, o que difere dos crimes de estupro, previsto no artigo 213 e violência sexual mediante

⁷² Dispunha o revogado artigo 224 do Código Penal dessa maneira: “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”, ressaltando, portanto, o dispositivo de que as vítimas enumeradas nas alíneas a, b e c não possuíam qualquer tipo de consentimento válido para qualquer tipo de relação sexual, fosse a conjunção ou outro ato libidinoso.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1105.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibidem, p. 1107.

⁷⁶ MIRABETE e FABBRINI, Op. cit. p. 427.

⁷⁷ Por atos libidinosos devemos entender como sendo aqueles capazes de satisfazer a lascívia do agente, e que diferem da conjunção carnal, tendo, portanto, amplo conceito.

fraude, previsto no artigo 215, em que, para a caracterização do estupro de vulnerável, não se exige que o agente empregue violência, grave ameaça ou fraude para a consumação do delito, bastando à prática de um dos atos sexuais com a pessoa vulnerável.

A caracterização do estupro de vulnerável não necessariamente precisa da elementar da presunção da violência de fato ou presumida. Basta apenas que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, conforme se extrai da redação do artigo 217- A, nos termos da Lei nº 12.015/2009⁷⁸.

Assim como o CP tutela de maneira explícita os crimes sexuais contra a criança e adolescentes, tipificando-o como estupro de vulnerável, artigo 217-A, por óbvio a segurança jurídica dos menores também encontra previsão legal acerca do tema no ECA.

O ECA também trata de crimes envolvendo a pedofilia: art. 240 do ECA – utilização de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica; art. 241 do ECA – comércio de material pedófilo; art. 241-A do ECA – difusão de pedofilia; art. 241-B do ECA – posse de material pedófilo; art. 241-C do ECA – simulação de pedofilia; art. 241-D do ECA – aliciamento de crianças.

Nota-se que dentro do Estatuto, o termo utilizado para descrever autores de crimes sexuais contra crianças e adolescentes é pedofilia. Entretanto, como poderíamos descrever o que é o pedófilo em si. Apesar de possuir divergências entre médicos e psicanalistas, a pedofilia, está classificada no item F65,4, da Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial da Saúde (OMS), como sendo uma forma doentia de satisfação sexual, no qual o adulto apresenta uma perversão a se sentir sexualmente atraído por crianças, seja de quaisquer sexo, geralmente pré -púberes ou no início da puberdade⁷⁹.

A CF prevê no seu corpo, o compromisso do Estado em zelar pela proteção de maneira integral e prioritária acerca dos direitos das crianças e adolescentes, cabendo

⁷⁸ EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010.

⁷⁹ COUTO, Cleber. *Pedofilia no Estatuto da Criança e do Adolescente: artigo 241- E e sua interpretação constitucional*. Julho de 2015. Disponível em: <https://professorclebercouth.jusbrasil.com.br/artigos/211483569/pedofilia-no-estatuto-da-crianca-e-adolescente-art-241-e-e-sua-interpretacao-constitucional> Acesso em 26 mai. 2019.

ao aplicador da norma jurídica garantir a máxima eficácia, e o mesmo resguarda o Estatuto em seus dispositivos⁸⁰.

O ECA é indispensável para alinhar compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, sobretudo ratificando a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁸¹.

O legislador traz o conceito de cena de sexo explícito ou pornografia, qualquer situação que envolva atividades sexuais simuladas ou reais que envolvam crianças ou adolescentes, que exponham seus órgãos genitais para fins especificamente sexuais. Assim, o legislador não restringiu a expressão somente à prática de conjunção carnal, atos libidinosos ou demais comportamentos eróticos, mas sim a atividade sexual se mostra abrangente como quaisquer comportamentos sexuais e eróticos, aptos a satisfazer a lascívia alheia, bastando uma conotação erótica, por exemplo danças sensuais utilização de fantasia erótica, exibição de seios e demais, bastando o fim sexualmente previsto na norma explicativa⁸².

Os direitos das crianças e adolescentes, indissociáveis do PPI, onde as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento, devem ter sua dignidade resguardada contra quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ECA é considerado internacionalmente como um instrumento de respaldo, tendo se tornado referência para proteção da infância e da adolescência. É fruto da colaboração política entre diversos setores governamentais e sociedade civil, além de se fundamentar no marcos doutrinário outrora estudado: Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (1948), Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre a idade Mínima para Admissão no Emprego (1976), Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979) e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989). O Estatuto reforça também o princípio constitucional de que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

⁸⁰ Acerca dos dispositivos citados, ante sua extensão, encontra-se disponível em anexo ao final deste trabalho.

⁸¹ SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes – elementos para uma teoria garantista. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 56.

⁸² Idem.

opressão, punindo, na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, conforme previsão do artigo 5^o⁸³.

O Estatuto não serve apenas para reforçar um princípio constitucional, mas serve para tomar medidas cabíveis com intuito de proteção e repressão contra autores responsáveis por crimes sexuais, incluindo a exploração sexual⁸⁴.

As Políticas Públicas Nacionais (PPN), juntamente com medidas de âmbito internacional. Em suma, conclui-se que os artigos do Estatuto devem ser interpretados a nível constitucional, baseado, sobretudo, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral, nada podendo dele se fazer referências contraditórias, e garantindo-se, que todas as crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento, não podendo dispor de sua liberdade sexual sem ter prejuízos advindos de tal conduta, seja psicologicamente, fisicamente e de possíveis riscos que possam incorrer, devendo o Judiciário zelar pela integridade de tais, sob pena de ferir princípios constitucionalmente previstos, e com isso, abrir portas para que autores de práticas sexuais se valham de brechas, mormente para satisfação de seus desejos e com a certeza da impunidade.

2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Preliminarmente, antes de prosseguirmos no estudo principal objeto deste trabalho, cumpre-nos analisarmos como a figura do estupro era tratada antes da vigência da Lei 12.015/09, que alterou o CP, revogando, sobretudo seu artigo 224.

Mas como era a previsão legal antes da vigência da citada Lei? O CP, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09 tratava dos “crimes contra a liberdade sexual”, que abrangiam: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e assédio sexual.

O primeiro dispositivo estava contido no então artigo 213 que assim previa: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, com pena de reclusão de seis a dez anos. Notório no referido dispositivo que o bem jurídico que se visava proteger era a liberdade sexual da mulher, sendo, portanto, sujeito passivo do dispositivo.

⁸³ SANTOS, Benedito Rodrigues dos; ESBER, Karen Michel; SANTOS, Izabela Barbosa. *Autores de Violência sexual contra crianças e adolescentes – responsabilização e atendimento psicoterapêutico*. Goiânia, Cãnone Editorial, 2009, p. 57.

⁸⁴ Idem.

A mulher recebia então, proteção contra as ações que se voltavam a compeli-la a aceitar conjunção carnal, quando não fosse da sua vontade⁸⁵.

Sujeito ativo é quem constrange a mulher ao ato sexual propriamente dito, a conjunção carnal. Necessariamente haverá um sujeito ativo do sexo masculino para que haja conjunção carnal, mas também a mulher pode constranger outra, para que um homem mantenha, com ela, as relações sexuais a que se refere o tipo. O homem pode ser inclusive o marido da vítima. Sujeito passivo é, sempre, a mulher. Qualquer mulher, inclusive a prostituta, que tem, tanto quanto qualquer mulher, a liberdade de decidir sobre a sua sexualidade⁸⁶.

Conforme já citado, o núcleo do tipo era o verbo “constranger”, no sentido de que o agente impunha sua vontade através de força, seja ela física ou moral, a fim de compelir a vítima a realizar sua vontade. Como elementos objetivos e normativos temos a definição de conjunção carnal é o coito vaginal, a introdução do pênis na vagina da mulher. É a intromissão do órgão genital masculino no interior da cavidade vaginal, ou seja, no órgão genital feminino⁸⁷.

O constrangimento é necessário para a tipificação do ato. O coito desejado pelo agente deve ser conseguido através de violência ou grave ameaça. Assim, podemos notar os conceitos de violência estão sempre presentes nos crimes hediondos. No caso do estupro, entende-se a violência como qualquer forma apta a anular a resistência da vítima, em grande parte das vezes com atos de agressão à integridade corpórea da vítima, mas podendo ser caracterizar como violência de ordem moral, assim entendida como uma espécie de transferência para a forma de grave ameaça⁸⁸.

Passamos a tratar neste momento acerca do então revogado dispositivo número 224, onde não se falava de maneira expressa acerca do estupro de vulnerável, mas dizia que: “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”.

Ante tais casos, não necessitava de provas de que a violência teria ocorrido, mas autorizava sua presunção por si só.

⁸⁵ TELES, Ney Moura. *Direito Penal Parte especial*, volume III – Arts. 213 a 359 H. 2ª ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2006, p.4.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Ibidem, p.5.

⁸⁸ MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos. 8ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com a Lei n. 11.464/2007*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 50.

No primeiro caso, ou seja, vítima não maior de 14(catorze) anos, na esfera do Direito não possuíam capacidade de consentir.

A presunção não deve possuir caráter absoluto, pois algumas pessoas com idade inferior a 14 anos poderiam ter perfeita capacidade de consentir, casos em que a presunção poderia ser afastada, quando no caso concreto ficasse demonstrado que a menor, por sua história de vida e experiência pessoal tinham perfeito discernimento de seus atos e as consequências de seu comportamento, e assim, poderiam decidir sobre a realização do ato sexual⁸⁹.

Extrai-se da citação, portanto, que a vítima não maior de 14 anos que possuísse capacidade de consentir, não haveria que se falar em violência e a tipicidade penal estariam afastados.

No segundo caso previsto no artigo 224, falava-se em vítima alienada ou débil mental, entendendo-se para tanto, pessoas com desenvolvimento mental incompleto e retardado, que não possuem capacidade de discernimento e consequentemente de consentir.

Diante deste caso, não bastasse apenas que vítima fosse portadora de doença mental ou que tivesse desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Indispensável seria que ante tais causas não possuísse capacidade de entendimento ou autogoverno, que deveria ser necessariamente para a aplicação da norma, demonstrada através de exame pericial. A condição de alienada ou débil mental deveria implicar na total incapacidade de consentir⁹⁰.

Ademais, essa circunstância de natureza pessoal da vítima deve ser do conhecimento do agente. É preciso que este saiba, verdadeiramente, que está mantendo relações sexuais com uma mulher incapaz de dar seu consentimento ou de resistir a sua prática. Caso o agente desconheça a circunstância a presunção é afastada, porque não é absoluta⁹¹.

Por último, tratava o referido dispositivo acerca da vítima incapaz de oferecer resistência. Neste caso a referência que se fazia era acerca de qualquer impossibilidade da vítima em oferecer resistência. A norma referia-se a qualquer pessoa, de qualquer idade, fosse ou não portadora de enfermidades, neste caso relatando o fato de uma possível embriaguez, efeitos anestésicos, coma, ou até

⁸⁹ TELES, Op. cit., p. 8.

⁹⁰ Ibidem, p. 9.

⁹¹ Idem.

mesmo ante uma debilidade física extremada que a impossibilitaria de movimentos físicos ou até mesmo deficiência física, que tornaria incapaz de oferecer quaisquer tipos de resistência à vontade do agente⁹².

A relatividade dessa presunção é, tanto quanto as demais, indiscutível. Sua demonstração deve ser feita por meio de prova robusta, não bastando à comprovação do estado da vítima, mas, principalmente, de sua oposição à conjunção carnal, porque, mesmo em determinados estados de impossibilidade de resistência, pode ela ter consentido no ato sexual. Sem a demonstração da incapacidade da vítima, e da ausência de seu consentimento, o fato não se ajustará ao tipo do artigo 213, porque aí não se poderá presumir a violência⁹³.

Analisando os dispositivos contidos no revogado artigo 224, percebemos que havia a questão de o agente poderia, independentemente do caso, provar que não houve violência, fosse ela real ou presumida, de que também ele desconhecia o fato de a mulher ser débil ou alienada, bem como no caso de a vítima ser incapaz de oferecer resistência, deveria haver uma prova cabal acerca do fato, sob pena de em todos os casos o agente poder se beneficiar através da atipicidade do fato.

2.1 Modificações da Lei 12.015/2009 – conceito e erro de tipo

A primeira modificação trazida pela Lei 12.015/2009 trata da nomenclatura do título VI, anteriormente denominado de “Crimes Contra os Costumes” e passa a ser intitulado de “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, que ante ao crescente número de crimes sexuais que vinham ocorrendo no país, buscou, com isso, enrijecer as leis penais principalmente para aqueles que apresentem determinados tipos de “comportamentos desviantes” na área da sexualidade.

Os então denominados crimes contra a dignidade sexual passam a englobar os seguintes crimes sexuais: artigo 217-A – estupro de vulnerável, artigo 218 – corrupção de menores, artigo 218-A satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, e artigo 218-B favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Assim, com a nova redação, unificaram-se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, anteriormente distintos nos artigos 213 e 214 do CP. Desta forma, quando nos referimos à conjunção carnal, não é mais necessária à introdução

⁹² TELES, Op. cit., p. 10

⁹³ Idem.

completa do pênis na vagina, nem mesmo a ejaculação, e quanto a outros atos libidinosos, a forma consumativa é algo mais amplo, pois inúmeras são as formas de se cometer este delito. A nova Lei considera hediondo o crime de estupro, cometido, em regra “às escondidas, sem qualquer visibilidade, inclusive para não permitir à vítima alguma chance de socorro” (NUCCI, 2009, p.21), tem como agravante o fato de que costuma envolver pessoas conhecidas⁹⁴.

Essa nova roupagem permitiu que os costumassem, assim dizendo a respeito da maneira que as pessoas devem se comportar sexualmente em sociedade, ressaltando o aspecto cultural da década de 1940, onde somente as mulheres de família, ou seja, aquelas que casavam virgens eram dignas da tutela jurisdicional⁹⁵.

Passamos a analisar neste momento acerca do artigo 217-A, *caput*, com a especificidade do estupro de vulnerável que diz que aqueles que tiverem conjunção carnal ou praticarem qualquer outro ato libidinoso com menores de 14 (catorze) anos, incorrerão em uma pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos⁹⁶.

Notório que no referido dispositivo, o legislador preocupou-se em acautelar de maneira mais específica a questão da liberdade sexual em um sentido amplo, a questão da vulnerabilidade apresentada pelos menores de 14 (catorze anos), bem como daqueles que por questões de enfermidade ou deficiência mental não possuem o necessário discernimento para a prática de seus atos.

O artigo deixa claro, a questão da vulnerabilidade, mas para o direito penal, o quê se entende por pessoa vulnerável?

A expressão vulnerabilidade é originária dos Direitos Humanos, designando indivíduos fragilizados jurídica e politicamente, como declara Alves (1994). De origem latina, a palavra vulnerabilidade, derivando de *vulnus* (eris), tem o significado de ferida, e costuma ser definida como “a suscetibilidade de ser

⁹⁴ AZAMBUJA, Op. Cit., p.146.

⁹⁵ NUCCI, Apud. FREITAS, Danielli Xavier. *Estupro de vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade*. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144316170/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade> acesso em 15 nov. 2019.

⁹⁶ Assim dispõe a redação do artigo 217-A do Código Penal: Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (vetado). § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave. Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. § 5º 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018\)](#).

ferido, significação etimológico – conceitual, originária e radical que se mantem em todas as evocações do termo” (Giorgis, 2010, p.36)⁹⁷.

Conforme visto anteriormente, o revogado artigo 224 do CP trabalhava com a questão da presunção de violência em que, caso não fosse cabalmente comprovada às situações ali previstas, não havia que se falar em violência e dessa maneira poderia ser afastada a tipicidade, beneficiando o agente.

No referido e revogado artigo 224, havia-se duas correntes, sendo que a primeira pugnava por haver necessidade de se comprovar a violência decorrente da relação sexual, e outra corrente majoritária que dizia não haver tal necessidade, pugnando pela aplicação absoluta da regra decorrente da idade.

Sob o ponto de vista da Doutrina da Proteção Integral, pode-se afirmar que a condição de vulnerabilidade da criança está ligada à garantia dos direitos fundamentais, do qual é detentora⁹⁸, conforme dispõe o artigo 98 do ECA⁹⁹.

A vulnerabilidade tratada no ECA, difere um pouco da vulnerabilidade taxada no artigo 217-A do CP, ao passo que para o Estatuto, o conceito de vulnerabilidade está intimamente ligado a qualquer ameaça ou violação de qualquer direito fundamental arrolado em seu artigo 4º, ou qualquer outro dispositivo da mesma lei¹⁰⁰.

Ao revogar o citado artigo e incluir o disposto no artigo 217-A, a figura da presunção de violência é de certa maneira “derrubada” pela questão da vulnerabilidade da vítima que é expressamente taxada no rol deste artigo, não abrindo margens para determinados debates, destacando ainda o fato de que referido dispositivo em nenhum momento faz menção a presunção de nenhuma ordem.

Entretanto, o mesmo dispositivo não menciona acerca da presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade da vítima.

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa à vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a

⁹⁷ ALVES e GIORGIS, Apud Azambuja, p.146.

⁹⁸ AZAMBUJA, Op. cit. p.148.

⁹⁹ Dispõe o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente que: As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I- por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III- em razão de sua conduta.

¹⁰⁰ AZAMBUJA, Op. cit., p. 148.

realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade¹⁰¹.

A vulnerabilidade foi aparecendo aos poucos e ganhando destaque nas normas do país. O legislador buscou maior foco em proteger os desfavorecidos, assim entendidos aqueles que por algumas razões não possuem condições semelhantes aos do adulto¹⁰².

O conceito de vulnerabilidade ainda é restrito, devendo, portanto, ter seus contornos delimitados pelo legislador. Neste caso, o próprio tipo penal do artigo 217-A o faz de maneira mais taxativa em seu *caput*, ou seja, os menores de catorze anos. Em relação ao parágrafo 1º que diz respeito às pessoas enfermas, doentes mentais ou que não possuem capacidade de oferecer resistência, carecem de um estudo de conteúdo mais axiológico¹⁰³.

Porem, a partir da construção autônoma desse tipo penal autônomo, intitulado de “estupro de vulnerável”, extrai-se que aquele que é incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve a denominação própria de vulnerável, ou seja, passível de lesão e despido de proteção¹⁰⁴.

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la¹⁰⁵.

A tutela penal no campo sexual zela de maneira mais ampla as pessoas que são incapazes de externar seu consentimento de forma racional e segura. Nota-se, que diante de tais situações não há que se pretender uma tipificação perfeita quanto ao modelo de estupro, que tem por conceito ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso, através de violência ou grave ameaça. Aqui, as pessoas denominadas incapazes até podem relaciona-se sem qualquer tipo de coação física, porem teria

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ªed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.99.

¹⁰² MARQUES, Marina Beatriz Dias. *Consentimento da menor no crime de estupro de vulnerável*. IDP-Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2015. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2138> acesso em 17 nov. 2019.

¹⁰³ PRADO, Op. cit. p.1045.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ªed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.98.

¹⁰⁵ PRADO, Op. Cit. p. 1045.

ocorrido à coação psicológica, ante ao estado natural que tais pessoas se encontram em compreender a seriedade do ato realizado¹⁰⁶.

A tutela penal quando da interferência no campo sexual, estendeu-se com maior zelo em relação às pessoas que são incapazes de externar seu consentimento racional de forma segura. Diante de tais situações, não há que se cogitar acerca da tipificação do modelo comum da figura de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, através de violência ou grave ameaça. As pessoas incapazes também podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porem, ante ao estado natural de impossibilidade de compreensão do ato realizado, há que se cogitar uma possível violência psicológica¹⁰⁷.

Anteriormente à vigência da Lei 12.015/09 que introduziu o artigo 217-A, havia discussão acerca da presunção de violência que poderia ser absoluta, não admitindo prova em contrário, ou relativa, que possibilitava prova em contrário. O referido dispositivo veio justamente para sanar este problema, pois quando se intitula de estupro de vulnerável, observa-se que estamos falando do incapaz de consentir validamente para a prática de atos sexuais, pois de acordo com a denominação própria: vulnerável é aquele passível de lesão e despido de proteção¹⁰⁸.

Erro de tipo

Antes de discorrermos sobre tais elementos perante o caso analisado, viável se faz breve definição acerca deste, distinguindo até mesmo o erro da ignorância e esta de uma simples dúvida gerada ante a situação.

Conforme define Luiz Regis Prado, o primeiro vem a ser uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. É um estado positivo: quem erra vê mal, pensa que existe, embora ignore o existente. Já a segunda, representa a ausência completa de conhecimento ou de representação, sendo um estado negativo da consciência (não ver). Por sua vez, a dúvida se traduz em uma pluralidade de imagens, uma das quais de acordo com a realidade¹⁰⁹.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ªed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.97.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, p.33 e 34.

¹⁰⁸ NUCCI, Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, p.34 e 35.

¹⁰⁹ PRADO, Op. cit., p. 363.

O artigo 20 do CP dispõe que: “O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”, este artigo trata do que denominamos erro de tipo.

O erro sobre o fato típico refere-se ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, senso sua contra face. Recai sobre elementos essenciais ou constitutivos, sendo que neste caso o agente, por falta de representação mental não sabe o que está fazendo, excluindo-se o dolo típico. Pode ocorrer neste caso uma apreciação equívoca de ordem fática como da compreensão do direito. Este erro serve por eliminar a congruência entre as partes objetiva e subjetiva do tipo legal, excluindo o delito doloso¹¹⁰.

Quando o crime tipificado no caso em concreto for o previsto no artigo 217-A, o erro de tipo pode ocorrer em uma situação fática em que a vítima, seja por seu comportamento, ou principalmente por sua compleição física não aparenta ter 14 anos de idade ou menos, podendo, inclusive, induzir o agente a pensar que é maior de 14 ou até mesmo maior de idade.

O agente neste caso, trabalhando com o comportamento do “homem médio” que utilizamos no direito penal pode fazer prova através de testemunhas de que realmente a vítima mentiu acerca da sua idade, mas principalmente, demonstrar que devido seu comportamento e tipo físico seria impossível crer que fosse menor de 14 anos, o que, de fato, exclui o dolo.

Quanto ao erro de tipo e idade da vítima, Guilherme de Souza Nucci referencia em sua obra três importantes jurisprudências que tratam acerca do tema:

TJGO: “Para o reconhecimento de erro de tipo essencial, respeitante à idade da vítima, indispensável que o agente, ao dar início à prática do fato delituoso, desconheça, efetivamente, a elementar do crime de estupro com violência presumida, sendo insubsistente a assertiva quando, do caderno processual, é possível extrair-se a certeza de que o apelante tinha ciência da menoridade da ofendida, especialmente pelas suas declarações em juízo. Redução da reprimenda. Reconhecimento da menoridade. Inviabilidade. Súmula 231 do STJ” (Ap. 168008-19-2007.8.09.0017 –GO, 1ª C.C., rel. Averlides Almeida Pinheiro de Lemos, 31.01.2012, v.u.)¹¹¹.

TJMG: “No crime de estupro, comumente praticado às escondidas, longe dos olhos de possíveis testemunhas, a palavra da vítima tem relevante valor probatório, notadamente quando corroborada pelos demais elementos de prova, inclusive em exame de corpo de delito, atestada a ocorrência da conjunção carnal. – A ausência de comprovação de álibi de que a relação

¹¹⁰ Ibidem. P.368.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 3ªed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 76 e 77.

sexual foi consentida, somada ao fato de que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos – sendo irrelevante eventual consentimento de sua parte – impedem a absolvição do acusado condenado pela prática de estupro. – A mera alegação, sem provas, de que o acusado teve dúvida quanto ao fato de a vítima ser menor de 14 (quatorze) anos, não é suficiente para excluir o delito de estupro, até porque quem age na dúvida, age por conta e risco, subsistindo o dolo eventual, notadamente quando as provas dos autos indicam que, na verdade, o agente empregou violência real para manter a relação sexual, sequer se importando com a idade de sua vítima” (Ap. Crim. 1.0027.08.167250-6/001 (1) MG, 2ª C.C., rel. Renato Martins Jacob, 15.10.2009, v.u) ¹¹².

Importante se faz ressaltar que o erro de tipo em nada se confunde com a questão da vulnerabilidade tratada no artigo 217- A. Somente incorre em erro de tipo o agente que por circunstâncias plenamente justificáveis acreditou ser a vítima maior de 14 anos, podendo assim, ser considerado fato atípico. Entretanto, esse mesmo agente não pode referir-se à vulnerabilidade, sob alegação de que mesmo conhecendo ser a vítima menor de 14 anos, manteve com ela relações sexuais por consentimento, ou até mesmo por gozar a vítima de uma liberdade sexual conhecida ou até mesmo paga como nos casos da prostituição. Neste caso não poderá se eximir da pena prevista no citado artigo.

Em todos os casos previstos, seja menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, ou aquele que de qualquer outra forma seja acometido de redução da capacidade de resistência, é indispensável para caracterizar o dolo do agente. O autor precisa ter ciência que a relação sexual se dá com pessoa descrita nessas situações, previstas no artigo 217- A do CP. Caso não ocorra, caracteriza-se o erro de tipo, afasta-se o dolo não sendo possível a punição, ante ao fato de inexistir a forma culposa¹¹³.

2.2 Sujeito, idade e namoro

Aqui, passaremos a uma análise, sobretudo a respeito da questão do namoro entre a vítima e o agente, por haver consentimento na prática da relação sexual.

A primeira mudança notória com a inclusão do artigo 217-A trata da questão do sujeito. Anteriormente, no revogado artigo 224, sujeito passivo seria somente mulher, e sujeito ativo em regra seria homem, podendo também ser mulher que obrigasse a vítima a manter relações sexuais com homem.

¹¹² Idem.

¹¹³NUCCI, Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, p.38.

Vale ressaltar novamente, que antes da alteração dada pela Lei 12/015/2009, o crime de estupro, na modalidade simples referia-se a constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça¹¹⁴ (grifos nossos).

Já no artigo 224¹¹⁵, havia a questão da presunção de violência caso a vítima fosse menor de 14 anos, alienada ou débil mental e o agente conhecesse acerca de tal circunstância, bem como de qualquer forma a vítima não pudesse oferecer resistência.

Com a alteração, o sujeito ativo passa a poder ser qualquer pessoa, seja homem ou mulher, desde que seja maior de 18 anos. Já sujeito passivo, também pode ser pessoa de ambos os sexos, desde que esteja na faixa etária prevista no dispositivo legal, ou seja, menor de 14 anos, bem como o previsto no §1º, que dispõe sobre as pessoas enfermas, doentes mentais ou que por qualquer outro motivo não possuem capacidade para discernir acerca de seus atos, bem como não possuem capacidade de oferecer resistência.

O tipo penal passa tutelar como vulneráveis os menores de 14 anos, não somente a serem vítimas de conjunção carnal, mas também contra a prática de quaisquer atos libidinosos.

A conduta vedada pelo legislador penal no artigo 217- A, *caput*, consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (tipo autônomo /misto alternativo/anormal/incongruente). *Conjunção carnal*, elemento normativo extrajurídico do tipo, consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vaginal natural, com a “intromissão do pênis na cavidade vaginal”. *Ato libidinoso*, , também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplos de atos libidinosos podem ser citados: *fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração *inter femora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos usam de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros¹¹⁶.

Embora haja vasta discussão doutrinária em relação à figura do estupro de vulnerável, onde alguns autores defendem que se deve levar em conta a questão das

¹¹⁴ Assim dispunha o artigo 213 do Código Penal quanto ao crime de estupro em sua modalidade simples: Art.213. “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

¹¹⁵ O artigo 224 dispunha acerca da presunção da violência dessa maneira: Art. 224: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente desconhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

¹¹⁶ PRADO, Op. cit., p.1045.

adequações sociais vividas atualmente, bem como o desenvolvimento físico e mental dos adolescentes, que, para eles possuem capacidade de discernir, o fato é que a doutrina majoritária, e assim entendemos por correta, preza pelo fato de que nesta idade, independente dos fatores sociais, a criança e a adolescente não possuem maturidade para consentir acerca do ato, bem como não tem a seriedade plausível para entender os riscos decorrentes de uma relação sexual.

Para Nucci, por exemplo, a vulnerabilidade de que trata o artigo 217- A é justamente acerca da incapacidade dos menores de entenderem e consentirem para a prática dos atos sexuais. A mudança decorrente deste artigo traz a essência de que há plena imaturidade para esse consentimento¹¹⁷.

Já em sentido contrário, para Luiz Regis Prado o delito de ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com a pessoa menor de 14 anos, ainda que haja consentimento por parte desta, a lei adota meramente um critério cronológico com presunção *iuris et de iuris*, apenas que pela razão biológica da idade, que o menor carece então de capacidade de discernimento para compreender o ato sexual. “Aqui, se estaria negando a existência válida de seu consentimento, não tendo, portanto, qualquer relevância jurídica para fins de tipificação do delito¹¹⁸”.

Embora haja divergência entre posicionamentos, onde há contraditório entre fatores sociais e até mesmo o critério biológico adotado à risca, nos parece mais acertada o posicionamento de Mirabete e Fabbrini que dizem:

Diante da redação do art. 217- A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, tiver ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral¹¹⁹.

Outro aspecto que não poderíamos deixar de tratar quando falamos no crime de estupro de vulnerável é em relação ao namoro ou relações amorosas daí derivadas de crianças e adolescentes, visto este tema também ser alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

¹¹⁷ NUCCI, Apud FREITAS. p. 3.

¹¹⁸ PRADO, Apud FREITAS, p. 4.

¹¹⁹ MIRABETE e FABBRINI, Apud FREITAS. p. 5.

Embora não possamos nos olvidar acerca das mudanças biopsicossociais que influenciam na conduta dos menores que iniciam sua vida sexual mais cedo, é possível que o legislador entenda que uma possível transgressão à norma, em caso de consentimento, não leve como ofensa ao bem jurídico tutelado.

Há inúmeros casos em que jovens namoram com consentimento dos pais, até mesmo mantendo relações sexuais com aquiescência dos mesmos, e até mesmo dentro de suas casas. Temos como exemplo o caso do Magistrado Anderley Ferreira Marques, juiz da 2ª Vara Mista de Sousa, que absolveu em réu acusado do crime de estupro, ante ao fato de que vítima e acusado eram casados, e haviam iniciado o namoro ainda adolescente e com consentimento dos pais, sendo que à época dos fatos tinham 17 e 13 anos respectivamente. O Ministério Público (MP) ofertou denúncia, mas o juiz entendeu acerca do consenso das relações sexuais de acordo com sua decisão:

Para o juiz, é necessária a previsão de exceção, no CP, para os casos de adolescentes em situação de namoro ou relação. A partir do termo seco da lei, a conjunção carnal com menor de 14 anos se configura como crime de Ação Penal Pública incondicionada, de caráter hediondo. Mas é preciso analisar cada caso, pois, segundo os autos, o casal iniciou o namoro, com consentimento dos pais e, dois anos depois, passaram a conviver juntos, tendo, na sequência, um filho, observou o magistrado. Em seu julgamento, o juiz considerou que a tipicidade penal não poderia ficar restrita ao aspecto formal, e que a conduta descrita na denúncia seria atípica (não constituiria crime). Além disso, o magistrado verificou que, na forma dos arts. 1.520 e 1.551 do Código Civil, seria possível o casamento da alegada vítima, adolescente, ainda que menor de 14 anos. Também destacou que a Constituição, em seu art. 226, 3º, estimula a conversão da união estável em matrimônio. O envolvimento de adolescentes em conduta sexual consensual mostra-se cada dia mais corriqueiro, como parte de um relacionamento íntimo. Daí a dificuldade, sob o aspecto lógico-jurídico, de se compreender que a relação sexual consentida, quando réu e vítima eram adolescentes, pudessem automaticamente converter-se em crime hediondo (Lei n. 8.072/90, art. 1º, VI) tão logo alcançasse o varão a maioridade, discorreu o magistrado na sentença¹²⁰.

Parte da doutrina ainda usa como respaldo a defesa do art. 226 da CF, sobretudo se da relação sexual dos menores tenha gerado filhos ou vivam em relacionamento estável, independente de matrimônio, sustentando que a

¹²⁰ Fonte: TJ-PB – Juiz entende que não há “estupro de vulnerável” em caso de jovens que iniciaram vida sexual consensual na adolescência. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/158102953/juiz-entende-que-nao-ha-estupro-de-vulneravel-em-caso-de-jovens-que-iniciaram-vida-sexual-consensual-na-adolescencia> acesso em 25 nov. 2019.

intervenção do Estado neste caso geraria a quebra da harmonia familiar presente no citado artigo.

Embora haja doutrinadores e até mesmo alguns tribunais que trabalham com a linha de defesa de que o fato de a relação sexual ser consentida pelo menor de 14 anos afasta a conduta ilícita, trabalhando na linha da adequação social e um novo comportamento sexual juvenil, como por exemplo, a citação de Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, que diz: com efeito, o intérprete da lei não pode permanecer atrelado a um legalismo exacerbado e formal, que circunda o tradicionalismo jurídico, sob pena de gerar uma prestação jurisdicional ineficaz. Deve, sim, adotar uma postura flexível, de compromisso com a realidade social e a justiça¹²¹.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em um julgado que fomentou este trabalho e que veremos mais adiante, também considera tal hipótese e assim relata que:

Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado (...)" O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais¹²².

Ao que tudo nos parece, independente de classe social, ambiente de vivência, consentimento para a prática de relações sexuais, seja dentro de um ambiente familiar ou até mesmo casos de prostituição, não há que se fazerem diferenças sociais e sequer menosprezar a letra da Lei que diz que todo menor de 14 anos de idade é vulnerável, e que aquele que mantiver relações ou atos libidinosos com ele deverá ser punido.

Dispõe a súmula 593 do STJ que:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

¹²¹ CARVALHO, Apud MARQUES, p. 22.

¹²² Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/presuncao-de-violencia-contramenor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa/> acesso em 27 nov. 2019.

Inúmeros foram os julgados submetidos ao STJ, em que buscava se levar em conta a capacidade da vítima e seu consentimento. Entretanto, a Terceira Seção do Tribunal firmou o entendimento acerca de afastar apurações acerca de tal pretensão, onde se entende que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no caput do artigo 217- A, caput do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos, sendo que o consentimento da vítima ou sua experiência sexual anterior, bem como a existência de relacionamento amoroso entre agente e vítima não são aptos a afastar a ocorrência do crime¹²³.

Afim de que pudesse ver solucionados quaisquer casos em que haja controvérsia, a Terceira Seção Do Tribunal, ao aprovar a súmula 593, deixa expresso acerca da irrelevância do consentimento, bem como a desconsideração absoluta acerca da experiência sexual anterior da vítima e se a mesma tinha relacionamento anterior com o agente¹²⁴.

Importante julgado que respalda ser indiferente a questão de consentimento da vítima, de namoro e até mesmo de classe social, tratou da condenação do agente. A íntegra desse julgado encontra-se em anexo ao final deste trabalho.¹²⁵

O princípio que embasa a questão da menoridade sexual, não é meramente uma suposição acerca de que o jovem menor de idade não tenha desejo ou prazer sexual, mas sim de embasar que este ainda não se desenvolveu claramente suas competências relevantes aptas a consentir em uma relação sexual. Para o entendimento majoritário da lei e jurisprudência do STF, a definição da menoridade sexual, ou seja, crianças e adolescentes até 14 anos são absoluto, devendo, pois o exercício de sua vontade ser sim tutelada pela lei até que de fato tenha se tornado alguém capaz de consentir realmente em uma relação sexual.¹²⁶

Parece-nos correto que o direito penal deve exercer seu controle da sexualidade humana, sobretudo no que tange aos menores de idade. Essa repressão sexual ocorre porque o próprio comportamento sexual apresenta suma

¹²³ REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/9/2015.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ A íntegra deste julgado encontra-se em anexo no final do trabalho.

¹²⁶ Lowenkron, Laura. Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2318-92822016000100002 acesso em 28 nov. 2019.

relevância para a vida em sociedade e até mesmo reflexos diretos nas instituições fundamentais e até mesmo no próprio Estado¹²⁷.

A prática sexual envolvendo menores de 14 anos de idade é algo que não pode ser considerado como dentro da normalidade social. É incorreto imaginar que o Direito Penal deve se adaptar a diversos costumes de cada uma das microrregiões do país, podendo se criar assim um grande caos normativo, com graves reflexos danosos a ordem e paz pública¹²⁸.

Neste mesmo sentido, acerca da questão do consentimento do menor de 14 anos não ser válido, a Terceira Seção da Corte do Piauí, no julgamento do REsp 1480881, firmou entendimento de que deverá ser punido o agente que com ele pratica sexo, a jurisprudência reforça que embora a sociedade tenha constantes evoluções, seja nos costumes, ao amplo acesso à informação, bem como demais fatores que propiciam desenvolvimento, inclusive psicológico dos menores de 14 anos de idade, não devem ser levados em consideração no caso de crimes sexuais cometidos contra estes menores. No caso em comento, a presunção de violência é absoluta, e os menores de 14 anos são pessoas imaturas, não aptas a entender os riscos decorrentes de uma relação sexual.¹²⁹

Em continuidade ao julgado acima citado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também foram unânimes a levar em consideração as mesmas características de imaturidade infantil, bem como a impossibilidade de

¹²⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Atlas, 2010, p.22.

¹²⁸ CUNHA, Renato. Há estupro de vulnerável, mesmo com o consentimento da ofendida, mesmo se houver experiência sexual da menor e mesmo que haja um relacionamento amoroso entre os envolvidos? O crime de estupro de vulnerável e o posicionamento do STJ. Disponível em: <https://renatocunha.jusbrasil.com.br/artigos/622641831/ha-estupro-de-vulneravel-mesmo-com-o-consentimento-da-ofendida-mesmo-se-houver-experiencia-sexual-da-menor-e-mesmo-que-haja-um-relacionamento-amoroso-entre-os-envolvidos> acesso em 28 nov. 2019.

¹²⁹A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1480881/PI, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que, em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso contra a vítima. 2. 'A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima 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.'. [...]"(AgRg no REsp 1427049TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015)

anuência em atos sexuais, o que respalda que não isenta agentes que mesmo se valendo da evolução social, e independente de fatores sociais e econômicos em que viva a vítima não deverão ser levados em conta a fim se possível isenção da sua imputabilidade.¹³⁰

Demonstrada a efetividade da súmula 593 do STJ, associada ao artigo 217 - A do CP extrai-se que o Direito Penal (DP), enquanto garantidor da aplicação punitiva estatal, não pode se valer, sobretudo quando se tratar de menores de 14 anos, de abrir brechas na Lei, buscando fundamentar questões sociais como, por exemplo, o local em que a vítima reside buscar indagar acerca de seu comportamento sexual anterior ao fato, ou fazer distinções de classe social, criando estigmas onde uma criança e adolescente que vive em regiões pobres, por exemplo, e se prostitui para ganhar dinheiro, não tem o mesmo valor do que uma mesma criança e adolescente que vive inserida em um seio social e familiar, com estruturas aptas a desenvolvê-la física e moralmente, e que de maneira consentida, também mantém relações sexuais.

A regra é: a lei deve valer para todo independente do meio em que vive ou “antecedentes” de vida sexual pregressa que o menor possuía ao tempo do tempo do fato. Deve prevalecer a justiça e a aplicabilidade da sanção para todos aqueles que,

¹³⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual [...] 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.[...]“(REsp 1480881 PI, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

independente dos meios praticam relações sexuais com menores, vulneráveis por suas condições, sobretudo psicológicas, com a presunção absoluta de violência de que trata tais dispositivos.

2.3 Consumo e tentativa

Quando trabalhamos com a questão da consumação e tentativa, especialmente no crime de estupro de vulnerável, nos ligamos diretamente à figura do dolo.

Por dolo temos toda ação humana, que se desenvolve no tempo e subordina-se a determinadas circunstâncias de ordem causal. Em um primeiro momento temos a fase de cogitação, ou seja, o plano do agente, passando em seguida para o momento de exteriorização, e após isso a consumação. Já para a teoria da tentativa os atos preparatórios não são puníveis¹³¹.

Dispõe o artigo 14 do CP que: “Diz-se o crime: I- consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II- tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Entende-se por delito formalmente consumado quando o tipo de injusto objetivo se encontra realizado totalmente, ou seja, o autor realizou toda a conduta descrita como injusta e provocou o resultado por ele pretendido. Já a tentativa é a realização incompleta do tipo objetivo, que não se realiza por circunstâncias alheias à vontade do agente, sendo, portanto, um tipo incompleto: o tipo subjetivo está perfeito (correspondente à fase consumativa), mas o tipo objetivo não se perfaz integralmente (ausente um atributo material). Significa que o delito tentado possui uma tipicidade subjetiva completa e uma tipicidade objetiva defeituosa ou falha¹³².

Via de regra, conforme define Luiz Regis Prado, a consumação deste delito se perfaz com a cópula carnal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal, ainda que de forma parcial, ou ainda com a consumação do ato libidinoso objetivado pelo agente. Ressaltando também que, se além da conjunção carnal o agente pratica demais atos libidinosos, como por exemplo, constranger a vítima ao coito anal, ou ao sexo oral, haverá um único delito, pois tais condutas subsumem-se ao mesmo tipo penal¹³³.

¹³¹ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 374.

¹³² Idem.

¹³³ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 1047.

Entretanto, recentemente, em 2017, o STJ decidiu que a consumação delitiva independe de conjunção carnal com a vítima, ou seja, basta que o órgão sexual do agente toque na vítima para que a figura do estupro esteja caracterizada¹³⁴.

Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.675.854 –RJ, em que se pretendia que o agente fosse punido pelo crime na forma tentada, sob alegação de que no ato, não havia mantido conjunção carnal com a vítima, mas “somente” lhe mostrado o órgão sexual, pacificou o entendimento de que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, não é necessário que ocorra a conjunção carnal ou anal, mas a prática de atos libidinosos, por si só, já é suficiente para caracterização do delito¹³⁵.

¹³⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *STJ: Consumação do estupro de vulnerável dispensa efetiva relação sexual*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/05/22/stj-consumacao-estupro-de-vulneravel-dispensa-efetiva-relacao-sexual/> acesso em 29 nov. 2019.

¹³⁵ Recurso especial nº 1.675.854 - RJ (2017/0139339-4) relator: ministro ribeiro dantas recorrente : ministério público do estado do rio de janeiro recorrido : n da s r advogado : defensoria pública do estado do rio de janeiro decisão Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça. O recorrente sustenta negativa de vigência aos arts. 14, I, e 217-A, caput, do Código Penal. Alega que, "para consumação do crime de estupro de vulnerável, com redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009, como cediço em doutrina e na pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, não é mister que ocorra a conjunção carnal ou anal, mas apenas e tão-somente a prática de atos libidinosos" (e-STJ, fl. 309). Pretende, assim, seja restabelecida a condenação pelo delito na forma consumada. Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 325-330). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 356-364). É o relatório. Decido. Inicialmente, importa destacar que, segundo jurisprudência desta Corte, "a controvérsia atinente ao inadequado reconhecimento da tentativa do crime de estupro de vulnerável prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontraídos explicitados no acórdão recorrido." (REsp 1.583.349/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016). Confirmam-se as considerações da Corte local para aplicar o delito na forma tentada: Assim, e de acordo com a instrução probatória, foi comprovado que o acusado retirou o seu membro viril das calças e tentou penetrá-lo na criança, sem que se possa deixar de reconhecer a desproporcionalidade da apenação entre as condutas ínsitas no artigo 217-A do Código Penal a autorizar a aplicação do princípio da razoabilidade com o consequente reconhecimento da forma tentada do crime de estupro de vulnerável. [...] Nesta toada, em face do iter criminis percorrido pelo agente, a pena deve ser reduzida no patamar máximo de 1/2 (metade)" (e-STJ, fls. 279-280). Por oportuno, frise-se que, em recente precedente desta Quinta Turma, o Ministro Joel Ilan Paciornik anotou que "a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.". Destacou que o estupro de vulnerável pode ser caracterizado ainda que não haja contato físico. Nesse sentido, explicou que, "Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal." (RHC 70.976/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016). Apesar de o caso citado não debater o momento da consumação delitiva, eis que se discutia a tipicidade delitiva, é certo que traz indícios que permitem a adequada compreensão do que se entende por "outro ato libidinoso" (elementar do tipo descrito no art. 217-A

Diante dos fatos, o STJ, ao entender que o estupro de vulnerável ocorre independente de cópula carnal, desde que saiba o agente ser a vítima menor de 14 anos, e assim agir dolosamente com o intuito de coito ou quaisquer outros atos libidinosos, enrijecendo a punição para aqueles que se aproveita de tais situações para a prática de atos sexuais e satisfação de suas vontades enquanto sujeitos ativos do delito.

A jurisprudência dominante entende que para a caracterização do delito pouco importa de o menor de 14 anos já mantinha relações sexuais, qual sua classe social, o que deve ser levado em conta, majoritariamente falando, é o fato de que todos, sem exceção, são pessoas vulneráveis em caráter físico e, sobretudo psíquico.

Independente de quaisquer situações, o amplo respaldo trazido nos documentos de caráter nacional e internacional deve ter prevalência acima de quaisquer atos atentatórios contra esses menores. Entende-se que como seres em desenvolvimento, não há que se cogitar a hipótese de em quaisquer casos são pessoas aptas a consentir em relações sexuais, mormente pelo fato de não possuírem o entendimento necessário de riscos daí decorrentes, conforme já dito alhures e que aqui reafirmamos.

Quaisquer situações que sejam levadas ao Poder Judiciário não devem ter exceções, sob pena de isentarem de punição os agentes que se valem dessas brechas, bem como de certa forma incriminar a vítima e não o agressor. Em todos os casos, caracterizado está o crime de estupro de vulnerável, e, portanto, tais agentes devem ser punidos na forma da lei.

do CP), cuja interpretação jurisprudencial abrange a "contemplanção lasciva". Nestes termos, não resta dúvida ser necessário, no caso concreto, o afastamento da tentativa, pois, no momento em que o agressor, para satisfazer sua lascívia, abaixou as calças e esfregou seu órgão genital na vítima (e-STJ, fl. 208), percorreu todo o iter criminis delitivo. Assim, merece ser afastada a incidência da tentativa (art. 14, II, do CP), restabelecendo-se a pena da sentença condenatória (e-STJ, fls. 207-213). Ante o exposto, nos termos do art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer a consumação do estupro de vulnerável, restabelecendo, para todos os efeitos a sentença condenatória de fls. 207-213 (e-STJ). Publique-se. Intimem-se. Brasília, 20 de outubro de 2017. Ministro RIBEIRO DANTAS Relator (STJ - REsp: 1675854 RJ 2017/0139339-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 27/10/2017)

3 DA INVESTIGAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO POR ESSA INCRIMINAÇÃO E COGÊNERES

No presente capítulo abordaremos relevantes questões quanto à tutela do bem jurídico disposto nos artigos taxados no CP, que, além do crime de estupro de vulnerável presente no artigo 217- A, há previsão dos delitos dos artigos 218 e 218-A também do mesmo diploma legal, que tratam acerca da indução do menor à satisfação da lascívia de outrem e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, respectivamente.

Por conseguinte, indispensável seria não tratarmos dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente os crimes previstos nos artigos 240,241- A, 241 –B, 241-C, 241 – D, e 241 E, que foram alterados pela Lei 11.829/2008.

Nota-se que o legislador buscou através de tais alterações darem supedâneo ao CP no que tange aos crimes relacionados às crianças e adolescentes, envolvendo pornografia e demais correlatos.

O fato é que, se analisarmos bem os dispositivos tratados a partir de agora, e se partirmos de um ponto de reflexão acerca da seriedade dos assuntos tratados, podemos afirmar que o CP ainda está defasado ao não incluir tais crimes que são de conduta grave e não menos inferior que o estupro de vulnerável no rol taxativo dos crimes ali previstos, equiparando-se, inclusive as penas.

3.1 Objeto jurídico do crime

Passamos a discorrer agora acerca do objeto jurídico do crime de estupro de vulnerável. Nas palavras de Nucci “o objeto material é a pessoa vulnerável. O objeto jurídico é a dignidade sexual, na órbita da proteção à liberdade sexual do vulnerável¹³⁶”.

Porem, quando tratamos deste assunto, peculiaridades a serem analisadas de fazem presentes, como por exemplo, acerca da infância e da proteção que os menores gozam, até mesmo em uma perspectiva dos direitos humanos.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103.

Para o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, inerentes aos homens e mulheres, todos devem ser tratados com o devido respeito a sua autonomia e autodeterminação, afim de que, dessa forma, possam exercer sua vida sexual de forma plena, satisfatória, livre de coação ou violência. Por conseguinte, há que se predominar a questão da dignidade humana, liberdade e direito¹³⁷.

Entretanto, quando tratamos acerca da relação sobre a sexualidade do adulto, devemos ver os direitos sexuais de crianças e adolescentes tratados com excepcionalidade, sobretudo pela ideia da proteção tutelar, e não sendo a eles reconhecidos seus direitos sexuais, como direitos humanos que são¹³⁸.

Diante do que já expusemos até aqui, e que será corroborado ainda no decorrer deste trabalho, não há que se menosprezar que independente de quaisquer fatores incidentes sobre os menores de anos, seja ele sociais ou psicológicos, a tutela prevista em documentos internacionais bem como os demais vigentes em âmbito nacional deve tratar do amplo respaldo a esses, que por sua condição não possuem maturidade suficiente para compreender as consequências decorrentes de atos sexuais, devendo a tutela serem ampla e generalizada para todos, sob pena de se criar no próprio direito estigma com relação aos menores de classe social mais desfavorecida e que por sua vez já fazem uso da prostituição como seu trabalho, não punindo, portanto, os autores que se valem disso para seu benefício, e excluindo da punição autores que por sua vez possuem relação afetiva ou não com menores de idade de classes mais favorecidas, arraigando no direito penal uma ótica que seria normal, diferenciando vítimas, o que, a nosso ver é inadmissível.

Importante ressaltar ainda acerca da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que assinalam acerca da necessidade dos Estados-Partes em adotarem medidas que garantam o direito de a criança expressar sua opinião sobre diversos assuntos, considerada sua idade e maturidade, bem como estarem assegurados em não sofrer interferências arbitrárias e até mesmo ilegais na sua vida particular, de sua família, domicílio, muito menos atentados ilegais a sua honra e reputação, assegurando o direito fundamental à liberdade¹³⁹.

¹³⁷ NETO, Wanderlino Nogueira. Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes: responsabilização e defesa na perspectiva dos direitos humanos. A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais – reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. ANCED- Associação Nacional dos Centros de defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, 2009, p. 73.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ AZAMBUJA, Op. cit., p.56.

Cumpre-nos ainda uma melhor definição acerca do bem jurídico protegido, que, conforme visto, é a liberdade sexual.

Nas palavras de Prado:

A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual. São os menores de 14 (catorze) anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência¹⁴⁰.

No que tange à liberdade sexual, mesmo com a previsão expressa em lei e o conceito inerente da vulnerabilidade dos menores em não terem discernimento acerca da prática de relações sexuais, há quem não concorde com a posição expressa em lei, e diga justamente que o desenvolvimento social que os menores estão insertos hoje em dia lhe conferem discernimento para a prática dos seus atos e que justamente, por tal motivo, não devem ser impedidos de praticá-los, pois estaria cerceando a liberdade de que gozariam.

Em nosso país, segundo as autoras, dada uma pesquisa do Ministério da saúde (MS) de 2006, as políticas de direitos humanos resguardam os direitos de uma vida sexual plena, independente da faixa etária, o que, segundo isto, as crianças e adolescentes estariam de certo modo sendo prejudicados ante ao que denominam serem incompreendidos e que seus direitos sexuais são sempre associados à violação sexual. Neste caso, consideram-se os direitos sexuais como sinônimos de combate ao abuso, exploração e violência sexual, postulando que deva ser erradicado do universo infanto-juvenil, perdendo-se então a dimensão do que ser afirmado e dos possíveis desdobramentos que dão origem ao encontro sexual¹⁴¹.

De acordo com Melo (2008), são espinhosas as relações entre direito, sexualidade e infância/adolescência visto que, na realidade brasileira, apenas o viés da violação sexual encontra-se em debate. Segundo o autor, há que se atentar para tal fato, uma vez que não se pode criar um direito à proteção suprimindo outro direito, o sexual, pois quando se protege pode-se, por outro lado, retirar a autonomia que deve ser assegurada quando tratamos de direitos sexuais. O autor traz a reflexão de que a idade não deve ser preditor único para se criar políticas para as crianças/adolescentes, é quesito que deve ser tomado como um fator importante, mas não central. Esta afirmação está baseada no artigo 2º da Convenção sobre Direitos da Criança (ONU,

¹⁴⁰ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 1044.

¹⁴¹ Idem.

1989): c) distinções com base na idade devem prover parâmetros previsíveis e objetivos, mas devem ser considerados apenas como um ponto de partida para análise, porque crianças e adolescentes desenvolvem-se de maneiras distintas e a idade é apenas uma reflexão aproximativa do desenvolvimento de suas capacidades¹⁴².

Nota-se que ante uma interpretação particular feita pelo citado autor, o mesmo usa a previsão de artigo previsto na CDC, que se refere à idade, ao desenvolvimento de cada um em sua particularidade, como meio de fundamentar ser este artigo não protetor da criança conforme previsto, mas como forma de ratificar o possível direito que crianças e adolescentes tem de gozarem de uma suposta liberdade sexual, ante ao desenvolvimento de cada região ou de suas capacidades, criando justamente bases para que a lei possa proteger cada um de maneira diferente.

Freud também era defensor da sexualidade como base da constituição de um sujeito adulto, e defendia que a criança tinha sua própria sexualidade, e que o pleno desenvolvimento desta nessa fase da vida era essencial para a constituição da subjetividade. Para o autor, que afirmava desde 1905 que a sexualidade é um processo que se forja desde a infância e é indispensável para a organização psíquica do ser humano¹⁴³.

Ao tratar acerca da questão da liberdade sexual da criança, demais autores entendem não como a capacidade de consentir, mas como o respaldo de uma liberdade em somente não ser molestada, como demonstra o seguinte trecho de Leda Dantas, referenciando alguns autores:

Podemos, então, entender a liberdade sexual da criança não como capacidade de consentir, mas como liberdade de não ser molestada, ou como segurança – pressuposto da liberdade sexual (BUSTOS & DIEZ SANCHEZ apud LATORRE, p.34). Nesse caso, não se respeita a liberdade de decisão, entendida como o respeito ao assentimento voluntário ao ato sexual, mas o respeito ao direito à sexualidade em condições de liberdade. A criança deve vivenciar sua sexualidade com chances de elaborar suas próprias hipóteses e experiências, de vivenciar o sexo-jogo com parceiros de sua idade, sem estar submetida a necessidades do adulto, necessidades que ela não pode compreender. Segundo Odriozola & Gargallo (1993, p.230), esse caráter de imposto da interação sexual adulto –criança “realça a diferença entre o abuso sexual e o sexo-jogo entre crianças da mesma idade ou similar”. Cabe ao adulto criar um ambiente no qual essas experiências da criança com os seus pares possam prosperar¹⁴⁴.

¹⁴² MELO, Apud. CARVALHO, SILVA, SOUZA E SALGADO. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652012000100006 acesso em 02 dez. 2019.

¹⁴³ DANTAS, Leda. *O abuso sexual e os direitos da criança: respeito, liberdade e dignidade*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/>descarga>articulo> acesso em 03 dez. 2019.

¹⁴⁴ DANTAS, Op. cit., p.122.

Defendem ainda que a criança deve ser somente protegida de abusos sexuais por parte de adultos, mas que sua liberdade sexual deve ser explorada, para que justamente não cresçam como adultos pudicos em relação à liberdade sexual.

É necessário, então, proteger a criança desse tipo de interação. Essa proteção, todavia, não deve servir a fins repressivos, sob pena de contrariar os próprios interesses da criança. Marneffe (2008) alerta que a criança tem necessidade de desenvolver sua sensualidade mediante contatos físicos com seus pais e outros adultos que lhe são caros. Privá-las dessas emoções, diz ela, é atrofiar sua sexualidade. As dificuldades em estabelecer as fronteiras entre o saudável e o danoso nesse campo, podem promover um distanciamento nos contatos físicos entre o adulto e a criança prejudicial ao desenvolvimento desta¹⁴⁵.

Alguns juristas defendem tal posicionamento, para criticar a inflexibilidade da presunção de violência alegando o fato de o legislador ter de se certa forma estagnada no tempo com a idade de 14 anos, como faixa etária adotada para caracterização da vulnerabilidade, ao invés de adotar o critério adotado no artigo 2º do ECA como parâmetro¹⁴⁶.

A respeito de tal posicionamento, Yan Rêgo Brayner, cita André Estefam que preleciona que:

(...) entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considera-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se trata de adolescentes (indivíduos com 12 anos completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual')¹⁴⁷.

Para outros autores, a criança não dispõe de liberdade sexual, pois não possuem capacidade, assim denominada conhecimento de vontade para tanto. Primeiramente, porque ela não compreende as situações sexuais expostas principalmente por adultos, segundo, não possui capacidade de compreender o

¹⁴⁵ Ibidem, p.124.

¹⁴⁶ BRAYNER, Yan Rêgo. *Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ, Uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK EwjirjMa10pfmAhW3GLkGHQclABgQFjAGegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.pc.pi.gov.br%2Fdo wnload%2F201711%2FPC21_070f281e35.pdf&usq=AOvVaw0aSMPP-TvXvPF6-zkZED80 acesso em 03 dez. 2019.

¹⁴⁷ ESTEFAM, Apud. BRAYNER.

sentido e a transcendência de sua decisão nesse âmbito (SCHMICKLER, 2006). Significa dizer que as crianças de um modo geral não possuem condições e capacidade de fazer suas escolhas, e sequer é capaz de formar sua vontade a ponto de dar seu consentimento informado. Assim sendo, inválido é seu consentimento de qualquer forma¹⁴⁸.

Comunga da mesma teoria, e é o que nos parece mais correto, que Wanderlino Nogueira Neto, corrobora a ideia acima, citando justamente o documento da CDC, onde crianças e adolescentes tiveram explicitado sua condição de titulares dos direitos apresentados nesta Convenção, onde ficou ratificados a obrigação dos Estados partes de resguardarem os direitos e garantias das crianças e adolescentes sujeitos à sua jurisdição (CDC, Artigo 2,1) ¹⁴⁹. Assim sendo, são vistos como cidadãos titulares de direitos e livres como adultos, porem com determinados exercícios condicionados a fatores e condições, isto é, com sua capacidade de exercício de quaisquer direitos limitada estritamente pela lei¹⁵⁰.

O autor ainda cita que:

A garantia dos direitos sexuais de crianças e adolescentes devem ser consideradas como uma proteção a seu direito à vida, competindo aos Estados partes assegurarem ao máximo a “sobrevivência” e o desenvolvimento da criança (CDC, Artigo 6,1-2) ¹⁵¹ e adotarem medidas apropriadas para “protege-las contra todas as formas de abuso e exploração sexual” (CDC, Artigo 34,1) ¹⁵². Para assegurar a liberdade de consentir, no campo sexual, de qualquer criança ou adolescente (no campo das variadas expressões possíveis de sua sexualidade (para além da restrita genitalidade), o Estado e o Direito devem proteger esses cidadãos dos “vícios de consentimentos”, isto é, das formas violentas, fraudulentas, enganosas, indutoras e exploratórias de consecução de seu consentimento por outrem.

¹⁴⁸ DANTAS, Op. cit., p. 122.

¹⁴⁹ Assim dispõe o artigo 2º, inciso 1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança Artigo 2.1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

¹⁵⁰ NETO, Op. cit., p. 73 e 74.

¹⁵¹ Dispõe a referida Convenção que: Artigo 6-1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

¹⁵² Acerca ainda da Convenção, dispõe o artigo 34, que: Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

Mas, sem a falácia dos conceitos tradicionais e pseudocientíficos de “nível de desenvolvimento” e de “discernimento”¹⁵³.

Quando tocamos na questão social, mais à frente, veremos um dos motivos fomentadores deste trabalho, analisando uma decisão judicial, onde a então Ministra Maria Thereza de Assis Moura inocentou um Réu que praticou sexo com adolescentes entre 12 e 14 anos, sob o fundamento de que as mesmas se prostituíam e não haveria que se falar em objeto jurídico a ser tutelado, tornando o fato atípico, o que, para o direito, deveria ser algo inadmissível.

Para a Lei penal é vulnerável o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental sem o necessário discernimento para a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, bem como aquele que, por outra causa, não possam oferecer resistência. Assim, veda o novo tipo penal, o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência¹⁵⁴.

Os tribunais, com frequência, são chamados a decidir casos em que a vítima de violência sexual é menor de quatorze anos. A defesa do abusador, com frequência, alega o não oferecimento de resistência pela vítima configura o consentimento com o ato, o que afastaria a ilicitude da conduta penal. Os tribunais divergem sobre a matéria. O STJ, ao julgar o Habeas Corpus nº 110.876¹⁵⁵- RS, em 04.04.10, posicionou-se favorável à tese da defesa, fundamentando sua decisão nos entendimentos de que a criança e o adolescente, nos dias atuais, apresentam amadurecimento precoce, estando “mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes”, sendo que o consentimento da vítima afastaria a ilicitude da conduta. De outro lado, a mesma corte, ao julgar o

¹⁵³ NETO, Op. cit., p. 73 e 74.

¹⁵⁴ NUCCI, Apud. AZAMBUJA, p. 148.

¹⁵⁵ Estupro (forma qualificada). Presunção de violência (vítima menor). Relativização (caso concreto). Denúncia (rejeição). 1. O estupro pressupõe o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, di-lo o art. 213 do Cód. Penal. Assim, a presunção a que se referia o revogado art. 224, a, do referido Código é, aos olhos do Relator, de cunho relativo. 2. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado. Não é papel de o Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la. 3. Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes. 4. No caso concreto, conclui-se, das declarações prestadas, que o ato sexual foi praticado espontânea e consentidamente pela jovem menor de 14 anos, devendo, pois, ser relativizada a violência presumida. 5. Ordem concedida para se restabelecer a decisão do Juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Passo Fundo que rejeitou, quanto ao crime de estupro, a denúncia oferecida contra o paciente. (STJ - HC: 110876 RS 2008/0154005-7, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 06/04/2010, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 20/09/2010).

Recurso Especial nº 1.01.634¹⁵⁶ –SP, em 14.09.10, assentou que o “consentimento da vítima menor de quatorze anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo ser a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, ‘a’, do Código Penal, considerada de natureza absoluta”. Em que pese à divergência, ao julgar o Habeas Corpus nº 101.456¹⁵⁷, em 09.03.10, a corte mais alta do país, o Supremo Tribunal Federal, consolidou o entendimento de que “a violência presumida foi eliminada pela Lei 12.015/2009. A “simples conjunção carnal com menor de quatorze anos a consubstancia crime de estupro”. Portanto, a redação atual do artigo 217- A do Código Penal, na linha da proteção integral que considera a criança pessoa em fase especial de desenvolvimento, não autoriza s.m.j., o exame de discernimento nas hipóteses em que a vítima tem idade inferior a 14 anos¹⁵⁸.

O fato é que, embora haja divergências doutrinárias ou em sentido contrário do que determina a lei, e conforme já dito anteriormente, conforme previsto em documentos internacionais, bem como na Lei penal, e até mesmo a súmula 593 do STJ, uma coisa é fato: todos os menores de 14 anos, sem exceções, independente de quaisquer condições sociais, psicológicas, patológicas, não devem ser diferenciados quando da aplicação da lei, estejam estes menores envolvidos ou não em relação afetiva e até mesmo consentidos por eles e seus responsáveis legais, sejam estes menores pessoas que se valem da prostituição como forma de ganhar dinheiro.

Não há que se fazerem suposições acerca da vulnerabilidade prevista em ambos os casos, não há que se distinguiem menores de 14 anos e se cogitar a capacidade que tentam pregar acerca de um possível discernimento. A lei é clara: sexo com menores de 14 anos não há que se cogitar presunção de violência relativa, mas sim absoluta, e como tal, todos os sujeitos ativos praticantes de tais atos devem ser punidos.

¹⁵⁶ Penal e processo penal. Embargos de divergência em recurso especial. Estupro com violência presumida. Menor de 14 anos. Revogado art. 224, a, do cp. Presunção relativa. Divergência caracterizada. Embargos de divergência acolhidos. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ e 23/03/2012).

¹⁵⁷ Ementa: penal. Habeas corpus. Estupro de menor de 14 anos (cp, art. 213, c/c art. 224, “a”). Presunção absoluta de violência. Erro de tipo. Tema insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise de fatos e provas. Embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu liminar. Ausência dos vícios alegados. Pleito prejudicado. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14(quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ e de 14/04/08, RHC79. 788 Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456. Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10).

¹⁵⁸ AZAMBUJA, Op. cit., p.149.

3.2 Cotejo com objeto de outros crimes

Neste capítulo abordaremos diversas outros crimes previstos em lei, não somente no CP, que abordam sobre delitos praticados contra crianças e adolescentes, e que não estão respaldados somente no artigo 217-A do CP, ou somente neste diploma legal, mas também os previstos no ECA, analisando, inclusive a questão da pedofilia, e que são tão graves como a figura do estupro, entretanto, apresentando certa discrepância entre as penas previstas, visto que, independente de conjunção carnal, prática de atos libidinosos, a prática dos demais delitos previstos no Estatuto, como por exemplo, produzir, reproduzir, armazenar, expor, vender dentre outros, conteúdos de natureza sexual que envolva crianças e adolescentes mereciam uma pena mais rígida, como a prevista no CP, podemos então afirmar que até o presente momento o legislador age com certa falha quanto à equiparação e enrijecimento das penas.

Primeiramente, iremos tratar dos crimes correlatos taxados no CP.

Ainda relacionado à proteção dos menores de 14 anos, podemos citar os artigos 218 e 218-A do mesmo diploma legal. Passamos agora a uma análise mais detalhada e não menos importante acerca de cada um deles.

Indução de menor de catorze anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Art.218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Prado e Carvalho, acerca da tipicidade prevista no artigo 218, afirmam que o bem jurídico a ser protegido neste caso, também é a preservação da liberdade sexual em sentido amplo, sobretudo dos menores de 14 anos de idade, bem como se tem por objetivo resguardar a formação da personalidade da criança e do adolescente – indenidade ou intangibilidade sexual. Assegura-se com a previsão deste delito resguardar os menores que ainda estão em processo de desenvolvimento¹⁵⁹.

Ainda nos resta definir referente a esse delito que a ação consistente nesse delito é de induzir, ou seja, criar a ideia antes inexistente na mente do menor de 14 anos, afim de que satisfaça a lascívia de outra pessoa, sendo esse, um tipo autônomo, simples.

¹⁵⁹ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 1050.

Os artigos 218 e 218 – A, falam no termo “ato libidinoso” e “lascívia”, mas como poderíamos entender a definição dessa palavra, aplicada visando à tutela jurídica?

Contemplar, de acordo com o dicionário Aulete Digital, é "Olhar (algo, alguém ou a si mesmo) com atenção ou admiração." Já o termo lascívia ganha significados de comportamento de quem apresenta uma inclinação para os prazeres do sexo, Despudor; característica daquilo que está destinado à libidinagem ou do que possui uma inclinação para a sensualidade. Portanto, pode-se dizer que a contemplação lasciva é o ato de, sem tocar na vítima, mesmo à distância, satisfazer a sua libido com a nudez alheia¹⁶⁰.

Entretanto, há algumas peculiaridades e discussões doutrinárias acerca deste artigo. Por exemplo, Leonardo Castro, cita em seu artigo o posicionamento de Cleber Masson, que adota um posicionamento de que o CP deveria ter adotado a nomenclatura de “mediação de menor vulnerável para satisfazer a lascívia de outrem”, visto que o termo lenocínio geralmente é utilizado para se referir aos crimes em que terceiro explora a dignidade sexual de alguém¹⁶¹.

O agente induz (convence, cria a ideia) a vítima a praticar algum ato que vise satisfazer a lascívia de outra pessoa. O ato deve ser meramente contemplativo (ex.: uso de uma fantasia), sem que exista contato físico entre o terceiro beneficiado e a vítima. Se vier a ocorrer conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso, ambos, quem induziu e beneficiado, serão responsabilizados por estupro de vulnerável - CP, art. 217-A -, desde que, é claro, tenha existido dolo do aliciador nesse sentido. Ademais, a conduta deve ter como destinatária pessoa determinada (beneficiário certo). Caso contrário, caso o agente convença a vítima a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas, o crime poderá ser o do art. 218-B: favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável¹⁶².

O agente busca com este delito persuadir e convencer a vítima para que satisfaça a lascívia de outra pessoa, visando incitar em seu espírito hábitos e práticas sensuais, de modo a exterminar o pudor e viciar os costumes¹⁶³.

Para Nucci, entretanto, o equívoco gerado pelo artigo 218 é visível, ao passo que com ele criou-se uma modalidade de exceção pluralística à teoria monística, onde

¹⁶⁰ PIMENTA, Luciana. *A expressão "contemplação da lascívia" e o que o STJ entende por ela*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI247514.91041-A+expressao+contemplacao+da+lascivia+e+o+que+o+STJ+entende+por+ela> acesso em 07 dez. 2019.

¹⁶¹ CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada - arts. 218 e 218-a do CP*. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943505/legislacao-comentada-arts-218-e-218-a-do-cp> Acesso em 08 dez. 2019.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ PRADO e CARVALHO, Op. Cit., p.1050.

se impede a punição de partícipe de estupro de vulnerável, pela pena prevista no artigo 217- A, quando se der na modalidade de induzimento, ou seja, a participação moral¹⁶⁴.

O autor ainda faz uma crítica à figura do legislador, dizendo que possivelmente por falta de orientação é que o artigo 218 foi criado, excepcionando-se o indutor e concedendo-lhe a pena de reclusão de dois a cinco anos. Para ele é sim uma exceção pluralística à teoria monística¹⁶⁵, quando concede uma pena menor ao indutor, porem aquele que induzir ou instigar um menor de 14 anos a praticar ato sexual com outrem, seria considerado partícipe no crime de estupro de vulnerável. O autor afirma ainda que há uma ilogicidade evidente, mas que não se pode promover uma interpretação prejudicial ao réu, pois a legalidade deve prevalecer ao passo que beneficia o acusado¹⁶⁶.

Salienta-se que trata de crime doloso, baseado na vontade e consciência. O erro quanto à menoridade da vítima afasta o dolo, porem se o agente atua com dúvidas acerca do mesmo, resta caracterizado o delito em sede de dolo eventual. Este delito consuma-se com o induzimento da vítima, ou seja, trata-se de delito de resultado, e quanto à admissão da tentativa, porem esta última é de difícil caracterização por ser o ato fracionável¹⁶⁷.

De acordo com pesquisas jurisprudenciais, o citado delito, antes da vigência da lei 12.015/2009, poderia se falar em consenso da vítima menor de 14 anos, e assim o fato seria atípico.

Guilherme de Souza Nucci cita duas jurisprudências que ressaltam acerca do fato:

TJDF: “Ao Paciente se imputa a prática do crime do artigo 218 do Código Penal, redação anterior à Lei 12.015/2009, corrupção de menores, fato que se afirma ocorrido entre 2004 e 2007, quando a vítima era maior de quatorze anos e menor de dezoito anos de idade, sucede que a Lei 12.015/2009 alterou a redação do artigo 218 do Código Penal para a seguinte: ‘Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos’. A nova conduta não se identifica com a anteriormente descrita na norma, que era: ‘Art. 218. Corromper ou facilitar

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

¹⁶⁵ A teoria monista é a regra adotada pelo direito penal, quando nos referimos a ela, coligada ao concurso de agentes, conforme previsão do artigo 29 do Código Penal, ou seja, todos que de certa forma concorrem para um crime devem responder por ele. A teoria pluralística (exceção) permite que os agentes, mesmo concorrendo para determinados delitos respondam por ele de maneira diferente.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

a corrupção de pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos'. A antiga conduta, em que não há dissenso da vítima, não é reproduzida em qualquer dos novos dispositivos do Título VI do Código Penal. Com efeito, havido o consenso da pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, não há tipo penal novo que corresponda ao anterior. E, conforme o artigo 244- B da Lei 8.069/90, com a redação da Lei 12.015/2009, só há cogitar de corrupção de menores com a prática ou a indução à prática de 'infração penal' (HC 2009.00.2.008817-7 – DF, 1ª T.C., rel. Mario Machado, 20.08.2009, v.u)¹⁶⁸.

Felizmente, com a alteração dada pela Lei 12.015/2009, tornou-se praticamente impossível questionar acerca da atipicidade de tal delito, e suas peculiaridades conforme dispostas nos artigos 218 –A e 218- B, conforme demonstraremos agora.

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218- A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A tutela penal do citado artigo, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, inclusive quanto à integridade e autonomia sexual dos menores de 14 anos. Trata ainda de resguardar a formação da personalidade da criança e do adolescente, buscando-se através desta tipificação penal assegurar o direito à liberdade e o respeito à dignidade das pessoas que estão em processo de desenvolvimento¹⁶⁹.

Nucci ainda ressalta que se busca punir a conduta de uma pessoa sexualmente desequilibrada, cuja satisfação de sua lascívia advém da presença de um menor de 14 anos durante a prática de atos libidinosos, em conjunto, ou separadamente de alguém. Ressalta ainda, que ante este tipo penal, o agente não tem nenhum tipo de contato físico com o menor de 14 anos, nem o obriga a demais atos como, por exemplo, a se despir ou praticar condutas tidas como sexualmente atrativas, pois caso o fizesse, incorreria no crime de estupro de vulnerável. O núcleo deste delito consiste em, para satisfação da sua lascívia ou prazer sexual, o agente pratica atos sexuais,

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 121 e 122.

¹⁶⁹ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 1053.

seja conjunção carnal, ou demais atos ligados à satisfação do seu prazer na presença do menor de 14 anos que assiste a tais atos¹⁷⁰.

Podem ser usados vários meios, como palavras, publicações, representações, fotografias, exibições lascivas e obscenas, desde que idôneos à persuasão. Tipifica-se aqui a conduta daquele que pratica na presença de menor de 14 anos ou induz que esse menor presencie a prática de qualquer ato que vise à satisfação da concupiscência própria ou alheia (conjunção carnal ou ato libidinoso). Não se admite aqui a analogia *in malam partem*, com o propósito de abarcar também a vítima enferma mental, cuja proteção não se impõe nesses casos. Busca o agente despertar na vítima o desejo sexual ou libido. Pela expressa disposição da norma, não há necessidade de o ato ser praticado diretamente com a vítima. A vítima é levada a presenciar qualquer ação que objetive o prazer sexual, a satisfação do apetite sexual, abrangendo, evidentemente, a própria conjunção carnal, que não foi excluída pela norma incriminadora em análise¹⁷¹.

Trata-se de um crime doloso, onde não se admite a modalidade culposa, onde o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mas o sujeito passivo é menor de 14 anos de idade. Tal qual o delito anterior, o desconhecimento da menoridade da vítima afasta o dolo, porém se o agente age mesmo que na dúvida, poderá incorrer em dolo eventual.

Devemos observar que a tutela prevista no Código Penal, difere várias vezes dos delitos previstos na Lei 8.069/90 – ECA, pois aqui, o foco do legislador é diretamente a criança menor de 12 anos de idade¹⁷²

Trataremos a partir deste momento dos crimes de natureza sexual previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao expormos tais previsões, primeiramente nos cabe fazer referência sobre um termo que é usualmente utilizado quando do cometimento de tais delitos: a pedofilia, porém, já de início e conforme será demonstrado, este termo, ou esta doença não pode ser generalizada para aplicação em todos os casos.

Segundo Telles (2006), os criminosos sexuais podem ser divididos em três grupos: psicóticos, portadores de personalidade antissocial e parafilicos. As

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

¹⁷¹ PRADO e CARVALHO, Op. cit., p. 1054.

¹⁷² Diferente do Código Penal que trata a questão da menoridade como 14 anos de idade, o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”.

principais categorias de parafilias são: exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, pedofilia, masoquismo social, sadismo sexual e voyeurismo. Pedofilia é definida como preferência sexual por crianças e raramente é identificada em mulheres, podendo ser entendida como “uma preferência sexual por crianças, usualmente de idade pré-puberal ou no início da puberdade” (p. 277). Alguns pedófilos são atraídos apenas por meninas, outros apenas por meninos e outros, ainda, são interessados em ambos os sexos. Um dado importante a ser assinalado é que a pedofilia não exclui a responsabilidade penal e tampouco a diminui. A maior parte dos pedófilos não recebe medida de segurança e a inimputabilidade fica subordinada à condição de psicótico¹⁷³.

Assim dispõe o ECA:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente [985]: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º. Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenam. § 2º. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; II - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou III - prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entendeu por bem condenar o acusado pela infração disposta no respectivo artigo do ECA, em que mantinha um acervo de fotografias em momentos íntimos com a vítima, tentando se valer de seu consentimento para a pretendida absolvição.

Entretanto, o Tribunal optou pela condenação sob fundamento de que no caso em comento, o consentimento da vítima é irrelevante para desclassificação do delito, e que, diante de todo conjunto probatório, formaram um parecer sólido o suficiente para condenação do acusado, fazendo valer a sanção imposta no referido dispositivo.¹⁷⁴

¹⁷³ TELLES, Apud. AZAMBUJA, p.134.

¹⁷⁴ APELAÇÃO CRIMINAL. REGISTRO DE CENA PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE (ART. 240 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - LEI N. 8.069/90). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Quanto ao artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a jurisprudência entende que para a ocorrência do crime e sua punição, não é necessária que haja um dano efetivo, concreto à imagem da criança ou adolescente nela envolvido. Trata-se de espécie de delito abstrato em que a mera ocorrência gera punição, mormente pelo fato de que todas as crianças são sujeitos diretos de proteção e garantia integral de seus direitos, independente de individualização.¹⁷⁵

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático,

DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA ALIADOS A OUTRAS PROVAS CONSTANTES DO CADERNO PROCESSUAL. ACERVO DE FOTOGRAFIAS DA ADOLESCENTE EM MOMENTO DE INTIMIDADE COM O ACUSADO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO DELITO. EVENTUAL CONSENTIMENTO DA MENOR IRRELEVANTE NA HIPÓTESE. VULNERABILIDADE MANIFESTA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos relatos prestados pela vítima e pelas testemunhas, além das fotografias da vítima em momento íntimo com o réu, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação. 2. "O art. 240 desta Lei envolve cenário de produção de imagens, não se exigindo a prática de relação sexual entre o agente e a vítima. Aliás, igualmente, não se demanda qualquer correção moral por parte do ofendido, pouco importando se é pessoa moralmente íntegra ou corrompida" (Nucci, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. Revista dos Tribunais. 7ª. ed. São Paulo, 2013. v. 2, p. 124).(TJ-SC - APR: 00006740820158240034 Itapiranga 0000674-08.2015.8.24.0034, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 14/06/2018, Primeira Câmara Criminal)

¹⁷⁵ As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. Acrescido pela Lei nº 11.829/2008, de 25/11/2008. Vide art. 34, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989; art. 227, §4º, da CF. Vide também o Decreto Legislativo nº 230/2003, de 29/05/2003, que aprovou o texto do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado em Nova Iorque em 25 de maio de 2000, promulgado pelo Decreto nº 5007/2004, de 02/03/2004. Sobre a matéria, vale transcrever trecho do seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça: ...VI. Se os recorridos trocaram fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes através da internet, resta caracterizada a conduta descrita no tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas, portanto. VII. Para a caracterização do disposto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 'não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta com o dano à imagem abstratamente considerada. VIII. O Estatuto da Criança e do Adolescente garante a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, acima de qualquer individualização. (STJ. 5ª T. R.Esp. nº 617221/RJ. Rel. Min. Gilson Dipp. J. em 19/10/2004)¹⁷⁵.

fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente [988]: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; II - assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo. § 2º.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º. A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. Parte Especial § 2º. Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos Art. 240, 241, 241- A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: I - agente público no exercício de suas funções; II - membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; III - representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. § 3º. As pessoas referidas no §2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

No tocante aos artigos 241-A e 241-B do ECA, no tocante às pesquisas jurisprudências que fossem aptas a embasar o presente trabalho, mesmo sendo distintos, em grande parte das vezes são praticados em concurso material. Diversas são as circunstâncias para dosimetria e aplicabilidade da pena, onde, não se afasta a pena privativa de liberdade, ainda que em regime semiaberto. No caso em comento, a autoria restava comprovada, bem como se entendeu que o Réu possuía personalidade sexual desvirtuada, e para isso havia armazenado grande quantidade de arquivos de natureza sexual envolvendo crianças e adolescentes, e até mesmo bebês, bem como também, para a consecução do delito havia se utilizado de inúmeros perfis falsos na internet para que pudesse esgotar sua finalidade delitiva.

Ademais, o lapso temporal decorrido entre os delitos era de curto prazo, entendendo por bem aplicar a questão da continuidade delitiva¹⁷⁶.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual [990]: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas

¹⁷⁶ PENAL. PEDOFILIA. PORNOGRAFIA INFANTOJUVENIL. ARMAZENAMENTO E COMPARTILHAMENTO. ARTIGOS 241-A E 241-B DA LEI Nº 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). CONDENAÇÃO MANTIDA. MENORIDADE. ALTERAÇÃO DATA INÍCIO FATOS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. VETORIAIS CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. DELITO ART. 241-A - APLICABILIDADE. DELITO ART. 241-B - CRIME PERMANENTE - AFASTAMENTO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. 1. No tocante à autoria, o conjunto probatório dos autos comprova, de maneira indene de dúvidas, que a conduta do apelante é típica. Pelo que, mantenho a condenação pela prática dos crimes dos artigos 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90, em concurso material (art. 69 do Código Penal). 2. Considerando que o réu completou dezoito anos de idade em 05/09/2001, fica alterado para 02/10/2011 o início dos fatos em relação ao delito do art. 241-A, data do primeiro registro de disponibilização de vídeo após a aquisição da maioridade penal. 3. Consoante a jurisprudência desta Corte, não há relação obrigatória de dependência entre os tipos inculpidos nos artigos 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90. Inclusive, os tipos penais relativos ao armazenamento (art. 214-B, do ECA) e à transmissão (art. 214-A do ECA) podem incidir, separadamente, em face das mesmas imagens. Isso porque é possível que alguém compartilhe sem efetivar armazenamento, como pode armazenar sem efetivar transmissão. Portanto, são efetivamente verbos e condutas distintas, que podem ter aplicação em apartado 4. Comprovado que o acusado - com mais de uma ação e em momentos distintos -, não só disponibilizou arquivos de pornografia infantil, como também armazenou material com essa temática em diversos dispositivos, incabível a aplicação do princípio da consunção. 5. Encontrados arquivos ativos/armazenados de 221 imagens e 70 vídeos com conteúdo pornográfico infantojuvenil, não há que se falar em absolvição pelo delito do art. 241-B do ECA.. 6. Não obstante o prazo de sete meses havido entre os dois conjuntos de fatos imputados ao réu, no caso concreto, entendo que a conduta de disponibilizar/compartilhar arquivos ilícitos na Internet (crimes da mesma espécie - 241-A do ECA) foi praticada em condições de espaço e modus operandi semelhantes, tendo se protraído no tempo, de 2011 até 2014 (data da apreensão), sendo caso de aplicar-se uma pena aumentada em 2/3 pela continuidade delitiva (art. 71 do CP). 7. A conduta de armazenar mais de uma imagem e vídeo no computador é crime permanente, que se perpetua no tempo enquanto os arquivos estiverem armazenados, razão pela qual não cabe a exasperação pela continuidade delitiva no delito inculpado no art. 241-B do ECA. 8. A culpabilidade mostra-se com elevado grau de reprovabilidade, visto que o réu utilizou-se de artifícios tecnológicos, usando perfis falsos e programas para acessar conteúdo da rede mundial de computadores da denominada "Deep Web" (conjunto de sites e servidores de internet cujo conteúdo, na maioria das vezes, só é permitido acessar com programas específicos), ademais, o fato de envolver crianças muito pequenas mais se destaca como juízo de reprovabilidade social e repulsa concreta da conduta. 9. A personalidade do réu mostra-se desvirtuada e voltada em especial em detrimento da integridade sexual na infância e adolescência, em especial pelo extenso período em que permaneceu armazenando e divulgando material com cenas fortes de sexo envolvendo não só adolescentes, mas crianças de tenra idade, inclusive bebês. 10. A expressiva quantidade de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes justificam a elevação da pena pelas circunstâncias do crime. 11. Não se tratando de réu reincidente, fixada pena superior a quatro e inferior a oito anos, bem como presentes três circunstâncias judiciais desfavoráveis, fica estabelecido o regime inicial semiaberto (art. 33, 'b' c/c § 3º do CP), assim como incabível a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP).(TRF-4 - ACR: 50509532120164047000 PR 5050953-21.2016.4.04.7000, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 03/12/2019, SÉTIMA TURMA)

penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I - facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; II - pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Parece-nos faltar ao legislador coerência e proporcionalidade ao regulamentar as condutas tidas como de estupro e de lenocínio, bem como do art. 241-D do ECA, haja vista a desproporção entre as penas daquele e destes, além da hediondez característica do crime de estupro e estupro de vulnerável, na qual concordamos, que o vulnerável devesse ter mais atenção de nossos legisladores. Contudo, a ausência de coerência legislativa leva ao anacronismo e a antinomia no sistema dos crimes contra a dignidade sexual, levando a soluções esdrúxulas de flagrante violação à proibição de proteção deficiente por parte do Estado-legislador¹⁷⁷.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfico” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

A doutrina não tem poupado críticas a esse dispositivo, que a pretexto de aclarar, trouxe maiores perplexidades. De qualquer forma, o dispositivo não deve ser interpretado restritivamente, mas sim extensivamente. A interpretação extensiva situa-se no processo de hermenêutica das leis e do Direito, diante da necessidade de solução do caso concreto submetido à jurisdição. Considera-se interpretação extensiva aquela em que seja necessária a ampliação do sentido da lei (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. LumenJuris. 12ª ed. P. 24). Na interpretação extensiva, o texto da lei ficou aquém do que desejava. Necessita-se ampliar o seu alcance, para que assim possamos atingir o seu significado (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Editora Juspodivm. 3ª ed. P. 39). A interpretação extensiva é admitida em matéria penal, mesmo se tratando de tipos penais incriminadores, ainda que venha a prejudicar o réu (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. Forense. 10ª ed. P. 37) Como se não bastasse, deve-se invocar ainda a interpretação conforme a Constituição, ante o princípio da proteção integral (art. 227 §§ 1º e 3º e art. 229 da CF) e da proteção suficiente (art. 5º LIV da CF). Como princípio norteador dos

¹⁷⁷ BARBOSA, Ruchester. *Satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/satisfacao-de-lascivia/> acesso em 12 dez. 2019.

direitos das crianças e adolescentes, especial ênfase deve ser dado ao princípio da proteção integral, que baseia-se na ideia de que as crianças e adolescentes não são objeto de proteção, mas sim sujeitos de direito, merecedores de uma proteção diferenciada, eis que pessoas em condição de desenvolvimento biopsíquico. Ademais, a proteção deve ser integral, assegurando às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais capazes de garantir a dignidade infanto-juvenil, colocando-os a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Daí a necessidade de uma interpretação constitucional do dispositivo (art. 241-E do ECA), extraindo dele a proteção integral e suficiente ao bem jurídico tutelado – a dignidade sexual das crianças e adolescentes¹⁷⁸.

Ante todos os crimes analisados até aqui, e demonstrados através das jurisprudências referenciadas no decorrer do texto, o que podemos analisar de uma maneira infeliz é que com os inúmeros casos de absolvição de réus que praticam estes crimes com crianças e adolescentes, ficando na maioria das vezes impunes ou até mesmo sujeitos a pena de multa, como se algum valor pecuniário fosse capaz de ressarcir o constrangimento e a moralidade da vítima, é que a justiça é falha ao passo que não julga de maneira unânime tais casos, mormente pelo fato da figura da “análise do caso concreto” admitir brechas e peculiaridades, a questão do respaldo da Doutrina da Proteção Integral do Menor, bem como todos os demais princípios citados em legislações internacionais, na Magna Carta e no próprio ECA, que deveriam dar respaldo absoluto a pessoa em desenvolvimento e sujeita de vulnerabilidade física e mental, em grande parte das vezes os próprios julgadores violam a CF que respaldarem direitos e deveres a todos.

Quando agem dessa maneira, além de estigmatizarem determinadas classes de crianças e adolescentes, não punindo agentes que alegam, por exemplo, que a vítima já goza de liberdade e intelecto sexual suficiente, e exclui outras que por terem família e viverem insertas em uma sociedade mais capitalista, com recursos, escola e moradia, estas sim denominadas de vítimas ao “pé da letra”, que veem seus “abusadores” serem condenados, causam a sensação na sociedade de que estão “rasgando” todos os documentos fundamentais que determinam que o Estado deva assegurar e resguardar quaisquer violações aos direitos da criança e do adolescente, o que, diante das análises não é cumprido.

¹⁷⁸ COUTO, Cleber. Pedofilia no Estatuto da Criança e Adolescente: art. 241-E e sua interpretação constitucional. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211483569/pedofilia-no-estatuto-da-crianca-e-adolescente-art-241-e-e-sua-interpretacao-constitucional> acesso em 12 dez. 2019.

3.3 Liberdade sexual e retrocesso ao conceito de mulher honesta

A partir deste capítulo, faremos uma análise acerca de um dos fundamentos embasadores do presente trabalho, que trata da decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que em decisão prolatada pelo STJ absolveu um réu maior de idade, acusado de manter relações sexuais com três meninas menores de idade, sob a alegação que ao tempo dos fatos, tais já se prostituíam, e não haveria que se falar em bem jurídico tutelado, bem como analisaremos que tal caso não é uma decisão exclusiva, ao passo que demais outros julgados mostram a absolvição de Réus sob a mesma alegação.

Ao analisarmos tais decisões, surge a problemática de ser possível que órgãos jurisdicionais admitam exceções perante a lei, fazendo um julgamento particular acerca da possibilidade ou não de consentimento sexual para menores de 14 anos, especialmente pelo fato de se prostituírem.

Embora haja citação acerca dos fatos, incabível se faz a demonstração do julgado na íntegra por correr em segredo de justiça.

A prática do delito aqui citado ocorreu antes da vigência da Lei 12.015/2009, onde citamos o seguinte:

Em recente e conturbada decisão, a Terceira Seção do STJ inocentou da prática do crime de estupro (praticado antes da Lei 12.015/2009) réu acusado de ter violentado três menores submetidas à prostituição, todas com 12 anos de idade. Tanto o juiz que analisou o processo quanto o tribunal local já o haviam absolvido com o argumento de que os menores *“já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”*. A decisão do STJ, porém, gerou repúdio de várias organizações de defesa dos direitos humanos, inclusive da Organização das Nações Unidas (ONU) e da própria Secretaria Especial da Presidência da República (...) ¹⁷⁹.

Ante tal decisão, nota-se a absoluta falta de consenso por parte do Tribunal, existente a respeito do alcance do consentimento dos menores de 14 anos no crime de estupro, falta de consenso este que nada mudou após a edição da Lei 12.015/2009, sendo que ao dedicar um capítulo aos crimes sexuais contra os

¹⁷⁹ CARVALHO, Gisele Mendes e CHAGAS, Edmar José. Boletim IBCCRIM, ano 20- nº 236 – julho 2012, p.9.

vulneráveis, não há que se falar em presunção de violência que até então constava no revogado artigo 224¹⁸⁰.

O próprio órgão jurisdicional, ao abrir possibilidades em se questionar acerca da capacidade plena de consentimento sexual em menores de situação de prostituição infantil e descaracterizar a exploração sexual infantil, como no caso da absolvição supracitada, nos dizeres do voto da própria Magistrada, desqualifica qualquer tipo de incidência penal que possa presumir a violência, e assim, o estupro quando se mantém relação sexual com menores de 14 anos (à época estava inscrita no artigo 224 do Código Penal Brasileiro) ¹⁸¹.

Trabalhando com uma concepção masculinizada, antes de se formar um “sujeito prostituta”, antes se deve formar um “sujeito mulher” e antes ainda dessa um “sujeito criança”. Assim, quando falamos em prostituição, a prostituta é vista apenas como tal, e uma criança que já praticou sexo, deixa de ser “moça”, e aos olhos da sociedade vira uma mulher adulta. Por exemplo, nos casos de regiões do interior do Brasil como no Nordeste, afirmar que uma menor de idade já manteve relações sexuais, ela perde sua condição de criança e é considerada adulta¹⁸².

A prostituição tem suas características próprias que se relativizadas abrem espaços para uma exploração sexual, o que terminam por legitimar violências sexuais. Não é porque uma mulher é prostituta que ela não possa ser vítima de estupro. Mais ainda, não é porque uma menor de catorze anos já tenha práticas sexuais que possa ser considerada prostituta e, assim, descaracterizada do seu estado de vulnerável. Não é o fato de conhecer práticas sexuais que a deslegitima como parte passiva¹⁸³ (grifos nossos).

Com relação a essa classe de comportamentos, e independente de uma discussão acerca da eficácia da adoção de uma política criminal repressiva como combate à pedofilia, não nos resta dúvida que o legislador encontra amparo para punir tais condutas, baseado na tutela da integridade sexual do menor, com a clareza do entendimento de que o mesmo não é capaz de compreender com exatidão a transcendência dos atos praticados, ante ao fato do seu desenvolvimento psicofísico restar altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que tais práticas fossem intermediadas por seu consentimento¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ MOURA, João Carlos da Cunha. *Prostituição, exploração sexual infantil e uma decisão do Superior Tribunal de Justiça*. *Revista Brasileira de Direito*, 10(1): 48-58, 2014 –ISSN 2238-0604, p. 48.

¹⁸² Ibidem, p. 51.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ CARVALHO e CHAGAS, Op. cit., p. 9.

Carvalho e Chagas fazem as seguintes observações:

Analisando-se os dispositivos penais inseridos pela Lei 12.015/2009, observa-se que houve uma inversão do desvalor da conduta relativamente aos crimes sexuais, pois atualmente é atípica a conduta de manter conjunção carnal com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 anos e menor de 18 anos, assim como praticar qualquer ato libidinoso com a pessoa nessa mesma idade, desde que o ato seja consentido por ela e a mesma tenha discernimento para compreender a transcendência do ato sexual. Criou-se, porém, um novo tipo penal para incriminar o comportamento de quem pratica com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 e menor de 18 anos cópula vagínica ou qualquer ato sexual, estando o mesmo submetido à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B, §2º, I), respondendo o autor pelas mesmas penas do explorador (quatro a dez anos de reclusão). Sendo a (o) prostituta (o) menor de 14 anos, responderá o autor pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A)

¹⁸⁵.

O equívoco da decisão do STJ, porém, e independentemente de a legislação a ser aplicada, reside precisamente no fato de o Tribunal ignorar o fato de que, estando submetidos à prostituição, os menores de 14 anos, embora com experiência sexual, não teriam liberdade de decisão a respeito do ato libidinoso praticado contra o réu, o que desde logo motivaria a proteção de sua dignidade sexual, sem qualquer vestígio de paternalismo nesses casos. Destarte, o valor do consentimento do menor de 14 anos ficaria totalmente afastado sempre que se comprovasse que o menor sofreu algum tipo de coação, violência, grave ameaça ou fraude para aceitar praticar o ato libidinoso, o que certamente impossibilitaria a absolvição de réu que mantém relação sexual com vítimas submetidas à prostituição ou exploração sexual, devendo o mesmo responder pelos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A) ou pela coautoria da própria exploração, nos moldes do art. 218 – B, §2º, I, do CP¹⁸⁶.

Quando citamos acerca dos estigmas criados e referendados pelo próprio poder Judiciário, que escolhe classes sociais para determinar entre duas meninas, por exemplo, da mesma idade quem é vítima ou não, de acordo com sua vida sexual pregressa e classe, Moura enaltece sobre este problema dizendo que a prostituição infantil é um modo de mascarar a violência machista e adultocêntrica. Assim, implícita a violência e explícita a exploração. O autor ainda referencia Minayo que diz cada sujeito envolvido e que contribui para legitimar a exploração de determinada violência é o fato de estarem presentes em um determinado espaço, e assim, cada menina ingressa no mundo sexual como uma pessoa de personalidade transgredida, dada às vezes como patológica, e atribuída principalmente a pessoas de classe mais baixa¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Ibidem, p.10.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ MOURA, Op. cit., p.52.

Prostituição e menoridade são incompatíveis. A partir do momento em que os caminhos seguidos não se desprendem livres das condições e amarras sociais não existe escolha. O que existe, então, para as crianças (e aqui meninos ou meninas) é uma imposição que, em decorrência de valores simbólicos atribuídos às suas condições sociais, é naturalizada e válida à exploração da única coisa que ainda lhe resta, seu corpo¹⁸⁸.

O consentimento não pode ser visto como uma porta de abertura para que os menores de 14 anos de idade possam ser considerados plenamente capazes. Assim, ao estabelecer um parâmetro para o referido consentimento do menor para que possa julgar os menores serem aptos de consentir, é, na verdade abrir portas para um debate político e social. Quando o sujeito pratica um ato sexual com menores de idade, está no limiar do prazer sexual e da violência¹⁸⁹.

Ainda em uma análise quanto à decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, resta salientar, conforme dito alhures, que a decisão não é disponível em sua integralidade ante a razão do sigilo judicial, motivo pelo qual a análise dos argumentos está veiculada no site do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2012)¹⁹⁰.

Abre-se aqui uma pequena ressalva, porem necessária para o fato de que a decisão da Ministra foi embasada no período de vigência do então vigente artigo 224 do CP, que estipulava – e permitia a presunção de violência nos casos de vítimas menores de 14 anos de idade, e de acordo com a necessidade da aplicação da lei penal no tempo, a idade era ligada à época dos fatos, pouco importando demais condições.

A reforma instituída no CP que é dedicada aos crimes sexuais não faz nenhum tipo de alusão à violência, seja ela real ou presumida. A idade da vítima entrou meramente como elemento integrante do tipo, desvinculada de qualquer cláusula de equiparação, ou seja, a simples prática de sexo com pessoa menor de 14 anos de idade já é considerada delituosa. Porem é verdade que o crime do estupro de vulneráveis equipara diferentes situações de diversa reprovabilidade, como o caso em que se revela a fixação da pena mínima de 8 anos para o caso clássico de um casal de namorados, ela com 13 anos e ele com 18, que iniciam precocemente sua vida sexual¹⁹¹.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 54.

¹⁹¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. O consumo de prostituição infantil já é crime no Brasil. Boletim IBCCRIM, Ano 20, nº 236, julho de 2012, p. 2.

Para a autora, surpreende a ideia de que a figura do estupro de vulnerável não seria aplicável, por exemplo, a uma pessoa que se utiliza dos serviços de uma criança inserida no mundo da prostituição infantil, pois neste caso estamos diante de várias espécies de vulnerabilidade como a carência econômica, a idade e a desestrutura familiar¹⁹².

Por mais experiente que seja o menor de 14 anos, o ordenamento jurídico reconhece que se trata de pessoa em desenvolvimento. A punição da prostituição infantil está diretamente ligada à impossibilidade de coisificação e comercialização desse ser. O cliente da prostituição infantil pratica um ato inquestionavelmente reprovável por desrespeitar essa condição especial da criança e do adolescente. Vale lembrar que, em sede de prostituição, a tenra idade agrega valor. Crianças experientes, ou não, são encomendadas para programas sexuais. Essa situação não fica e não pode ficar alheia ao direito penal. O argumento de que a nável figura do estupro de vulnerável não se aplica ao consumidor da prostituição infantil, além de preconceituosa e cruel, ignora a letra da lei e a própria sistematicidade que o ordenamento jurídico deve guardar ¹⁹³ (grifos nossos).

No tópico anterior, vimos inclusive crimes congêneres dessa espécie, como por exemplo, casos de pornografia virtual. O fato de que o consumo da prostituição infantil seria atípico, causa ainda mais intolerância quando se verifica que através do ECA, aquele que vê fotografias em seu computador de conteúdo pornográfico de crianças, ainda que sejam imagens fictícias pratica crime¹⁹⁴.

O caso de absolvição do Réu que teve por Relatora a Ministra Maria Thereza não é um caso à parte. Diante do estudo de algumas jurisprudências relacionadas ao tema, notamos que há demais casos de absolvição e desclassificação do crime de estupro de vulnerável. Ressaltamos acerca das jurisprudências abaixo serem posteriores à Lei que introduziu a tipificação do crime de estupro de vulnerável, e mesmo assim houve absolvição dos réus.

Apelação criminal. Penal. Processo penal. Crime de estupro de vulnerável. Absolvição. Possibilidade. Laudo pericial divergente das declarações da ofendida. Falta de coerência e verossimilhança. Prova insuficiente para a imposição de condenação. Aplicação do princípio do in dubio pro reo. Recurso de apelação provido Embora verdadeiro o argumento de que a palavra da vítima, em crimes sexuais, tem relevância especial, não deve, contudo, ser recebida sem reservas, quando outros elementos probatórios se apresentam em conflito com suas declarações. Assim sendo, existindo dúvida, ainda que ínfima, no espírito do julgador, deve, naturalmente, ser resolvida em favor do réu, pelo que merece provimento seu apelo, para absolvê-lo por falta de provas. Precedente (RT 681/330). No processo

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Idem.

penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (Art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI, da CF), requer a demonstração cabal dos seus pressupostos autorizadores referentes à autoria e à materialidade. Recurso provido.(TJ-AC 05007368820128010081 AC 0500736-88.2012.8.01.0081, Relator: Francisco Djalma, Data de Julgamento: 28/09/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/01/2018).

Quando um Tribunal coloca em xeque que as palavras da vítima não são capazes de produzirem provas aptas a condenarem o acusado, em que, deve então prevalecer o princípio do *in dubio pro réu*, estão na verdade ferindo duplamente a vítima no que tange a questão da sua vulnerabilidade, Primeiramente pela absolvição do acusado onde se mostra contraditório o pleito de que a absolvição não considerou a questão da menoridade e vulnerabilidade da vítima, bem como, de maneira contraditória, julgam a vítima, ante ao fato de ser vulnerável de não ter palavras suficientes aptas a corroborarem a condenação do agente, levando a um retrocesso no campo do direito penal quando então, era presente a figura da chamada “mulher honesta”¹⁹⁵.

Tal expressão, retirada do CP, ainda é utilizada por alguns juristas para escolherem ou desclassificarem quais mulheres são vítimas de violência.

Vejamos a que ponto absurdo os próprios responsáveis por garantir a Lei podem chegar a determinados casos.

A fala abaixo, captada durante uma audiência judicial, é do promotor de Justiça Theodoro Alexandre da Silva Silveira e foi dirigida a uma vítima de abusos sexuais praticados pelo próprio pai durante mais de um ano. A vítima, à época dos abusos, era menor de 14 anos. A audiência ocorreu durante a instrução do processo que tramitava contra o pai da adolescente, acusado de abusar da menina e de engravidá-la. Quando a gravidez foi descoberta e o caso passou a ser apurado, a vítima contou a autoridades detalhes da violência sexual que sofria do pai e afirmou que a gravidez era decorrente dessas relações forçadas. Ela então obteve autorização judicial para fazer um aborto. Depois disso, quando ouvida novamente na Justiça, negou o abuso por parte do pai (supostamente pressionada pela família). Foi isso que causou a irritação do promotor na audiência, ocorrida em 2014¹⁹⁶.

¹⁹⁵ O conceito jurídico de “mulher honesta” é sintomático do discurso oficial projetado pelo direito penal. Na antiga lição de Hungria, mulher honesta é “*não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes*” (in Comentários ao Código Penal, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo> acesso em 14 dez. 2019.

¹⁹⁶ IRION, Adriana. *Declarações de promotor contra vítima de abuso sexual chocam desembargadores no Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/09/declaracoes-de-promotor-contra-vitima-de-abuso-sexual-chocam-desembargadores-no-rio-grande-do-sul-7405953.html> acesso em 14 dez. 2019.

Assim disse o promotor à vítima durante a audiência:

Pra abrir as pernas e dá o rabo pra um cara tu tens maturidade, tu és autossuficiente, e pra assumir uma criança tu não tens? Tu és uma pessoa de sorte, porque tu és menor de 18, se tu fosses maior de 18 eu ia pedir a tua preventiva agora, pra tu ir lá à Fase, pra te estuprarem lá e fazer tudo o que fazem com um menor de idade lá¹⁹⁷.

O DP, como garantidor/sancionador Estatal não pode se olvidar ou abrir exceções para os bens jurídicos mais relevantes, como o caso da integridade sexual dos menores de idade.

Ante as falhas penais e conseqüentemente a ausência estatal em garantir a aplicação da Lei de forma íntegra e sem distinções, nota-se que a CF, vigente em nosso país desde 1988, e documento supremo de garantias e deveres individuais e coletivos, determinante de razões de regramentos básicos da nação, falha quando seus dispositivos não se cumprem, não passando assim de uma série de artigos escritos que não apresentam um real reflexo no mundo exterior.

Em relação às crianças e adolescentes, podemos dizer que há um abismo existente entre o ordenamento jurídico vigente e os menores de idade. Um dos principais dispositivos da Constituição Federal, inserido no artigo 227, que voltamos aqui a citá-lo, dispõe ser 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 opressão¹⁹⁸.

Em relação à função executiva do Estado, como já discurremos, transparece, além da ausência, uma ação descompromissada e negligente da administração pública e dos órgãos que a compõem, entre os quais incluímos os Conselhos de Direitos e Tutelares, cuja prática, em muitas localidades, pode ser observada a larga distância da garantia de direitos dos cidadãos em condição peculiar de desenvolvimento¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ CARDOSO, Tatiane Aparecida Silva e MENEZES, Rafael Erik. *Violência sexual e ausência do Estado: contexto de violências contra crianças e adolescentes. – A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. ANCED – Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, maio de 2009, p.159.

¹⁹⁹ Ibidem, p.165.

Há que se desconsiderar qualquer tipo de construção dessas meninas – mulheres como prostitutas. Mormente pelo fato de que prostituição e infância são absolutamente incompatíveis, não podemos cogitar a hipótese de se falar em atividade livre, mas sim exploração sexual de menores, previsto inclusive no artigo 244 -A do ECA, que dispõe ser crime submeter criança ou adolescente à prostituição²⁰⁰.

Quanto ao caso principal em análise, porém válido por equiparação a demais casos de absolvição de réus que praticam sexo com menores de 14 anos, a fala da Ministra Maria Thereza de Assis Moura de que “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”, é importante ressaltar que as meninas tinham apenas doze anos de idade, o fato de estarem nessa situação de prostituição de “longa data” apenas reflete o total desamparo estatal para com essas garotas, e o ECA restou inválido quando da sua aplicação nestes casos²⁰¹.

Foucault corrobora a afirmação da qual já nos valem acerca do retrocesso à figura da mulher honesta, ao dizer que as meninas são as próprias causadoras da sua prostituição, elas mesmas saírem das condições de meninas e serem taxadas de mulheres. Essas meninas mulheres acabam sendo privada daquilo que se torna sujeito de direito.

A magistrada apenas julga o fim que a realidade dessas meninas criou. Estigmatizadas pela sua situação, as meninas acabaram por perder qualquer tipo de legitimidade para estarem em juízo, cria-se até uma espécie de intimidação, algo que Goffman (2004, p.67-68) chama de pré-chantagem” esse tipo de chantagem é a colocação do sujeito estigmatizado dentro de seu *locus* específico, desencorajando-o a sair, posto que tal saída implicaria na piora da condição por ser sempre o estereótipo formado. Esse tipo de chantagem está tacitamente colocada no ato decisório quando da decisão se extrai que as meninas menores de catorze anos não eram crianças, por não “viverem como crianças”, mas já se prostituírem havia algum tempo²⁰² (STJ, 2012).

O Judiciário, através de seus representantes, ao eleger para determinados casos a conduta impostas pelos mecanismos de poder às vítimas, e não aos seus agressores, cria lacunas através de estigmas e construções sociais, elegendo peculiaridades que não poderiam existir para cada caso em concreto.

Uma decisão que é tomada com base nos padrões fixados ao sujeito, é capaz de desarticular todos os regimentos protetores de Códigos e Estatutos que protegem crianças e adolescentes. Já que o Direito não é estático, não é essa sensação que temos quando

²⁰⁰ MOURA, Op. cit., p. 55.

²⁰¹ MOURA, Op. cit., p. 55.

²⁰² MOURA, Op. cit., p. 55.

há interpretações jurídicas que colocam sujeitos em determinados campos de objetivação, observando-se diante dos casos em análise, em especial do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que se um sujeito não está fixado nos mecanismos de poder socialmente impostos, cogita-se um modelo desviante de conduta o que, por si só, contribui para se criar verdadeiras aberrações e exclusões dentro do ordenamento jurídico pátrio²⁰³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio constitucional que trata acerca da dignidade da pessoa humana é também relacionado por consequência à sua dignidade sexual. Ao citarmos este tema, devemos destacar que uma de suas principais características refere-se à capacidade de consentimento e autodeterminação para dispor do próprio corpo, partindo-se da premissa da liberdade de que goza o ser humano.

A criança e o adolescente, independente de classe social ou de possuírem vida sexual ativa, não devem ser tratados de maneira diferente desconsiderando-se o fato de que todos, sem exceção são reconhecidos como sujeitos de direitos em condição da sua peculiaridade de pessoas em desenvolvimento físico e mental, amplamente tutelados por documentos internacionais e pela legislação pátria, dos quais não poderiam em nenhum caso, que lacunas fossem abertas para análises dos denominados “casos em concreto”, onde alguns casos podem, conforme demonstrado durante o trabalho gerar atipicidade de conduta para agentes que se valem dessas

²⁰³ Ibidem, p. 57.

situações como garantia não somente de sua satisfação sexual, mas principalmente com a certeza da impunidade que o Judiciário, através destas lacunas possam lhe proporcionar.

Todos os documentos norteadores dos direitos e garantias das crianças e adolescentes possuem como objetivos centrais sua proteção, garantia ao desenvolvimento para que dessa maneira possam se transformar em adultos conscientes e saudáveis física, moral e mentalmente, enaltecendo a doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta, devendo ser assistidas de todas as formas.

Quando os próprios representantes do Poder Estatal, através de seus magistrados agem subjetivamente em desacordo com as normas vigentes, ventilando hipóteses de acordo com o que, particularmente julgam ou não ser puníveis, causam feridas imensuráveis na legislação e naqueles que deveriam por ela serem tutelados.

Citando de maneira mais específica o caso que foi comentado sobre a absolvição do Réu que praticou sexo com três meninas de doze anos, onde a então Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura considerou que à época dos fatos as meninas se prostituíam e, portanto não havia bem jurídico a ser tutelado, além de ser escancarado retrocesso no campo do direito penal, quando havia o conceito de mulher honesta, que era aquela mulher virgem, mãe, do lar, que se adequava aos padrões impostos pela sociedade, além de ser estigmatizante para essas meninas. As relações que buscamos apresentar com isso são de que meninas de classes sociais mais baixas, que dispõem do seu corpo em troca de dinheiro por não terem outros meios de sobrevivência e nem de proteção adequada por sua condição de pessoa em desenvolvimento, mas aquela menor de idade que, dentro de uma família vista como tradicional pela sociedade brasileira, que possui relacionamento afetivo até mesmo com consentimento dos pais, que possui estrutura financeira, educacional, esta sim pode ser vista como “inocente” e “vítima”, mas as outras não.

Ora, a lei, principalmente ante tais casos deve obrigatoriamente ter efeito “erga omnes”. Não há que se questionarem as condições dos menores de idade envolvidos nestes crimes, não há que se gerar preferência por uns e discriminação quanto a outros. Independente de qualquer situação, decisões tomadas com base em quem é o sujeito passivo do delito, são capazes de desarticular todas as normas vigentes até então, onde se cria uma situação onde autores dos delitos saem ilesos, e as vítimas propriamente ditas são colocadas na situação de infratoras da lei, de culpadas por

disporem do seu corpo, de não terem proteção e oportunidade que sejam aptas a retirá-las dessas condições.

A súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça deixa clara a configuração do crime de estupro de vulnerável aquele que mantem conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos de idade, não sendo relevante para aplicação da lei o consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou até mesmo relacionamento amoroso com o agente.

Considerar como atípico o crime de estupro de vulnerável, olvidando-se das normas previstas é não somente expor esses menores de idade ao crescimento da prática desses delitos sexuais, mas sim garantir a impunidade dos agentes, apagar princípios constitucionais e a defesa penal de que tais são sujeitos. É imprescindível que menores de idade são todos iguais, independentes de quaisquer situações, não possuem a maturidade necessária para consentimento de tais atos e sequer são capazes de ter a clareza acerca das consequências que atos sexuais podem trazer.

Denegar os principais direitos desses menores, vítimas expostas a todos os tipos de abusadores, é retirar sua condição de vulnerabilidade que deveria ser protegida pelo Poder Público e seus representantes. Há uma clara afronta às normas constitucionais e princípios legais, que, por sua vez deveriam em todos os casos serem julgados inconstitucionais quaisquer atos atentatórios que afrontem os direitos das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. *O que é Justiça: uma Abordagem dialética*. 5ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1999.

ANCED – Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. *A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo, Cromosete Gráfica e Editora Ltda. Maio de 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARBOSA, Ruchester. *Satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/satisfacao-de-lascivia/> Acesso em

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos – Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos No Brasil de Hoje*. Editora Revan, 1990.

BRAYNER, Yan Rêgo. *Exceção de Romeu e Julieta x Súmula 593 do STJ, Uma discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjriMa10pfmAhW3GLkGHQclABgQFjAGegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.pc.pi.gov.br%2Fdownload%2F201711%2FFPC21_070f281e35.pdf&usq=AOvVaw0aSMPP-TvXvPF6-zkZED80 Acesso em

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Almedina, Coimbra, 2005.

CARDOSO, Tatiane Aparecida Silva e MENEZES, Rafael Erik. *Violência sexual e ausência do Estado: contexto de violências contra crianças e adolescentes*. – A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. ANCED – Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, maio de 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes e CHAGAS, Edmar José. *Boletim IBCCRIM, ano 20- nº 236 – julho 2012*. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/275-236-Julho-2012 Acesso em

CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada - arts. 218 e 218-a do CP*. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943505/legislacao-comentada-arts-218-e-218-a-do-cp> Acesso em 08 dez. 2019.

COUTO, Cleber. *Pedofilia no Estatuto da Criança e do Adolescente: artigo 241- E e sua interpretação constitucional*. Julho de 2015. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211483569/pedofilia-no-estatuto-da-crianca-e-adolescente-art-241-e-e-sua-interpretacao-constitucional> Acesso em 26 mai. 2019.

CUNHA, Renato. *Há estupro de vulnerável, mesmo com o consentimento da ofendida, mesmo se houver experiência sexual da menor e mesmo que haja um relacionamento amoroso entre os envolvidos? O crime de estupro de vulnerável e o posicionamento do STJ*. Disponível em: <https://renatocunha.jusbrasil.com.br/artigos/622641831/ha-estupro-de-vulneravel-mesmo-com-o-consentimento-da-ofendida-mesmo-se-houver-experiencia-sexual-da-menor-e-mesmo-que-haja-um-relacionamento-amoroso-entre-os-envolvidos> Acesso em 28 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *STJ: Consumação do estupro de vulnerável dispensa efetiva relação sexual*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/05/22/stj-consumacao-estupro-de-vulneravel-dispensa-efetiva-relacao-sexual/> Acesso em 29 nov. 2019.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*. 9ª ed., atualizada por Maria Júlia Kaial Cury. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

DANTAS, Leda. *O abuso sexual e os direitos da criança: respeito, liberdade e dignidade*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es>descarga>articulo> Acesso em 03 dez. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José e DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim.- *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado Ministério Público do Estado do Paraná*. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. 6ª Edição.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

FERREIRA, Luis Antônio Miguel e DÓI, Cristina Teranise. *A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas-comentários ao artigo 143 do ECA*. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em 12/05/2019 Acesso em

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 3: o cuidado de si*. Rio de Janeiro: Graal, 1985

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

IRION, Adriana. *Declarações de promotor contra vítima de abuso sexual chocam desembargadores no Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/09/declaracoes-de-promotor-contra-vitima-de-abuso-sexual-chocam-desembargadores-no-rio-grande-do-sul-7405953.html> Acesso em

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional – Medida Socioeducativa é Pena?* 2ª ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil – a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. Malheiros Editores. São Paulo: 2006.

LIMA, Luciana Vasconcelos e MENDES, Vanessa Correia. A proteção da criança e do adolescente na evolução do pensamento constitucional brasileiro. **Revista de Direito UNINOVAFAP**, 2016. Disponível em <https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinterdireito/article/view/1081> Acesso em 03 mai. 2019.

LOWENKRON, Laura. *Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual*. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2318-92822016000100002 Acesso em

MACHADO, 2003, apud FERREIRA e DÓI. *A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas* (Comentários ao art. 143 do ECA). Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html> Acesso 12 mai. 2019.

MARQUES, Marina Beatriz Dias. *Consentimento da menor no crime de estupro de vulnerável*. IDP- Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2015. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2138> Acesso em 17 nov. 2019.

MELO, Apud. CARVALHO, SILVA, SOUZA E SALGADO. Direitos sexuais de crianças e adolescentes: avanços e entraves. Revista **Psicologia Clínica**, vol.24 no.1 Rio de Janeiro 2012. *Print version* ISSN 0103-5665. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652012000100006 Acesso em

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 –B do CP*. 32. ed. rev. e atual. Até 5 de janeiro de 2015 – São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 8ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com a Lei n. 11.464/2007. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, João Carlos da Cunha. Prostituição, exploração sexual infantil e uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito**, 10(1): 48-58, 2014 –ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/598/513> Acesso em

NETO, Wanderlino Nogueira. *Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes: responsabilização e defesa na perspectiva dos direitos humanos. A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais –reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. ANCED- Associação Nacional dos Centros de defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, 2009

NUCCI, Apud. FREITAS, Danielli Xavier. *Estupro de vulneráveis: uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade*. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144316170/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade> Acesso em 15 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patricia Monteiro da; SILVA, Rafael Zanon da. *O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009*. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3ªed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *O consumo de prostituição infantil já é crime no Brasil*. Boletim IBCCRIM, Ano 20, nº 236, julho de 2012. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/Boletim-236_Paschoal.pdf Acesso em

PIMENTA, Luciana. *A expressão "contemplação da lascívia" e o que o STJ entende por ela*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247514,91041-A+expressao+contemplacao+da+lascivia+e+o+que+o+STJ+entende+por+ela> Acesso em 07 dez. 2019.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de Carvalho. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte geral e Parte especial*. 14ª ed.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, p. 61, Set / 2011.

SÁ, Rodrigo Moraes. *Estupro de Vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor*. Disponível em. Acesso em: 15 mar. 2014. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf> Acesso em

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; ESBER, Karen Michel; SANTOS, Izabela Barbosa C. *Autores de Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes: responsabilização e atendimento psicoterapêutico*. 1ª ed. Goiânia: Cãnone Editorial, 2009.

SANTOS, Elder Cerqueira; REZENDE, Nelma e CORREA, Priscila. Adolescentes vítimas de exploração sexual: um estudo de casos múltiplos. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198334822010000200005&lng=en&tlng=en&gathStatIcon=true. Acesso em 02/11/2019 Acesso em

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil- Adolescente e Ato Infracional*. 4.ed.rev.atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *A criminalidade e os meios de comunicação de massas*. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes – Elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39 e 40.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal Parte especial*, volume III – Arts. 213 a 359 H. 2ª ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2006

TJ-PB – Juiz entende que não há “estupro de vulnerável” em caso de jovens que iniciaram vida sexual consensual na adolescência. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/158102953/juiz-entende-que-nao-ha-estupro-de-vulneravel-em-caso-de-jovens-que-iniciaram-vida-sexual-consensual-na-adolescencia> Acesso em 25 nov. 2019.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. **Revista Brasileira Crescimento e Desenvolvimento Humano** [online]. 2011, vol.21, n.2, p. 185-188. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822011000200001 Acesso em

ANEXOS:

Referente à nota de rodapé número 80, página 37, eis os seguintes dispositivos:

Assim dispõe o ECA: Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:
 Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
 § 1o Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.
 § 2o Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:
 I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;
 II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou
 III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.” Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.” Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidade institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”

compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.