A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO ESTUPRO CONTRA MENOR DE 14 ANOS MEDIANTE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sarah Caroline de Deus Pereira[1]
Fernando Lima Rudolf[2]

Submetido (*submitted*): 6 de março de 2013.
Aceito (*accepted*): 9 de novembro de 2013.

Resumo
O presente artigo tem por objeto o estudo da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que alterou substancialmente o Título VI do Código Penal que tinha em sua redação "Dos Crimes contra os Costumes", agora com advento da nova lei a redação ficou "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", inserindo no ordenamento jurídico novos tipos penais, dentre eles o estupro de vulnerável com presunção absoluta de violência, que teve entendimento relativizado mediante decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em março de 2011. Nesse sentido, objetiva de modo geral discorrer sobre a questão dos crimes contra a dignidade sexual, especificamente no que tange ao estupro de vulnerável e sua relativização, e discorrer sobre os pontos controversos imanentes desta decisão. Ressalta, também, as controvérsias imanentes da decisão sobre a relativização da violência no crime de estupro de vulnerável, frente ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Palavras chave: crime contra a dignidade sexual; estupro de vulnerável; Superior Tribunal de Justiça; relativização da violência.

Abstract
This article focuses on the study of Law 12,015 of August 7, 2009, which substantially amended Title VI of the Criminal Code that was in her essay "Crimes

[1] Mestranda em Teoria do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES. Especializanda em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Aluna pesquisadora dos grupos: "A Intervenção do Estado na Vida do Indivíduo" e do "Bioética e Direitos Humanos".
[2] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM.

Against Customs", now with the advent of the new law was writing "Crimes against Sexual Dignity "by entering the legal system new crimes, including the rape of vulnerable with absolute presumption of violence, which had relativized understanding by decision of the Superior Court of Justice (STJ) in March 2011. In this sense, objective generally discuss the issue of sexual crimes against dignity, specifically regarding the rape of vulnerable and its relativization, and discuss the controversial points decision this immanent. It emphasizes the inherent controversy of the decision on the relativization of violence in the crime of rape of vulnerable against the principle of integral protection of children and adolescents.

Keywords: sexual crime against dignity; rape of vulnerable; Superior Court; relativization of violence.

Introdução

O Código Penal em 2009 ganhou novos contornos no Título VI "Dos Crimes Contra os Costumes", passando a vigorar por meio da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, por "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", trazendo mudanças significativas dentro do contexto penal, ao criar novos tipos penais, como o estupro de vulnerável, e contemplar o atentado ao pudor dentro da figura do estupro.

De 2009 a 2012 inúmeros foram os debates acerca do alcance provocado por esta inovação legislativa. Correntes defendem que as alterações foram contraproducentes e que deveria continuar o crime de atentado ao pudor, ao invés de enquadrá-lo dentro da figura do estupro, uma vez que um simples beijo lascivo sem a autorização da outra pessoa abre celeumas para a criminalização por estupro, o que para alguns doutrinadores é de intolerável aceitação diante do caso concreto.

Nessa mixórdia de argumentos, contemplou-se que a lei 12.015/09 não apresenta materialmente uma resposta adequada frente às incúrias do direito penal; ao contrário, ao abranger em único tipo penal o atentado violento ao pudor e o estupro, que pela redação é estupro, abriu-se precedentes para ajuização de demandas subjetivas frente a um modelo punitivo objetivo.

Diante do caótico quadro argumentativo por parte da doutrina, o dispositivo que versa sobre o estupro de vulnerável veio revestido do manto da presunção absoluta de violência contra menores de 14 anos; alienados ou com deficiência mental e aquelas que não conseguem oferecer resistência.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a intervir em casos consoantes a nova lei, o que resultou em março de 2012 em uma decisão polêmica que relativizou a presunção de inocência em estupro de vulnerável,

no caso que abrangeu três meninas menores de 14 anos que já haviam iniciado a vida sexual, e por conta desta prática aferiam renda, o que no entendimento do Tribunal frente àquele caso concreto não se contemplaria a figura do delito avençado, uma vez que a Lei tutela a liberdade sexual, que segundo votos proferidos na decisão em comento, não tinha sido violada nas condições analisadas.

Frente a essa decisão as opiniões dos juristas se divergiram, alguns perfilhando do que foi decidido por acreditarem que de fato essa presunção deveria ser relativa e outros que à luz do princípio da proteção da criança e do adolescente consideram desarrazoada a relativização.

1. Crimes Contra a Dignidade Sexual (Lei 12.015/2009)

A Lei 12.01 de 07 de agosto de 2009 rompeu o paradigma da moralidade imanente às disposições dos "Crimes Contra os Costumes" erigidos em 1940, passando a contemplar a liberdade sexual das pessoas; intervindo o Direito Penal apenas nos casos de violação desta liberdade.

Capez[3], ao retratar a objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual, aponta que:

> Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Com a vigência da Lei 12.015/2009 de 07 de agosto de 2009, que estabeleceu um título acerca dos "Crimes Contra a Dignidade Sexual", tratando em específico acerca dos crimes contra a liberdade sexual, criou-se no ordenamento jurídico o novo crime de estupro. Antes desta Lei, somente a mulher era passível de sofrer esse crime, conforme artigo 213 do Código Penal, que determina acerca do constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

A nova redação excluiu a figura da mulher, sendo assim o crime de estupro se caracteriza pela conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Veja-se que a redação antiga era restrita e hoje é extensiva, sendo assim para que se configure o crime de estupro basta que uma pessoa obrigue a outra a praticar qualquer ato libidinoso, podendo ser pessoas

[3] CAPEZ (2010; 64).

do mesmo sexo ou do sexo oposto, tendo abrangido essa nova figura o antigo crime de atentado ao pudor.

A nova Lei 12.015/2009 revogou totalmente o artigo 224 do código penal que tratava da presunção de violência: "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."[4]. Sendo assim, o estupro de que trata o artigo 213 do Código Penal só poderá ser praticado com emprego de violência real ou grave ameaça.

O artigo 213 do Código Penal é aplicável somente para as vítimas maiores de 14 (quatorze) anos, pois se tratando de vítima menor de 14 (quatorze) anos, pessoas com deficiência mental, enfermidade curável ou permanente são contempladas no artigo 217-A que trata dos crimes praticados contra vulneráveis. Praticando-se este crime, a pena é mais alta do que a do estupro do artigo 213 do Código Penal.

O artigo 223 do Código Penal, que tratava das qualificadoras pelo resultado morte ou lesão grave, também foi totalmente revogado pela Lei 12.015/2009; essas condutas foram deslocadas para os parágrafos dos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal.

O crime de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214) eram tratados como crimes hediondos (Lei 8.072/1990), o art. 9° previa que as penas seriam acrescidas de metade estando a vítima em qualquer uma das hipóteses de que trata o artigo 224 do Código Penal (revogado pela Lei 12.015/2009). Com a revogação total do artigo 214 do Código Penal as hipóteses ali elencadas passaram a ser elementares do crime de estupro de vulnerável, artigo 217-A do Código Penal:

> Art. 9°. As penas fixadas no artigo 6° para os crimes capitulados nos artigos 157, §3°, 158, §2°, 159, *caput* e seus §§ 1°, 2° e 3°, 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com artigo 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 também do Código Penal. [5]

O artigo 9° que trata a Lei de crime hediondos em tese foi parcialmente revogado pela Lei 12.015/2009 no tocante aos crimes sexuais ficando em vigor a parte que trata dos crimes patrimoniais.

[4] BRASIL (1940).
[5] BRASIL (1990).

Salienta-se que com advento da Lei 12.015/2009, provocou-se uma alteração na redação do artigo 1°, incisos V e VI da Lei de crimes hediondos, mantendo-se a hediondez no crime de estupro, *in verbis*:

> Art. 1°. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, consumados ou tentados:
> V – estupro (art. 213, caput e §§ 1°, 2°);
> VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1°, 2°, 3° e 4°). [6]

Uma novidade na nova redação é que, se houver o resultado morte na conduta do agente, a pena máxima que era de 25 (vinte e cinco) anos passa a ser de 30 (trinta) anos, conforme o §2°do artigo 213 do Código Penal.

Cabe ressaltar a mudança na redação do revogado artigo 223 que tratava da qualificadora pelo resultado lesão corporal de natureza grave, e trazia a expressão violência, hoje traz a expressão conduta, podendo o aplicador do direito analisar de forma extensiva.

Importante consignar que a Lei 12.015/2009 trouxe para as Cortes inúmeras celeumas diante do caso concreto, exemplo disso é que com a revogação total do artigo 214 do Código Penal que tratava do atentado violento ao pudor, o agente que cometer qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal não cometerá mais este crime, mas estupro.

A lei unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sendo assim um único crime cuja pena é de reclusão, com pena mínima de 6 (seis) e máxima de 10 (dez) anos. [7]

Gomes[8] obtempera que antes desta lei os crimes de atentado violento ao pudor e o crime de estupro eram crimes autônomos, o agente que os praticassem com a mesma vítima cometeriam dois crimes e não um só, como a Lei 12.015/2009 traz hoje.

No Superior Tribunal de Justiça as Turmas responsáveis pelos processos criminais possuem entendimentos e interpretações diversas quando analisam um caso determinado, tal qual ocorre nos Tribunais de Justiça dos Estados. Há uma corrente que sustenta a aplicação das penas separadamente por entender que são crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. Já a outra corrente entende que se o crime é praticado contra a mesma vítima, em um

---

[6] BRASIL (1990).
[7] BRASIL (1940).
[8] GOMES (2009; 1).

mesmo contexto, está caracterizado apenas um crime, assim não há de se falar em aplicabilidade de penas separadas.

O impasse começou em 23 de junho de 2010, quando a Quinta turma do STJ decidiu que o acusado deveria ser condenado pelos dois crimes separadamente. Nesse sentido, pontua Coelho[9]:

> Ao interpretar a Lei n. 12.015/2009, que alterou a redação dos artigos do Código Penal que tratam dos crimes contra a liberdade sexual, a Turma adotou a tese de que o novo crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, somando-se as penas. O colegiado entendeu também que, havendo condutas com modo de execução distinto, não se pode reconhecer a continuidade entre os delitos.

Este é um ponto que viceja grande discussão na doutrina, porque ecoam vozes no sentido de ser um tipo misto cumulativo, enquanto outros compreendem que a expressão sobre ato libidinoso é muita vaga e, por este motivo causa inúmeras interpretações. Nessa linha é a crítica de Madruga e França, "Faltou ao legislador, portanto, estabelecer que os limites e circunstâncias de tal prática são uma punição mais rigorosa, quando se verificar o envolvimento de menores de idade."[10]

Este agravamento da pena é contrário à noção de aplicabilidade da lei mais benéfica, entretanto os Tribunais tem se manifestado no sentido de ratificar decisões para aplicar, frente ao fato concreto, a lei penal mais favorável ao réu.

No tocante ao vulnerável de que trata o artigo 217-A do Código Penal, Cunha aponta uma falha do legislador:

> Se a vítima for violentada no dia do seu 14° aniversario não gera qualificadora, pois ainda não é maior de 14 anos. Também não tipifica o crime do art. 217-A, que exige vítima menor de14 anos. Conclusão: se o ato sexual for praticado com violência ou grave ameaça haverá estupro simples

[9] COELHO (2010; 1).
[10] MADRUGA (2009; 49).

> (art. 213, caput, do CP); se o ato foi consentido, o fato é atípico, apurando-se enorme falha do legislador. A alteração legislativa, nesse caso, é benéfica, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos. [11]

A questão da retroatividade em benefício ao réu é apontada por Tourinho Filho[12]:

> Insta observar que os processos por crimes contra a liberdade sexual cuja ação penal era privada da ofendida devem continuar, por ser esta mais benigna. Apenas em relação aos fatos que ocorreram após a entrada em vigor da Lei 12.015/09 é que deve se invocar o novo diploma. Por óbvio, no que respeita aos processos instaurados contra ascendentes, tutores, curadores, cuja ação penal era pública incondicionada, ninguém ousará arguir a necessidade de representação. A uma, porque não haveria quem pudesse fazê-la, duas, pela imoralidade.

A aplicabilidade da norma de forma mais benéfica deve ser vista em uma ótica objetiva, porque ao ser aferir demasiada subjetividade nos casos em concreto, os Tribunais podem promover decisões de teor questionável, como foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça em março de 2010, no caso das três meninas menores de quatorze que mantiveram relações sexuais com uma pessoa maior de idade. O referido Tribunal relativizou a presunção absoluta de violência neste caso concreto, afastando o tipo penal em comento.

2. Da Relativização da Presunção de Violência no Estupro de Vulnerável

O Superior Tribunal de Justiça se deparou com um caso que gerou repercussão nacional e internacional. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo absolveu réu que era indiciado por estupro de três meninas todas com a idade de 12 anos, ou seja, estupro de vulnerável. Diante das provas que constam nos autos, os julgadores entenderam que não era caso de condenação, uma vez que as menores já se prostituíam há tempos.

A Terceira Seção do STJ recebeu o recurso e analisando os autos proferiu acórdão na pessoa da relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, mantendo a decisão do TJ-SP, sustentando que:

[11] CUNHA (2009; 37).
[12] TOURINHO FILHO (2010; 62).

> A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado", afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória.[13]

Ocorre que diante da repercussão dada na imprensa pela decisão mantida pelo STJ sobre o caso em questão, a 5ª turma reverteu à decisão, fundamentando que no tocante a questão não há de se falar em presunção relativa, sendo a vítima menor de 14 (quatorze) anos o caráter é absoluto, tendo este impasse entre as turmas foi necessário rever a jurisprudência. Mas, por maioria, a Seção entendeu por fixar a relatividade da presunção de violência prevista na redação anterior do código penal.

Diante desta polêmica levantada sobre a questão do caráter absoluto ou relativo de crime de cunho sexual praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, o Superior Tribunal de Justiça publicou em seu site uma nota à sociedade esclarecendo sobre a decisão da Terceira Seção do Tribunal de Justiça, onde o objeto da notícia tratava sobre Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Segue abaixo uma prévia da nota de esclarecimento:

> **1. O STJ não institucionalizou a prostituição infantil.**
> A decisão não diz respeito à criminalização da prática de prostituição infantil, como prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Código Penal após 2009.
> A decisão trata, de forma restrita e específica, da acusação de estupro ficto, em vista unicamente da ausência de violência real no ato.
> A exploração sexual de crianças e adolescentes não foi discutida no caso submetido ao STJ, nem mesmo contra o réu na condição de "cliente". Também não se trata do tipo penal "estupro de vulnerável", que não existia à época dos fatos, assim como por cerca de 70 anos antes da mudança legislativa de 2009.
> **2. Não é verdade que o STJ negue que prostitutas possam ser estupradas.**
> A prática de estupro com violência real, contra vítima em qualquer condição, não foi discutida.
> A decisão trata apenas da existência ou não, na lei, de vio-

[13] BRASIL (2012a)

> lência imposta por ficção normativa, isto é, se a violência sempre deve ser presumida ou se há hipóteses em que menor de 14 anos possa praticar sexo sem que isso seja estupro. (BRASIL, 2012b)

A dimensão estratosférica adjacente da decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à relativização do crime de estupro de vulnerável, incitou ao Tribunal a emissão de uma nota de esclarecimento devido aos efeitos negativos e deletérios da decisão em comento.

Algumas doutrinas defendem que em razão do princípio da proteção integral que norteia o Estatuto da criança e do adolescente e a Convenção Internacional sobre os Direitos Da Criança (o Brasil é signatário), o Estado brasileiro mediante a decisão Superior Tribunal de Justiça aviltou toda doutrina protecionista das crianças e adolescentes, porque ao desconsiderar as referidas adolescentes como "vividas" no âmbito da sexualidade, dimensionou-se a dificuldade que o país enfrenta na proteção das suas crianças e adolescentes, em que a devida tutela não tem sido praticada.

Zaffaroni[14] preleciona a respeito do ECA: "O legislador brasileiro foi muito feliz ao confeccionar esta norma. Pena que ela não é levada a sério! Se fosse a realidade brasileira nesta matéria, com certeza absoluta seria outra." Aduz-se das falas do argentino que o calcanhar de Aquiles no Brasil trata-se da eficácia, que nos dizeres de Silva," compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos"[15]. Ora, nítido é que o Brasil não consegue assegurar a efetividade redacional do Estatuto da Criança e do Adolescente, seja por falta de profissionais para efetivarem as fiscalizações necessárias, ou pelo modelo programático *"ad eternum"* de fomentar e aplicar políticas públicas[16].

O Brasil necessita efetivar as disposições do ECA, todavia, caminha em sentido oposto, no manto de uma malfadada cidadania, posterga ações e rechaçam direitos, porque segundo Ihering[17] "a ofensa ao meu direito é a ofensa e a negação do direito como tal", logo, o direito pátrio apresenta uma eficácia simbólica no que tange à proteção das crianças e dos adolescentes.

---

[14] ZAFFARONI (2009; 8)

[15] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit. (511)

[16] GONÇALVES (2011; 54) pontua a respeito: "As Políticas Públicas são ajustadas de acordo com as demandas sociais. O Estado nesse aspecto é observado como um fluxo de interação permanente das necessidades da sociedade e dos recursos financeiros disponíveis. Para isso o governo desenvolve estudos para a fase de planejamento no que se refere propriamente à formulação de políticas públicas, para a fase de orçamento, ou seja, alocação de recursos para concretização das políticas públicas e, finalmente, para a fase da execução que significa a implementação das medidas necessárias para a efetivação das políticas públicas."

[17] IHERING (2007; 62)

Andrade[18] ressalta a respeito do simbolismo do sistema de justiça criminal:

> (...) o SJC carateriza-se por uma eficácia simbólica (legitimadora) que confere sustentação, ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, lentamente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.

O caso em apreço demonstrou claramente a eficácia simbólica do Direito Penal, embora se erija posicionamentos que arrazoam a decisão do Superior Tribunal de Justiça, como foi o caso do Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais[19], que ponderou,

> Sob todos esses aspectos, a decisão da 3.ª Seção do STJ é digna de elogios. Especialmente por aproximar o direito da realidade, em que o comportamento sexual não segue um comando absoluto, apresentando-se mutável ao longo do tempo e do espaço; bem como por reconhecer as novas dimensões da sexualidade, característica de uma sociedade plural, que cada vez mais acaba por exigir a separação das concepções morais de um grupo da verdadeira danosidade social da conduta.

Não obstante, o Editorial[20] também se posicionou criticamente contra as argumentações acerca da legitimação da prostituição infantil por meio da referida decisão, alegando que o caso em apreço não deu esta tutela, afastando, também, os argumentos de que o Código Penal estaria ofendendo os direitos das crianças e dos adolescentes, principalmente no que tange a proteção integral.

Neste diapasão, o Editorial[21] obtempera:

> Nesse sentido, o que justifica ou legitima a punição da conduta sexual com o menor é a sua situação de vulnerabilidade, inexistente quando ele compreende os signi-

[18] ANDRADE (2007; 171)
[19] INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (2010; 1)
[20] EDITORIAL (2012; 1)
[21] EDITORIAL (2010; 1)

> ficados e as consequências do seu comportamento. Por óbvio, a compreensão ou experiência sexual que afasta o injusto típico não está atrelada necessariamente ao fato de o menor se prostituir e sim na sua experiência sexual, que pode existir nas mais diversas circunstâncias, sendo ele rico ou pobre. Por outro lado, a discriminação é inerente ao conteúdo da igualdade, e deve ser aplicada por uma questão de justiça. A não discriminação é que engessa o juiz em relação à análise do caso concreto, criando as tão afamadas verdades absolutas, do superado positivismo jurídico, que afasta o direito da realidade e leva a tantas injustiças.

Em síntese, a doutrina majoritária compreende que a relatividade é o caminho mais acertado frente ao novo paradigma social, porque ao se tutelar a liberdade sexual, é necessário visualizar o caso em concreto, para não se punir figuras abstratas em uma realidade divergente da atual. Assim o sendo, não se trata de afastar o princípio da proteção integral, mas de aplica-lo em consonância com todo o ordenamento jurídico.

Frente aos argumentos esposados, os autores do presente artigo discordam veementes, porque a decisão contraria as disposições do artigo 3º do Código Civil: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos." No caso da decisão do Superior Tribunal de Justiça as meninas eram menores de 12 anos, entendidas à luz do art. 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente como crianças, "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Nesse sentido, o crime praticado foi de estupro de vulnerável, uma vez que eram crianças no momento do delito; não se justifica o fato de que por terem vivência sexual afastar a incidência do art. 217-A, porque o que se percebe é uma falta de estrutura do Estado em promover políticas públicas que afastassem essas crianças da prostituição infantil.

O Brasil pode não ter sido "acusado" pelas Cortes Internacionais de legitimar a "pornografia infantil", mas de forma velada não se pode discutir que o Estado atuou clandestinamente contra o problema do abuso e da violência sexual infanto-juvenil que se externa em grande parte das cidades brasileiras na prática da prostituição.

O país enfrenta uma séria dificuldade quanto a sua legislação penal, que datada de 1940 não abrange o novo contexto social, que se exterioriza de forma preocupante quanto à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Em 2011, o Ministério Público do Trabalho ajuizou uma demanda que resultou na condenação de um grupo de empresários ao pagamento de multa em razão da exploração sexual de adolescentes. Entendeu o *"Parquet"* que a prática das relações sexuais ocorridas nestes grupos, apesar de serem adolescentes, era vista pela ótica do trabalho.

Considerações Finais

Com as modificações advindas da Lei 12.015/09, o legislador unificou os artigos 213 e 214 do Código Penal, mudando a forma de concurso de crimes. Na atualidade, se o agente praticar com a mesma vítima conjunção carnal mais ato libidinoso, não mais responderá pelo artigo 213 (estupro) cominado com o 214 (atentado violento ao pudor), mas responderá unicamente por estupro, embora alguns tribunais entendam que é um tipo de misto, afastando as condutas e respondendo individualmente.

O artigo 217-A do Código Penal tratou o menor de 14 (quatorze) anos como vulnerável, concluindo que a prática do ato sexual com ele será considerada estupro de vulnerável com pena – reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos. O estupro no Brasil pode ser praticado mediante violência real (agressão) e presumida quando praticado contra menores de 14 (quatorze) anos, alienados mentais ou contra pessoas que não puderem oferecer resistência.

Esta questão da vulnerabilidade para menor de 14 anos que diz o artigo 217-A do Código Penal é absoluta ou relativa, o sentido literal do dispositivo é de presunção absoluta. Nos Tribunais, há correntes entendendo que a lei tratou o menor de 14 anos como vulnerável, tendo sido interpretada por relativa no caso concreto pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, afastando a presunção absoluta diante da realidade concreta.

As controvérsias advindas da decisão do Superior Tribunal de Justiça esbarram no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, ao relativizar a presunção de violência em atos de conjunção carnal com menor de 14 anos, fato que causou polêmica mundial, tendo sido o Tribunal acusado de legitimar a "pornografia infantil" e a "pedofilia".

Ocorre que, frente à polêmica ocasionada em razão desta decisão, muitos doutrinadores se posicionaram em consonância com os votos proferidos, compreendendo que se trata do caminhar de um novo Direito Penal. Este, por sua vez, pautado na realidade concreta, atua de forma pontual nas lides. Assim sendo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não afastou o princípio da proteção integral da criança, tampouco legitimou a pedofilia ou a prostituição infantil, ao contrário, agiu de acordo com a sistemática trazida pela inovação

legislativa, pois esta tutela a liberdade sexual, que no caso em análise não foi aviltada. Deste modo, não caberia à intervenção punitiva do Direito Penal, tendo agido o Superior Tribunal de Justiça em conformidade com a lei penal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina de. **O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher: a soberania patriarcal**. DISCURSOS SEDIOSOS. Crime, Direito e Sociedade.pg.171. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007.

BRASIL. **Código Civil: Lei 10.406/2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 14 de dez. de 2013.

_____. **Código Penal: Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em**: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de dez. de 2013.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990: Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 14 de dez. de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175. Acesso em 12 de janeiro de 2013. (a)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Esclarecimentos à sociedade**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290. Acesso em 12 de janeiro de 2013. (b)

CAPEZ, Fernando. **A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual.** Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIII, n. 318, 15 de abril de 2010.

COELHO, Flavia Adine Feitosa. **5ª Turma do STJ em posição divergente declara o art. 213 do CP como tipo misto cumulativo**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100624104821101&mode=print . Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. Dos crimes contra a liberdade sexual. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

EDITORIAL. Relativização do estupro de vulnerável. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 234, p. 01, mai., 2012. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4607. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

FILHO, Fernando Tourinho. **Crimes contra a liberdade sexual em face da nova lei**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n. 313, 31 de janeiro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de estupro e pedofilia beneficia condenados.** UOL Notícias, 24/08/2009. Entrevista concedida a Rosanne D'Agostino. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/08/24/ult5772u5030.jhtm. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

GONÇALVES, Ana Carina Piffer. Políticas Públicas: Atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. In : SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. (orgs). **Políticas Públicas**: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. P. 53 – 71. Birigui: Editora Boreal, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito. São Paulo**: Editora Martin Claret, 2007.

MADRUGA, Antonio Alves; FRANÇA, Genival Veloso. **A nova face do estupro**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIII, n. 306, 15 de outubro de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O mestre do Direito Penal e o Exame da Realidade**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIII, n. 290, 15 de fevereiro de 2009.