

PROSTITUIÇÃO, EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL E UMA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

João Carlos da Cunha Moura*

RESUMO: O presente texto busca analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que não considerou crime o fato de um rapaz maior de idade manter relações sexuais com três menores de catorze anos de idade, por elas estarem em uma situação considerada de prostituição. Percorre a ideia do consentimento da menor no Código Penal Brasileiro para desdobrar um debate político e social sobre a relevância e a importância de se dedicar uma idade parâmetro para o consentimento pleno.

Palavras-chave: Prostituição infantil. Exploração sexual. Consentimento.

1 INTRODUÇÃO

Partindo da problemática de ser possível a capacidade plena de consentimento sexual para menores de catorze anos em situação de prostituição infantil e descaracterizar a exploração sexual infantil, o presente artigo busca analisar a polêmica decisão proferida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça que absolveu um homem maior de idade que manteve relação sexual com três meninas de doze anos de idade por se encontrarem em situação de prostituição, nos dizeres do voto da magistrada, o que desqualifica qualquer tipo de incidência do tipo penal que presume a violência e, por consequência, o estupro quando se mantém relação sexual com menores de catorze anos (à época, a regra estava inscrita no artigo 224 do Código Penal Brasileiro).

O interesse aqui é investigar acerca da possibilidade de tal decisão de acordo com as premissas básicas de legislação penal e do próprio do Estatuto da Criança e Adolescente como alicerce para o desenrolar do ato decisório, este último diploma sequer mencionado no voto da Ministra.

O tema chama a atenção para a prostituição infantil, uma realidade distinta da que se apresenta na prostituição propriamente dita, aquela na qual há uma escolha de vender o corpo no mercado sexual. É um problema que abrange outras determinações e significações. Porém, quando entra na agenda pública de discussão, é totalmente desvirtuada, sendo aplicado às vítimas da violência dessa exploração um *status* de mulheres já formadas, baseado no argumento de já conhecerem os prazeres sexuais.

É tal o ponto que, tanto nos excertos a que se tem acesso do julgado quanto nos debates promovidos por mídia e sociedade, em nenhum momento, a sexualidade do homem

* Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Professor do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

que praticou o ato com as três meninas de doze anos é discutida, questionada ou avaliada. O que o fez procurar o sexo pago? Por que justamente essas crianças e não mulheres reconhecidamente maiores de idade e aptas plenamente ao desenvolvimento do sexo mercantilizado? Essas são questões que ainda permanecem em aberto.

No decorrer do texto, analisa-se a formação de um “sujeito criança”, analisando as bases de poder que criam a sensação da infantilidade do ser.

O texto visa a analisar o tema de acordo com a lei vigente à época do fato ocorrido, que tinha redação diferente da que hoje é utilizada, com base na aplicação da lei penal no tempo, conforme o próprio sentido da decisão tomada pela magistrada.

Ao final, adentra a questão investigando qual o contexto utilizado para a tomada da decisão judicial.

2 GÊNERO E IDADE

Segundo Andrade (2004, p. 270), o sistema de controle e de institucionalização de violências é estipulado pela rede de tensões exercidas pelas mecânicas de poder apoiadas em instituições consolidadas e inquestionáveis – família, escola, mercado, trabalho etc. –, que buscam fixar modelos de conduta para cada indivíduo. A “menina fácil”, aquela dada a muitas relações, é estigmatizada e ao fugir da mecânica de controle pode restar não mais como vítima, mas culpada pela sua sorte. Soma-se a isso o sistema de justiça que apenas apoia tal reprodução sob o argumento da proteção da moral e bons costumes da sociedade e tem-se o perfeito corpo sociojurídico para a perpetração do *status quo*.

Estigmatizadas que são e estão as crianças acabam se formando dentro de círculos de proteção mantenedores de uma normalidade a qual se torna a porta de abertura para um mundo de iguais e de como deve ser seu futuro. A bolha que envolve a formação da criança menina-moça evita que entrem conceitos, formas e fórmulas que a enfraqueçam frente ao grupo social, justamente porque se tem largo acesso a outros entendimentos da mesma sociedade em geral – estes também estereotipados. Os contrapontos que se estabelecem normalizam as condutas.

Nesse círculo encantado, impede-se que entrem definições que o diminuam, enquanto se dá amplo acesso a outras concepções da sociedade mais ampla, concepções que levam a criança encapsulada a se considerar um ser humano inteiramente qualificado que possui uma identidade normal quanto a questões básicas como sexo e idade. (GOFFMAN, 2004, p. 31).

Assim sendo, cada um dos agentes inseridos no fato que se analisa tem seu *locus*, este definido de acordo com os já preparados conceitos e estereótipos formados ao longo da

cristalização da sociedade. Construídas de acordo com o que se espera da boa vida feminina, crianças são desde logo pensadas e tratadas como tal, para que o controle de sua sexualidade, baseada na salvaguarda da virgindade e na dedicação pela sua reputação sexual, seja exercido (FOUCAULT, 1988, p. 30).

No caso do modelo de gênero aliado à construção do sujeito ainda como criança se revela forte o toque sexual, no sentido de práticas sexuais. Como meninas são apenas seres utilizados para a perpetuação da domesticação familiar, o exercício de poder sobre elas é mais forte. O papel de protagonista da sociedade é do homem – mesmo que ainda criança; o feminino, por sua vez, é relegado à procura de um (único) homem, para a possibilidade de exercer seu papel privado. Buscando sempre exercer esse papel privado é que as mulheres, ainda crianças, devem ser desencorajadas a participações públicas e políticas na sociedade, sob pena de desorganizar a própria sociedade (RUBIN, 1994, p. 20).

Atribui-se ao indivíduo na sociedade moderna não a identidade de criança, mas um *status* de criança. Um *locus* no qual o discurso de saber se expressa pelo olhar do adulto. Muito próximo desse discurso, atribui-se o *status* da mulher expresso pelo ponto de vista do sujeito masculino. Ambas – criança e mulher – se veem pelos olhos do homem adulto. É a expressão adultocêntrica que fixa as condutas. Tanto nas expressões do saber popular quanto nos debates ditos sérios as falas não se dirigem a mulheres e crianças, mas se dirigem dos homens para os próprios homens (adultos) o que mulheres e crianças a eles significam (FLANDRIN, 1981, p. 140).

Baratta (2007, p. 87) explica que a construção social e as significações dos estereótipos é uma estratégia simbólica da defesa social. O exemplo principal está na “conduta desviada”, ou seja, a conduta na qual se firma às margens do “normal”, sempre baseada no enfoque masculino de ver o mundo.

O adultocentrismo, então, surge como um modelo de controle social, que retira da criança o “ser”, restando apenas para o sujeito um “vir a ser”. Ser “adulto” é o último estágio da vida humana, um ponto de chegada, o adultocentrismo é a interpretação do mundo a partir de uma postura de um sujeito adulto-ocidental-masculino e opera, por um lado, um dispositivo de poder que estabelece relações evolutivas (do nascer para o crescer) e, por outro, localiza um cenário de futuro visto no outro, cercando a formação subjetiva de cada um. O jovem (criança e adolescente) passa a ser mero sujeito de produção ou consumo na sociedade capitalista, a depender do seu espaço ocupado: é que quando vista pelos olhos da espontaneidade, divertimento e da possibilidade do “mais viver” a juventude é símbolo de

consumo; quando vista pelo lado da tenra idade ou dependência a “juventude” é vista como “infantilidade” (ALVARADO et al., 2009, p. 96).

Dessa maneira, o sentido de proteção da criança e da mulher não se encontrará em textos legais, já que estes não previnem a violência para os sujeitos fora dos padrões estilizados como normais. Falha a proteção das mulheres e crianças e, por via de consequência, tem-se um duplo efeito de violência, gerada tanto pela violência privada (doméstica) quanto pela violência institucionalizada. Essas violências implícitas praticadas contra a mulher acabam por reproduzir estereótipos, visíveis principalmente quando a violência sexual é discutida.

3 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENORES

O controle simbólico exercido pelas instituições de poder dessa sociedade adultocêntrica contribui principalmente para a perpetração de violências nos seus mais amplos sentidos: psicológica, física e, por via de consequência, sexual, principalmente contra menores de idade femininas. A violência de gênero não atinge somente mulheres adultas, mas também meninas e, na maior parte das vezes, acaba por ser escondida, por significarem punições paternas, legitimadas no inconsciente social como forma de educar e manter a ordem frente às crianças, criando a cultura do castigo e punição (FALEIROS, 1998, p. 7).

150

A violência tem níveis de classificação que refletem as facetas da sociedade. Minayo (1990, 1990, p. 290) afirma serem três níveis: violência estrutural, revolucionária e delinquência. A delinquência é a violência que o senso comum assimila junto aos sujeitos menores de idade; a revolucionária é forma de resistência contra a ordem estabelecida, colocada pelas classes dominantes como insubordinação e que deve ser rechaçada. Já a violência estrutural, pode-se dizer que é a que nasce do próprio sistema e é mantida sob a máscara da naturalidade. É possível afirmar que as violências que surgem são reflexos desta violência.

Qualquer forma de violência, porém, tem que ser vista em rede. O assassinato de adolescentes supostamente delinquentes tem que ser articulado com a violência estrutural que lhes limita o “possível social”; com a violência do Estado cuja face repressiva é quase a única que esses jovens conhecem; com a violência organizada dos grupos de narcotráfico que lhes oferecem vantagens imediatas; com a violência individual de cada um que tenta se defender, numa sociedade onde os direitos humanos e civis são quase um sonho a conquistar. (MINAYO, 1990, p. 291).

Assim, a violência sexual acaba por se tornar a violência por excelência exercida contra as mulheres. Mas uma violência que tem um cunho privado, da dominação masculina, assumindo o caráter de uma pena privada, com *status* de pública. Seja no espaço familiar ou

no púbico a violência sexual, terminada na figura do estupro/estuprador, é em grande medida voltada para satisfazer não um prazer sexual, mas antes, para encerrar um aspecto dominador, de pura violência física e agressão do homem dominador, contra a mulher objeto (ANDRADE, 2004, p. 286).

É imprescindível que se dê destaque para a violência sexual, pois esta acaba sendo considerada apenas uma forma legítima de resolução de problemas familiares. A iniciação sexual de meninas de baixa renda acaba se dando por conta da violência de pais, padrastos, irmãos mais velhos e até mesmo vizinhos homens, quer dizer, a violência se espalha de forma a garantir dominação masculina nas relações das crianças e acaba sendo tratada de forma velada por adentrar em temas tabus: família, sexualidade e violência (FELIZARDO et al., 2006, p. 72).

Foucault (1983, p. 22-23) revela que é a sexualidade o ponto nevrálgico das relações de poder, que se instituem primeiramente e principalmente na família, posto que é o primeiro momento de contato sexual entre as crianças. Assim, qualquer que seja a relação entre homens e mulheres o dispositivo da sexualidade está lá inserido para estruturar socialmente os fatores fundamentais das relações: o gênero e a geração.

O modelo burguês de família é o ponto de apoio da sociedade. Homem dominador, mulheres e crianças dominadas, devendo inclusive negar suas sexualidade. Assim, o abuso sexual infantil dentro do seio familiar é apenas a representação de uma estrutura forjada por normas culturais, sociais baseadas nas relações de gêneros e geracionais. A pouca repressão ao controle dessas violências acabam por se dar na relação de dependência e exploração que o adulto impõe à criança (FELIZARDO et al., 2006, p. 75).

A família, que deveria ser espaço de formação e criação de sujeitos, acaba por se tornar os primeiro espaço de repressão. A sociedade adultocêntrica estabelece a criança não como um sujeito de direitos, mas como incapazes.

4 EXPLORAÇÃO SEXUAL E PROSTITUIÇÃO INFANTIL

Dentro da concepção masculinizada antes de se formar um “sujeito prostituta”, deve-se ter a formação de um “sujeito mulher” e, antes dessa, ainda, um “sujeito criança”. Tais formações dadas em contínuo exercício de poder acabam por descaracterizar um em relação ao outro. Dessa maneira, prostituta é vista apenas como tal e não como mulher também e uma

criança que já praticou sexo, deixa de ser “moça” e passa à condição de mulher adulta¹. Enquanto criança, o sujeito feminino deve ser casta e pura – em contradição com a perversidade e impudicícia que envolve a mulher promíscua.

A construção do rígido estereótipo da prostituta, símbolo do mal, dos pecados e vícios, associada à imagem de Eva, mulher sedutora responsável pela queda do homem, cujas práticas devem ser rigorosamente controladas a partir da própria domesticação das sexualidades insubmissas, inscreve-se num conjunto de dispositivos estratégicos de moralização da sociedade brasileira, entre final do século XIX e início do XX. (RAGO, 1985, p. 222).

Tem-se por prostituição a venda de serviços sexuais de um sujeito (de qualquer gênero) para outro, realizada por indivíduos civilmente capazes, com autonomia da administração do horário e das condições do serviço por parte do sujeito prestador do serviço, sem que haja violência física, simbólica ou psicológica praticada pelo cliente. A venda dos serviços sexuais é denominada *programa* e é onde se dá a negociação das rotinas, como tempo, preço e quais as práticas serão tomadas durante o encontro (GUIMARÃES; MERCHÁN-HAMANN, 2005, p. 533).

A prostituição tem suas características próprias que se relativizadas abrem espaços para uma exploração sexual, o que termina 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 vulnerável. Não é o fato de conhecer práticas sexuais que a deslegitima como parte passiva.

Ao se abordar o assunto da prostituição sem adentrar um tema específico, é necessário que se observe que os estereótipos infligem ao sujeito características desabonadoras das condutas e subjetividades. Quando se vislumbra a prostituição infantil, percebe-se que espaços e histórias não são os mesmos de todas as prostitutas adultas. Pode até ser que no futuro meninas exploradas se confirmem no mundo do mercado sexual, porém enquanto ainda menores esse ingresso não é formado como opção ou escolha, mas como reflexo da exposição à pobreza e a violências praticadas por homens do grupo no qual estão inseridas.

A prostituição infantil, em qualquer cenário em que se configura, desponta como um fato cruel com diferentes matizes. Há momentos em que ela se integra ao tráfico de drogas; há situações em que ela se confunde com a miséria; e há casos em que seu início ocorre dentro do próprio lar. Em qualquer uma dessas situações, as crianças que a ela sobrevivem têm uma história comum a contar: a história da violência. As marcas

¹ É comum pelo interior do Brasil, principalmente na região Nordeste afirmar que quando uma menor de idade já manteve algum tipo de relação sexual ela não é mais “moça”, ou seja, perde sua condição de criança e passa a ser considerada como adulta.

desta violência são visíveis nos corpos e nas mentes, mesmo para aqueles que fazem força para não ver. (GOMES, 1994, p. 62).

O que se considera prostituição infantil não passa de um embuste para mascarar a violência machista e adultocêntrica. Implícita a violência, implícita a exploração. Além disso, explica Minayo (1990, p. 290), as características pessoais de cada sujeito envolvido e que legitimam a exploração de determinada violência é o fato de que, por se encontrar em um determinado espaço, que as próprias meninas ingressam no mundo sexual de forma identificada como sendo uma transgressão de personalidade, dada como patológica, atribuída principalmente a pessoas de classe mais baixa.

Quando se fala em menoridade sexual não se está tratando de pessoas compreendidas como incapazes para responder legalmente por seus atos, mas que o trabalho, no sentido de se fixar uma menoridade para determinados atos, deve se desvincular da ideia de naturalização de inocência e infância da ideia de criança. Cabe ressaltar, não se fala em desconhecer a infância como menoridade, mas daquela se desvincular e atribuir uma incapacidade transitória baseada no tempo de vida do sujeito (LOWENKRON, 2007, p. 715).

A exploração sexual de menores é uma violência sistemática, que não se esgota na mera comercialização do corpo da criança e/ou adolescente. As trajetórias dos indivíduos que estão inseridos nesses contextos são construídas de acordo com a violência estrutural que permeia a sociedade e é mascarada pelo véu do simbolismo adultocêntrico. Os menores vitimizados pela exploração sexual e, por via de consequências impostas, adentram a prostituição perdem o direito sobre si mesmos e sua identidade, forçosamente assimilada para vivenciar a nova condição de explorados, perder a “identidade própria, coletiva e individual, se enraíza na perda do poder sobre si.” (FALEIROS, 1998, p. 14).

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 valida a exploração da única coisa que ainda lhe resta, seu corpo.

5 O CONSENTIMENTO DA MENOR DE 14 ANOS NO CÓDIGO PENAL

É inevitável colocar a sexualidade em um plano político de atuação do poder. É a sexualidade que denota o local do sujeito e do seu corpo na sociedade. Assim, os direitos os quais se quer perceber para si são modelos de atos e fatos jurídicos relacionados e determinados pela sua posição sexual na vida política. Nas democracias de modelo burguês o

público, no sentido de garantias sociais, é desconsiderado pelo privado, que pretende antes de tudo a garantia de si próprio, como se alheio fosse ao todo social.

O corpo, como sujeito da política, é definido pela sexualidade. É pela sexualidade que se definem os espaços a ocupar. Logo, dentro de uma lógica de não percepção de si mesmo, determinada pela ilusão da liberdade pelo sexo, a modernidade dá às mãos a uma nova economia dos corpos, um novo horizonte de análise do corpo político que, ao final, não deixa de ser um corpo (AGAMBEN, 2002, p. 192-193).

O saber sexual depende das vivências do sujeito dentro dos contextos em que vivem. Em geral, nas classes mais baixas da sociedade as questões de sexualidade, no sentido das organizações dos espaços de gênero, são mais cedo apreendidas. As crianças já determinadas em seus *locus*, como meninas ajudando na cozinha e meninos saindo às ruas para praticar atividades externas para adquirirem alguma renda para a família. Nas classes mais altas, o saber sexual é mais clandestino e despertado mais por curiosidade do que pela vivência e o que para uns é comum, a outros parece “indecente” (MALINOWSKI, 1973, p. 54).

O consentimento não é porta de abertura para a capacidade plena da menor de catorze anos. Nesse sentido, estabelecer um parâmetro para o consentimento pleno da menor, não se caracteriza como mera proibição, mas abertura de um debate político e, mais ainda, social. Debate que deve ser estabelecido para formar as definições e diferenciações entre os agentes praticantes dos crimes sexuais ligados aos gêneros (estupradores) e os agentes com transtornos psicológicos ligados à sexualidade de idade e gênero (pedófilos, por exemplo). Ao praticar um ato sexual com uma menor sem capacidade sexual, o sujeito está no limiar do prazer sexual e da violência.

Vale destacar que a “pedofilia” não é uma categoria jurídica, mas, sim, uma categoria clínica, definida por fantasias e desejos que não se atualizam, necessariamente, em condutas sexuais. No entanto, enquanto categoria social, o termo “pedofilia” tem se disseminado com sentidos diversos e tem sido associado a crimes envolvendo sexo com menores, como estupro, pornografia e prostituição. Nesse sentido, a “idade do consentimento” funciona como parâmetro, nos debates públicos e políticos, para definir não apenas o que é considerado criminoso, mas igualmente patológico. (LOWENKRON, 2007, p. 719).

O consentimento sexual, então, não passa de uma “antecipação moral” criada no imaginário da criança da sociedade adultocêntrica. Como as dimensões de certo e errado estão indicadas pelas representações culturais do mundo adulto, o jovem tende a se apropriar de certos conceitos estabelecidos que a ele não se coadune, no intento de se mostrar capaz, adulto. Assim, o jovem busca suas próprias aspirações de acordo com o que lhe é dado nos meios de comunicação de massa e dentro das relações sociais que estabelecem o “sujeito

ideal” baseado no acúmulo de bens, muitas vezes insustentáveis para boa parte dos estratos sociais. (ALVARADO et al., 2009, p. 92-93).

Ao consentir manter a relação sexual, a menina não faz nada além do que a sociedade espera dela: servir aos desejos masculinos. Como os programas, em geral, são realizados em ambientes fechados como motéis e hotéis, locais onde se tem acesso a um mínimo de conforto e observando o quadro de desamparo familiar e social, pode-se perceber que lançar-se à prostituição, a criança, além de conseguir uma forma de sustento próprio, suaviza o frio e a fome a ela impostos. Pelas condições sociais em que se apresenta a exploração sexual infantil faz com que, conforme Gomes (1994, p. 64) “as meninas vendam o único bem que possuem: o corpo”.

A previsão legal de reprimir qualquer ação sexual a menores de catorze anos mostra que o âmbito legislativo procurou cercar determinadas ações contra determinados sujeitos. Na sociedade moderna, essa vigilância é baseada em uma condição de existência estipulada pelas classes que dominam as condições de saber e de poder. Não se discute aceitação moral, ética ou mesmo legal do sexo de adultos com crianças, mas a classificação de determinados sujeitos como crianças (LOWENKRON, 2007, p. 239).

A menoridade sexual é um direito e não mera proteção e controle. Um código ou regra ao impor determinada faixa etária para o legítimo exercício punitivo ou presunção de violência não pode utilizar este poder para descrever quem é “menor”, mas quando se é “menor”.

No caso de menores de catorze anos, como era a antiga regra do artigo 224 do Código Penal e agora presente no artigo 217-A do mesmo diploma legal, presumida seria a violência, ainda que a atividade desempenhada fosse de tal forma que a fizesse conhecer atos eróticos.

No entanto, o dissenso em razão dessa matéria era enorme (e parece que continua ainda a ocorrer), mesmo com o fato de em 1990 ter sido promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa a proteção dos menores de 18 anos, inclusive com a possibilidade de se estender aos indivíduos entre 18 e 21 anos, conforme a disposição do parágrafo único do artigo 2º. Ainda é necessário estabelecer que a nova regra não muda em sua materialidade, apenas toma nova adequação de acordo com as novas redações dadas no Código Penal (NUCCI, 2008, p. 93).

Nos manuais de Direito Penal, em sua maioria escritos por homens, é possível observar a defesa da possibilidade de se relativizar tal regra do estupro de vulnerável (NUCCI, 2008, 801-802; CAPEZ, 2007, p. 61-62). Sempre ligadas à conduta das meninas, tendo estas como as principais responsáveis pela consumação do ato sexual ao omitir idades

ou pela já prática de relações sexuais anteriores, acaba por lhe impor uma maioria estabelecida nas leis como sendo algo objetivo, amparado na diferença entre o ano do nascimento e o ano em que foi praticado o fato.

Prado (2006, p. 244) afirma que a razão da tutela penal nesse sentido é considerada com base na inocência quanto ao ato e outros saberes relacionados às práticas sexuais e que quando um maior de idade pratica ato sexual com um menor de catorze anos estaria o maior intervindo no desenvolvimento e psique sexual do menor. Mirabete (2001, p. 1511) vai mais além e afirma que por mais desenvolvido que seja o saber erótico do menor, não acompanha esse desenvolvimento o seu saber psicológico de si mesmo.

A prostituição atribuída como causa de extinção da punibilidade do sujeito que praticou determinada ação de violência sexual contra uma mulher vem corroborar a ideia de que tal atividade não é vista como algo salutar para as mulheres (e apenas para estas). Ao se analisar o Direito Penal puro e de forma simplista, já se poderia ter que o sexo com menores de catorze anos é fato típico. Mesmo que desempenhem alguma atividade sexual, esta não pode ser considerada prostituição pela incompatibilidade acima analisada.

Reconhecida a precocidade do saber erótico das meninas e pelo fato de estarem em um mundo oculto e impuro como é, por exemplo, considerado o mundo da prostituição, desfaz-se qualquer noção de aplicação dos conteúdos jurídicos, desfaz-se a ordem jurídica como tal estabelecida e desfaz-se uma série de outros elementos que permeiam as relações sociais, adstritas apenas ao fato como uma coisa.

6 UMA DECISÃO JUDICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeiramente, é importante ressaltar que a decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura não é disponível em sua integralidade em razão do sigilo judicial, motivo este que gera análise dos argumentos com base em notícia veiculada no site do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2012)².

Além do mais, não é possível analisar a questão à luz de argumentos trazidos por outros julgados visto que não pode haver uma matéria unicamente relacionada ao direito afetado, pois não se pode desconsiderar os fatos que ocorrem em cada caso concreto.

Funda-se a decisão com base na redação anterior do artigo 224 do Código Penal, o qual estipulava que é presumida a violência, se a vítima não é maior de catorze anos. Ou seja, caso se mantenha relação sexual com qualquer menor de catorze anos, entende-se que esta

² A notícia da qual se extraem os argumentos da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura está no link <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175#>, datada de 27 de março de 2012.

relação é fruto de violência (por mais que esta não aconteça em sua forma física). A proteção neste caso era algo mais objetivo que subjetivo, isto é, ligava-se à idade à época do fato, pouco importando condições de vivência. Inclusive, julgados do Supremo Tribunal Federal corroboram a ideia partilhada pela magistratura de que a violência como tal se apresenta no aludido artigo não é relativizada por condições, mas absoluta em razão da faixa etária da vítima (CAPEZ, 2007, p. 57-58).

Pela necessidade da aplicação da lei penal no tempo, conforme fica estabelecido que o fato deve ser analisado de acordo com a regra que à época vigia, ainda que a decisão seja dada em momento posterior, quando houve alteração. No caso específico aqui estudado, a lei vigente que definia o crime era inserta no extinto artigo 224 e incisos do Código Penal, sendo hoje estabelecida pelo artigo 217-A e parágrafos, do mesmo Código Penal.

Em que pese neste texto a análise do caso ser restrita apenas a algumas falas da Ministra Relatora do processo, parece que o âmbito social em que se deu a relação não chega a de que entre os agentes esteja alguém de padrão “culto”, o que mobiliza as atenções apenas para as vítimas. “Pedofilia” e/ou “doença mental” do autor dos casos de violência e exploração sexual parecem ser apenas discutidas para tangenciar as explicações de crimes cometidos por pessoas em posições ou profissões tidas como cultas ou que precisam de determinado conteúdo das áreas do conhecimento (LOWEKRON, 2007, p.738).

Assim, ao que parece, imputa-se uma condição subjetiva de maioridade para menores de idade que já praticaram determinado ato, no caso, um ato sexual. O caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça acaba tendo uma especificidade que impele aos mais apressados uma análise rasa das condições em que se deu o fato ao qual se insere o artigo, qual seja, o fato de as meninas que mantiveram relação sexual estarem em situação de prostituição.

Ainda que se possa argumentar, conforme alguns autores de manuais doutrinários do Direito Penal (NUCCI, 2008; CAPEZ, 2007; MIRABETE, 2001), que pode haver extinção da punibilidade por conta do “erro de tipo”, por não demonstrar fisicamente sua idade, o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, encontra amparo não em características físicas, mas em um jogo de relações sociais que ao chamar o erro de tipo a lume, sob o argumento de que as meninas eram, pela “própria natureza das coisas”, prostitutas, vem desconstruir a menoridade da vítima, que se transforma em maior de idade e culpada pela sua condição (LOWENKRON, 2007, p. 725).

As meninas perderam sua condição de sujeito de direito, mas, antes, são sujeitas ao Direito, posto que são colocadas dentro de um sistema de leis que gere os ilegalismos criado pelo próprio sistema de leis. Como explica Deleuze (1988, p. 39), é uma forma de garantir

privilégios às classes dominantes (no caso, sociedade masculina), na medida em que a lei não passa de uma forma de gerenciamento dos ilegalismos, criando e reproduzindo alguns, inclusive, cedendo e tolerando outros junto às classes dominadas, como forma de fazê-los servir.

Portanto, desconsidera-se qualquer tipo de construção dessas meninas-mulheres como prostitutas. Só o fato de serem consideradas prostitutas já é algo por si só inviável, posto que prostituição não pode ser vinculada a menores de idade, pois teremos nesse caso não atividade livre, mas antes exploração sexual de menores. Isso é fato tipificado no Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 244-A no qual se dispõe que submeter criança ou adolescente à prostituição é crime.

Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem. Incide nas penas previstas para este delito tanto aquele que mantém o contato sexual com criança ou adolescente, numa relação mercantilizada. (TCHORBADJIAN, 2003, p. 799).

É o que parece olvidar a Ministra Relatora ao escrever que “não me apreço 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” (STJ, 2012).

Ventilada a só possibilidade de que não pode haver qualquer tipo de violência, deslegitimam-se de direitos quaisquer das menores de catorze anos por ser considerada prostituta. Na legislação da época do fato (e também na atual redação), presume-se violência a prática de atos sexuais com menores de catorze anos. Gera, ainda, perplexidade na fala da Ministra Maria Thereza de Assis Moura quando relata que as garotas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data” (STJ, 2012). Importante, então, ter em mente que: i) as garotas a quem se refere a Ministra têm doze anos de idade; ii) o fato de estarem nessa situação de prostituição de “longa data” reflete o desamparo do Estado com essas garotas e; iii) o Estatuto da Criança e Adolescente resta esquecido da apreciação do fato.

A magistrada apenas julga o fim que a realidade social 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 lembrado o estereótipo já formado. Esse tipo de chantagem está tacitamente colocado 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 tempo” (STJ, 2012).

Bem nesse ponto fica uma estrita responsabilidade da mulher pela prostituição. No caso que aqui se aborda, as meninas são elas próprias causadoras da sua prostituição, elas próprias acabam por dar condições de elas mesmas saírem das condições de “meninas” e serem taxadas “mulheres”. As meninas-mulheres acabam sendo privadas daquilo que as torna “um sujeito de direito” (FOUCAULT, 1985, p. 169).

Pelo contexto adultocêntrico da sociedade, a criança é vista como “futuro”, é para ela o olhar do porvir. Ao se desvincular das condições que a determinam como tal, passam a ser refugio, isto é, são desconsideradas como sujeitos de direito. Como criança, o sujeito deve ser social, “o que assegura a transmissão da cultura e garante a continuidade da sociedade” (SALLES, 2005, p. 35). Sair do modelo é quebrar a harmonia sujeito/sociedade que se impõe.

Quando magistrados, ainda mais em instâncias superiores, agem determinando quando usar ou não usar a regra de acordo com prevalências morais e éticas pessoais, o Direito se transmuta e se já é uma forma de diminuição da vontade humana, passa o sujeito de direito a se formar segundo uma normalização dominadora. Toda lei atua como forma de repressão e pela repressão aumentam a cristalização do Direito em um aparelho que se denomina Constituição ou Código, como se conseguisse com essa transcrição de textos uma vontade de eternizar um equilíbrio de poder que só existe no discurso (GOYARD-FABRE, 2002, p. 191).

Em suma, por estarem em uma condição social não agradável aos olhos do sistema de justiça criminal (um local público, exercendo uma atividade não higiênica e não tolerável), as crianças restaram, na decisão, desconsideradas na idade e consideradas apenas no gênero. Saíram da condição de sujeito criança e entraram na condição apenas de mulher. A decisão judicial acabou por analisar não o fato típico, mas passou a analisar as pessoas envolvidas.

Destarte, não é exaustivo voltar às falas da Ministra Relatora nas quais insiste em afirmar que:

[...] 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. [...] não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo. (STJ, 2012).

A própria necessidade de acreditarmos que temos coisas que nos são particulares e que nos diferenciam do resto do mundo é uma produção própria do momento em que vivemos hoje. Nós somos atravessados por toda uma complexa teia de aspectos desejanter, políticos, econômicos,

científicos, tecnológicos, familiares, culturais, afetivos, televisivos... Entretanto, cada um de nós tem uma história de vida que é singular e que não é interior (MACHADO, 2002, p. 214).

A sociedade (no caso a sociedade adultocêntrica) impõe ao indivíduo sua subjetividade e inculca no sujeito que ele é o que acredita ser sua própria personalidade (MACHADO, 2002, p.214). No caso, as meninas podem, elas próprias, sequer assumir as identidades de “crianças”, adotando assim outra identidade, mas isso, em regra, não pode descaracterizar sua vulnerabilidade, uma vez que adentram no mundo da prostituição pelas condições as quais viviam. Sintomaticamente, as atitudes que as acompanham são marcas de uma imagem já construída: a da prostituta, mulher de vida fácil que tem um instrumento simbólico contra si que a distingue por seus atos.

As vítimas não eram mais personalidades jurídicas, pois, conforme se observa, as crianças do caso estão assim inseridas no contexto da delinquência (prostitutas que faziam questão de faltar as aulas para praticar a atividade), o que as deixa na situação de autoprovocadoras de uma violência, que por si só age como anulação do ato contra si praticado. Foucault afirma que “se a oposição jurídica ocorre entre a legalidade e a prática ilegal, a oposição estratégica ocorre entre as ilegalidades e a delinquência” (2004, p. 230).

Ao se reportar ao assunto, a magistrada o faz de forma a corroborar as características de fixação de condutas impostas pelos mecanismos de poder. Nesse sentido, ao se estabelecer que o próprio Estado perde o direito de punir algo que se convencionou penalizar é que, na realidade, aquilo a que se chamam direitos, depende do Direito. O sujeito apenas tem direitos mediante o Direito, ou seja, na medida em que é uma “pessoa jurídica” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 347).

A delinquência das meninas, nesse caso, é a causa da não punição do agente que comete o ato contra as menores. Não é porque já se tenha praticado ato sexual que esta liberdade deixa de ser tutelada. Assim, parece ser legítima qualquer decisão que tome contornos de ilegais se esta ilegalidade se baseia no contraponto a uma atitude delinquente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão tomada pela Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura insere-se em um contexto que revela a completude do Direito criando lacunas onde estas não existem, o que demonstra uma série de construções sociais formadas e reformadas, de acordo com a situação que se apresentam.

A análise aqui apresentada evidencia como os controles sobre a sexualidade acabam por moldar o sujeito, sendo esta a base principal de atuação na formação do sujeito pelo seu

corpo. Assim, o que a magistrada acaba por contemplar em sua decisão é o modelo fixo de criança, aquele sujeito pudico, inocente e que a partir do momento em que se destoa de tal fixação, deixa de ser abarcada pelas regras jurídicas.

Uma decisão tomada com base nesses padrões fixos de alocação do sujeito acaba por desarticular qualquer tipo de noção arregimentada dentro dos Códigos e Estatutos protetores de direitos e garantias da criança e do adolescente. Algumas expressões utilizadas ao longo do voto da Relatora destoam de um Judiciário independente, como pretendem declarações de direitos humanos ao redor do mundo, e destoam ainda mais da ordem jurídica – tão preconizada nos salões plenários dos Tribunais.

Se o Direito “não é estático”, como expressa a Ministra, não é a sensação que se tem quando uma interpretação jurídica é baseada em amarras que insistem em colocar sujeitos em determinados campos de objetivação.

Por si só, a prostituição não é crime. No entanto, por estar ligada a liberdades tuteladas de forma diferenciada para crianças e adolescentes, estas não podem exercer tal atividade, sendo inclusive sua exploração fato típico tanto no Código Penal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em uma pequena analogia, seria o mesmo que possibilitar que uma criança de doze anos pudesse ter a acesso à Carteira Nacional de Habilitação para pilotar motocicletas, por já ter conhecimento de como conduzir tal veículo e passasse pelas burocracias da retirada do documento.

Baseado na decisão, observa-se que um sujeito não se forma em si mesmo e não tem garantias se está fora de padrões já fixados pelos mecanismos de poder. As condutas são forçosamente imputadas aos indivíduos devendo estes se adequarem ao modelo imposto. Assim, corre-se o risco de adequar aberrações dentro de um ordenamento jurídico que, paradoxalmente, as repudia.

Prostitution, child sexual exploitation and a decision of the Superior Court

ABSTRACT: This article seeks to examine the decision of the Superior Court did not consider a crime, the fact that an adult having sex with three children 14 years because they are prostitutes. Traverses the idea of consent of the minor in the Brazilian Penal Code to establish a social and political debate on the relevance and importance of setting an age for full consent.

Keywords: Child prostitution. Sexual exploitation. Consent.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a viada nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 48, maio/jun., 2004, p. 2660-290.
- ALVARADO, Sara Victoria; MARTINEZ POSADA, Jorge Eliécer; MUNOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Contextualización teórica al tema de las juventudes: una mirada desde las ciencias sociales a la juventud. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, v. 7, n. 1, Jan. 2009, p. 83-102.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v. 3, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972-1990**. São Paulo: 34, 1992.
- FALEIROS, Vicente de Paula. A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder da desigualdade e do imaginário. In: LEAL, Maria de Fátima Pinto; CÉSAR, Maria Auxiliadora (Orgs.). **Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**. Brasília: CECRIA, 1998.
- FELIZARDO, Dilma; ZÜRCHER, Eliane; MELO, Keilla. Violência sexual: conceituação e atendimento. In: LIMA, Cláudia Araújo de (Coord.). **Violência faz mal à saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- FLANDRIN, Jean-Louis. **O sexo e o Ocidente**: evolução das atitudes e dos comportamentos. Brasília: Brasiliense, 1988.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2002
- _____. **História da sexualidade 1**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- _____. **História da sexualidade 3**: o cuidado de si. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: LTC, 2004.
- GOMES, Romeu. Prostituição infantil: uma questão de saúde pública. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, 10 (1): 58-66, jan./mar, 1994.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUIMARÃES, Kátia; MERCHÁN-HAMANN, Edgar. Comercializando Fantasias: a representação social da prostituição, dilemas da profissão e a construção da cidadania. **Revista Estudos Feministas**, v. 13 nº 03, Florianópolis, 2005, Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ref/v13n3/a04v13n3.pdf>. Acesso em 25 mar. 2010.
- LOWENKRON, Laura. (Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF. **Rev. Antropol.**, São Paulo, v. 50, n. 2, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012007000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 abr. 2012.

MACHADO, Leila Domingues. Subjetividades Contemporâneas. In: _____; LAVRADOR, Maria Campelo; BARROS, Maria Elizabeth Barros de. **Texturas da Psicologia: subjetividade e política no contemporâneo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Petrópolis: Vozes, 1973.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. A violência na adolescência: um problema de saúde pública. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 1990. p. 278-291.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 3, 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAGO, Margareth. De Eva a Santa, a dessexualização da mulher no Brasil. In: RIBEIRO, Renato Janine (org.). **Recordar Foucault: os textos do Colóquio Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 219-228.

STJ, **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**, notícia veiculada em 27 de março de 2012, Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175#>
Acesso em: 09 abr. 2012.

TCHORBADJIAN, Luciana Bergamo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.