



**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO ACADÊMICO**

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

**A (IN) EFICÁCIA DA TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL ÀS CRIANÇAS E AOS
ADOLESCENTES VÍTIMAS DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO
AMBIENTE FAMILIAR**

Porto Alegre

2021

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

**A (IN) EFICÁCIA DA TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL ÀS CRIANÇAS E AOS
ADOLESCENTES VÍTIMAS DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO
AMBIENTE FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto.

Porto Alegre

2021

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

**A (IN) EFICÁCIA DA TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL ÀS CRIANÇAS E AOS
ADOLESCENTES VÍTIMAS DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO
AMBIENTE FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Linha de pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

A dissertação foi _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em 22 de novembro de 2021.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto (Orientador)
Fundação Escola Superior do Ministério Público

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal
Fundação Escola Superior do Ministério Público e Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

“Es casi tan sencillo repetir que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, como difícil es vivenciarlo”.

Eugenio Raúl Zaffaroni

AGRADECIMENTOS

À minha mãe por ter me ensinado, desde muito cedo, que a única coisa que uma pessoa jamais poderia perder na vida seria o estudo. Também agradeço à minha irmã.

Aos meus avós, em especial ao meu avô materno, Dr. Adão Castilho de Freitas, meu grande exemplo, principalmente, pela dignidade, honestidade e humanidade. À minha avó materna, Dilza Campos Castilhos, pelo amor que sempre teve comigo e com a minha irmã. Ao meu avô paterno, Venâncio Gonçalves Terra, homem do campo, do qual herdei o nome e a força para nunca desistir dos meus sonhos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto, pela amizade, incentivo, lealdade e parceria durante todo o curso de Mestrado, seja na Orientação, seja na Disciplina, seja no Grupo de Pesquisa. Exemplo de caráter, humildade e honestidade que sigo.

Ao Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior pela amizade construída e pelos ensinamentos sobre as diversidades culturais oportunizados na Disciplina e no Grupo de Pesquisa.

Ao incentivo do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier no Grupo de Pesquisa.

Ao Prof. Dr. André Machado Maya pelas ricas exposições na fase de qualificação.

Aos Professores Doutores Anízio, Conrado, Francisco, Raquel e Rogério pela colaboração ao meu desenvolvimento acadêmico com importantes lições até o final do curso.

À minha amiga, Dra. Velela Maria Dobke, pela amizade, carinho e incentivo. Uma amiga querida que tive o imenso prazer em fazer e que levarei para sempre em minha vida.

À Dra. Maria Berenice Dias, minha conterrânea, precisamos de mais Berenices, de mais Veledas no mundo, pois são mulheres que inspiram homens a tornar o mundo melhor.

Ao Dr. José Antônio Daltoé Cesar pelo acesso, colaboração e agilidade na pesquisa.

À Luciane Pötter que superou implicações causadas pela Covid-19 para colaborar.

Aos operadores do Direito e às profissionais que participaram da pesquisa de campo, muito obrigado a todos pelas respostas de excelência, sem a colaboração de vocês jamais teria conseguido aproximar-me das conclusões que cheguei. Obrigado Des. José Antônio Daltoé Cesar, Procuradora de Justiça Velela Maria Dobke, Me. Adv. Maria Berenice Dias, Me. Adv. Luciane Pötter, Me. Promotora de Justiça Angela Caren Dal Pos, Promotora de Justiça Rafaela Hias Moreira Huergo, Defensora Pública Cinara Furian Fratton, Me. Psicóloga Virgínia Graciela Wassermann e Psicóloga Luciana Generali Barni.

Aos meus colegas de Mestrado pelo crescimento acadêmico.

Por fim, agradeço a todos que me inspiraram na realização desta pesquisa.

RESUMO

A presente pesquisa científica tem como escopo conferir se existe no cenário pátrio (in)eficácia no tocante à tutela penal constitucional em relação aos crimes cometidos contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes no ambiente familiar, principalmente diante do cenário epidêmico de casos reportados. Essa situação, inexoravelmente, nos obriga a imergir em busca de respostas e de soluções para esse grave problema que parece não ter solução. Para isso, analisaremos o tratamento conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com abordagens sob os aspectos da dignidade sexual, do bem jurídico tutelado, da proibição do excesso e da vedação da proteção deficiente e do mapa da violência sexual intrafamiliar no cenário nacional, delimitando o tema, principalmente, aos crimes de estupro, justamente, para maximizar o alcance da pesquisa. Além disso, pugnando aprimorar o enfrentamento do tema no cenário pátrio, reportar-nos-emos aos sistemas global e regional de Direitos Humanos, ao estudo de constituições, códigos penais e jurisprudências no Direito Comparado, confrontando-os com o panorama nacional. Ao final, antes de apresentarmos nossas considerações finais e chegarmos a uma conclusão acerca da (in)eficácia da tutela penal constitucional na temática pesquisada, conferimos enfoque às contribuições que o Direito Penal da Periculosidade aporta ao enfrentamento da criminalidade sexual intrafamiliar, bem como os resultados da coleta de dados por intermédio de pesquisa de campo realizada com operadores do Direito e profissionais com experiência no Sistema de Proteção aos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. A pesquisa fundamenta-se no exame de conteúdos do Direito Internacional, Constitucional, Infraconstitucional e Comparado, além de estudos de dados estatísticos, documentais, doutrinários, jurisprudenciais e de campo relacionados à temática investigada, e vincula-se à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do Mestrado Acadêmico em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP.

Palavras-chaves: Direito Penal Constitucional. Crimes Contra a Dignidade Sexual na Família. Direitos Humanos. Crianças e Adolescentes. Proteção Integral.

ABSTRACT

The scope of this scientific research is to check if there is (in)effectiveness in the national scenario regarding the constitutional criminal protection in relation to crimes committed against the sexual dignity of children and adolescents in the family environment, principally given the epidemic scenario of reported cases. This situation, inexorably, forces us to immerse ourselves in search of answers and solutions to this serious problem that seems to have no solution. For this, we will analyze the treatment given by the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988, specially aspects of sexual dignity, the protected legal interest, the prohibition of excess and the prohibition of deficient protection. Besides, the research will study the map of intrafamily sexual violence in the scenario national, mainly, to the crimes of rape, precisely to maximize the scope of the research. In addition, striving to improve the confrontation of the issue in the national scenario, we will refer to the global and regional systems of Human Rights, to the study of constitutions, penal codes and jurisprudence in Comparative Law, confronting them with the national panorama. In the end, before presenting our final considerations and reaching a conclusion about the (in)effectiveness of the constitutional penal protection in the researched theme, we focus on the contributions that the Criminal Law of Dangerousness contributes to the fight against intrafamily sexual crime, as well as the results of data collection through field research carried out with law professionals and professionals with experience in the System for the Protection of the Rights of Children and Adolescents. The research is based on the examination of contents of International, Constitutional, Infraconstitutional and Comparative Law, as well as studies of statistics, documentary, doctrinal, jurisprudential and field data related to the investigated theme, and is bound to the research line on Protection to the Effectiveness on Unconditional Public Rights, in the concentration area of Protection to the Effectiveness of Indispensable Rights developed by the Academic Master of Laws program held by the Fundação Escola Superior do Ministério Público School of Law – FMP.

Keywords: Constitutional Criminal Law. Crimes Against Sexual Dignity in the Family. Human Rights. Children and Adolescents. Full Protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ABORDAGEM HISTÓRICO-FILOSÓFICA	12
3 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES	18
3.1 DA DIGNIDADE SEXUAL	22
3.2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO	25
3.3 PROIBIÇÃO DO EXCESSO E VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	31
3.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO	47
4 SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS	55
4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	58
4.2 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1989	67
4.3 O FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA	80
5 A TUTELA PENAL NO DIREITO COMPARADO: UMA AMOSTRAGEM PARADIGMÁTICA	84
5.1 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE 1921	85
5.2 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DE 2000	93
5.3 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1995	101
6 LEGISLAÇÃO PÁTRIA E O ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE SEXUAL INTRAFAMILIAR	116
6.1 O MAPA DA VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	120
6.2 A NECESSÁRIA TUTELA PENAL: O CÓDIGO PENAL PÁTRIO DE 1940	129
6.3 A IMPORTÂNCIA DA LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL (DEPOIMENTO SEM DANO)	157
7 DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE	180
8 PREVENÇÃO AO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	196
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
REFERÊNCIAS	220
APÊNDICE A - PESQUISA DE CAMPO	
APÊNDICE B – DADOS COLETADOS DA PESQUISA DE CAMPO	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por escopo aferir a (in)eficácia da tutela penal constitucional às crianças e aos adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual no ambiente familiar, na medida em que temos inúmeros casos, diariamente, reportando a incidência desse tipo de criminalidade, além de tal fenômeno representar grande afronta aos direitos constitucionais de crianças e adolescentes e produzir acentuadas consequências deletérias na sua formação. Busca-se, portanto, verificar condições e possibilidades para uma melhor efetividade/eficácia com vistas à implementação da necessária proteção penal constitucional voltada ao enfrentamento possível para esse tipo de criminalidade.

Para tanto, impende examinar se existe (in)congruência entre a Constituição Federal de 1988 e a legislação penal existente, de modo a evitar a incidência, bem como a reincidência de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar. Dito de outro modo, o espectro utilizado será do ponto de vista penal constitucional para o restante do ordenamento jurídico.

Com a finalidade de otimizar e potencializar ao máximo o alcance da pesquisa, o tema será delimitado, notadamente, pelos crimes de estupro (art. 213) e estupro de vulnerável (art. 217-A), ambos do Código Penal, pois, além condutas gravíssimas, elas apresentam índices epidêmicos de incidência no ambiente intrafamiliar e apenas dez por cento dos casos são reportados às autoridades responsáveis pela persecução penal, contextualizando o grave cenário no qual crianças e adolescentes estão inseridos.

Nesse sentido, saber as origens desse tipo de criminalidade, bem como o porquê de ser tão comum a incidência e, de certo modo, tolerado pelas próprias famílias e pela sociedade, são pontos que, como seres humanos, nos fazem refletir no sentido de que estamos tratando de tema sensível, de elevada monta, o qual, inevitavelmente, nos remeterá aos primórdios humanidade.

Nesse vértice, a mesma família que deve ser o ambiente onde crianças e adolescentes, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, cresçam de forma saudável e segura, é o ambiente onde ocorrem as maiores atrocidades com esses seres indefesos e inocentes que, na maioria das vezes, não têm a quem recorrer, sendo vitimados, injustamente, por aqueles que têm o dever legal protegê-los.

Tamanha perversidade, sem sombra de dúvidas, transforma familiares em verdadeiros terroristas da infância, porquanto a violência sexual intrafamiliar acarreta efeitos deletérios

para o resto da vida da vítima. Dito de outro modo, as cicatrizes do abuso sexual intrafamiliar estarão presentes na futura mãe, no futuro pai, na futura esposa, no futuro marido, ou seja, no futuro adulto. Aliás, esse é um dos principais motivos para que essas condutas não sejam toleradas, pois acarretam consequências perpétuas para as vítimas.

Nessa conjectura, deparamos com a própria dignidade da pessoa humana, qualidade intrínseca e inerente a todos os seres humanos, da qual a dignidade sexual faz parte. Consequentemente, são temas que necessitam ser trabalhados, assim como o próprio bem jurídico tutelado nesse tipo de criminalidade e o ponto de vista com base nos primados da vedação da proteção deficiente e da proibição do excesso acerca do tema.

Ademais, a verificação de como o sistema global dos direitos humanos tutela crianças e adolescentes é vértice que, inflexivelmente, se faz presente na pesquisa, já que pela Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, instrumento mais aceito da história da humanidade, foram traçadas diretrizes a serem implementadas por todos os países signatários, garantindo, assim, os direitos fundamentais e protegendo crianças e adolescentes de qualquer tipo de abuso, exploração e violência. Nesse sentido, analisar e expor como a Convenção, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no qual o Brasil se insere, e como o Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) enfrentam a temática da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes representa aporte riquíssimo para o enfrentamento ao problema.

Não obstante, um olhar expansivo ao cenário do Direito Comparado se faz necessário para verificarmos se o sistema jurídico brasileiro é suficientemente capaz de combater a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar, seja do ponto de vista constitucional, seja do ponto de vista penal. Dessa forma, a construção de argumentos sólidos tendo como parâmetro o sistema jurídico de países da América Latina (Argentina e Colômbia), da Europa (Espanha) e da África (África do Sul) merece ser cotejado na investigação.

Igualmente, a própria análise do sistema jurídico brasileiro é mister, já que somente com a análise da legislação penal, da jurisprudência e das principais leis no tocante à temática pesquisada em confrontação com o cenário do Direito Comparado poderemos chegar o mais próximo possível a uma resposta aproximada acerca da (in)eficácia da tutela penal constitucional de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais.

Por conseguinte, para que a pesquisa fique amparada em dados concretos, traçaremos o mapa da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil, utilizando a

base de dados estatística constante do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim como o relatório do banco de dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e o anuário brasileiro de segurança pública, os quais demonstram a magnitude desse tipo de criminalidade.

As dificuldades em prevenir, apurar e punir os crimes cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes dentro do ambiente familiar são inúmeras, necessitando de um verdadeiro aparato do poder público para que esses menores tenham, de fato, suas vozes escutadas e o comando constitucional do artigo 227, §4º, se faça presente.

Nessa encosta, pugnando o melhor enfrentamento ao tema, entendemos ser extremamente necessário conferir de que maneira seria possível evitar esse tipo de comportamento delitivo, fazendo-se, assim, necessário o comparecimento do Direito Penal da Periculosidade com medidas que evitariam a reincidência da prática delitiva, porque crianças e adolescentes não merecem estar suscetíveis à criminalidade desenfreada praticada por delinquentes que sequer mensuram a potencialidade lesiva de seus atos às vidas das vítimas.

Inexoravelmente, a proteção das crianças e dos adolescentes sempre foi uma grande preocupação do sistema jurídico brasileiro. Contudo, foi apenas após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989 (ONU) e do Estatuto da Criança e Adolescente no ano de 1990 (ECA) que o ordenamento jurídico brasileiro passou a preconizar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (menor sujeito de direitos), não mais adotando o regime anterior do menor em situação irregular (menor sujeito de proteção), do Código de Menores.

Todas essas discussões denotam que temos muitas questões mal resolvidas no plano interno em relação à incidência abrupta de delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar. Assim, é necessária uma tutela penal constitucional, realmente, efetiva que assegure os direitos fundamentais de crianças e adolescentes evitando que fiquem desamparados perante covarde criminalidade. Este é, incontestavelmente, o principal objetivo desta pesquisa científica: pugnar o melhor enfrentamento para alterar esse triste cenário.

2 ABORDAGEM HISTÓRICO-FILOSÓFICA

Com o escopo de ilustrarmos como a temática do abuso sexual no ambiente familiar se desenvolveu ao longo da história, é necessário, pois, realizarmos uma abordagem histórico-filosófica acerca deste tema tão delicado.

Destarte, recorreremos a Sigmund Freud que, na sua obra *Totem e Tabu*, alude que o homem pré-histórico, em certo sentido, ainda é nosso contemporâneo, já que muitos homens da nossa época estão bem mais próximos dos primitivos (selvagens) do que nós.

Desta forma, Freud entende que:

De los estados de desarrollo por los cuales atravesó el hombre de la prehistoria tenemos noticia merced a los monumentos y útiles inanimados que nos legó, a los conocimientos que sobre su arte, su religión y su concepción de la vida hemos recibido de manera directa o mediante la tradición contenida en sagas, mitos y cuentos tradicionales, y a los relictos que de su modo de pensar perduran en nuestros propios usos y costumbres. Pero, además, él es todavía en cierto sentido nuestro contemporáneo; viven seres humanos que, según creemos, están todavía muy próximos, mucho más que nosotros, a los primitivos, y en quienes vemos entonces los retoños directos y los representantes de los hombres tempranos. Tal es el juicio que formulamos acerca de los pueblos llamados salvajes y semisalvajes, cuya vida anímica cobra particular interés si nos es lícito discernirla como un estadio previo bien conservado de nuestro propio desarrollo (FREUD, 1991, p. 11).

Ainda nesse espectro, Christiane Sanderson (2005) leciona que em estudos de primatas também foi demonstrado que as fêmeas (mães) comprimem os genitais contra os genitais tanto de filhotes machos quanto fêmeas com o objetivo de ensiná-los a se acasalarem. Essa prática é crucial, pois se elas não o fizerem desta forma, a prole exibirá um acasalamento prejudicado na maioridade.

Segundo entendimento de Nelson Hungria, Cláudio Heleno Fragoso e Romão Cortês de Lacerda (1981, p. 103), “[...] desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício [...]”.

Nesse contexto histórico, os autores mencionam que para os hebreus, se a vítima do crime de estupro fosse “[...] moça desposada (prometida em casamento), o inculpaado pagava com a própria vida [...] ‘*Sin autem in agro repererit vir puellam, quae desponsata est, et apprehendens concubuerit cum ea, ipse morietur solus*’ (Deuteronômio, capítulo XXII, 25)”. (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

Já entre os “[...] egípcios, infligia-se ao violentador a pena de mutilação [...]” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103). Entretanto, na Grécia antiga,

primeiramente, a pena era de multa simples, porém, em um segundo momento, com o objetivo de “[...] conjurar os abusos, foi cominada a pena de morte, que veio a tornar-se invariável, abolindo-se a alternativa (anteriormente consentida) entre ela e o casamento sem dote [...]” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

Outrossim, no Direito Romano, levava-se mais em consideração o emprego da força do que a própria finalidade do agente. Assim, a posse sexual violenta representava espécie “[...] do crime vis, incidindo sob a *Lex Julia de vi publica*, segundo reporta Marciano (*D., ad Legem Juliam de vi publica*, 3, §4º): *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit [...]*”, e a pena era a de morte (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

Do mesmo modo, na Idade Média, a exemplo da nossa primitiva Legislação Penal (Ordenações Filipinas), a pena de morte também aplicava-se aos “*réus de stuprum violentum*”, não sendo excluída, nem mesmo, na hipótese do casamento da vítima com o réu (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

No entanto, no cenário pátrio:

O Código de 1830, seguindo, aliás, na trilha dos alvarás de 19 de junho de 1775 e de 6 de outubro de 1784, abrandou a pena: prisão por três a 12 anos e dote à ofendida (art. 222). O casamento desta com o seu ofensor extinguiu a pena (art.225). O primeiro Código republicano (reservando o nome estupro para designar a cópula violenta) foi ainda mais benigno: prisão celular por um a seis anos (aumentada de quarta parte, se havia concurso de duas ou mais pessoas), mantida a obrigação de dotar a ofendida, bem como a extinção da punibilidade pelo subsequens matrimonium (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

Por sua vez:

[...] o alvará de 6 de outubro de 1784 empregava o verbo ‘estuprar’ no sentido romanístico, e o mesmo fazia o Código de 1830, que incluía, sob a rubrica de estupro, vários crimes sexuais (defloramento, cópula violenta, atentado ao pudor, sedução) [...]. [Entretanto, o] Código de 1890 reservava o nome de estupro para designar ‘o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não’. É o mesmo critério do Código atual (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 105).

Ainda nessa linha, José Antônio Daltoé Cezar (2017) alude que os maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes, notadamente, quando se revestem de atos sexuais abusivos, não têm sua origem em tempos recentes, não resultando do liberalismo sexual “[...] que se iniciou no século XX, principalmente após o advento da psicanálise. Eis que registros

históricos informam que sempre foram praticados, em todos os tempos e em todas as culturas, independentemente de classes sociais [...]” (CEZAR, 2017, p. 179).

Desta forma, é possível perceber que se trata de um tipo de criminalidade carregada de aspectos culturais, fato que, indubitavelmente, nos remete aos primórdios do Direito Penal, justamente, porque ao longo do curso da História, o Direito Penal construiu-se teoricamente lastrado em valores inerentes à cultura soberana. A partir daí, seletou e esculpiu os fatos caracterizadores de crimes, bem como os critérios para fins de configuração da responsabilidade penal e as respectivas consequências no campo jurídico (ANTONELLO, 2020).

Além disso, de acordo com René Girard (2008, p. 13), a violência que não for saciada procura e sempre acaba encontrando uma vítima alternativa para saciar a saciá-la. Consequentemente, “[...] a criatura que excitava sua fúria é repentinamente substituída por outra, que não possui característica alguma que atraia sobre si a ira do violento, a não ser o fato de ser VULNERÁVEL e de estar passando a seu alcance [...]”.

Com relação à cultura dos abusos sexuais a crianças e adolescentes, Maria Berenice Dias (2017, p. 319) esclarece que “[...] o incesto é tão antigo quanto o próprio homem, pois é inerente à natureza humana, sendo possível dizer que é um sentimento democrático e universal. O ser humano é um ser biológico, produto da natureza, e, ao mesmo tempo, é um ser social, fruto da cultura [...]”.

Ademais, em que pese as sociedades primitivas, e, até mesmo, algumas pouco desenvolvidas no cenário contemporâneo possuírem entendimentos em sentido contrário, é uniforme o entendimento de que qualquer organização social se estrutura a partir da proibição do incesto. Essa prática perversa, ao longo da história do homem, nos mostrou ser anticivilizatória, cujos efeitos nocivos são cruéis, vitimizando todos os que direta ou indiretamente se envolvem no episódio de abuso sexual na família (DIAS, 2017).

Sobre o tema, Hilda Marchiori alude que:

La relación sexual entre parientes consanguíneos. Otras definiciones son formuladas en términos sociológicos y psicológicos refiriéndose a la índole de la relación sexual dentro de las familias que interfieren con las funciones normales familiares, sin considerar la relación biológica, así el incesto puede comprender a parientes adoptivos o padratos, hermanastros y abuelos adoptivos (MARCHIORI, 1998, p. 81).

Entretanto, Freud explicita que alguns povos aborígenes australianos possuem aversão a condutas incestuosas, algo que permaneceu um mistério para ele mesmo: “Así pues, estos salvajes nos muestran un grado insólitamente alto de horror o sensibilidad al incesto, conectado con la peculiaridad, que no entendemos bien, de sustituir el parentesco consanguíneo real por el parentesco totémico.” (FREUD, 1991, p. 16).

Nessa vertente, o filósofo francês Michel Foucault pondera que:

[...] toda uma política de proteção à infância ou de tutela dos menores “em perigo” tinha por objetivo, em parte, sua retirada das famílias suspeitas — por falta de espaço, proximidade dúbia, hábito de devassidão, “primitivismo” selvagem, ou degenerescência — de praticarem o incesto. Enquanto o dispositivo de sexualidade, desde o século XVIII intensificara as relações afetivas, as proximidades corporais entre pais e filhos, enquanto houvera uma constante incitação ao incesto na família burguesa, o regime de sexualidade aplicado às classes populares implica, ao contrário, na exclusão das práticas do incesto ou, pelo menos, em seu deslocamento para outra forma. Na época em que o incesto é, de um lado, perseguido como conduta, a psicanálise, do outro lado, empenha-se em revelá-lo como desejo e em eliminar, para os que sofrem, o rigor que o recalca. Não se deve esquecer que a descoberta do Édipo foi contemporânea da organização jurídica da perda do poder paterno (na França, através das leis de 1889 e 1898). No momento em que Freud descobria qual era o desejo de Dora, e permitia-lhe raanifestar-se, havia quem se armasse para desatar, em outras camadas sociais, todas essas proximidades condenáveis; o pai, por um lado, era erigido em objeto de amor obrigatório; mas por outro lado, se fosse amante, era proscrito pela lei (FOUCAULT, 1999, p. 170).

Christiane Sanderson (2005, p. 5-6) explica que os padrões históricos do abuso sexual infantil, conforme estudos do norte-americano Lloyd deMause, evidenciam “[...] que ele sempre foi difundido, mas nem sempre registrado como abuso sexual, por causa de atitudes prevalentes em relação a crianças na época [...]”. Ou seja, “[...] a evolução da infância é caracterizada por se passar do incesto com crianças para o amor a crianças, do abuso em crianças para a empatia com crianças [...]”.

De fato, “[...] o abuso sexual em crianças (ASC) é de natureza social, tendo em vista que é influenciado de maneira intensa pela cultura e pelo tempo histórico em que ocorre, o que dificulta estabelecer uma definição aceita universalmente [...]”. Ademais, “[...] a definição de abuso e de criança varia nas diferentes culturas. Isso ocorre também em relação à definição de maioridade. Alguns países consideram a maioridade a partir de 13 anos e outros, a partir de 16 [...]” (SANDERSON, 2005, p. 1).

Em tentativa aproximada, a Sanderson (2005) alude¹ que o abuso sexual infantil consiste em forçar ou incitar uma criança ou um adolescente a ingressar em atividades sexuais, pouco importando se estejam ou não cientes do que, realmente, está ocorrendo. As atividades sexuais podem envolver contato físico, incluindo atos penetrantes (por exemplo, estupro ou sdomia) e atos não penetrantes. Pode, até mesmo, incluir atividades sem qualquer tipo de contato físico, como, por exemplo, levar uma criança para olhar ou produzir material pornográfico ou, ainda, assistir a atividades sexuais, bem como encorajá-la a comportar-se de modo sexualmente inapropriado.

Por sua vez, o conceito de violência sexual intrafamiliar implanta quaisquer tipos de atos sexuais impostos à criança ou ao adolescente por qualquer pessoa que pertença ao grupo familiar, ou, até mesmo, fora dela, desde que abuse de sua posição de poder e confiança. Nesse espectro, quando ocorre dentro da família, essa violência compreende o pai, a mãe, os padrastos, as madrastas, os amigos residentes homens e/ou mulheres da família, os tios, as tias, os irmãos, as irmãs, os irmãos adotivos, os avós, os primos. Dito de outro modo, inserindo todas as outras combinações de parentes homens e mulheres na família ampliada (SANDERSON, 2005).

No entendimento de Felipe Alonso Monge, a questão do abuso sexual familiar é complexa e guarda um notável conservadorismo, já que:

Hay una gran complejidad en el abordaje de este tipo de familias y un drama sexual en las víctimas. Pero también es verdad que frente al ataque del mito fundador se prefiere pensar que la víctima es perversa o enferma, negando todo y no reconociendo el trauma porque si no toda la familia se sentiría cuestionada. El rechazo de la realidad les evita las consecuencias del trauma familiar, es decir, la crisis de la familia con las ideas de haber hecho mal o bien el papel de los padres (MONGE, 2002, p. 162).

Sobre o tema, Maria Regina Fay Azambuja (2017) explicita a magnitude da lesividade do problema, sobretudo, no âmbito familiar, uma vez que é na família que a violência praticada contra a criança e o adolescente recebem maior importância, especialmente a violência física, psicológica, a negligência e a violência sexual. A dependência que a criança e o adolescente possuem em relação aos adultos e a pouca visibilidade que a violência intrafamiliar costuma apresentar representam fatores que colaboram para os seus elevados índices. Desse modo, considerando todas as formas de violência, a sexual é a que enseja

¹ Ao citar o conceito do Departamento de Saúde do Reino Unido – 2003.

maiores dificuldades de manejo, não só por parte da família como também dos profissionais que se envolvem com suas consequências dessa violência. Notadamente, as sequelas que dela decorrem costumam cobrar um elevado preço, com efeitos deletérios perdurando ao longo de toda a vida da vítima, e não raras vezes se transmitindo às gerações futuras.

Nessa vertente, Martha de Toledo Machado (2008) explica que para o adulto o dever de abstenção em praticar ato sexual de relevo com ou contra uma criança e/ou adolescente possui baixa relevância, porquanto ele pode exercitar livremente a sua sexualidade em relação aos demais adultos. Entretanto, esses atos possuem potente significância para a integridade da vítima, resultando nas consequências do abuso, da violência ou da exploração sexual.

Recorrendo à lição de Jorge Trindade (2012, p. 401), descobrimos que o abuso sexual infantil, mesmo sendo um tabu presente nas sociedades ocidentais, é tema um que ocasiona [...] indignação a genitores e aos cidadãos em geral, de modo que psicólogos, magistrados, educadores, e especialistas não podem, enquanto seres humanos, serem indiferentes aos sentimentos de medo, de angústia e, em certas situações, de verdadeiro terror [...].”

Consequentemente, essa temática apresenta-se extremamente complexa, capaz de causar potente impacto, tornando muito complicada a sua identificação, o seu diagnóstico e a adequada intervenção.

3 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Inexoravelmente, visando a aprimorar o enfrentamento aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar, é mandatário estudarmos a questão a partir do enfoque constitucional, razão pela qual nos reportamos, brevemente, aos ensinamentos de Hans Kelsen, na obra Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998).

O histórico autor afirma que a ordem jurídica não é um sistema no qual as normas estão conectadas num mesmo plano horizontal, pelo contrário, estão escalonadas a partir de diferentes camadas ou níveis verticais. Estas normas possuem uma conexão de dependência no tocante ao plano de validade em que foi produzida e está apoiada em outra norma preexistente; ou seja, temos aqui a pirâmide de Kelsen na qual todas as normas partem da norma fundamental - que no caso seria a Constituição Federal (BRASIL, 1988) - para as demais normas hierarquizadas em razão da dependência no que se refere à norma fundamental (normas supralegais, leis, decretos, portarias, etc.).

Desta feita, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) apresenta no corpo do artigo 227 a disposição de proteção às crianças e aos adolescentes, informando, que será exercida com “absoluta prioridade” em relação à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, à negligência, à exploração, à violência e à crueldade (BRASIL, 1988).

Já no §4º do artigo supramencionado, existe referência ao mandado constitucional de criminalização de condutas que atentem contra o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes, que se constituem de condutas espúrias nas quais a “lei punirá severamente” o autor que praticá-las, *in verbis*:

CRFB - Art. 227. É 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 colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (BRASIL, 1988, doc. eletrônico).

Igualmente, consideramos essencial observar que à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990b), legislação pátria

que regulamentou a proteção integral de crianças e adolescentes no cenário pátrio, em consonância com a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e com a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 (BRASIL, 1990a).

Pelo Estatuto, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Todavia, em que pese esse entendimento previsto no ECA distinguir criança e adolescente de acordo com o critério etário, o mesmo não ocorreu na Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989, porquanto considera como “[...] criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade [...]” (UNICEF, 2017, doc. eletrônico).

Além disso, segundo Maria Berenice Dias, é certo que:

A Constituição Federal assegura, com absoluta prioridade, proteção integral a crianças e adolescentes e direito à convivência familiar (art. 227 da CF/1988). Isso significa que são reconhecidos como sujeitos de direito, isto é, têm direito de serem ouvidos, de serem acreditados. E a proteção integral nem sempre está garantida quando se fecha a porta da casa. O incesto é um crime que acontece entre quatro paredes, no interior do *lar doce lar*. Em nome do amor, os pais usam o corpo dos próprios filhos para satisfazer desejos sexuais (DIAS, 2017, p. 341).

Para enfrentar o problema, é necessário observar o liame existente entre o direito constitucional e o direito penal, de modo muito estreito, já que Carta Maior da nação constitui “[...] a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 130).

Nessa esfera, Sbardellotto (2001, p. 82) alude que, inflexivelmente, “[...] o Direito Penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode ficar imune à filtragem constitucional, extraindo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição seu conteúdo material e sua legitimação [...]”.

Destarte, o poder público não pode se eximir de reprimir e responsabilizar os delinquentes sexuais que praticarem abusos sexuais contra crianças e adolescentes, na medida em que o comando constitucional presente no artigo 227, §4º, da CRFB/88 é bastante claro nesse sentido, como também atua como “[...] uma forma de demonstrar à sociedade a reprovabilidade de tal proceder. Ainda, trata-se de uma resposta positiva que a sociedade organizada dirige à criança vítima, que assim é valorada como sujeito de direitos [...]” (CEZAR, 2017, p. 180).

No atual modelo constitucional, a responsabilização do abusador, imputável ou não, obrigatoriamente decorre de medida judicial, cuja construção, para que tenha validade, além de observar rigorosamente os princípios do contraditório e da ampla defesa e as normas processuais pertinentes a cada caso, possui como participantes indispensáveis o juiz, o Ministério Público e o advogado (CEZAR, 2017, p. 180).

Rogério Greco ilustra, com maestria, que:

Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa encontra-se na Constituição Federal. Os valores abrigados pela Carta Magna, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais (GRECO, 2017b, p. 43).

Por conseguinte, o autor aponta a Constituição Federal de 1988 em seu papel duplo na esfera penal, cabendo por um lado orientar o legislador para que este escolha os valores avaliados como indispensáveis para a continuidade da sociedade, e, por outro, fornecer uma visão garantista do Direito Penal, impedindo que o legislado com suposta finalidade de tutelar bens, comine condutas violadoras de direitos fundamentais conferidos a toda pessoa humana - consagrados e protegidos no texto constitucional. Desta forma, “[...] a Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores [...]” (GRECO, 2017b, p. 49). Assim, o legislador infraconstitucional não poderá vedar ou atribuir determinados comportamentos, com o fito de ameaçar a imposição de uma sanção penal, uma vez que o fundamento de validade das leis é a Constituição, que protege a todos da arrogância e da prepotência do Estado, assegurando direitos e garantias contra qualquer tipo de ameaça aos direitos fundamentais.

Além disso, o Direito Penal afeiçoa-se como o “[...] conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica [...]” (NORONHA, 2004, p. 4). Ademais, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 128), “[...] toda norma jurídica surge de uma decisão política [...]”.

Nesse passo, os autores aludem que:

Toda norma jurídica traduz uma decisão política. A decisão política dá origem à norma jurídica, mas isto não implica que a norma jurídica fique submetida absolutamente à decisão política. Ninguém pode argumentar que a norma não traduz adequadamente a decisão política, para defender que está proibido o que a ordem jurídica não proíbe, mesmo que esta tenha sido a vontade do legislador. A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 128).

Já Luigi Ferrajoli (2002, p. 185), na obra “Direito e Razão”, defende que “[...] a doutrina iluminista da separação entre direito e moral elaborou, a um só tempo, o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo [...]”. Ferrajoli remete ao fato de que através do princípio da legalidade, considera-se delito, apenas, aquilo que é vedado por lei, ou seja, aquilo que é somente reprovável não seria delito, uma vez que o delito exige, *stricto sensu*, que as vedações legais sejam formuladas, individualizando taxativamente os comportamentos proibitivos.

Entretanto, Robert Dworkin (2002) acena que a distinção realizada por Hart entre regras primárias e secundárias é fundamental, na medida em que as regras primárias seriam aquelas que outorgam direitos ou conferem obrigações aos membros de uma comunidade, ao passo que, regras secundárias seriam as que versam sobre como e por quem tais regras poderiam ser elaboradas, declaradas legais, alteradas ou, até mesmo, abolidas.

Não obstante, através de Kelsen (2003, p. 91) encontramos posicionamento de que “[...] a imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito [...]”. Logo, de acordo com o pensamento Kelseniano, a consequência do ilícito é imputada ao próprio ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa.

Desta forma, entendemos ser necessária uma abordagem humana no tocante aos crimes contra a dignidade sexual, na medida em que existe uma ligação imediata entre o bem jurídico tutelado (dignidade sexual) e a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional maestro do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2014, p. 7), a ciência jurídica própria do direito penal humano não deve impor em nossos dias outra tarefa diversa “[...] *que la de profundizar e impulsar la constitucionalización del derecho penal conforme a su más elemental premisa antropológica* [...]”, ou seja, o direito penal humano deve ser aprofundado e ter por finalidade

a promoção de sua constitucionalização conforme suas elementares premissas antropológicas. Quando a Constituição for lida, ela não deve ser interpretada como um mero enunciado de regras limitativas expressas, ao passo que deve ser interpretada no sentido de que constitucionalização significa personificação, isto é, “[...] *toda norma debe entenderse conforme al marco general de que todo ser humano es una persona* [...]” (ZAFFARONI, 2014, p. 7).

Ao se tratar da proteção à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2002) aponta que a sociedade ainda não conseguiu encontrar uma maneira satisfatória que seja eficaz à proteção da dignidade humana (dos humanos), constituindo-se num permanente desafio, o qual carece de respostas. Além disso, trata-se do Princípio regente do Estado Democrático de Direito, com morada no art. 1º, III, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Não obstante, a dignidade humana, no seu substrato dignidade sexual, notadamente, pela relevância ao tema, faz-se necessária sua inserção no primeiro tópico deste trabalho acadêmico.

3.1 DA DIGNIDADE SEXUAL

Segundo Foucault (1999, p. 141), “[...] a família é o permutador da sexualidade com a aliança: transporta a lei e a dimensão do jurídico para o dispositivo de sexualidade; e a economia do prazer e a intensidade das sensações para o regime da aliança [...]”. Desta forma:

Essa fixação do dispositivo de aliança e do dispositivo de sexualidade na forma da família permite compreender certo número de fatos: que a família se tenha tornado, a partir do século XVIII, lugar obrigatório de afetos, de sentimentos, de amor; que a sexualidade tenha, como ponto privilegiado de eclosão, a família; que, por esta razão, ela nasça “incestuosa” (FOUCAULT, 1999, p. 141).

A despeito do enfoque filosófico, consoante o que vimos até aqui, a dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Sarlet, significa:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como

venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

Partindo dessa premissa, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 31) alude que “[...] a dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um [...]”. Além disso, a sexualidade associa-se à respeitabilidade, à autoestima, à intimidade e à vida privada das pessoas, autorizando que o ser humano possa realizar-se sexualmente, satisfazendo suas necessidades como bem lhe agradar, sem que haja qualquer tipo de interferência estatal ou social no desenvolvimento de sua vida íntima. Por certo que essa satisfação sexual, necessariamente, deve ocorrer dentro da esfera da estrita legalidade, sem que ocorra lesão ou perigo de lesão contra direito de outrem ou interesse social relevante, na medida em que não é tolerado pelo ordenamento jurídico que ocorra relação sexual invasora da intimidade ou da vida privada alheia, seja sem o devido consentimento, seja com o emprego de violência ou grave ameaça (NUCCI, 2014).

Nucci (2014, p. 31) refere que “[...] no campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal [...]”.

Sob o ponto de vista penal, entende-se que quando ocorrer qualquer tipo de coerção sexual não consentida, tem-se hipótese configurada de violência sexual, e, por imediato, lesão à dignidade sexual. Ao mesmo tempo, “[...] releva destacar, como bem jurídico penal, a formação moral das crianças e adolescentes, de modo que seu amadurecimento sexual necessite da proteção estatal, ao menos em determinadas faixas etárias [...]” (NUCCI, 2014, p. 31). Ainda na esfera penal, afigura-se vítima de crime contra a dignidade sexual aquele que foi coagido, física ou moralmente, a participar da satisfação da lascívia de outrem, sem a devida vênia para a realização do ato.

A dignidade sexual não deve ser observada por meio de critérios conservadores, moralistas ou religiosos, já que a dignidade sexual refere-se, essencialmente, à autoestima do ser humano, em sua vida íntima e privacidade sexual, não cabendo qualquer tipo de intervenção estatal nesse contexto. O Estado legisla para prevenir ações violentas entre adultos ou quando envolver crianças e adolescentes menores de quatorze anos de idade, ocasião em que a vulnerabilidade absoluta é lei, mesmo que ocorra com consentimento (NUCCI, 2014).

Para Rogério Greco (2017b), o crime de estupro, por exemplo, atingiria tanto a liberdade sexual quanto a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual e pode ter como vítima do delito tanto homem, quanto a mulher.

Em sentido similar, Lorette Garcia Sandevillee (1995, p. 5), discorre que no enfoque jurídico, a violência dos crimes sexuais deve ser inteiramente desvinculada da questão moral, já que “[...] atingem mormente a personalidade humana [...]”, desta feita, tais infrações consideram-se invasões à vida privada da vítima, que têm sua liberdade sexual, e por consequência, dignidade sexual atingidas.

Ademais, nesse passo, nos reportamos ao artigo 111, inciso V, do Código Penal de 1940, o qual, em respeito à dignidade sexual das crianças e adolescentes, alude que nos crimes previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva, somente, vai começar a fluir a partir da data em que a vítima completar dezoito anos de idade, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal (CUNHA, R. S., 2020).

A liberdade sexual é direito de dispor do próprio corpo, cada pessoa tem o direito dentro de sua esfera individual para escolher o seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que entender adequado. A lei tutela o critério referente à eleição sexual que todos desfrutam na sociedade (MASSON, 2020).

De tal modo, Hungria e Lacerda destacavam importante alusão a respeito da liberdade sexual, no sentido de que a atividade sexual:

[...] reclama, como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre convencimento nas relações sexuais. É o que a lei penal, segundo a rubrica do presente capítulo, denomina liberdade sexual. É a liberdade do próprio corpo no tocante aos fins sexuais. A lesão desse bem ou interesse jurídico pode ocorrer mediante violência (física ou moral) ou mediante fraude. Uma vence, outra ilude a oposição da vítima (HUNGRIA; LACERDA, 1954, p. 102).

Marco Antonio Marques da Silva, intensamente, menciona que a dignidade é inerente às relações humanas, no sentido de que:

A dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser tratado sempre de modo diferenciado em face de sua natureza racional. É no relacionamento entre as pessoas e o mundo exterior e entre o Estado e a pessoa que se exteriorizam os limites da interferência no âmbito desta dignidade. O seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania

popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito (SILVA, 2001, p. 1).

Nesse cenário, Daniel Sarmiento (2016, p. 89) entende que “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa, e não a tutelar aspectos previamente recortados da sua personalidade e dos seus direitos [...]”.

De fato, segundo Machado (2008, p. 153) “[...] a família que merece (e deve merecer) o incondicional respeito do Estado é aquela que preserva a dignidade e a integridade de todos os seus membros [...]”. Nesse sentido, as “[...] crianças e adolescentes que, por sua vulnerabilidade, própria da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, demandam proteção do Estado em grau maior e diverso (em relação às noções de dignidade e integridade) [...]” (MACHADO, 2008, p. 153).

Consequentemente, Masson (2020) alude como a dignidade é condição inerente a todas as pessoas, sem qualquer distinção, isso ocorre em decorrência da condição elevada do ser humano. Deste modo, a dignidade da pessoa humana não gera reflexos apenas nas esferas física, moral e patrimonial, mas também no âmbito sexual. Com efeito, toda e qualquer pessoa humana tem o direito de exigir respeito no âmbito da sua vida sexual, bem como o dever de respeitar as opções sexuais alheias. Cabendo ao Estado o papel de assegurar os meios necessários para que todos busquem a satisfação sexual de forma digna, livre de qualquer tipo de violência, grave ameaça ou exploração.

Portanto, entendemos que a dignidade sexual está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, fazendo parte daquele núcleo essencial indisponível e inalienável pertencente a todo ser humano. Na medida em que violada a dignidade sexual, inexoravelmente, restará violada a dignidade humana da vítima.

Feitas estas considerações, nos reportaremos ao tema do bem jurídico tutelado no alcance da pesquisa, justamente, por ser a temática delimitadora do alcance da tutela penal a ser trabalhada nos próximos Capítulos.

3.2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO

O Direito Penal que está vigente em nosso país, desde os primórdios da colonização até o implemento do atual Código e a maior parte da legislação penal esparsa, tem sido

marcada, notadamente, por características que norteiam o interesse, meramente, individual (SBARDELOTTO, 2001).

Dito de outra forma, o Direito Penal replica “[...] a ideologia de camadas sociais dominantes que, formalmente, sob os auspícios do Liberalismo, apregoam a igualdade entre todos os cidadãos, quando, na verdade, constitui-se em instrumento [...]” voltado à manutenção do *status quo* dominante, de uma realidade jurídica e social construída, sobretudo, sob a ótica de um Estado Liberal (SBARDELOTTO, 2001, p. 113).

Desse modo, torna-se necessário apresentarmos distintas visões acerca do significado do conceito de bem jurídico, a partir do ponto de vista de doutrinadores que buscaram justificar a tutela penal através de ponderações.

Assim, para Claus Roxin, o conceito de bem jurídico não estaria atrelado a um conceito “pessoal” de bem jurídico similar ao desenvolvido por Rudolphi, Marx e Hassemer de acordo com o projeto alternativo alemão, mas, sim, ao conceito “geral” de bens jurídicos, desde que sejam bens jurídicos universais, ou seja, que possam ser transmitidos e reconhecidos por todos. Tais elementos devem possuir objetos legítimos de proteção das normas que subjazem às condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (proteção à vida, ao corpo, à liberdade de atuação, à propriedade, etc.), de modo que as instituições estatais adequadas para este fim, também, sejam denominadas de bens jurídicos (ROXIN, 2018). Para o autor alemão:

O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica (ROXIN, 2018, p. 20).

No entanto, Roxin (2018) menciona que a ciência do Direito Penal Alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico, ou seja, o direito penal deveria proteger apenas os bens jurídicos concretos, relevantes, e não convicções políticas, morais, ideológicas, religiosas ou sentimentais. Apesar de existir essa visão pragmática, o legislador alemão, anos mais tarde (em relação ao pós-guerra), reformulou integralmente o direito penal no âmbito sexual. Tal reforma, ocorreu em razão da forte influência que adveio da teoria da proteção aos bens jurídicos, o que ensejou em um capítulo exclusivo destinado aos crimes sexuais no Código Penal Alemão através da nova

roupagem do nome *iuris* “Delitos e contravenções contra a moralidade”, passando para “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”. Com isso, a moralidade já não era mais um bem jurídico penalmente tutelado, pois não seria um bem jurídico, ao contrário dos delitos puníveis contra a autodeterminação sexual. A reforma do direito penal alemão no âmbito sexual foi concluída apenas no ano de 1973, apesar de sofrer resistência por grande parte da doutrina no tocante à aceitação e reconhecimento como bem jurídico.

Roxin (2018, p. 14) resume com habilidade o que, realmente, ocorreu na Alemanha naquela época: “[...] ao se negar a grande influência do conceito de bem jurídico de então, desconhece-se, ademais, que o projeto alternativo ‘delitos sexuais’, que toma como base a teoria do bem jurídico, foi o modelo do legislador [...]”. Portanto, foi uma vitória da proteção ao bem jurídico em sentido estrito, sobre a visão moralista da época.

Entretanto, Günther Jakobs (2018, p. 81) entende que, “[...] assim como o conceito de norma, o conceito de bem jurídico *per se* permanece substancialmente vazio, sem pressupostos complementares para a realização de um Direito Penal legítimo [...]”. Na visão de Jakobs (2018, p. 81), “[...] o dano a ser prevenido por meio do Direito Penal não é o dano aos bens de qualquer pessoa, mas sim um dano social, mais precisamente a iminente erosão da vigência da norma por um fato punível [...]”.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 418) o “[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam [...]”.

É impossível a existência de uma conduta típica que não atente contra um bem jurídico na esfera penal, posto que “[...] os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 418).

Zaffaroni e Pierangeli (2018) contextualizam que para o Direito Penal o bem jurídico é imprescindível, afirmação em sentido contrário seria “irracional”, pois as razões fundamentais dos bens jurídicos seriam duas: a primeira decorre da função garantidora que surge a partir do princípio republicano; enquanto a segunda, seria uma função teleológico-sistemática que determina a proibição manifestada do tipo e o limita. Ambas seriam cogentes para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

De modo geral, a doutrina e os códigos classificam os tipos penais de acordo com os bens jurídicos tutelados, podendo classificar os bens jurídicos na esfera particular (a pessoa, a honra, a dignidade sexual, o estado civil, a liberdade, a propriedade, a segurança pública, a

ordem pública, a segurança nacional, os poderes públicos e a ordem constitucional, a administração pública, a fé pública), na esfera da intensidade de afetação (básicos ou fundamentais, qualificados agravados ou qualificados atenuados/privilegiados) e de acordo com o número de bens jurídicos (simples ou complexos).

Neste sentido:

Aqueles que entendem que o homem existe para o Estado, se utilizarão de um conceito transcendente do direito – o direito não existe para o homem, e sim o homem para o direito – e o conceito de bem jurídico desaparecerá, ou então se sustentará que o único titular dos bens jurídicos é o Estado e até o próprio homem um bem jurídico do Estado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 419).

Inexoravelmente, “[...] o bem jurídico, pois, é algo concreto, representativo da vida do corpo social, configurando-se numa síntese normativa, definida pelo ordenamento jurídico, de uma relação social determinada e dinâmica [...]” (SBARDELOTTO, 2001, p. 119).

Já na visão de Kelsen (2003, p. 79), “[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência [...]”. Afirma ainda que, na interpretação científica é necessário que o legislador formule normas jurídicas que evitem a pluralidade de significações, para que se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica. Desta forma, o bem jurídico tutelado seria devidamente protegido de interpretações equivocadas (KELSEN, 2003).

No mesmo sentido, Kelsen defende que inexitem as chamadas lacunas da lei, em decorrência do fato de que o sistema jurídico regula, positiva ou negativamente, todas as condutas humanas já que o ordenamento jurídico se assenta sobre um princípio lógico que determina a sua completude (PÍTSICA; PITSICA, 2008). Esse princípio apresenta à máxima de que “tudo o que não está proibido é permitido”, de tal modo, o que realmente existe são “lacunas axiológicas” que representam casos cuja solução jurídica é tida como indesejável ou injusta (PÍTSICA; PITSICA, 2008).

Rogério Greco pondera que:

O nome dado a um título ou mesmo a um capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, mediante uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, em que se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas (GRECO, 2017a, p. 81).

Nesse sentido, Greco (2017a) cita o exemplo do que ocorre com o crime de estupro, o qual se encontra inserido no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual, mas que em sentido mais amplo abarca a própria dignidade sexual, uma vez que o capítulo mencionado, por sua vez, encontra-se dentro do título referente à dignidade sexual.

Não obstante, apesar de ter prevalecido a expressão “Dos crimes contra a dignidade sexual”, é possível enxergar o desenvolvimento sexual como outro bem a ser protegido em alguns tipos penais do título VI do Código Penal de 1940. Desta forma, seria possível elencar como bens juridicamente tutelados: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual (GRECO, 2017a).

Na mesma linha, Francisco Muñoz Conde (2004) entende que a liberdade sexual não é o único bem jurídico protegido no que se refere aos crimes sexuais. Para Cezar Roberto Bitencourt (2020), indiscutivelmente, em alguns crimes sexuais, como no estupro e no estupro de vulnerável, ao lado da liberdade individual, lesam-se outros bens jurídicos. A agressão à liberdade individual é um meio comissivo no qual se valora dentro de outro crime, configurando um delito complexo, perdendo sua autonomia típica, embora não perca sua independência substancial como bem jurídico necessitado e capaz de receber a tutela fornecida pelo Direito Penal (CONDE, 2004).

Ademais, para Bitencourt:

A liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, independente, distinto da liberdade geral, com idoneidade para receber, autonomamente, a proteção penal. Reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras (não jurídicas) que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente (BITENCOURT, 2020, p. 44).

Na mesma vertente, Muñoz Conde (2004) alude que a liberdade sexual possui intrinsecamente autonomia própria e, embora os ataques intimidatórios e violentos à própria liberdade sexual sejam, igualmente, ataques à liberdade da vítima, podendo ser punidos como tais, o fato determinante é a sua referência à conotação sexual, ensejando na tutela penal própria da dignidade sexual.

Segundo Cleber Masson (2020, p. 58), “[...] o ordenamento jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis [...]”. Deste modo, para a caracterização destes crimes “[...] é irrelevante o dissenso da vítima [...]”, já que a lei despreza o consentimento de vulneráveis, por estabelecer critérios para concluir pela “[...] ausência de vontade penalmente relevante [...]” emanada destas pessoas. Fatalmente, o aperfeiçoamento desses delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Por sua vez, Fernando Capez (2012, p. 22) leciona que “[...] a tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências [...]”. Assim, tendo o valor vida humana como “[...] pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial [...]”. Logo, “[...] a tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade [...]”.

Já Guilherme de Souza Nucci relaciona que a ideia de que o bem se insere no interesse, consistindo em algo que abarque alguém, já que gera algum tipo de benefício para essa pessoa, podendo ser algum benefício proveitoso ou benéfico. Desta feita, “[...] o bem teria o significado de ser humano, com possibilidades de satisfazer de algum modo, podendo cuidar-se de coisas corpóreas ou incorpóreas [...]” (NUCCI, 2014, p. 29).

Por conseguinte, deve ser levado em consideração o fato de que no Direito Penal vige o princípio da intervenção mínima, o qual possui corolário vinculado ao princípio da ofensividade, significando que o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos efetivamente relevantes para que ocorra a garantia da segurança social. No tocante à apuração da relevância do interesse social, no sentido de que se possa constituir um bem jurídico penal, deve-se realizar, periodicamente, uma análise do contexto social em que o bem jurídico estiver inserido. Essa análise deve ser feita de acordo com a evolução dos costumes e das tradições, sendo acompanhada com o grau de desenvolvimento das relações humanas e sua inteligência em relação aos bens disponíveis e indisponíveis (NUCCI, 2014). Na visão de Nucci (2014, p. 30), seria “[...] inviável a paralisação interpretativa do alcance e importância de um bem jurídico penal, visto que a modernidade da evolução do Direito impõe a revisão dos conceitos de tempos em tempos [...]”.

Nesse passo, pensa-se oportuno remeter ao entendimento de Santiago Mir Puig, pois:

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (PUIG, 1982, p. 40).

Heringer Júnior (2012, p. 106) alude sobre a importância de o Direito Penal observar e manter o seu caráter subsidiário, já que somente desta forma “[...] buscaria assegurar a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da existência, coibindo os ataques mais graves contra eles. Com essa função, garantiria uma esfera de normatividade mínima, apta a orientar os cidadãos na realização de seus projetos de vida [...]”.

Outrossim, entendemos que o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito deve, acima de tudo, “[...] romper as barreiras das noções clássicas, que sustentam toda a teoria do bem jurídico sobre ideologias que, de maneira insidiosa, representam a tradução dos interesses ligados às classes hegemônicas, o que acarreta, em essência, por imunizá-las [...]” da incidência do Direito Penal incriminadoro processo incriminador (SBARDELOTTO, 2001, p. 117).

Destarte, depreendemos que o bem jurídico penal é constituído de um interesse relevante e atual, condições que o fazem ser merecedor da tutela do Estado por intermédio do Direito Penal, com observância de que este deve atuar, sempre, a título de *ultima ratio*.

Portanto, no âmbito do Direito Penal, alguns bens jurídicos são, necessariamente, mais relevantes do que os outros, a exemplo da vida, da saúde, da família, da incolumidade pública, do meio ambiente, da segurança, da integridade física, da justiça, e, claro, das dignidades humana e sexual, dentre outros.

3.3 PROIBIÇÃO DO EXCESSO E VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Como se viu nos tópicos anteriores, quando tratamos de questões versando sobre a dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual, o bem jurídico telado e o liame existente

entre a Constituição e as Leis, em especial, a Lei Penal, entende-se, nesse passo, ser indispensável a verificação dos parâmetros de aplicabilidade da tutela estatal ao Direito Penal, sobretudo, no tocante à tutela de crianças e adolescentes ante os crimes sexuais, para que não ocorra excesso e, ao mesmo tempo, para que a não seja insuficiente.

Considerando o cenário pátrio contemporâneo, Martha de Toledo Machado assevera que:

Hoje, há no Brasil, um problema bastante concreto envolvendo os chamados crimes sexuais contra crianças e adolescentes, que, por um lado, penso tem favorecido a desproteção destes, ou seja, a impunidade de graves violações aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em hipóteses tão dispares, como o abuso sexual não violento de crianças em tenra idade e a exploração sexual de adolescentes. Problema, pois, ligado a séria ineficácia da lei penal (MACHADO, 2008, p. 21).

Nessa quadra, de fato:

A agressão sexual distorce severamente a imagem (e, portanto, o respeito) que a vítima tem de si mesma, com graves consequências na sua vida atual e na formação de sua personalidade; danos estes, estritamente ligados à integridade moral, na acepção jurídica da categoria (MACHADO, 2008, p. 141).

Destarte, num primeiro passo, podemos destacar como exemplo da busca pela adequada tutela penal às crianças e aos adolescentes as alterações provocadas no Código Penal, através da Lei Federal 12.015 de 2009, que modificou o nome do Título VI do Código Penal, alterou os tipos penais dos artigos 213, 215, 216-A, 218 e 225 e, por fim, criou novos tipos penais, a exemplo dos artigos 217-A, 218-A e 218-B do referido diploma penal pátrio (BRASIL, 2009).

Sobre o tema, Rogério Greco (2017a) alude que as modificações que foram ocorrendo na sociedade ao longo dos anos trouxeram novas e graves preocupações, o que fez com que o Estado, diante de novos desafios, revogasse o crime de sedução e passasse a dar uma maior e mais efetiva tutela ao combate da exploração sexual de crianças e adolescentes. A situação foi tão grave, que no ano de 2003, chegou a ser criada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) no Congresso Nacional, através do Requerimento nº 02/2003, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessarenko (BRASIL, 2003), que tinha a finalidade de “[...] investigar as situações de

violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil [...]” (GRECO, 2017a, p. 81). A referida CPMI terminou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo à tona relatos aterrorizantes sobre a exploração sexual no Brasil, o que ensejou na produção do Projeto de Lei nº 253/2004 (BRASIL, 2004c), que, anos mais tarde, após algumas alterações, veio à tona através da conversão na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

De tal modo, ao criar os crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A), satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B), o legislador cumpriu o mandado constitucional de criminalização presente no artigo 227 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), evitando, assim, que ocorresse uma proteção insuficiente, ao menos, sob o aspecto formal.

Contudo, parcela da doutrina manifestou críticas acerca da vulnerabilidade absoluta conferida ao artigo 217-A, na medida em que o patamar etário de 14 anos de idade escolhido pelo legislador como marco temporal para a tipificação do crime de estupro de vulnerável continuava causando discussões.

Seguindo essa linha, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 112) remetia ao fato de que sempre houve uma discussão em relação à presunção de violência: “[...] se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário) [...]”. Precipuamente, esse debate ocorria no contexto da idade, já que no tocante aos alienados em geral e às pessoas com capacidade reduzida, dependia-se, majoritariamente, da produção de prova pericial. Todavia, realizada a apuração da “[...] enfermidade ou incapacidade, considerava-se absoluta a presunção [...]” (NUCCI, 2014, p. 112).

Para Nucci (2014, p. 113), a tese de que “[...] o nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa [...]”.

Entretanto, o mesmo doutrinador, atualmente, alterou o seu entendimento, por entender que estamos, sim, diante de vulnerabilidade absoluta no tocante ao critério etário de 14 anos, precisamente porque após a inserção do §5º ao artigo 217-A do Código Penal, através da Lei nº 13.718/2018 (BRASIL, 2018b), sanou-se qualquer dúvida a despeito do tema. Portanto, atualmente, os “[...] menores de 14 anos não têm consentimento válido, situação agora explicitada em norma penal, mesmo que já tenham tido relações sexuais

anteriormente ao fato analisado [...]”(NUCCI, 2020, p. 976). Aliás, essa posição já era dominante nos Tribunais Superiores, a teor do enunciado da verbete de nº 593 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017c).

Nesse sentido, Martha de Toledo Machado (2008, p. 271) alude que “[...] o dever (garantia) de conformação unitária da dignidade humana de crianças e adolescentes exclui, de tal juízo de verificabilidade de situação excepcional de exclusão da ilicitude, categorizações ou argumentos discriminatórios [...]”, ou seja, “[...] uma condição pessoal de a vítima estar corrompida, condição de a vítima já estar prostituída, homossexualidade da vítima, transsexualidade da vítima, condição sociocultural ou econômica da vítima e/ou do autor do fato, etc.”. Dito de outro modo, “[...] exclui, de tal juízo, categorizações ou argumentos que violem a proibição de relativizar o conteúdo material dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes à integridade, liberdade, dignidade e respeito [...]”.

Portanto, essas condicionantes somadas à vedação do modelo de decisão para a:

[...] conformação do juízo de ponderação, quando da aplicação do método (ou critério) de proporcionalidade, para situações concretas e reais de colisão entre direitos fundamentais (pela característica do modelo de impedir o controle jurídico e sócio-político da decisão sobre o preceito de precedência condicionada), exclui, sob pena de afronta à Constituição Federal, dos critérios válidos de interpretação da lei penal, a categoria teórica atualmente conhecida por presunção de violência relativa, construída sob ordenamentos jurídicos totalitários, que tutelavam outros bens jurídicos penais (MACHADO, 2008, p. 271).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 111), “[...] o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º) [...]”. De tal modo, entende que o legislador, “[...] embora não tenha sido expresse, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito) [...]”.

Todavia, de modo acertado, Bitencourt chega à conclusão de que o menor de quatorze anos de idade “[...] é exatamente o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e cuja vulnerabilidade, agora, finalmente, o legislador penal reconhece [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 111).

Por sua vez, Fernando Capez (2012, p. 23) percebe que em decorrência da evolução da sociedade e à luz da CRFB/88, a nomenclatura do título não seria um fator limitador da

proteção do bem jurídico tutelado, uma vez que “[...] tínhamos, na legislação anterior, no título relacionado aos crimes contra os costumes, o estupro, o qual resguardava, principalmente, a liberdade sexual da mulher [...]”. Em que pese estarmos, atualmente, sob a rubrica dos crimes contra a dignidade sexual, existem delitos que produzem uma pluralidade de sujeitos passivos. De tal modo, “[...] o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, sob o aspecto sexual, e os direitos a ela inerentes, como a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou sua honra etc [...]” (CAPEZ, 2012, p. 23).

Para o autor, o conceito de vulnerável seria aplicado a qualquer pessoa que esteja em situação de fragilidade ou perigo. Desta forma, “[...] a lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc [...]” (CAPEZ, 2012, p. 72). Nesse sentido, *verbi gratia*, de uma jovem menor, já experiente sexualmente, inserida na prostituição, podendo atingir em decorrência desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Contudo, “[...] não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual [...]” (CAPEZ, 2012, p. 73). Por tal razão, “[...] não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior [...]” (CAPEZ, 2012, p. 73). Sendo considerados vulneráveis os menores de 18 anos, submetidos à exploração sexual, mesmo que tenham maturidade prematura em decorrência dos abusos sofridos.

A questão não reside no fato de presumir incapacidade e violência, uma vez que a vulnerabilidade é um conceito muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de

[...] proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade [...] (CAPEZ, 2012, p. 73).

De fato, o que a lei reprova nos crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, a exemplo dos crimes de estupro, é a “[...] redução da criança ou do adolescente a meio, a instrumento da lascívia do agente; a vítima desprezada nos seus atributos humanos mais essenciais, relacionados ao respeito que a peculiar condição de crianças e adolescentes demanda [...]” (MACHADO, 2008, p. 109).

Outro exemplo de vedação à proteção insuficiente pode ser mencionado através da Lei Federal nº 13.431 de 2017 (lei do depoimento especial), uma vez que foi potencializado o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar, garantindo o direito de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência ser ouvidos em juízo (BRASIL, 2017a). Aliás, ouvidos da forma correta, e não do modo vexatório e causador de revitimização que ocorria no cenário anterior. Ademais, este será um dos temas a ser debatido, oportunamente, neste trabalho acadêmico.

Além disso, no cerne da vedação à proteção insuficiente, reportamos que o legislador pátrio, recentemente, por intermédio da Lei Federal nº 14.245 de 2021 (BRASIL, 2021e), promoveu alterações no Código Penal, no Código Processual Penal e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de modo a assegurar a observância da dignidade humana da vítima de crimes contra a dignidade sexual em juízo, bem como estabelecer causa de aumento de pena para o crime de coação no curso do processo. Assim, nas audiências de instrução e julgamento todas as partes e demais sujeitos da relação processual presentes no ato deverão, necessariamente, zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

Nesse passo, são proibidas manifestações sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração no caso concreto, bem como a utilização de linguagem, informações ou materiais que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. Trata-se, na verdade, de mais uma tentativa do legislador pátrio de evitar a revitimização da vítima de crime contra a dignidade sexual em juízo, uma vez que esta já teve a sua dignidade humana e sexual ceifada pelo criminoso quando da violência sexual sofrida.

Outro tema que merece confrontação no espectro da proibição do excesso e da vedação da proteção deficiente reside, pois, no tocante a algumas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) (BRASIL, 2019b) ao alterar, significativamente, o artigo 9-A da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) (BRASIL, 1984).

Deste modo, a primeira alteração que pode ser encarada a título de vedação da proteção deficiente, *a priori*, habitaria no alargamento da obrigatoriedade da coleta do material biológico aos condenados que já estejam cumprindo pena (por crime doloso cometido com violência grave contra a pessoa, por crime contra a vida, por crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável), não ficando adstrito apenas aos novos condenados, de acordo com o §4º combinado com a nova redação do caput do art. 9-A da Lei 7.210/84 (BRASIL, 1984).

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima esclarece a questão:

Fica evidente, portanto, que a coleta compulsória do material genético deverá abranger toda e qualquer pessoa condenada irrecorrivelmente pelos crimes acima mencionados, pouco importando que seu ingresso no estabelecimento prisional tenha ocorrido antes ou depois da Vigência da Lei n. 13.964/19, sem que se possa objetar qualquer violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, por não estarmos diante de norma que versa sobre o *ius puniendi* do Estado (LIMA, 2020b, p. 354).

No entanto, nesse passo, nos reportamos à derrubada de dois vetos presidenciais promovidos pelo Congresso Nacional, os quais foram, manifestamente, no sentido oposto da vedação da proteção deficiente, ou seja, nitidamente, ocasionaram proteção deficiente do Estado no enfrentamento à criminalidade, sobretudo, a sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, senão vejamos:

Quando o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial no tocante ao §5º do artigo 9-A da Lei de Execução Penal, afastou a possibilidade de que diversas vítimas de crimes de estupro e estupro de vulnerável tivessem notável auxílio na persecução penal, pois possibilitaria a busca familiar na identificação de um suposto abusador sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes. Logo, a derrubada do veto, factualmente, manteve diversos criminosos na clandestinidade, *in verbis* “LEP - Art. 9-A, § 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar”. (BRASIL, 1984, doc. eletrônico).

Contudo, a derrubada do veto presidencial no tocante ao §6º do artigo 9-A da Lei de Execução Penal foi mais gravosa ainda, pois alude que uma vez identificado o perfil genético do autor de um dos crimes graves do caput do artigo 9-A, a amostra biológica correta recolhida deverá ser imediatamente descartada. Ora, qual seria a objeção em manter uma base de dados de criminosos autores de crimes graves? Depreende-se que, *a priori*, não existiriam reincidentes ou, até mesmo, autores que praticaram diversos delitos graves, a exemplo do crime continuado específico (art. 71, P. Único) ou do concurso material de delitos (art. 69, Caput), ambos do Código Penal (BRASIL, 1940) pátrio? E os abusadores sexuais intrafamiliares que abusam sexualmente, por reiteradas vezes, uma família inteira, o legislador, porventura, os desconhece?

LEP - Art. 9-A, § 6º **Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada**, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1940, doc. eletrônico, grifo nosso).

A mitigação apontada poderá enfraquecer o enfrentamento à criminalidade, podendo gerar impunidade de delinquentes autores de crimes graves, a exemplo dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

Na derrubada dos dois vetos supracitados residem duas explícitas hipóteses de prestação de proteção deficiente por parte do Estado, tamanho o enfraquecimento ao enfrentamento à criminalidade que a derrubada desses dois vetos presidenciais ocasionou.

Não obstante, no tocante à esfera da proibição do excesso, é necessário lembrar que os crimes de estupro (art.213, caput, § 1º e 2º), estupro de vulnerável (art.217-A, caput, §1º, 2º, 3º e 4º) e o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (218-B, caput, §1º e 2º), presentes no Código Penal de 1940, tanto nas modalidades consumadas ou tentadas, nos termos da Lei 8.072 de 1990, considerar-se-ão crimes hediondos, sofrendo os gravames da hediondez do delito (BRASIL, 1990c).

Entretanto, a título de reflexão, qual é o critério utilizado pelo legislador pátrio para a eleição da hediondez de um delito? Dito de outra forma, por qual razão os demais crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes não são hediondos, ainda que cometidos no âmbito intrafamiliar, já que gravosas condutas? São questões que, a nosso ver, convergem com a proteção deficiente estatal.

Além disso, de acordo com Martha de Toledo Machado, inexoravelmente, o Estado está consubstanciado aos limites de proibições do excesso e da proteção insuficiente na tutela penal, já que na constituinte encontramos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que no seu art. 227, §4º, delimitou o âmbito de solução da colisão potencial entre os direitos fundamentais dos cidadãos pautados nas vedações “[...] de excesso e de proteção insuficiente, em relação à situação específica abuso, violência, exploração sexual de crianças e adolescentes, instituindo cláusula criminalizadora e impondo, normativamente, o comando de punição severa [...]” (MACHADO, 2008, p. 268) para esta situação, expressamente, delimitada na Carta Maior.

Consequentemente:

A existência de tal comando implica, axiológica e metodologicamente, que as categorias teóricas de interpretação axiológica coerente, de proporcionalidade, legalidade (particularmente nas facetas taxatividade, materialidade e lesividade), bem como as subcategorias teóricas relativas à subsunção do fato ao tipo penal, sejam operacionalizadas com observância da punição severa, quando da conformação e da aplicação da lei penal, na medida em que incidam; sob pena de invalidação (ilegitimidade e inefetividade, tanto normativa como material) dos valores fundamentais da Constituição (MACHADO, 2008, p. 268).

Nesse quadro, Machado observa que, de fato, a violência sexual acaba distorcendo “[...] severamente a imagem (e, portanto, o respeito) que a vítima tem de si mesma, com graves consequências na sua vida atual e na formação de sua personalidade; danos estes, estritamente ligados à integridade moral, na acepção jurídica da categoria [...]” (MACHADO, 2008, p. 141).

De acordo com a lição de Ingo Sarlet (SARLET, 2006, p. 160), um Estado Democrático de Direito será sempre um Estado garantista, no qual “[...] os direitos fundamentais são simultaneamente fundamento, validade e tarefa do Estado e da própria sociedade [...]”.

O Direito Penal, que opera como instrumento de tutela de bens jusfundamentais, mas que carrega consigo um conteúdo fortemente limitador de direitos da pessoa, deverá ser objeto de permanente filtragem constitucional, notadamente no que diz com necessária sintonia com os critérios da proporcionalidade. Esta, contudo não se limita a pedir limitações excessivas dos direitos, mas reclama que se avalie, em cada caso e mediante a devida ponderação, eventual insuficiência no que fiz respeito à proteção dos bens ou dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 160).

Todavia, na obra *Direito Penal do Inimigo*, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2012) retratam os diferentes critérios atinentes à figura do inimigo, de modo que o Direito Penal do cidadão seria um direito de todos e manteria o cidadão dentro da vigência da norma, ao passo que o Direito Penal do inimigo seria um direito daquele sujeito hostil, perigoso, causador de um mal-estar social tamanho que, somente a coação física surtiria efeito. Dessa forma, não restam dúvidas de que na visão de Jakobs e Cancio Meliá, ao autor de reiterados crimes contra a dignidade sexual de criança/adolescente no ambiente familiar ser-lhe-ia aplicado o direito penal do inimigo e não o direito penal do cidadão, desde que observados Direitos e Garantias Fundamentais, já que se faz necessária punição mais gravosa para este delinquente incorrigível autor de tamanha hediondez (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012).

Entretanto, que fique claro, não estamos defendendo neste trabalho a aplicação do Direito Penal do inimigo, porquanto estamos ilustrando o grau de lesividade e a reprovabilidade manifesta que o autor de reiterados crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar perpetra.

É bem verdade que, de fato, existe uma lesividade penal bem específica referente aos delitos sexuais perpetrados em face de “[...] crianças e adolescentes e essa lesividade específica condiciona a atividade estatal de conformação da lei penal e a atividade estatal de sua aplicação, ou seja, condiciona as instâncias de persecução e o Poder Jurisdicional na interpretação da lei penal [...]” (MACHADO, 2008, p. 145).

Entretanto, Zaffaroni aponta ao fato de que:

O penoso avanço da contenção do poder punitivo na forma de direito penal de garantias não se desenvolveu historicamente por maturação e reflexão, mas como resultado do pânico gerado pelos massacres. O direito penal liberal da modernidade como ideologia e conjunto de princípios nasceu do medo e do horror diante dos erros do antigo regime. A Declaração Universal adaptou-se timidamente aos escombros da Europa, aos ataques nucleares a aos milhões de cadáveres (ZAFFARONI, 2015a, p. 29).

Segundo Ingo Sarlet, “a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática” (SARLET, 2006, p. 167).

Nesta conjectura, o princípio da proporcionalidade na seara penal, possui direta “[...] vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal [...]” (SARLET, 2006, p. 162). Razão disso transformou-se num dos “[...] pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito [...]” (SARLET, 2006, p. 162). Do mesmo modo, “[...] a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excess [...]”, já está intimamente ligada ao “[...] dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros [...]” (SARLET, 2006, p. 162).

Renato Brasileiro de Lima (2017) leciona que, em sede processual penal, o princípio da proporcionalidade não está explícito na Constituição Federal, mas não há como negar a sua *sedes materiae* na própria Carta Magna, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal (*substantive due process of law*) previsto no artigo 5º, LIV da CRFB/88 (Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

Sobre o postulado da proporcionalidade, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018) entendem que o princípio atua como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, funcionando como um metódico controle dos atos (tanto comissivos quanto omissivos) dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Desta forma, possui prestações negativas e positivas dos direitos fundamentais, com destaque para atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, acarretando em uma atuação positiva por parte do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares. De tal modo:

O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido – como contraponto à assim designada proibição de excesso – que expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermaßverbot*) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 408).

Em apertada síntese, *Untermaßverbot* e *Übermaßverbot* são “[...] conceitos estreitamente conectados ao princípio da proporcionalidade, apresentam-se como parâmetros de controle do dever de proteção estatal, em duas dimensões – insuficiência e excesso, respectivamente – tendo por fundamento a efetividade [...]” e prevalência dos direitos fundamentais (LEAL; MAAS, 2020, p. 92).

Portanto, o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas limitativas no âmbito de proteção aos direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres inerentes à proteção.

Humberto Ávila (2005) doutrina que o postulado da proporcionalidade serve como controle dos atos do poder público, contudo sua aplicação tem enfrentado problemas no que tange à aplicabilidade (relação meio e fim) e funcionamento (os meios devem ser os adequados para atingir o fim). Conseqüentemente, resta necessário que ocorra um exame acerca da proporcionalidade, o qual o autor ensina ser da seguinte forma:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito) (ÁVILA, 2005, p. 112).

Logo, a relação meio/fim é necessária para ser realizado o exame do postulado da proporcionalidade, uma vez que o “fim significa um estado desejado de coisas”, preconizado na aplicação dos princípios do direito (AVILA, 2002, p.114).

Vale lembrar, que na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2015, p. 116), é possível perceber que existe “[...] uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela [...]”.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2015, p. 116).

Antes de findar a questão da proporcionalidade, é mandatório repassar a lição de Luigi Ferrajoli (2002), uma vez que este traçou um modelo garantista amplamente consolidado no âmbito penal e processual penal, no qual todo desrespeito representaria, *a priori*, uma violação à proibição do excesso, já que não observaria direitos e garantias fundamentais. O modelo traçado por Ferrajoli partiu, inicialmente, da unidade e coerência rastreáveis no plano epistemológico, passando pelos pressupostos filosóficos entre os diversos princípios que compõem o garantismo penal e que estariam ligados entre si. Desta forma, foi possível a formulação do modelo garantista necessário para atribuição da pena sob o ponto de vista da responsabilidade penal através de dez axiomas que representam proposições prescritivas e incidiriam sobre a pena, o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação, a culpabilidade, o juízo, a acusação, a prova e a defesa. O modelo garantista, cognitivo ou de legalidade estrita penal, trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatório, resultando na adoção de dez sentenças ou princípios axiológicos fundamentais que não derivam entre si, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

A1 nulla poena sine crimine; A2 nullum crimen sine lege; A3 nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 nulla necessitas sine injuria; A5 nulla injuria sine actione; A6 nulla actio sine culpa; A7 nulla culpa sine iudicio; A8 nullum iudicium sine accusatione; A9 nulla accusatio sine probatione; A10 nulla probatio sine defensione (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Todavia, Machado (2008, p. 182) pondera que em sede de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, se faz presente a lesividade concreta à integridade e, subsidiariamente, à liberdade das vítimas, de modo que “[...] a garantia de lesividade impõe o requisito lesividade concreta para a maioria dos delitos; não necessariamente para todos eles; e lesividade concreta que está tomando acepção de efeito lesivo direto ao direito individual fundamental [...]”, ou seja, de uma pessoa de carne e osso. Aliás, esse é o entendimento adotado por Ferrajoli (1995, p. 479), uma vez que “[...] *la restricción tiene carácter estructural y es consecuencia del cambio, también estructural, que en la mayor parte de los delitos impone el requisito de lesividad concreta [...]*”. Em outras palavras, Ferrajoli entende que em certos tipos de delitos, o requisito da lesividade concreta pode não se fazer presente.

Não obstante, os dez axiomas supramencionados por Ferrajoli são, na verdade, postulados/princípios, classificados e aqui atrelados sistematicamente, no entendimento do garantista Ferrajoli, deliberam como funciona ou deveria funcionar o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, definem as regras do jogo necessárias para o direito penal.

Para o autor italiano os axiomas:

Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Não obstante, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 322) trazem à tona o fato de que em nossa cultura, o direito penal pressupõe algumas condições mínimas para que não ocorra “[...] um puro exercício do poder que não é direito penal [...]”: suas considerações como ordem reguladora da conduta humana; a não contradição de suas valorações (não pode existir a proibição e a não proibição de uma mesma conduta); a não contradição com as leis físicas

(não pode existir o impossível); o reconhecimento da autodeterminação do homem (não pode existir um direito penal mecânico).

Porém, entende-se necessário deixar claro que o conflito existente “[...] entre a contenção humana do poder punitivo e sua expansão inumana (direito penal humano e inumano) não é mais do que a expressão penal da tensão interna de todo estado real ou histórico, o qual não pode ser evitado [...]”, uma vez que tem base ôntica na desigualdade da distribuição de renda, questão que nenhuma sociedade escapa (ZAFFARONI, 2015a, p. 32).

Deste modo, constatado que o “[...] direito penal humano confronta-se continuamente com o inumano, nada é estático nesse panorama [...]” (ZAFFARONI, 2015a, p. 32), por consequência se existe uma constituição escrita (*Verfassung*) estabelecendo normas e princípios (um dever ser constitucional), existindo, portanto, uma realidade constitucional (*Verfassungswirklichkeit*) que não funciona como uma norma afora da sociológica, “[...] que mostra em que medida essas normas (dever ser) se realizam na realidade do ser social, o que depende da posição que em cada momento alcançou cada uma das pulsões (humano e inumano) em permanente contradição [...]” (ZAFFARONI, 2015a, p. 32). Logo, na medida em que se desconhece que a Constituição, a realidade constitucional e o grau de realização constitucional atuam em diferentes planos, mergulha-se em extremos reducionistas.

Ingo Sarlet (2006, p. 191), em referência à obra de Claus Roxin (*La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*), alude que “[...] o Direito Penal não pode retroceder, por princípio, perante a tarefa de lutar contra riscos que são mais danosos para a sociedade e para o indivíduo do que a criminalidade clássica [...]”.

Zaffaroni (2015a, p. 34), por sua vez, alerta para o fato de que “[...] a ciência jurídica própria do direito penal humano não pode impor-se em nossos dias outra tarefa que não a de aprofundar e promover a constitucionalização do direito penal conforme sua mais elementar premissa antropológica [...]”. Explica, ainda, que o punitivismo que existe nos dias de hoje inserido em contexto amplamente globalizado, em que o presente “[...] avanço do direito penal inumano, exige uma resposta dogmática que proporcione aos juízes (que mesmo que ameaçados dispõem de um espaço de poder jurídico de contenção) um sistema interpretativo de direito penal humano [...]”, o qual pode ser abrandado de concepções ideológicas viciadas, visto que a Constituição força a verificação da realidade no plano constitucional para impulsionar ao desenvolvimento e, ao mesmo tempo, conter as correntes que procuram o retrocesso. Destarte, é necessária a incorporação de dados inerentes à realidade social inserida no plano constitucional, eliminando a tradicional distância entre o direito penal e a sociologia

para evitar o retrocesso penal. Logo, “[...] é fundamental avançar com urgência um passo além do tradicional enfrentamento entre o direito penal liberal e autoritário, que hoje perde perigosamente clareza na doutrina e na jurisprudência[...]” (ZAFFARONI, 2015a, p. 34). Pois, somente desta forma, haveria uma contenção do excesso do poder punitivo estatal, implicando passar do estado estático para o dinâmico, para que seja realizado o direito penal mais humano possível, ou do menos inumano, superando concepções ideológicas ultrapassadas abraçando uma concepção mais realista.

Outrossim, de acordo com Martha de Toledo Machado:

O dever (garantia) de conformação unitária da dignidade humana de crianças e adolescentes, a conformação constitucional da personalidade infanto-juvenil (que dita o conteúdo da tutela penal nos crimes sexuais) e as garantias penais também do suposto autor do crime (especialmente necessidade, lesividade e taxatividade), tanto como a cláusula constitucional de criminalização (CF, 227, §4º), impõem ao legislador penal ordinário, conformação dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes orientada sob o conceito penal-protetivo de maioridades sexuais (MACHADO, 2008, p. 269).

É necessário relembrar que o Estado Democrático de Direito deverá atuar dentro de seus limites objetivando os seus fins primordiais, dentre os quais assume protagonismo a proteção e promoção da dignidade humana, inerentes a todas as pessoas (SARLET, 2006).

Nessa estrada, conforme doutrina de Santiago Mir Puig:

El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos - "bienes" no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad (PUIG, 1982, p. 30).

Assim, de acordo com Leal e Maas (2020, p. 98), “[...] verifica-se que é dever do Estado a proteger os direitos fundamentais, incumbindo-lhe criar as condições necessárias – seja por meio da elaboração de legislação, de políticas públicas ou de prestações – para o seu exercício [...]”.

De tal modo, Sarlet menciona que:

O princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido - para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais - na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio (SARLET, 2006, p. 191).

A ajustada aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito jurídico-penal é fundamental para que ocorra a “[...] sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito) [...]” já que está atrelada à capacidade de produzir respostas assentadas com os “[...] princípios superiores da ordem constitucional” impedindo os avanços de um “fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância [...]” para que prevaleça, sempre, o respeito fundamental à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p. 191).

Inflexivelmente, o comando constitucional contido na cláusula do art. 227, §4º, considerando a proibição do excesso e a proteção insuficiente no Direito Penal, autoriza a formulação de princípios (critérios gerais) de conformação e aplicação da lei penal, aos crimes sexuais relacionados ao abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, mesmo que esses critérios gerais não incidam de modo necessariamente idêntico na sub-gama de situações (pressupostos de fato) naquela contidas (MACHADO, 2008).

Em síntese, de acordo com Canaris:

A proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. No controle da insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, e que bens jurídicos e interesses contrapostos não são sobre avaliados (CANARIS, 2009, p. 138).

Nesse espectro e, sobretudo, considerando o cenário da violência sexual intrafamiliar, de acordo com Martha de Toledo Machado, a regra contida no artigo 227, §4º, da constituinte de 1988, possibilitaria a aplicação de determinados postulados/princípios de conformação aos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, *in verbis*:

1) Princípio da punição severa (ou princípio da proibição insuficiente específica); 2) Princípio da integridade da personalidade infanto-juvenil (ou princípio da lesividade específica); 3) Princípio da taxatividade da punição severa (ou princípio da

taxatividade específica); 4) Princípio da conformação unitária da dignidade de crianças e adolescentes (ou princípio da igualdade específica); 5) Princípio das maioridades sexuais penal-protetivas; 6) Princípio do alto potencial ofensivo da violação a direitos individual fundamental; 7) Princípio da proibição de baixa ofensividade da tutela penal instrumental a direito individual fundamental; e 8) Princípio de Jurisdicionalidade protetiva (MACHADO, 2008, p. 273).

Diante das exposições supramencionadas, entendemos que o ordenamento jurídico pátrio, no cerne da tutela dos crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes, precisamente, no âmbito Penal, tanto o legislador, quanto o operador do direito devem atuar dentro de parâmetros minimamente aceitos e observados em um Estado Democrático e Social de Direito, evitando, assim, que ocorra uma proteção deficiente e, ao mesmo tempo, não ocorra um excesso punitivo violador de direitos e garantias fundamentais.

Indubitavelmente, a Constituição Federal autoriza e determina existir uma punição severa por parte do Estado aos crimes cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, pois explícito é o comando constitucional do artigo 227, §4º, da Carta Maior. Aliás, esse comando deve ser o norteador de todos os crimes cometidos com abuso, violência ou exploração sexual das crianças e dos adolescentes em consonância com a proteção integral.

Nesse passo, entende-se ser necessário um estudo sobre como ocorre a tutela constitucional no Direito Comparado, de modo a avaliar se o artigo 227 da nossa Carta Maior poderia sofrer alguma modificação capaz de proporcionar uma tutela maior às crianças e aos adolescentes no que tange à violência sexual intrafamiliar.

3.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

O artigo 227, §4º, da CRFB/88 cuja ilustração anuncia que “[...] a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente [...]” (BRASIL, 1988, doc. eletrônico). Destarte, propõe-se percorrer o estudo jurídico sobre como funciona a tutela constitucional protetiva às crianças e aos adolescentes diante dos crimes contra a dignidade sexual sob o enfoque do direito comparado, uma vez que a violência sexual intrafamiliar é questão comum, podendo ser, desta forma, almejados novos caminhos aptos a tornarem a tutela constitucional às crianças e aos adolescentes no cerne dos crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar mais eficaz em nosso país.

Para tanto, sem esgotar o cotejo, observar-se-á a proteção constitucional no cenário latino-americano, precisamente na Argentina e na Colômbia, bem como ocorre na Espanha e na África do Sul.

Inicialmente, em análise ao cenário latino-americano, temos a *Constitución de La Nación Argentina*, que teve a sua promulgação ocorrida no longínquo ano de 1853 (ARGENTINA, 1853). Entretanto, foi alvo de reformas, inevitavelmente, em diversas ocasiões, sendo a última delas no ano de 1994 (PIRES, 2017). A Constituição Argentina, atualmente, incorporou ao texto constitucional os “[...] *nuevos derechos, a partir del reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos* [...]” (ARGENTINA, 1853, doc. eletrônico).

Igualmente, apesar de não ter um dispositivo específico para tratar da tutela contra a violência sexual das crianças e dos adolescentes, traz em seu artigo 22, importante remissão à Convenção sobre os Direitos das Crianças (UNICEF, 2017), principal instrumento internacional sobre os direitos das mesmas e que será analisado no próximo capítulo, possuindo diversos dispositivos voltados ao combate da violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, em especial no seu artigo 19.

Segundo a Constituição argentina, a “*Convención sobre los Derechos del Niño*” possui hierarquia Constitucional, devendo ser interpretada como complementar aos direitos e garantias reconhecidos na constituinte argentina, *in verbis*:

22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

[...] la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (ARGENTINA, 1853, doc. eletrônico).

Já no artigo 23, a Constituição da Argentina cita que realizará ações afirmativas (leis e promoção de medidas) para garantir o gozo e o exercício dos direitos reconhecidos na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em particular atenção ao respeito às crianças e adolescentes, mulheres, idosos e pessoas com deficiência, *in verbis*:

23. *Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (ARGENTINA, 1853, doc. eletrônico).

Quando a Constituição argentina menciona que a Convenção sobre os Direitos das Crianças é norma constitucional, traz para o ordenamento jurídico interno, ao menos formalmente, uma tutela mundialmente reconhecida no combate à violência, abuso e exploração sexual, inclusive no âmbito familiar de crianças e adolescentes. Destaca-se que a Convenção considera criança, toda a pessoa com idade inferior a 18 anos, assim, a Constituição argentina de 1995 incorporou ao ambiente jurídico interno o status constitucional à *Convención sobre los Derechos del Niño*, situação que não ocorre na constituinte brasileira de 1988 quanto ao enfrentamento à violência sexual intrafamiliar.

Em terreno colombiano encontramos a “*Constitución Política de Colombia 1991*” (COLOMBIA, 1991), cuja criação adveio de uma grande “[...] insatisfação com o Poder Público por parte da sociedade civil. No final dos anos 80, a Colômbia era um Estado mergulhado na guerra civil e na criminalidade, possuidor de um sistema partidário que não representava a sociedade [...]” (NUNES, 2017, p. 107), ensejando a sociedade a buscar uma nova constituinte. Dessa nova constituinte resultou, inclusive, o surgimento de uma Corte Constitucional na Colômbia, “[...] criada com o exclusivo propósito de tutelar a defesa dos direitos fundamentais [...]” (NUNES, 2017, p. 107).

Desta forma, não foi surpresa encontrar no corpo do artigo 44 da constituinte, artigo que versa acerca da tutela dos direitos fundamentais das crianças, hipóteses de proteção ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à educação, a ser cuidada com amor, bem como ser protegida contra toda forma de violência física ou moral e abuso sexual, dentre outros direitos. O referido artigo menciona, ainda, que as crianças gozarão dos demais direitos consagrados na Constituição, Leis e nos tratados internacionais ratificados pela Colômbia. A família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de assistir e proteger a criança para garantia do seu desenvolvimento harmônico e integral exercendo plenamente seus direitos. O artigo refere à possibilidade de qualquer pessoa exigir da autoridade competente o cumprimento da lei e a punição dos infratores. Ao final, refere que os direitos das crianças prevalecem sobre os direitos das demais pessoas, *in verbis*:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (COLOMBIA, 1991, doc. eletrônico).

Já no artigo 45, por sua vez, é possível encontrar referência aos direitos que os adolescentes têm de serem protegidos, integralmente, pela sociedade e pelo Estado, que garantirão a participação ativa dos jovens nos órgãos públicos e privados que tenham o objetivo de proteção, educação e progresso da juventude. Na mesma esteira, o artigo 51 cita que “[...] *todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna [...]*” (COLOMBIA, 1991, doc. eletrônico), sendo que o Estado realizará ações afirmativas para que a dignidade humana seja um direito efetivo, *in verbis*:

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda (COLOMBIA, 1991, doc. eletrônico).

Finalmente, no artigo 93 existe previsão de que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso e que versem sobre Direitos Humanos, em existindo previsão de vedação da limitação desses direitos em estados de exceção, devem prevalecer na ordem jurídica interna, já que os direitos e deveres consagrados na constituinte colombiana interpretar-se-ão de acordo com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia, *in verbis*:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (COLOMBIA, 1991, doc. eletrônico).

Ao analisar os dispositivos supramencionados da Constituição colombiana, é possível perceber que ela protege de forma expressa as crianças contra a violência sexual, mas não depende o mesmo tratamento para os adolescentes, ao menos de forma explícita, pois quando trata destes, remete à proteção integral. Em que pese à violência sexual estar inserida nesta,

não o faz de forma expressa. A constituinte alude que os direitos das crianças preferem aos demais.

Todavia, trata-se de uma Constituição que possui estreita vinculação com os Direitos Humanos, de modo que tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso colombiano e que versem sobre Direitos Humanos não podem sofrer limitações, mesmo em estados de exceção, o que representa uma grande eficácia e prevalência na ordem jurídica interna, incidindo na proteção da dignidade da pessoa humana.

Após análise do cenário constitucional latino-americano (por amostragem), partimos para análise das constituintes da Espanha e da África do Sul.

Quanto à *Constitución Española*, é necessário mencionar que foi promulgada no ano de 1978, vigendo desde 29 de agosto do referido ano. A constituinte espanhola possui conteúdo versando sobre “*Derechos de la persona*” e “*Protección a la familia y a la infancia*” (ESPAÑA, 1978).

A dignidade da pessoa humana vem presente no artigo 10 da Constituição espanhola através da afirmativa de que é fundamento da ordem política e da paz social almejada. Igualmente, prevê que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades serão interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e com os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha.

No artigo 15, cujo fundamento baseia-se na ideia de que todas as pessoas têm direito à vida e a integridade física e moral, é possível perceber que não será admitida em nenhum caso a prática de tortura, e muito menos penas de maus tratos, desumanas ou degradantes, *in verbis*:

Derechos de la persona

Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (ESPAÑA, 1978, doc. eletrônico).

Finalmente, no artigo 39 da carta maior espanhola encontramos dispositivo constitucional pugnando “*Protección a la familia y a la infancia*”. O primeiro item do referido

artigo explicita a responsabilidade dos poderes públicos para assegurar a proteção social, econômica e jurídica da família (ESPAÑA, 1978). Outrossim, de acordo com o item dois, cabe aos poderes públicos a proteção integral aos filhos, independentemente de sua filiação, e às mães, independentemente de seu estado civil. Por fim, nos termos do item quarto do referido artigo, as crianças gozarão da proteção prevista em acordos internacionais que cuidam dos seus direitos, *in verbis*:

Protección a la familia y a la infancia

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (ESPAÑA, 1978, doc. eletrônico).

Na temática referente à proteção despendida aos menores, a própria Constituição menciona no artigo 39 que gozarão da proteção integral prevista em acordos internacionais que velarão por seus direitos, a exemplo do artigo 10 que discorre que a Constituição será interpretada de acordo com a DUDH e tratados e convenções que a Espanha ratificar. Assim, concluímos que a proteção de crianças e adolescentes à luz da Constituição espanhola é tutelada de acordo com o disposto tanto na DUDH, quanto na Convenção sobre os Direitos das Crianças, que é o principal instrumento internacional responsável por zelar pelos direitos dos menores, sendo o documento mais ratificado da história da humanidade.

A última Constituição analisada é a *Constitution Of The Republic Of South Africa*, constituinte que foi alvo de pesquisa de campo realizada na *University of Cape Town* em março de 2020, na cidade de *Cape Town* (Cidade do Cabo), na África do Sul (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996).

No contexto histórico, a Constituição da África do Sul foi promulgada no dia 18 de dezembro do ano de 1996, através da Constituinte daquele ano, mas somente entrou em vigência na data de 04 de fevereiro do ano seguinte (1997). Ela foi consequência de grandes lutas sociais, principalmente, contra a segregação racial ocorrida no Regime do *Apartheid* através da liderança de Nelson Mandela, Presidente da República na época da constituinte e

considerado o grande líder no combate ao racismo e segregação racial na África do Sul e no Mundo.

A Constituição possui quatorze capítulos, sendo que os direitos das crianças e dos adolescentes estão inseridos na seção 28, que pertence ao Capítulo Dois, o qual versa sobre a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*). A Constituição considera crianças todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, seguindo as diretrizes da Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989 (UNICEF, 2017).

Na seção 28 é possível encontrar rol amplo de direitos que todas as crianças e adolescentes possuem no tocante ao: nome e nacionalidade desde o nascimento; cuidados familiares/parentais ou alternativos quando removidos do ambiente familiar; nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais; proteção contra exploração do trabalho ou trabalhos inapropriados para menores de 18 anos, que coloquem em risco a saúde física ou mental, educação, bem-estar e o desenvolvimento saudável; quando detidos, ter assegurada a permanência no estabelecimento apropriado pelo menor período necessário e separados de detentos com idade superior a 18 anos de idade; ter um advogado designado pelo estado e às expensas do estado em processos civis que os afetem; proteção contra conflitos armados e o direito de não serem utilizados diretamente para o combate nestes conflitos; preponderância do melhor interesse das crianças e dos adolescentes em todos os temas que versem sobre os menores; e, por fim, o direito de serem protegidos contra maus tratos, negligência, abusos ou degradação, *in verbis*:

CHAPTER 2: Bill Of Rights

28. Children.

(1) Every child has the right:

(a) to a name and a nationality from birth;

(b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment;

(c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;

(d) to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation;

(e) to be protected from exploitative labour practices;

(f) not to be required or permitted to perform work or provide services that-

(i) are inappropriate for a person of that child's age; or

(ii) place at risk the child's well-being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development;

(g) not to be detained except as a measure of last resort, in which case, in addition to the rights a child enjoys under sections 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be-

(i) kept separately from detained persons over the age of 18 years; and

(ii) treated in a manner, and kept in conditions, that take account of the child's age;

(h) to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and

- (i) *not to be used directly in armed conflict, and to be protected in times of armed conflict.*
- (2) *A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.*
- (3) *In this section "child" means a person under the age of 18 years* (UNICEF, 2017, doc. eletrônico).

A priori, as crianças e os adolescentes estão muito bem tutelados no corpo do texto constitucional sul-africano, já que o rol de direitos elencados na seção 28 é bastante amplo e abrangente. Não obstante, alguns temas que apenas encontramos na legislação infraconstitucional pátria, estão expressos no texto da Constituição da África do Sul, a exemplo do direito ao nome, expresso na norma fundamental sul-africana na seção 28: “*Every child has the right: (a) to a name and a nationality from birth [...]*” (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996, doc. eletrônico).

O fato de ter uma seção própria para crianças e adolescentes pode ser considerado uma vitória de grande expressão para a constituinte, uma vez que a tutela de crianças e de adolescentes é algo que deve ser guardado da melhor forma possível, não tendo lugar melhor na ordem interna que a própria norma fundamental (KELSEN, 1998).

Em suma, a Constituição da África do Sul é muito rica nos aspectos que versam sobre os direitos sociais, ao assegurar direitos fundamentais, principalmente aqueles afetos à dignidade da pessoa humana, trazendo um preâmbulo magistral que remete ao passado recente do país, que necessitava de uma ação afirmativa nesse sentido, ocorrendo por intermédio da constituinte de 1996 que trouxe direitos e garantias fundamentais para o povo sul-africano.

Bruno Heringer Jr. (2012, p. 131) alude que “[...] o certo é que o sucesso de qualquer política transformativa, tal como indicada pela Constituição, passa pelo comprometimento e pela disposição dos agentes institucionais, bem como pela participação cidadã [...]”.

Nesse sentido, ao aprofundarmos este trabalho científico, nos reportamos ao Sistema Global de Direitos Humanos, na medida em que toda a violação à dignidade sexual de uma criança ou adolescente, representa, necessariamente, uma violação aos seus Direitos Humanos.

4 SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS

Sob a ótica global dos direitos humanos, necessariamente, é mandatório trazer a lição de Hans Kelsen (1998, p. 229), “[...] na medida em que o Direito internacional se intromete, com a sua regulamentação, em matérias que até aqui apenas eram normadas pela ordem jurídica estadual, a sua tendência para a imediata atribuição de direitos e imposição de deveres aos indivíduos [...]” tende ao fortalecimento.

Logo, desenvolve-se “[...] a formação de órgãos centrais - que atualmente apenas se observa dentro de comunidades jurídico-internacionais particulares - para a criação e execução das normas jurídicas [...]”. Portanto, “[...] esta centralização - tal como sucede na evolução da ordem jurídica estadual - refere-se em primeiro lugar à jurisdição, visando ao estabelecimento de uma jurisdição internacional [...]” (KELSEN, 1998, p. 230).

Desta forma, o primeiro documento a proclamar uma necessidade de proteção à criança, foi a Declaração de Genebra (AMM, 1948) sobre os Direitos da Criança ocorrida no ano de 1924 cuja aprovação se deu pela União Internacional de Proteção à Infância, estabelecendo que devem “[...] ser concedidos os meios necessários para o seu desenvolvimento integral normal, tanto material, como espiritual [...]” (MACHADO, 2020, p. 203).

Já no ano de 1948, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), cuja aprovação ocorreu através da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), o ser humano passou a gozar de direitos em plano universal: “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade [...]” (ONU, 1948, doc. eletrônico).

No campo da infância, é necessário aludir sobre o direito à ajuda e assistência especiais, bem como o fato de que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do casamento, gozam da mesma proteção especial, conforme consta expressamente no artigo vinte e cinco, item dois, da DUDH: “Artigo XXV, item 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.” (ONU, 1948, doc. eletrônico).

Os direitos humanos são o resultado “[...] de um longo debate entre filósofos e juristas que se estendeu por vários séculos e, enquanto *adquirido axiológico*, o conceito está em constante processo de elaboração e redefinição [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 33).

Outrossim, no ano de 1959, “[...] a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, dispondo expressamente sobre o princípio da proteção especial e o interesse superior da criança (Princípio II) [...]” (MACHADO, 2020, p. 203), de modo que:

Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (UNICEF, 1959, doc. eletrônico).

Em 1966, na cidade de Nova York, ocorreu a celebração de dois importantes pactos internacionais que observaram a condição especial dos menores, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais entraram em vigor no Brasil no ano de 1992, reconhecendo, respectivamente:

Artigo 24, item 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 (BRASIL, 1992b, doc. eletrônico).

Artigo 10, item 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei (BRASIL, 1992a, doc. eletrônico).

No cenário regional da América Latina, destaca-se a aprovação no ano de 1969 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, Convenção que foi abraçada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), disciplinando no seu artigo 19 que “[...] toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado [...]” (BRASIL, 1992c, doc. eletrônico).

Vale destacar o fato de que embora a referida Convenção seja do ano de 1969, somente entrou em vigor no cenário internacional no ano de 1978. O Brasil, por sua vez, depositou a sua carta de adesão em 25 de setembro de 1992, cuja promulgação ocorreu através do Decreto de n. 678, datado de 06 de novembro de 1992 (MACHADO, 2020).

Entretanto, na data de 20 de novembro de 1989, na cidade de Nova York (Estados Unidos da América), por intermédio da Assembleia Geral da ONU, foi adotada a Convenção sobre os Direitos da Criança, composta por cinquenta e quatro artigos, sendo apontada como o principal documento internacional de proteção à criança, vindo a influenciar diversos Estados-Partes a editar suas leis nacionais de acordo com a ratificação.

De acordo com a UNICEF, a Convenção Sobre os Direitos das Crianças “[...] é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção. O Brasil ratificou a Convenção [...]” na data de 24 de setembro do ano de 1990 (UNICEF, 2017, doc. eletrônico).

Contudo, no ano de 2000, em complemento à referida Convenção, foram aprovados os Protocolos Facultativos versando sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados e o referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, ambos promulgados pelo Brasil através dos Decretos nº 5.006 e 5.007, de 08 de março do ano de 2004 (BRASIL, 2004a, 2004b).

Outrossim, a Convenção representa importante abrangência no tocante aos direitos dos menores, como, por exemplo, a conceituação de criança como sendo todo o ser humano com menos de 18 anos de idade, o princípio da proteção integral, o princípio do interesse maior da criança, o princípio da prioridade absoluta, o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, a proibição de qualquer forma de discriminação, os direitos fundamentais das crianças, os direitos à convivência familiar, o dever de adoção dos Estados-Partes de medidas para coibir todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive o abuso sexual, de modo que os Estados-Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual, adotando medidas que evitem a exploração sexual de crianças (UNICEF, 2017). Destarte, diante da magnitude que representa, far-se-á necessário que a referida Convenção seja objeto de análise em tópico específico no presente capítulo.

Ainda, merecem destaque a Convenção sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças, realizado em Haia, na Holanda, no ano de 1980; bem como, a adoção por parte da Assembleia Geral da ONU das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecida como Regras de Beijing/Pequim, elaboradas no ano de 1984 (MACHADO, 2020).

Segundo Zaffaroni (1998), os direitos humanos, consagrados pelos instrumentos internacionais fazem parte de um programa, e como tal, não significa que estejam sendo realizados, mas sim, que devem ser através de uma transformação social e individual.

Após breve introdução sobre a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes no sistema global, partir-se-á para um estudo de como estão inseridas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, objetivando explicar os direitos dos menores nesse contexto no plano internacional.

4.1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

De início, é preciso apontar o fato de que “[...] cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 247). Desta forma, o sistema interamericano de direitos humanos possui na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - CADH) e na Corte Interamericana os principais instrumentos para tutelar os direitos humanos no cenário latino-americano.

Logo, “[...] os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares [...]”, na medida em que são “[...] inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal [...]”, compondo “[...] o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 248).

A Convenção Americana assegura e reconhece rol amplo de direitos civis e políticos, dentre os quais se destacam: o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei, o direito à proteção judicial e, finalmente, o direito que toda criança possui no que tange às tutelas que a condição de menor necessita.

O direito das crianças e dos adolescentes habita no artigo 19 da Convenção, salientando o fato de que “[...] toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado [...]” (BRASIL, 1992c, doc. eletrônico). De tal modo, cabe ao Estado-parte a obrigação de assegurar e respeitar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer tipo de discriminação, adotando as medidas legislativas e as que se fizerem necessárias para conferir a efetividade aos direitos e liberdades anunciados na Convenção (ESPIELL, 1982).

Este artigo define uma esfera de proteção dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes que implica a existência de obrigações especiais, complementares e adicionais de proteção a cargo dos Estados. A proteção especial baseia-se no reconhecimento de que os Estados devem tomar medidas positivas e preventivas levando em conta as condições especiais da criança; quer dizer, a vulnerabilidade à qual está exposta a criança e sua dependência dos adultos para o exercício de alguns direitos, o grau de maturidade, seu desenvolvimento progressivo e o desconhecimento de seus direitos humanos e dos mecanismos de exigibilidade que não permite localizá-la numa situação similar à dos adultos e, portanto, justifica a adoção de medidas especiais (CIDH, 2009, p. 7).

Desta forma, os Estados têm, portanto, “[...] deveres positivos e negativos, ou seja, têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos [...]” (BUERGENTHAL, 1988, p. 145). Para tanto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece um grande aparato de monitoramento e implementação dos direitos por ela enunciados, através da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (PIOVESAN, 2013).

A competência da Comissão Interamericana alcança todos os Estados-Partes da Convenção Americana em relação aos direitos humanos por ela assegurados, tendo como principal função a de “[...] promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 351). Assim, a Comissão realiza recomendações aos governos dos Estados-Partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos, preparando estudos e relatórios necessários à materialização de tais direitos. Ainda, cabe à Comissão solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas em relação à aplicação da Convenção, submetendo relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Igualmente, destaca-se o fato de que a Comissão possui competência para examinar as comunicações encaminhadas por indivíduo ou grupos, bem como por entidade não governamental, que contenham alguma denúncia acerca do cometimento de violação a direito consagrado pela Convenção praticado por Estado-parte, nos termos dos artigos 41 e 44 da Convenção Americana (BRASIL, 1992c).

Em casos que demandem gravidade e urgência, e quando necessário, considerando as informações disponíveis, a Comissão poderá, através de iniciativa própria ou mediante petição da parte, solicitar ao Estado-parte que adote medidas cautelares com o objetivo de evitar a ocorrência de danos irreparáveis. Por fim, nos casos de gravidade e urgência, pode solicitar à Corte Interamericana a adoção de medidas provisórias, com o objetivo de evitar dano irreparável à pessoa, em matéria que ainda não tenha sido submetida à apreciação por parte da

Corte (PIOVESAN, 2013, p. 356).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta-se como o órgão jurisdicional do sistema regional latino-americano, sendo composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-Partes da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

A Corte desenvolve dois tipos de competências: uma consultiva e, outra, contenciosa. No campo da sua competência consultiva, a Corte “[...] tem desenvolvido análises profundas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 357). Segundo Monica Pinto (1993, p. 96), “[...] a Corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção [...]”.

Ainda, qualquer membro da OEA, parte ou não da Convenção Americana, poderá solicitar parecer da Corte a despeito da interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (HENKIN *et al.*, 1993). A Corte também pode opinar acerca da “[...] compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais [...]”, realizando, assim, o controle de convencionalidade das leis (PIOVESAN, 2013, p. 357).

Já a despeito da competência da Corte para julgamento de casos, ou seja, no plano contencioso, a competência fica adstrita aos Estados-Partes da Convenção que tenham reconhecido expressamente a jurisdição da Corte, conforme consta no artigo 62 da Convenção Americana (BRASIL, 1992c). *A priori*, somente a Comissão Interamericana e os Estados-Partes possuem competência para submeter um caso à apreciação da Corte Interamericana, nos termos do artigo 61 da Convenção. Entretanto, no ano de 2001, a Corte revisou suas regras procedimentais para, de forma mais efetiva, assegurar o acesso de vítimas perante a Corte nas hipóteses em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeter o caso para apreciação da Corte, momento em que as vítimas, seus parentes ou representantes podem, de forma autônoma, submeter seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte (PIOVESAN, 2013).

A Corte possui competência para julgar casos em que um Estado-parte violar direito protegido pela Convenção, determinando, em caso de descumprimento, a adoção das medidas que se fizerem necessárias à restauração do direito violado. Pode, ainda, condenar o Estado ao pagamento de justa compensação à vítima, a qual valerá como título executivo, de acordo com os procedimentos internos de execução de sentença face ao Estado.

No que tange ao tratamento dispensado para tutelar os direitos das crianças (e dos adolescentes), a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a partir da Opinião Consultiva de nº 17 de 2002 (COSTA RICA, 2002), em atendimento à solicitação da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, por maioria de votos, ampliou o seu entendimento ao adotar a doutrina da “proteção integral” às crianças (e aos adolescentes), uma vez que estas não são, apenas, objeto de proteção, mas, sim, titulares de direitos. Mormente, a interpretação dada ao artigo 19 da CADH (que é do ano de 1969), deve estar em consonância com as normas do Direito Internacional sobre Direitos Humanos, sobretudo, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, que é o instrumento mais aceito e importante no plano internacional acerca do tema (UNICEF, 2017).

No mesmo sentido, a Corte entendeu que o princípio da igualdade expresso no artigo 24 da CADH não impede a adoção de regras e medidas específicas em relação às crianças, já que estas necessitam de tratamento diferenciado em razão de suas condições especiais, cuja orientação deve lastrear-se na proteção dos direitos e interesses dos menores: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.” (BRASIL, 1992c, doc. eletrônico).

Portanto, em que pese a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não apresentar um conceito específico acerca do termo criança, o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos aplica o conceito consolidado no plano internacional, sobretudo no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, definindo como criança ou menor de idade, toda pessoa que não tenha completado dezoito anos de idade, salvo se tiver alcançado a maioridade nos termos da lei, conforme Opinião Consultiva nº 17 de 2002 (COSTA RICA, 2002):

Corte IDH: LA CORTE, por seis votos contra uno.

DECIDE: Que tiene competencia para emitir la presente Opinión Consultiva y que la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es admisible.

DECLARA: Que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42.

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

[...]

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 28 de agosto de 2002. Antônio A. Cançado Trindade – Presidente (COSTA RICA, 2002, p. 86).

De tal modo, ocorreu a alteração do panorama jurisdicional não apenas na Corte Interamericana, mas, principalmente, nos Estados-membros que dela participam.

Na jurisprudência da Corte IDH aplicada às crianças e aos adolescentes, é possível remeter à Sentença proferida no caso “*Niños de la Calle*” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, julgado ocorrido no ano de 1999 (COSTA RICA, 2021). Na ocasião, a Corte, por unanimidade, condenou a Guatemala por violação aos direitos humanos previstos na CADH, fundamentando sua decisão na existência de um *corpus juris* internacional de tutela aos direitos das crianças (e adolescentes), possibilitando, assim, fixar o conteúdo e ampliar o alcance do artigo 19 da CADH, *in verbis*:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. (COSTA RICA, 2002, p. 86).

No mesmo sentido, a Corte IDH condenou o Estado paraguaio por unanimidade na Sentença do caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” (COSTA RICA, 2021) Vs. Paraguay, por violação aos Direitos Humanos previstos na CADH. O julgamento ocorreu no ano de 2004, ocasião em que a Corte assegurou que os direitos humanos das crianças devem ser analisados considerando o *corpus juris* internacional de proteção, o qual a Corte deve seguir e respeitar, *in verbis*:

Esta Corte analizará o presente caso tendo este fato em particular consideração e decidirá sobre as violações alegadas em relação a outros direitos da Convenção Americana, à luz das obrigações adicionais que o artigo 19 da mesma impõe ao Estado. Para fixar o conteúdo e alcances deste artigo, levará em consideração as disposições pertinentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Paraguai em 25 de setembro de 1990 e que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ratificado pelo Paraguai em 3 de junho de 1997 e que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, já que estes instrumentos e a Convenção Americana fazem parte de um mui compreensivo corpus juris internacional de proteção das crianças que a Corte deve respeitar (COSTA RICA, 2002, p. 86).

No tocante ao *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte IDH, na Opinião Consultiva de nº 16 de 1999 (COSTA RICA, 1999), já havia mencionado que esse

corpus juris é formado pelo conjunto de instrumentos internacionais de conteúdos e efeitos jurídicos variados (tratados, convenções, resoluções e declarações), que vem evoluindo e exercendo um impacto positivo no plano do Direito Internacional, sobretudo, na capacidade de regular as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, a Corte, em sua atuação, deve precipuamente adotar um critério adequado ao examinar a questão, considerando a evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana sob a ótica do Direito Internacional contemporâneo.

Fundamentalmente, adentrando nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, é possível fazer referência ao caso “Favela Nova Brasília” vs Brasil, na medida em que a Sentença proferida pela Corte IDH, no ano de 2017, condenou o Brasil, em decisão unânime, à reparação por violação aos Direitos Humanos decorrentes de duas incursões policiais ocorridas nos anos de 1994 e 1995 na favela Nova Brasília, localizada na cidade do Rio de Janeiro, resultando na morte de vinte e seis residentes da favela (COSTA RICA, 2021).

Entretanto, na primeira incursão policial na referida favela, alguns policiais cometeram atos de violência sexual (crime de estupro) contra três jovens do sexo feminino, sendo que duas destas jovens “[...] eram crianças de 15 e 16 anos de idade [...]” (COSTA RICA, 2021, doc. eletrônico).

Ademais, em relação às vítimas de violência sexual, a Corte asseverou o fato de que as autoridades não adotaram medidas para investigar, de forma diligente, a violência sexual ocorrida, apesar de os fatos terem sido colocados ao conhecimento das autoridades oportunamente para tanto.

Infelizmente, as vítimas apenas puderam intervir no processo da qualidade de testemunhas e não de vítimas de violência sexual, ou seja, não receberam nenhum tipo de reparação por parte do Estado, fatos que ensejaram violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na violação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e, também, na violação da Convenção de Belém do Pará que pugna a proteção da mulher (CIDH, 1994).

Por fim, visando a evitar a impunidade, a Corte condenou o Brasil a investigar os fatos de violência sexual ocorridos, na forma do parágrafo de número 293 da Sentença, *in verbis*:

293. Finalmente, em relação aos fatos de violência sexual, tal como se dispôs em outras oportunidades relacionadas com esse tipo de caso, tanto a investigação como o processo penal posterior deverão incluir uma perspectiva de gênero, conduzir linhas de investigação específicas a respeito da violência sexual, em conformidade com a legislação interna e, caso seja pertinente, a participação adequada durante a investigação e o julgamento em todas as etapas. A investigação também deverá ser

realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência de gênero. Além disso, será necessário assegurar-se de que as pessoas encarregadas da investigação e do processo penal, bem como, caso seja cabível, outras pessoas envolvidas, como testemunhas, peritos ou familiares da vítima, disponham das devidas garantias de segurança (COSTA RICA, 2021, doc. eletrônico).

Além disto, outro julgado da Corte IDH que pode ser aludido acerca da temática da violência sexual contra crianças e adolescentes, é o caso “*Guzmán Albarracín y Otras*” vs *Ecuador* (COSTA RICA, 2021), ocasião em que a jovem equatoriana *Paola del Rosario Guzmán Albarracín*, de apenas dezesseis anos de idade, cometeu suicídio no final do ano de 2002 após engravidar em decorrência de abusos sexuais sofridos na escola. Na época, o vice-reitor da escola foi apontado como o suposto autor dos abusos, que teriam perdurado por cerca de dois anos antes do suicídio.

Quase vinte anos após o suicídio da vítima, e sem condenar os culpados, o caso chegou à Corte como sendo o primeiro no contexto da violência sexual educacional. Destaca-se que na Sentença (unânime) proferida na data de 24 de junho de 2020, a Corte IDH declarou a responsabilização do Equador por violação aos direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em decorrência da violência sexual sofrida pela adolescente *Paola del Rosario Guzmán Albarracín* no âmbito educativo estatal, cometida pelo então vice-reitor do colégio em que a menor estudava, uma vez que este fato teve relação direta com o suicídio da menor.

No mesmo sentido, o Equador foi condenado por violação às garantias judiciais ao direito de proteção judicial, em relação ao direito da isonomia perante a lei, em prejuízo da mãe e da irmã da vítima, que tiveram suas integridades pessoais violadas. Devendo adotar e identificar medidas necessárias para o enfrentamento da violência sexual no âmbito educacional.

A relevância do julgado foi tamanha, que no corpo da Sentença a Corte IDH ordenou ao Equador declarar um dia oficial referente ao combate à violência sexual nas salas de aulas, *in verbis*:

234. Asimismo, considerando que Ecuador así lo propuso, se ordena al Estado que, en un plazo razonable, declare un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas, mencionando en el nombre de dicho día, de manera explícita, el fenómeno de la violencia sexual contra niñas y niños en el ámbito educativo (COSTA RICA, 2021, doc. eletrônico).

No cerne dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente

intrafamiliar, no ano de 2018, ao julgar o caso “*V.R.P., V.P.C.** y Otros*” vs *Nicaragua*, a Corte IDH proferiu Sentença (unânime) condenando a Nicarágua por violação dos Direitos Humanos previstos tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto na Convenção de Belém do Pará (COSTA RICA, 2021).

No aludido caso, a senhora V.P.C. levou a filha (V.R.P.) de apenas nove anos de idade para realizar uma consulta médica. Entretanto, ao examinar a criança, o médico deparou-se com um quadro alarmante de ruptura do hímen da vítima e de condilomas na região genital, os quais foram transmitidos por doença sexualmente transmissível. Imediatamente, o médico encaminhou a vítima para consultar com um ginecologista, que confirmou a situação. Assim, ambos concluíram e declararam em nível interno que a criança foi vítima de abuso sexual e que havia sofrido penetração anal.

Em decorrência dos fatos supramencionados e do relato da filha (que atribuiu à autoria da violência sexual ao seu próprio pai), V.P.C. denunciou o genitor de sua filha por violação sexual (em 2001).

Desta forma, no ano de 2002 o Tribunal do Júri foi constituído para julgar o caso. No entanto, após a finalização da audiência pública e antes da deliberação dos jurados acerca do veredito, um dos advogados do réu entregou ao presidente do Júri uma bolsa com um bilhete escrito pelo réu. Posteriormente, o Tribunal do Júri emitiu veredito absolvendo o réu, declarando-o inocente.

Após esta absolvição, a acusação interpôs incidente de nulidade do júri por ter havido suposto suborno, fato que ensejou, após diversos recursos, na nulidade substancial e absoluta do processo. Todavia, já no ano de 2005, o réu foi novamente absolvido.

Na Sentença proferida pela Corte IDH, além da reparação à vítima, ficou estabelecido que a Nicarágua deve, em prazo razoável, através de suas instituições públicas, declarar a eventual responsabilidade dos funcionários que contribuíram para que ocorressem os atos supramencionados que ensejaram na “*revictimización y violencia institucional en perjuicio de V.R.P.*” (COSTA RICA, 2021). Além disso, deverá criar e implementar atendimento especializado que forneça assistência judiciária gratuita para crianças e adolescentes, especialmente, as que forem vítimas de violência sexual.

A Corte declarou que a Nicarágua deverá adotar três protocolos sobre casos que envolvam violência sexual contra crianças e adolescentes, *in verbis*:

El Estado debe adoptar, implementar, supervisar y fiscalizar de forma apropiada tres protocolos estandarizados, sobre las siguientes materias: i) protocolo de

investigación y actuación durante el proceso penal para casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual; ii) protocolo sobre abordaje integral y valoración médico legal para casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, y iii) protocolo de atención integral para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, de conformidad con lo establecido en los párrafos 381 a 385 de esta Sentencia (COSTA RICA, 2021, doc. eletrônico).

Diante dos precedentes supramencionados, depreende-se que o embasamento motriz da Corte Interamericana dos Direitos Humanos para casos cuja temática verse sobre violência sexual em face crianças e adolescentes reside no princípio da proteção integral tutelando os direitos humanos das vítimas para que estas tenham uma vida digna, sendo assegurado o exercício e desfrute de seus direitos.

Essas decisões são extremamente técnicas e almejam a reversão da violação humana perpetrada, vislumbrando, sobretudo, o melhor cenário possível, posto que pugnam um melhor enfrentamento e tratamento por parte dos Estados-Partes condenados, já que não ficam adstritas à reparação pecuniária, pelo contrário, são verdadeiros mandados de implementação de políticas públicas e medidas legislativas em prol do interesse superior e da observância da Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos e o *corpus juris* internacional que tutelam este interesse superior de crianças e adolescentes, a exemplo da Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989.

Do conjunto de disposições precedentes, depreende-se que, sob a perspectiva do interesse superior da criança e do corpus juris, os Estados, as sociedades e a família devem prevenir e evitar por todos os meios possíveis toda forma de violência, incluindo os castigos corporais e outras práticas tradicionais nocivas à integridade pessoal das crianças em todos os ambientes. A incorporação dos princípios fundamentais em matéria de infância que se encontram consagrados no texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, como o princípio de não discriminação, o princípio de participação, o princípio do desenvolvimento e sobrevivência da criança e o princípio do interesse superior da criança, estão presentes nas decisões adotadas no sistema regional (CIDH, 2009, p. 7).

Sobre o tema, Dinah Shelton (1992, p. 131) percebe que “[...] a Comissão e a Corte, têm adotado medidas inovadoras, de modo a contribuir para a proteção dos direitos humanos nas Américas e ambos, indivíduos e organizações não governamentais, podem encontrar um fértil espaço para futuros avanços [...]”.

Na mesma vertente, Flávia Piovesan (2013, p. 375) esclarece que o sistema interamericano de Direitos Humanos “[...] tem revelado, sobretudo, uma dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana [...]”.

Consubstancia-se que a Corte IDH busca, incessantemente, em seus julgados aplicar no maior grau possível o princípio do interesse superior às crianças e aos adolescentes ao caso concreto. Esse *modus operandi* está de acordo com a própria concepção principiológica de Robert Alexy (2015, p. 90), na medida em que o autor leciona que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]”.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 70), a Declaração Universal de Direitos Humanos é complementada através de diversos outros instrumentos internacionais, como, por exemplo, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), os quais contribuem para o aperfeiçoamento de sua função de limite ideológico na esfera humanitária. Desta forma, esses “[...] instrumentos devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, que não pode entrar em contradição com eles [...]”.

Portanto, em razão de estes documentos terem sido criados por intermédio de uma base positiva, advindo de “uma consciência jurídica universal”, ao ponto de não se tornar relevante o fato de alguns países não terem ratificado todos eles, de modo que “[...] eles atuam universalmente, e nenhum país pode considerar-se desvinculado de seus princípios que, em definitivo, estão sistematizados na Carta das Nações Unidas e na da Organização dos Estados Americanos [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 70).

Em síntese, a existência de um *corpus juris* internacional aplicável por parte da Corte IDH nos casos envolvendo violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes, representa um grande avanço no tratamento do tema por parte do Direito Internacional, na medida em que o julgador, ao analisar o caso concreto, utilizar-se-á dos melhores institutos de Direitos Humanos aplicáveis à matéria da infância e da juventude para dirimir a questão em consonância com o princípio do interesse superior, reconhecendo as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos.

Após encerrar o estudo da questão no cenário Latino-americano dos Direitos Humanos, é imprescindível imergir na análise do instrumento mais importante sobre o tema, ou seja, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

4.2 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1989

Diante da necessidade da existência de um instrumento com força de tratado tutelando

os direitos das crianças, a Convenção sobre os Direitos da Criança, datada de 20 de novembro de 1989, foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia Geral das Nações Unidas representando um “[...] marco em relação aos esforços que se realizam no plano internacional para fortalecer a justiça, a paz e a liberdade em todo o mundo mediante a promoção e a proteção dos direitos humanos [...]” (SOUZA, 2001, p. 62).

Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança pode ser compreendida como “[...] o documento internacional que reflete a especificidade da infância, concebendo, de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito [...]”. Assim, as crianças passaram a ser reconhecidas como sujeitos de direito, uma vez que são dotadas de uma “[...] progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades, adquirindo um estatuto de cidadania social [...]” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 37).

Igualmente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 “[...] foi o primeiro instrumento internacional a apresentar as obrigações dos Estados com a infância, constituindo-se em um tratado de direito internacional público [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 42).

Todavia, este não foi o primeiro instrumento no plano internacional sobre os direitos das crianças, vez que o diploma inicial específico e relevante na nova ordem mundial após a Segunda Guerra Mundial foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que se tornou um verdadeiro guia de referência para a atuação, tanto na esfera privada quanto na pública, em favor das crianças. Exemplo disso pode ser percebido quando a Declaração Universal dos Direitos da Criança menciona que “[...] a humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços [...]” (UNICEF, 1959, doc. eletrônico).

Apesar de ter disposições que, *a priori*, teriam caráter *jus cogens* (de força obrigatória), no plano prático, a força obrigacional não conseguia materializar “[...] em medidas efetivas de proteção à criança, consubstanciando-se, mais, no embrião de uma nova doutrina relativa aos cuidados com a criança, de uma nova maneira de enxergar o indivíduo detentor de direitos e prerrogativas [...]” (SOUZA, 2001, p. 60).

Por conseguinte, em razão de ser o “[...] Ano Internacional da Criança e das comemorações pelos vinte anos da Declaração, em 1979, por iniciativa da delegação da Polônia, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas começou a elaborar um projeto [...]” que resultou na Convenção sobre os Direitos da criança (SOUZA, 2001, p. 61).

O responsável pelo Grupo de Trabalho da redação do projeto supramencionado foi o Professor Adam Lopatka, da Polônia. O referido grupo foi composto pelos representantes dos quarenta e três países que faziam parte da Comissão de Direitos Humanos da ONU, tendo, até mesmo, a participação de organismos intergovernamentais e organizações não governamentais (ONGs).

Esse aspecto, a amplitude da participação no tocante à sua elaboração, permitiu que a Convenção acabasse por ser o fruto de intenso trabalho internacional, envolvendo as mais diversas disciplinas científicas e, principalmente, compatibilizando sistemas jurídicos e culturais diversos, criando um texto normativo cujos parâmetros são flexíveis, adaptáveis às diferentes realidades dos Estados Partes e, por isso mesmo, sendo referência para as políticas legislativas desses últimos (SOUZA, 2001, p. 61).

Conforme já fora mencionado, trata-se do instrumento de direitos humanos mais aceito da história da humanidade, sendo, até a presente data, ratificado por 196 países. Estranhamente, apenas os Estados Unidos da América ainda não aderiram à Convenção. Já o Brasil, pelo contrário, realizou a ratificação da Convenção na data de 24 de setembro do ano de 1990 (UNICEF, 2017). Além disso, a Convenção possui status de norma supralegal, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008).

Assim, “[...] é possível dizer que a Convenção quebrou todos os recordes concernentes à aceitação, pela comunidade internacional, de um tratado a respeito de direitos humanos [...]” (SOUZA, 2001, p. 64).

Nesse sentido, conforme lição de Alessandro Baratta:

Tanto na Europa como na América Latina o novo discurso sobre os direitos humanos estendeu-se, durante a segunda metade deste século, aos direitos das crianças e dos adolescentes, com base numa tendência internacional que encontrou expressão na doutrina e nos documentos das Nações Unidas. Nesta doutrina, tal como sabemos, já não se vê a criança como objecto de proteção e/ou repressão do Estado e da sociedade adulta, mas, sim como sujeito de direitos originários relativos a essas instituições (BARATTA, 1999, p. 71).

A Convenção possui “[...] características próprias, dentre as quais uma das mais importantes é o seu caráter de Lei Internacional, ou seja, sua força obrigacional não é passível de discussão pelos Estados que a ela aderem [...]” (SOUZA, 2001, p. 65). Desta forma, os reflexos são imediatos na ordem interna dos Estados-Partes aderentes, conferindo às crianças e aos adolescentes “[...] uma força até então inédita [...]” (SOUZA, 2001, p. 66).

Em suma, a Convenção surgiu como um instrumento complementar da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Entretanto, não substituiu a Declaração, mas utilizou os princípios *jus cogens* dessa de modo que funcionem como referência ao estabelecimento de compromissos e obrigações específicas, uma vez que adquirem caráter coercitivo em relação aos países que a ratificam.

Assim, importante analisar os principais dispositivos da Convenção sobre os Direitos das Crianças no cerne da proteção e tutela dos direitos das crianças e adolescentes, bem como temas inerentes à proteção contra os crimes contra a dignidade sexual dos menores. Ainda, elencar-se-ão os principais dispositivos do Protocolo Facultativo à Convenção, cujo tema versa sobre a venda de crianças (e adolescentes), a prostituição infantil e a pornografia infantil. O instrumento é de extrema relevância para o tema em voga, estando em vigor desde 18 de janeiro de 2002, sendo ratificado pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004.

Necessariamente, vale destacar que os Direitos das Crianças que estão consagrados na Convenção estão subdivididos em três categorias: direitos de provisão, direitos de proteção e direitos de participação (SOTTOMAYOR, 2014, p. 37).

Desta forma, logo no artigo primeiro existe previsão acerca da definição do conceito de criança para a Convenção: “Artigo 1 - Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.” (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

Para Maria Clara Sottomayor (2014, p. 203), “[...] o conceito de criança utilizado abrange todo o ser humano até aos 18 anos de idade conforme a definição do art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989 [...]”, ou seja, a num só conceito criança e adolescente, já que na visão da Convenção, a idade para a definição do conceito de criança cessa aos dezoito anos de idade.

Por sua vez, o artigo segundo vincula os Estados-Partes a respeitar os direitos que estão “[...] enunciados na Convenção, mas não apenas isso, obrigando-os a assegurar a sua efetiva aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem qualquer tipo de distinção ou discriminação [...]” (SOUZA, 2001, p. 66).

Já o artigo terceiro, assegura o interesse superior da criança, de modo que todas as decisões a respeito da criança devem ser embasadas no seu interesse superior (melhor interesse). Desta forma, o Estado deve assegurar à criança os cuidados necessários quando os seus pais ou responsáveis não disponham de capacidade para tanto. Assim, “[...] remete ao

compromisso dos Estados Partes em assegurar a proteção à criança, considerando os deveres de seus responsáveis, por meio da tomada de medidas legislativas e administrativas adequadas [...]”, as quais devem pugnar “[...] pela fiscalização das instituições, serviços e estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças [...]” (SOUZA, 2001, p. 66), concernente à adequação dos padrões mínimos de segurança e saúde elencados pela autoridade competente, *in verbis*:

Artigo 3 – 1. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

2. Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes devem garantir que as instituições, as instalações e os serviços destinados aos cuidados ou à proteção da criança estejam em conformidade com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde da criança, ao número e à adequação das equipes e à existência de supervisão adequada (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

A propósito do princípio do interesse superior da criança, Alessandro Baratta, com maestria, endente que deve existir uma coordenação e sinergia de todos os atores potencialmente competentes para implementá-lo, em razão do seu caráter universal:

[...] o critério “interesse superior da criança” converte-se no princípio de relevância universal do interesse da criança, o qual implica a transversalidade das políticas públicas e das medidas internacionais dirigidas à proteção dos direitos das crianças. Isto quer dizer que a proteção desses direitos não é somente tarefa de instituições particulares com competência específica, envolvendo necessariamente uma estratégia geral que interessa a qualquer instituição pública ou privada e a qualquer órgão do Estado ou das suas entidades territoriais e da comunidade internacional. Esse princípio exige a coordenação e a sinergia de todos os actores potencialmente competentes [...] (BARATTA, 1999, p. 62).

No momento da aplicação do princípio do interesse superior da criança, deverá ser observado, especialmente, “[...] as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto [...]” (PEREIRA, 1999, p. 3). Não se trata de um mero conceito fechado, na medida em que “[...] relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República e alicerce da ordem jurídica democrática [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 45).

No entendimento de Flávia Piovesan (2013, p. 281), “[...] a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade [...]”.

Apesar de a Convenção não mencionar em seus dispositivos o termo “proteção integral da criança”, ela assegura a referida proteção integral ao dispor de enorme gama de direitos capazes de criar um sistema, “[...] segundo o qual não existe efetiva proteção sem que se garanta, não um direito específico, mas todos os direitos correlatos [...]”, como, por exemplo, o direito à vida, ao desenvolvimento, à nacionalidade, à filiação, à não discriminação, o direito à vida familiar, à manifestação em juízo, à intimidade, à saúde, à educação, etc (SOUZA, 2001, p. 74). Esses dispositivos obrigam os Estados-Partes à proteção contra o tráfico ilícito de crianças e todas as formas de exploração, dentre elas, a sexual, na medida em que “[...] demonstram a proteção integral à criança, sobretudo porque orientados no sentido, sempre, de buscar o interesse maior da própria criança [...]” (SOUZA, 2001, p. 74).

Por sua vez, o artigo sexto da Convenção versa sobre a sobrevivência e o desenvolvimento das crianças, em especial à própria vida, já que aponta o fato de que todas as crianças têm o direito inerente à vida, cabendo ao Estado o dever e a obrigação de assegurar a sobrevivência e o desenvolvimento da criança:

Artigo 6 – 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados Partes devem assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

Segundo Sérgio Souza (2001, p. 78), no artigo 12 da Convenção existe um comando explícito para que os Estados-Partes assegurem às crianças a plena capacidade de formular os seus próprios juízos, bem como o direito para “[...] expressar sua opinião e ter sua opinião devidamente considerada, no tocante a qualquer assunto com ela relacionado e, em especial, relativamente aos procedimentos judiciais ou administrativos nos quais se veja inserida [...]”, *in verbis*:

Artigo 12 – 1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.
2. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (SOUZA, 2001, p. 78).

O referido artigo é de notável importância, não apenas para solucionar questões atinentes à guarda e a adoção, mas, sobretudo, para a própria oitiva da criança e do adolescente em juízo quando vítimas de crimes contra a dignidade sexual, já que nesse tipo de delito a produção da prova é de rara dificuldade, na medida em que esses crimes são “[...] normalmente praticados na clandestinidade [...]” e “[...] as declarações da vítima são de suma importância [...]” para o êxito da *persecutio criminis* (DOBKE, 2001, p. 48).

Luciane Pötter (2019b, p. 350) refere ao fato de que diversos países do mundo vêm alterando significativamente suas legislações, com o objetivo de “[...] assegurar políticas de redução de danos implementando normas para a tomada de depoimento das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas [...]” de crimes, em especial, contra a dignidade sexual. Para a autora, dessa forma seria garantida a efetividade do artigo 12 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

No cenário pátrio, os primeiros passos para essa mudança ocorreram no ano de 2003, quando, no 2º Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre - RS, foi implantado “[...] o método de oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, chamado de Depoimento Sem Dano (DSD), por iniciativa do Desembargador Dr. José Daltoé Cezar, na época, Juiz de Direito [...]” (PÖTTER, 2019a, p. 29). Entretanto, somente através da Lei Federal de nº 13.431 de 2017 que o depoimento sem dano foi implantado na legislação pátria com o nome de depoimento especial (BRASIL, 2017a).

No artigo 19 da Convenção (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico) existe um comando para que os Estados-Partes adotem “[...] medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas [...]” pugnando a tutela de crianças e adolescentes contra todas as formas de violência física ou mental, tratamento negligente ou displicente, contra maus-tratos ou exploração, e inserem-se a exploração e o abuso sexual, até mesmo o intrafamiliar, na hipótese em que a criança ou adolescente estiver sob a custódia dos pais, do tutor ou da pessoa que seja responsável por ela. Ainda, essas medidas, quando cabível, devem incluir políticas públicas visando assegurar o interesse superior da criança (e do adolescente).

Para Sérgio Souza (2001), o artigo 27 da Convenção pode ser traduzido como “um resumo” dos dispositivos que pugnam a proteção integral às crianças e aos adolescentes espalhados ao longo do texto da Convenção, vez que toda criança tem direito “[...] a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social [...]” (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

No mesmo sentido, Alessandro Barata aduz que:

O princípio central da estratégia dirigida a implementar uma protecção integral dos direitos da infância é o de restabelecer a primazia das políticas sociais básicas, respeitando a proporção entre estas e outras políticas previstas na Convenção. Isto significa, em primeiro lugar, que as políticas sociais básicas têm uma função primária e geral e que, relativamente a elas, todas as outras políticas devem ser subsidiárias e residuais; em segundo lugar, que a concepção dinâmica do princípio da igualdade impõe aos Estados signatários da Convenção e à comunidade internacional, respectivamente, o respeito a um *standard* mínimo das normas do Estado Social e de uma regulação do desenvolvimento económico que respeite os critérios de desenvolvimento humano [...] (BARATTA, 1999, p. 63)”.

A protecção integral pode ser percebida como a forma de “[...] dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado [...]”, de modo que a criança receba “[...] a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento [...]” (SOUZA, 2001, p. 75).

Por conseguinte, é possível alegar que a doutrina da protecção integral possui duas vertentes: uma negativa e outra positiva.

No tocante à vertente positiva, a protecção integral da criança “[...] é um sistema de concessões à criança, vista não como objeto, mas como sujeito de direitos originários e fundamentais [...]”, sendo necessário que o Estado e a sociedade realizem as concessões necessárias para a fruição desses direitos (SOUZA, 2001, p. 75).

Já em sua vertente negativa, a protecção integral da criança “[...] é um sistema de restrições às ações e condutas dos adultos [...]” que, direta ou indiretamente, possam ensejar na violação contra os direitos das crianças, através de abusos diretos (maus tratos, exploração sexual, mercancia) ou indiretos (qualquer abuso contra as concessões positivadas pela vertente positiva, a exemplo da Convenção sobre os Direitos das Crianças) (SOUZA, 2001, p. 75).

Em que pese a Convenção, em seu artigo 19, citar que os Estados-Partes devem adotar as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais capazes de proteger as crianças e os adolescentes contra todas as formas de violência física ou mental, exploração e abusos sexuais, é no artigo 34 que a Convenção determina que “[...] os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual [...]” (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico), adotando todas as medidas necessárias em âmbito

nacional, bilateral e multilateral que se fizerem necessárias a impedir que a criança e o adolescente adentrem na atividade sexual ilegal, nem que se dediquem à prostituição infantil ou sejam exploradas sexualmente, seja através de espetáculos ou materiais pornográficos, *in verbis*:

Artigo 34 – 1. 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 criança na prostituição ou em outras práticas sexuais ilegais;
- a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

Segundo Veleda Maria Dobke (2001), o abuso sexual sempre se constitui sob a forma de violência, seja física, seja psíquica. O *modus operandi* do abusador consiste no aproveitamento de sua superioridade sobre a criança (adolescente) e/ou da confiança que o menor deposita sobre ele. Essa prática sempre acarreta um atraso no tocante ao desenvolvimento da personalidade da vítima. Infelizmente, o abuso sexual, normalmente, se prolonga ao longo dos anos.

A característica marcante do abuso sexual é a falta do assentimento do menor em relação ao adulto, ou seja, a vítima é coagida ou forçada fisicamente a participar de uma relação, na qual não possui o discernimento emocional ou cognitivo necessários para assimilar o que de fato está acontecendo (GAUDERER, 1998).

Mesmo que a Convenção apresente em seu artigo 36 disposição no sentido de que os “Estados Partes devem proteger a criança contra todas as formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar.” (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico), na prática, isso não ocorre. Prova disso reside no fato de que no Brasil, segundo o anuário brasileiro de segurança pública do ano de 2020, somente no primeiro semestre do ano de 2019 foram registrados impressionantes 22.282 crimes de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) (FBSP, 2020), sendo que 74,7% foram cometidos contra crianças e adolescentes (FBSP, 2020).

No artigo 39 da Convenção habita a previsão de que os Estados-Partes deverão adotar todas as medidas que se fizerem necessárias para promover a recuperação física e psicológica, bem como a reintegração social das crianças vítimas de todos os tipos de negligência, exploração, abuso, tortura, dentre outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes:

Artigo 39 - Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física e psicológica e a reintegração social de todas as crianças vítimas de: qualquer forma de negligência, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. A recuperação e a reintegração devem ocorrer em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança (BRASIL, 1990a, doc. eletrônico).

No que tange ao aspecto psicológico, em se tratando de violência sexual contra crianças e adolescentes, é necessário aludir, *prima facie*, que os efeitos decorrentes do abuso sexual para a vítima podem ser elencados sob diversas categorias: emocionais, interpessoais, comportamentais, cognitivos, físicos e sexuais (SANDERSON, 2005). Para tanto, é indispensável que o artigo supramencionado ocorra na sua maior medida, já que a vítima precisará de ajuda para enfrentar os impactos da violência sexual sofrida.

Ainda, o referido artigo alude que a recuperação e a reintegração devem ocorrer em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

No mesmo sentido, Maria Clara Sottomayor (2014, p. 221) leciona que Convenção “[...] consagra nos seus artigos 34 e 39, respectivamente, o direito da criança à proteção contra todas as formas de exploração e de violências sexuais e o direito à recuperação física e psicológica e a reinserção social da criança vítima [...]”.

A Convenção, “[...] em seu artigo 51, tenta inibir a ocorrência de reservas quando da ratificação pelos Estados Partes, não permitindo quaisquer reservas que sejam incompatíveis com os objetivos e propósitos da Convenção [...]”. E, porventura, caso ocorra algum tipo de reserva, poderá ser retirada a qualquer momento através de “[...] mera notificação ao Secretário Geral das Nações Unidas [...]” (SOUZA, 2001, p. 82).

Destarte, “[...] a comunidade internacional insere a Convenção no contexto da universalização dos direitos humanos de forma plena, reconhecendo que os direitos da criança, tratados de forma ampla e integrada entre si [...]”, constituem-se num só sistema de proteção integral, o qual é constante tutelado ao longo dos dispositivos que formam o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança (SOUZA, 2001, p. 85). Ademais, para os países que ratificaram a Convenção, a exemplo do Brasil, a Convenção “[...] passa a ter caráter coercitivo e cogente [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 46).

Josiane Rose Petry Veronese (2013, p. 47) alude ao fato de que a “[...] Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado-parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento.”. A autora explicita o fato de que a Convenção “[...] tem força de lei

internacional e, assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los [...].”

No entendimento de Tânia da Silva Pereira (1996, p. 67), “[...] a Convenção representa um consenso de que existem alguns direitos básicos universalmente aceitos e que são essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso de uma criança [...]”. Em síntese, “[...] representa, em definitivo, o instrumento jurídico internacional mais transcendente para a promoção e o exercício dos direitos da criança [...]”.

Deste modo, resta imprescindível citar a existência do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil, que está em vigor desde 18 de janeiro de 2002, sendo ratificado pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004 (UNICEF, 2017).

Nesse sentido, a criação desse Protocolo Facultativo decorreu da necessidade de os Estados-Partes assegurarem os direitos e a proteção às crianças (e aos adolescentes), em especial, os que estão previstos nos artigos 34 e 39 da Convenção. Portanto, “[...] para melhor realizar os objetivos da Convenção sobre os Direitos da Criança e a aplicação das suas disposições, os Estados Parte celebraram um Protocolo Facultativo à Convenção [...]”, cuja matéria versa sobre a venda de crianças, a prostituição infantil e pornografia infantil (SOTTOMAYOR, 2014, p. 222).

Logo no artigo segundo do Protocolo Facultativo existe disposição conceituando a venda de crianças, a prostituição infantil, bem como a pornografia infantil, *in verbis*:

Artigo 2º - Para os fins do presente Protocolo:

- a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pelo qual uma criança seja transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo mediante remuneração ou qualquer outra retribuição;
- b) Prostituição infantil significa a utilização de uma criança em atividades sexuais mediante remuneração ou qualquer outra retribuição;
- c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais (UNICEF, 2017, doc. eletrônico).

Sobre o tema, para Viviane Nogueira de Azevedo Guerra e Maria Amélia Azevedo (AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 42), a exploração sexual infantil “[...] implica na participação de criança menor de 18 anos em atividades de prostituição e pornografia infantis, isto é, no comércio do sexo [...]”.

Por sua vez, no artigo terceiro do Protocolo Facultativo, para o Direito brasileiro, reside o mandado supralegal de criminalização de atos e atividades, tentados ou consumados,

seja em nível interno ou transnacional, de base individual ou organizada proibindo a venda de crianças, por qualquer meio, para fins de exploração sexual, obtenção de lucros ou submissão a trabalho forçado. No mesmo sentido, a criminalização dessas condutas devem ser promovidas por todos os Estados-Partes que façam parte da Convenção, culminando “[...] penas adequadas que tenham em conta a sua grave natureza [...]” (UNICEF, 2017, doc. eletrônico), “como medida mínima” para coibir a ocorrência tanto da prostituição infantil, quanto da pornografia infantil (PIOVESAN, 2013, p. 283).

No artigo oitavo, os Estados-Partes “[...] se comprometem a adotar medidas adequadas para proteger, em todas as fases do processo penal, os direitos e interesses das crianças vítimas [...]” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 222) de exploração sexual, seja adaptando procedimentos para as crianças enquanto testemunhas, seja prestando informações às crianças vítimas a respeito de seus direitos, seja prestando apoio às vítimas ao longo do processo judicial, seja tutelando a privacidade e a identidade dessas vítimas, seja garantindo a segurança das crianças vítimas, bem como dos familiares e das testemunhas favoráveis contra possíveis atos de intimidação e represálias, não ocorrendo atrasos nas decisões judiciais.

Ao final do artigo oitavo, há disposição no sentido de que os Estados-Partes deverão garantir que o tratamento do “[...] sistema de justiça penal às crianças vítimas das infrações previstas no presente Protocolo Facultativo, o interesse superior da criança seja a consideração primacial [...]”, bem como adotar medidas adequadas visando a “[...] adequada formação [...]”, e domínio pleno do “[...] direito e da psicologia [...]”, das pessoas que forem trabalhar com as vítimas das infrações supramencionadas (UNICEF, 2017, doc. eletrônico).

No mesmo sentido, devem ser tuteladas pelos Estados-Partes a segurança e a integridade das pessoas e/ou organizações que atuem na prevenção e/ou proteção das crianças vítimas de exploração sexual.

No artigo nono, os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas de ordem administrativa, legislativa, social e política aptas a “[...] prevenir a exploração sexual de crianças, com particular atenção à proteção das crianças especialmente vulneráveis a tais práticas [...]” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 222). Ainda, os Estados-Partes devem pugnar a realização de campanhas para sensibilizar a população sobre as medidas preventivas e os efeitos danosos das infrações previstas no Protocolo Facultativo, “[...] salientando a participação da comunidade e, em particular, das crianças e crianças vítimas, nos programas de educação e de formação [...]” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 222).

É dever dos Estados-Partes garantir às vítimas de exploração sexual a “assistência

adequada” e “[...] que todas tenham acesso aos procedimentos adequados que lhes permita, sem discriminação, reclamar indenização por danos aos responsáveis [...]” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 222). Toda e qualquer publicidade que vise à produção ou difusão das infrações previstas no Protocolo Facultativo devem ser proibidas, eficazmente, pelos Estados-Partes.

Por fim, sobre o artigo 10 do Protocolo Facultativo, vale destacar que Maria Clara Sottomayor refere que Estados-Partes:

Devem, também, adotar as medidas necessárias a reforçar a cooperação internacional para a prevenção, detecção, investigação, exercício da ação penal e punição dos responsáveis, para auxiliar as crianças vítimas, bem como para lutar contra as causas profundas da exploração sexual de crianças, como a pobreza e o subdesenvolvimento (art.10) (SOTTOMAYOR, 2014, p. 223).

Nesse cenário, a doutrina da proteção integral que a Convenção consolidou por intermédio do interesse superior da criança (melhor interesse – interesse maior) demonstra a temática que deve ser abarcada por toda a comunidade internacional ao tutelar os direitos das crianças e adolescentes nos respectivos cenários internos.

A Convenção é extraordinariamente abrangente em escopo. Ela abarca todas as áreas tradicionalmente definidas no campo dos direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao fazê-lo, contudo, a Convenção evitou a distinção entre essas áreas e, contrariamente, assumiu a tendência de enfatizar a indivisibilidade, a implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos. (STEINER; ALSTON, 2000, p. 516).

Ademais, com o breve estudo acerca dos principais conteúdos do Protocolo Facultativo que proíbe a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil, depreende-se que um dos objetivos almejados pela já mencionada Lei Federal 12.015 de 2009 (BRASIL, 2009) (que alterou o nome do Título VI do Código Penal pátrio, alterando e inserindo tipos penais, dentre eles o crime do artigo 218-B, hoje, elencado como crime hediondo após alteração dada pela Lei 12.978/14) foi, não apenas o cumprimento do Protocolo Facultativo, mas, sobretudo, o cumprimento da própria Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Além disso, é mister destacar que no ano de 2007, na cidade de Lanzarote, na Espanha, ocorreu a Convenção do Conselho da Europa para Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (PORTUGAL, 2007, doc. eletrônico), tendo como objeto primordial “Prevenir e combater a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças”. Além disso, visa a “[...] proteger os direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de

abusos sexuais [...]” e “[...] promover a cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças [...]”.

A seguir será apresentado o papel do Fundo das Nações Unidas para a infância – UNICEF e das principais entidades não governamentais que atuam na tutela das crianças e dos adolescentes em situação de vulnerabilidade, expostas à exploração sexual.

4.3 O FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA

Principal instituição internacional na tutela da infância, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) foi criado após a Segunda Guerra Mundial em razão da necessidade da existência de uma instituição que “[...] auxiliasse no socorro das crianças dos povos libertados na Europa [...]” (SOUZA, 2001, p. 95).

Assim, na data de “[...] 11 de dezembro de 1946 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 57(I), que determinava a criação do UNICEF. O projeto de criação do UNICEF foi baseado nos artigos 55 e 66 da Carta das Nações Unidas [...]” (SOUZA, 2001, p. 97).

Segundo Gustavo Zanini (1977), por ter sido criado por uma Resolução da Assembleia Geral da ONU, o UNICEF possui caráter de ato jurídico unilateral de uma organização internacional pública, “[...] ou seja, emana da vontade da própria organização internacional, não se confundido com a vontade dos Estados Partes dessa mesma organização [...]” (SOUZA, 2001, p. 97).

Além disso, o UNICEF foi o único programa das Nações Unidas expressamente citado no texto da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, constando no artigo 45 (alíneas *a* e *b*), sendo responsável tanto pela efetividade da Convenção, quanto para o impulso do estímulo da cooperação internacional acerca dos Direitos das crianças (SOUZA, 2001).

Ademais, o UNICEF possui importante papel, uma vez que atua como órgão fiscalizador do cumprimento da Convenção pelos Estados-Partes, auxiliando na formulação de estratégias e programas para a consecução dos objetivos propostos pela Convenção. Outrossim, atua como “[...] órgão de assessoramento e assistência técnica aos Estados Partes que necessitarem deste tipo de ajuda na implementação efetiva dos Direitos das Crianças [...]” (SOUZA, 2001, p. 101).

Esse reconhecimento deve-se ao fato de que o UNICEF, ao longo dos mais de setenta anos de existência, tem demonstrado eficiência, na medida em que se tornou um instrumento

importante em favor dos Direitos das Crianças.

A atuação do UNICEF é ampla, agindo em campanhas contra enfermidades que acometem crianças, contra a violência infantil, contra a fome e a miséria na vida das crianças de todo o planeta, visando à erradicação desses cenários.

Em relação ao Brasil, atualmente, “O UNICEF foca seu programa de cooperação com o Governo do Brasil entre 2017-2021 nos grupos de crianças e adolescentes que mais precisam de apoio, e atua nos territórios em que eles estão concentrados.” (UNICEF, 2021, doc. eletrônico).

De acordo com o Governo Brasileiro e parceiros, a grande relevância do trabalho do UNICEF está na capacidade de identificar, monitorar, coletar, produzir dados e trabalhar pelos direitos de crianças, adolescentes e famílias em situação de vulnerabilidade social.

Reduzir as desigualdades e garantir a igualdade de direitos entre as pessoas é uma tarefa complexa e nada fácil. Isso porque os desafios enfrentados diariamente por crianças e adolescentes não são o resultado de apenas um fator isolado. Geralmente, a desigualdade é o resultado de muitas causas, que incluem a pobreza, a violência, a discriminação, o baixo acesso a serviços públicos, poucos ou nenhum espaço de participação e a falta de um engajamento real da sociedade para os direitos de crianças e adolescentes (UNICEF, 2021, doc. eletrônico, grifo do autor).

A atuação do UNICEF conta com o apoio de inúmeros parceiros, bem como apoiadores, tanto individuais, quanto corporativos, para executar um programa inovador, o qual combina ações de saúde, educação, proteção e participação social direcionadas, principalmente, aos mais vulneráveis e excluídos.

No Brasil, notadamente, o UNICEF atua buscando a efetiva implantação dos direitos declarados na Convenção sobre os Direitos das Crianças e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pugnando “[...] a diminuição das diferenças regionais gritantes existentes no Norte e Nordeste [...]”. Na mesma vertente, afere-se que “[...] além de sua história e respeitabilidade mundial, o UNICEF, a cada dia, alcança maior legitimidade internacional na defesa dos Direitos da Criança [...]” (SOUZA, 2001, p. 107).

Diante dessa atuação, o UNICEF desempenha um papel fundamental no cenário da “[...] comunidade internacional, qual seja, o de elemento catalisador, disseminador de ideias produtivas, fundamentadas na experiência, tendentes a aumentar, de todas as formas, a proteção à criança nos países em desenvolvimento [...]” (SOUZA, 2001, p. 107).

Assim, os países Africanos, Asiáticos e Latino-americanos são os grandes beneficiados da atuação do UNICEF, uma vez que enfrentam maiores problemas de políticas públicas para implementar os Direitos da Convenção no plano interno do que os países

desenvolvidos. Desta forma, faz-se extremamente necessária a atuação do UNICEF e demais entidades não governamentais como a Childhood Brasil, a Fundação Abrinq, dentre outras que tutelam crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Criada no ano de 1999 pela Rainha Silvia da Suécia, “A Childhood Brasil faz parte da World Childhood Foundation (Childhood), instituição que conta ainda com escritórios na Suécia, na Alemanha e nos Estados Unidos.” (CHILDHOOD BRASIL, 2021a, doc. eletrônico). No Brasil, a organização é certificada como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

A Childhood Brasil atua junto aos três setores da sociedade (o público, o privado e a sociedade civil organizada/organismos internacionais), buscando a materialidade e a efetivação dos direitos que contribuam ao enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes na sociedade.

Nos primeiros vinte anos de atuação, a Childhood Brasil beneficiou mais de três milhões de pessoas, dentre elas crianças, adolescentes, seus familiares e profissionais de diferentes áreas.

Para entender a importância de enfrentar a violência sexual contra crianças e adolescentes, é essencial conhecer o contexto e a dimensão dessa questão. O Brasil carece de dados sobre violência sexual de crianças e adolescentes. Mas sabemos que existem fatores de vulnerabilidade que incidem diretamente sobre o problema, aumentando os casos de violação de direitos. Dentre os principais fatores estão pobreza, exclusão, desigualdade social, questões ligadas à raça, gênero e etnia. A falta de conhecimento sobre os direitos da infância e adolescência também contribui para o aumento das violações (CHILDHOOD BRASIL, 2021b, doc. eletrônico).

Por sua vez, a Fundação Abrinq (2021) tem sua atuação pautada na defesa e garantia dos Direitos das Crianças e Adolescentes no Brasil, pleiteando, por exemplo:

Vagas na escola, educação de qualidade, acesso à saúde, proteção contra a violência, o trabalho infantil e diferentes tipos de fragilidades. Um Brasil em que elas possam crescer, brincar, aprender, se desenvolver e se tornarem protagonistas de suas próprias histórias (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2021, doc. eletrônico).

A Fundação Abrinq possui atuação destaca no desenvolvimento de diversos programas e projetos visando à implementação dos direitos supramencionados, para que crianças e adolescentes tenham seus futuros assegurados da melhor forma possível.

Destacamos, ainda, a presença da *Save the Children*, organização não governamental que atua desde o ano de 1919 na defesa dos Direitos das Crianças em todo o Mundo, em casos de urgência, merecendo todo o reconhecimento possível (SAVE THE CHILDREN, 2021).

Ao final, conclui-se que somente com a união de esforços despendidos por parte da ONU, do UNICEF, *Save the Children* e demais entidades não governamentais, crianças e adolescentes terão seus direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana (elencados na Convenção Sobre os Direitos da Criança) assegurados, à medida que, na maioria das vezes, tais direitos sequer estão previstos nas legislações internas, necessitando, para tanto, da atuação dessas entidades não governamentais para que ocorram mudanças no cenário interno e, finalmente, crianças e adolescentes sejam, de fato, sujeitos de direitos.

Feitas estas considerações, exsurge, nesse passo, imergir nos cenários penais do Direito Comparado de referência deste trabalho acadêmico com o objetivo de cotejar o tratamento despendido à tutela penal contra crianças e adolescentes, especialmente, para aprimorar o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar no cenário pátrio.

5 A TUTELA PENAL NO DIREITO COMPARADO: UMA AMOSTRAGEM PARADIGMÁTICA

Após apresentar como ocorre a tutela de crianças e adolescentes no plano internacional de Direitos Humanos, bem como nas normas fundamentais dos países de referência do presente trabalho científico (KELSEN, 1998), como referido no Capítulo I, partir-se-á para uma investigação objetivando estudar como funciona a tutela Penal inserida nos Códigos Penais da Argentina, da Colômbia e da Espanha (tirante a África do Sul por apresentar o sistema da *commow law*) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018), sobretudo, no que diz respeito aos potenciais crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar e modos de enfrentamento.

Além disso, investigar o contexto penal argentino é de grande valia, pois representa um cenário de extrema proximidade com o qual nos deparamos no cenário pátrio. Já o colombiano, guarda notória alusão aos Direitos Humanos. Por sua vez, o contexto penal espanhol nos remete ao país que colonizou quase toda a América Latina, além de ser um cenário jurídico de notável relevância para qualquer pesquisa acadêmica.

No tocante ao Direito Penal, nos reportamos ao entendimento de Hassemer e Conde, posto que:

El Derecho penal se concibe como “respuesta” a la criminalidad y al delito y precisamente por ésto se justifican las limitaciones jurídicas que su empleo conlleva, ya que la criminalidad y el delito producen graves consecuencias para el individuo y la sociedad. Pero la criminalidad no es sólo, como decíamos al principio, objeto del Derecho penal, sino también el fundamento mismo de su justificación (HASSEMER; CONDE, 1989, p. 37).

Ademais, durante o trabalho científico utilizar-se-ão, principalmente, doutrinadores nacionais dos países pesquisados, uma vez que estes estão inseridos no contexto social da temática investigativa, fato que, *a priori*, contribuirá para que o resultado final pugnado seja o mais aproximado e fidedigno à realidade onde crianças e adolescentes inserem-se nos referidos contextos sociais, especialmente, no cerne da criminalidade sexual intrafamiliar.

Após estudar os referidos sistemas penais, pugna-se apontar perspectivas que possam contribuir com avanços significativos neste campo de necessária atuação social e estatal com vistas à redução de crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Este desafio passa pela análise dos tipos penais de estupro e estupro de vulnerável, cotejando com os modelos protetivos instalados nos países de referência do presente trabalho acadêmico, uma vez que estes podem nos apresentar caminhos aptos a contribuir para o combate à violência e

exploração sexual de crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar.

5.1 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE 1921

Desta forma, iniciando o estudo do tratamento penal no Direito Comparado, o primeiro parâmetro utilizado reside no *Código Penal de La Nación Argentina (CP-NA)* (ARGENTINA, 1984). Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1979), o CP-NA inspirou-se no Código Penal italiano (Zanardelli) e no Código Penal holandês.

Ademais, vale destacar que a “[...] *actual regulación de los delitos sexuales contenida en el Código Penal de La Nación Argentina fue introducida por la ley 25.087, de 1999, que substituyó las disposiciones que traía el Código de 1921 acerca de esta materia [...]*” (AROCENA, 2015, p. 1).

Os referidos delitos estão inseridos no Título III do Livro Segundo do CP-NA, sob o título de “*delitos contra la integridad sexual*”. No entanto, o presente estudo ficará associado aos potenciais crimes que possam ser cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2015b, p. xx) entende que o legislador argentino não conseguiu atingir os objetivos de política criminal almejados, pois não realizou a “[...] *reclamada equiparación de la fellatio con la violación, que tampoco la establece claramente [...]*”. O autor não acredita que “[...] *las leyes penales cotidianas e inconsultas, sancionadas al ritmo de la publicidad midiática, faciliten su desarrollo en el futuro [...]*”.

Acerca do bem jurídico tutelado, Fabián Balcarce (2009, p. 122) leciona que “[...] *la ley penal protege el derecho constitucionalmente garantizado al reconocimiento de la dignidad personal, en su flanco de dignidad sexual, impidiendo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada [...]*”.

Nesse sentido, Edgardo Alberto Donna alude que:

A nuestro criterio, el bien jurídico ‘integridad sexual’ no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de edad de dieciocho años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad de consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer (DONNA, 2001, p. 14).

Deste modo, o CP-NA de 1921 tipifica o crime de Abuso Sexual no seu Capítulo II, apresento-o sob diversas variantes ao longo dos artigos 119 ao 124, nos seguintes termos:

ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f) (ARGENTINA, 1984 doc. eletrônico).

Notadamente, o crime de Abuso Sexual é equivalente aos crimes de Estupro (art. 213) e Estupro de Vulnerável (217-A) do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940). Todavia, o critério etário adotado pelo legislador argentino difere do brasileiro, na medida em que adotou como limite etário a idade de treze anos de idade para atos libidinosos (sem qualquer penetração), conforme consta no primeiro parágrafo do artigo 119 do CP-NA: “[...] *abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años [...]*” (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico).

De acordo com Sebastián Soler (1992, p. 305), o acesso carnal “[...] *es una enérgica expresión que significa penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal [...]*”.

Edgardo Alberto Donna (1999, p. 397) leciona que “[...] *la criminalidad del acceso carnal reside en la falta de madurez mental de este menor para entender el significado fisiológico y social del acto sexual en el sentido cultural [...]*”, situação em que “[...] *el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograr realizar el acto sexual [...]*”.

No mesmo sentido, Arocena (2015, p. 13) doutrina que “[...] *la edad de la víctima es la de aquel menor que no ha cumplido trece años, a quien la ley reputa inepto por falta de*

madurez mental para entender el significado fisiológico y moral del acto [...]”. Logo, nesse quadro, “[...] *se trata de falta de aptitud sexual en sentido cultural. La ley presume iuris et iure esta falta de capacidad por edad (sin admitir prueba en contrario), por lo que se trata de un sujeto pasivo de consentimiento irrelevante [...]”* (AROCENA, 2015, p. 13).

Nestes casos, “[...] *el órgano judicial debe restringirse a acreditar la edad real del menor por los medios que estipula la ley a tales efectos, sin indagar acerca de si el autor contó o no con su asentimiento [...]”* (AROCENA, 2015, p. 14).

Também, na essência do critério etário adotado pelo CP-NA, vale destacar o fato de que no artigo 120 (ARGENTINA, 1984), o legislador, utiliza o limite etário de dezesseis anos quando presentes às hipóteses dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 119, especialmente, quando o autor for maior de idade e tiver se aproveitado da imaturidade sexual da vítima, de sua relação de superioridade e do respeito da vítima, ou alguma outra circunstância equivalente. Quando cometido no ambiente intrafamiliar, o autor do crime do artigo 120 do CP-NA será punido com a pena de prisão ou reclusão de seis a dez anos (ARGENTINA, 1984).

Segundo Arocena (2015, p. 67), os sujeitos passivos do crime somente podem ser “[...] *el varón y la mujer menores de dieciséis años de edad y mayores de trece. Si fuera menor de trece años deberían aplicarse, según la conducta desplegada, los párrs. 2º e 3º del art. 119 del Cód. Penal, respectivamente [...]”*. Ainda, o autor alude que “[...] *la tipicidad exige, además, que se trate de una persona inmadura sexualmente, o sea, una persona carente de madurez en materia sexual [...]”*. É uma variante do crime anterior, mas com um “acceso sexual consentido” (AROCENA, 2015, p. 76), considerando a maturidade sexual da vítima.

ARTICULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119 (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico).

Além disso, segundo a alínea ‘f’ do artigo 119 do CP-NA, incidirá na pena de prisão de oito a vinte anos o autor que aproveitar-se da situação de convivência preexistente com a vítima e esta for menor de dezoito anos de idade. Tal previsão inexistente em nossa legislação,

na medida em que as causas de aumento de pena previstas nos artigos 213, 217-A e 226 do Código Penal pátrio não mencionam a convivência como causa de aumento de pena para os crimes dos artigos 213 e 217-A (BRASIL, 1940).

Ainda, segundo o artigo 119 do CP-NA, a pena do crime de abuso sexual contra menor de treze anos, na modalidade simples (atos libidinosos sem penetração sexual), será de “[...] *seis (6) meses a cuatro (4) años* [...]” de reclusão ou prisão (ARGENTINA, 1984). No entanto, quando ocorrer atos libidinosos com “*penetración sexual*” por via anal, vaginal ou oral, a pena será de seis a quinze anos de reclusão ou prisão (SOLER, 1992, p. 305).

Por sua vez, a pena será de “[...] *ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión* [...]” nas hipóteses que constam nas alíneas do parágrafo quarto do artigo 119, na qual se destaca o teor do conteúdo da alínea ‘b’ onde reside a causa de aumento de pena da violência sexual intrafamiliar, incidindo quando o crime for praticado por “[...] *ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.*” (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico).

Edgardo Alberto Donna (1999, p. 397) doutrina que a agravante do parentesco ocorre quando o crime “[...] *es cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima* [...]”. No entanto, “[...] *el vínculo de consanguinidad no tiene límite de grado, por lo que se extienden en la forma que establecen las disposiciones estipuladas en los artículos 350, 351 y 363 del Código Civil* [...]”, advindo do “[...] *carácter incestuoso de la relación y no de la violación de un específico deber de guarda que puede no existir* [...]”, por exemplo, entre irmãos. Todavia, o que “[...] *motiva en la infracción a una obligación de resguardo sexual proveniente del vínculo parental* [...]” (DONNA, 1999, p. 397).

Por sua vez, Sebastián Soler (1992, p. 314) atenta-se ao fato de que “[...] *el simple incesto no está reprimido en nuestra ley. La circunstancia de que la relación sea incestuosa figura como agravante* [...]”.

Gustavo Arocena (2015, p. 49-50) percebe que nestes tipos penais impróprios, o que importa “[...] *es, en definitiva, solamente el deber especial, y no la posición del autor en sí, de la que surge el deber. Los caracteres particulares del agente se emplean aquí, entonces, a los fines de agravar el castigo*”.

Desta forma, “[...] *la razón determinante de la mayor criminalidade del hecho reside en el quebrantamiento, por parte del autor, de los deberes de protección sexual que surgen del parentesco y de otras relaciones o situaciones especiales que la ley contempla* [...]” (AROCENA, 2015, p. 50).

Em síntese, a conduta do agente “[...] *vulnera deberes que afectan tan sólo a personas con un estatus especial o, con mayor precisión, forman parte de un estatus especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial, etcétera [...]*” (AROCENA, 2015, p. 50).

Sobre o tema, a *Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina*, na data de 04/06/2020, ao julgar o CSJ 873/2016/CS1 (Fallos:343:354) tornou sem efeito a Sentença do *Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro* que havia absolvido o réu pelo crime *deabuso sexual de menor de trece años, agravado por el acceso carnal y el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente* previsto no artigo 119, P. 1º, 3º e 4º, do CP-NA cometido em face de sua enteada, por entender que a vítima apresentava peculiar condição que a tornava suscetível à violência, já que apresentava dupla vulnerabilidade devido ao fato de ser menor de idade e mulher (ARGENTINA, 2020a).

O referido entendimento foi espelhado em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[...] cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -' Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134) (ARGENTINA, 2020a, p. 7).

Ao final, a Corte entendeu que uma nova Sentença deveria ser proferida pelo Tribunal recorrido, atentando-se ao direito aduzido no julgado. A relevância do caso foi tamanha, que a Suprema Corte de Justicia de La Nación fixou as seguintes teses:

En una causa donde se investiga la comisión del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia.

Es arbitraria la sentencia que para absolver al imputado del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una niña hizo hincapié en el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles brindados por aquella, pues con ello se apartó de los estándares internacionales establecidos para el juzgamiento de esta clase de hechos, relativizando el relato de la niña a pesar de que los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos y de tendencia a la fabulación, sus maestras destacaron su honestidad, y aquella expuso -en los términos que le permitió su edad y desarrollo- información precisa, relevante y sustancial acerca del lugar en que ocurrieron los abusos denunciados, cómo se desarrollaron, los concretos actos en que consistieron y las palabras que intercambió con el imputado (ARGENTINA, 2020b, p. 57).

Na mesma vertente, a Câmara Penal de San Fernando Del Valle de Catamarca, em julgado ocorrido na data de 24/11/2015, através da Sentença n° 85/15 (SAIJ: FA15300000), condenou, por unanimidade, o imputado à pena de vinte e quatro anos de prisão por ter praticado o crime de abuso sexual com acesso carnal continuado agravado pelo vínculo de parentesco (*ascendiente*), em concurso real (arts. 119, P. 4°, “b”, 45 e 55 do CP-NA) contra duas de suas filhas menores de idade durante longo período temporal (treze e quatro anos, respectivamente), chegando ao ponto de engravidar ambas as filhas e ser pai/avô, fatos que acarretaram intenso sofrimento às vítimas (ARGENTINA, 2015).

Na fundamentação, a Câmara utilizou precedentes, doutrina e legislação (Argentina e internacional), a exemplo da Convenção de Belém do Pará (CIDH, 1994), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992c) e da Constituição argentina (ARGENTINA, 1853, p. 430).

Sumário: Cabe condenar a prisión al imputado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal cometido en perjuicio de dos de las hijas del acusado, durante trece años para una de ellas y cuatro años para la otra, y se prolongó durante toda su infancia, llegando a quedar embarazadas en varias oportunidades, pues surge acreditado que el encartado, padre de las víctimas, aprovechando la relación intrafamiliar, la vulnerabilidad de las niñas, la violencia física y verbal que ejercía, el temor de las víctimas hacia la figura del padre por esa violencia familiar, le permitió ejecutar los deleznable hechos, con un gran padecimiento por parte de la niñas ahora mujeres adultas (ARGENTINA, 2015, doc. eletrônico).

Por fim, outro ponto que merece ser destacado no tocante à pena do crime de violação sexual no CP-NA, ocorre quando a violência empregada nos crimes de abusos sexuais resultar na morte da vítima. De modo exemplar, a legislação argentina aplica a pena de prisão perpétua para essas situações, conforme consta no texto do artigo 124, *in verbis*: “*ARTICULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.*” (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico).

Gustavo Arocena (2015, p. 76) entende que “[...] *es una calificante por el resultado [...]*”, ou seja, não basta que ocorra morte da vítima, o óbito deve decorrer da violência sexual empregada pelo autor.

Ademais, a jurisprudência argentina já se manifestou no sentido de que no crime de abuso sexual agravado pela morte da vítima, “[...] *ésta debe resultar del abuso sexual, por acciones realizadas como causa productora en el momento de consumarlo o de la violencia empleada para lograrlo, pero no de la desplegada después de cometido [...]*” (CPENAL,

2010² *apud* AROCENA, 2015), ou seja, para que ocorra a imposição da pena de reclusión o prisión perpetua do artigo 124 do CP-NA, deve a morte da vítima decorrer do desígnio para o cometimento do abuso sexual.

A figura penal do artigo 124 do CP-NA, “[...] *desde el punto de vista subjetivo, requiere que el autor tenga dolo directo de abusar, y que su accionar no esté dirigido directamente a matar, aunque a resultas de su conducta se produzca igualmente la muerte de la víctima [...]*”³.

Na mesma vertente, o Superior Tribunal de Justicia de Chubut, em julgado datado de 13/11/2008 (SAIJ: FA08150277), declarou improcedente a impugnação interposta pelo Defensor Oficial, confirmando a condenação do réu à pena de prisão perpétua pela prática do delito de abuso sexual seguido de morte (*Sentencia n. 810 de 2007 dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew*) (ARGENTINA, 2008).

Na fundamentação, os magistrados entenderam que o legislador procurou agravar o tipo penal pelo resultado, sem diferenciar os diferentes graus dos ataques sexuais elencados nos artigos 119 e 120 do CP-NA.

As disposições gerais referentes aos crimes contra a *integridad sexual* estão elencadas nos artigos 132 e 133 do CP-NA, compondo o Capítulo V do Título (ARGENTINA, 1984).

Gustavo Aroneca (2015, p. 177) aduz que os artigos 119, 120, 130 e 131 do CP-NA, quando não resultarem em lesões gravíssimas ou morte da vítima, se procedem mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima. No entanto, os crimes dos artigos 125, 125 bis, 126, 127, 129 e 129, “[...] *constituyen delitos que dan lugar a la acción pública promovible de oficio [...]*”, seria o equivalente à ação penal pública incondicionada, cuja titularidade é do Ministério Público.

Para o autor, com a exigência da representação privada, se pretende evitar uma possível vitimização secundária, ao submeter a vítima de um delito sexual ao interrogatório de operadores do direito, que, muitas vezes “[...] *carecen de una formación específica y, al profundizar en su indagación sobre el hecho, pueden provocar un nuevo perjuicio, que se suma al trauma ya padecido por el delito [...]*” (AROCENA, 2015, p. 180).

Zaffaroni (2015b, p. XVII) cita que o legislador argentino tratou os delitos contra a integridade sexual com incoerência e desmazelo, pois empregou “*términos ambiguos*”, até

² CPENAL Santa Fe, Sala III, 14/09/10, LLLitoral, 2010-1273 *apud* AROCENA, Gustavo Alberto. **Ataques a la integridad sexual**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 58.

³ *Ibidem*, p. 59.

mesmo no tocante à exasperação das penas, já que “[...] *pretende atar al juez, pero al mismo tiempo lo obliga a valoraciones que bordean la integración analógica* [...]”.

Por derradeiro, o artigo 133 do CP-NA, acertadamente, traz a figura da punição em razão da “*complicidad secundaria*” (AROCENA, 2015, p. 213), amparada no caráter pessoal daquelas pessoas que “[...] *cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.*” (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico), *in verbis*:

ARTICULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico).

Nessa conjectura, a violência sexual intrafamiliar seja por omissão imprópria, seja por qualquer tipo de participação, em decorrência da confiança depositada e do temor que inspiram sobre a vítima, ensejam em uma reprovabilidade maior (FIERRO, 2004).

Após realizar esta breve pesquisa no tocante aos *delitos contra la integridad sexual*, percebe-se que as crianças e os adolescentes estão fortemente tutelados contra as diversas formas de violência sexual intrafamiliar previstas no cenário jurídico argentino, uma vez que o Código Penal comina penas elevadas de acordo com a gravidade abstrata dos delitos. Exemplo disso reside na previsão da pena de prisão perpétua (art. 124) quando ocorrer o óbito da vítima nas situações dos crimes dos artigos 119 e 120 do Código Penal argentino.

Ademais, em que pese o fato de a leitura conjunta dos dois dispositivos causar certa contradição, conforme advertiu Zaffaroni (2015b), ficou clara a intenção do legislador argentino em utilizar dois critérios etários (treze e dezesseis anos) para fins de valoração da vulnerabilidade da vítima, considerando, sobretudo, o tipo de violência sexual empregada e o contexto fático. Desta forma, a criança ou adolescente com idade inferior a treze anos possui vulnerabilidade absoluta, ao passo que o maior de treze e menor de dezesseis anos possui uma vulnerabilidade relativa, a depender do caso concreto, analisando a maturidade sexual da vítima.

Além disso, a rica fundamentação e a preocupação constante com a situação intrínseca na qual as vítimas estão inseridas nos julgados colacionados demonstram que o Judiciário argentino pugna a observância não apenas do Código Penal da NA, como também da própria Constituição argentina e dos Tratados internacionais sobre Direitos Humanos, a exemplo das constantes menções à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.2 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DE 2000

O segundo diploma penal a ser analisado no âmbito do Direito Comparado aporta no Código Penal colombiano (CP-COL), Lei nº 599 de 2000, cuja publicação ocorreu no diário oficial sob o nº 44.097 em 24 de julho do ano 2000 (COLOMBIA, 2000).

Logo no primeiro artigo, o CP-COL menciona que o direito penal terá como fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana. No artigo seguinte, em alusão ao já referido artigo 93 da *Constitución Política de Colombia 1991* (COLOMBIA, 1991), o código afirma que as normas e postulados sobre direitos humanos que se encontrem consignados na Constituição, nos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Estado colombiano, fazem parte integral do Código Penal, *in verbis*:

Artículo 1o. Dignidad humana - El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

Artículo 2o. Integración - Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Nessa esteira, pode-se, até mesmo, argumentar a existência de uma expansão da tutela aos direitos humanos no Código Penal colombiano, na medida em que o referido texto legal possui um Título específico (Título II) dedicado à punição dos “[...] *delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario* [...]” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico). Dentre os crimes elencados estão o homicídio, a lesão corporal, a tortura, diversos crimes sexuais, atos de terrorismo, atos de barbárie, atos de discriminação racial, omissão de socorro e medidas humanitárias, atentados à subsistência, dentre outros crimes contra as pessoas tuteladas pelo direito internacional humanitário: “*Los derechos humanos, en primer término, son de obligatorio cumplimiento, especialmente para los Estados. Su incumplimiento o su desconocimiento no son hoy asunto interno de un Estado, sino interés de la comunidad internacional.*” (GUZMÁN; HINESTROSA, 2019, p. 173).

Ingressando na violência sexual intrafamiliar, o CP-COL elenca a partir do Título IV os “*Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.*” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico). Desta forma, os bens jurídicos tutelados residem na liberdade, na integridade e na formação sexual, conforme o próprio Título anuncia (TÓPAGA, 2019).

Destarte, é preciso advertir que o CP-COL realizou a supressão do pudor como bem jurídico tutelado, respondendo à linha de política criminal geral de “[...] *eliminación de conductas meramente atentatorias contra normas sociales en materia sexual* [...]” (CANCIO MELIÁ, 2000, p. 70).

De tal modo, no Capítulo I do referido Título tem morada o Crime de *Violacion* sob suas diferentes formas, de modo que nos artigos 205 e 206 encontram-se, respectivamente, as figuras dos Crimes de *acceso carnal violento* e *acto sexual violento*. As condutas narradas em ambos os artigos se inserem ao contexto do Crime de Estupro do artigo 213 do Código Penal brasileiro, apresentando, no entanto, pena mais elevada do que o referido tipo penal pátrio. Assim, o legislador colombiano cominou ao delito do artigo 205 pena de prisão mais elevada (12 a 20 anos) do que a atribuída ao artigo 206 (8 a 16 anos), dependendo-se que seja em razão de ocorrer à conjunção carnal no primeiro, ao contrário do segundo, *in verbis*:

Artículo 205. Acceso carnal violento

El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 206. Acto sexual violento

El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años (GUZMÁN; HINESTROSA, 2019, p. 173).

Manuel Cancio Meliá (2000, p. 76) acena para o fato de que no artigo 205 do CP-COL fica evidente o “[...] *espetacular incremento de penas, característica general de la reforma en este sector normativo del nuevo Código Penal colombiano* [...]”.

No artigo 207 encontra-se o Crime de *acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir*, tipo penal equivalente ao Crime de Estupro de Vulnerável do artigo 217-A, §1º, do Código Penal brasileiro, na hipótese de a vítima, por qualquer outra causa, não conseguir oferecer resistência ao ataque sexual. Todavia, o legislador colombiano adota e aplica os mesmos critérios no tocante ao *quantum* de pena cominada aos dois artigos anteriores, mesmo em se tratando de vítima momentaneamente vulnerável, uma vez que incapaz de consentir ou resistir, *in verbis*:

Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir

El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

A violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes tem maior enfrentamento a partir Capítulo II, onde habita o Crime de “*Actos Sexuales Abusivos*” nas suas distintas formas, do artigo 208 ao 210-A do CP-COL (COLOMBIA, 2000), figura penal semelhante ao Crime de Estupro de Vulnerável do artigo 217-A do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940). Do mesmo modo, o legislador colombiano aplica o critério etário de quatorze anos de idade para fins de vulnerabilidade etária acerca do consentimento, assim como ocorre na legislação pátria.

Nos artigos 208 e 209 localizam-se, respectivamente, os tipos penais dos Crimes de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* e *actos sexuales con menor de catorce años*. O legislador colombiano aplica a pena de prisão de doze a vinte anos no caso de ocorrer conjunção carnal (art. 208), e nove a treze anos no caso de serem realizados atos sexuais diversos da conjunção carnal com menor de quatorze anos (art. 209), *in verbis*:

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.
Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años
El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Willian Tópaga (2019, p. 481) entende que o objetivo do artigo 208 do CP-COL é “[...] *proteger al menor de 14 años frente a cualquier tipo de experiencia sexual que le pueda atrofiar el desarrollo que está viviendo [...]*”, uma vez que “[...] *el legislador sanciona los comportamientos que se realicen con ese menor, a pesar de haber sido consentidos por este [...]*”.

Já sobre o artigo 209, Tópaga o autor leciona que:

[...] el acto sexual con menor de 14 años, no se refiere únicamente a la realización de un acto diferente del acceso carnal, ya que incluye dos modalidades de comportamiento adicionales: realizar actos sexuales en su presencia y el inducirlo a prácticas sexuales (art. 209 C. P.). (TÓPAGA, 2019, p. 485).

A Jurisprudência colombiana, conhecida por sua notória qualificação e reconhecimento no cenário Latino-americano, ao deparar-se com a criminalidade sexual intrafamiliar, vem punindo o agressor sexual com penas rígidas, em consonância com o disposto no Código Penal, a exemplo dos julgados que merecem o cotejo nesse trabalho

acadêmico.

Ao julgar o SP4931-2019 (COLOMBIA, 2021), a Corte Suprema de Justiça da Colômbia, na data de treze de novembro de 2019, através da *Sala de Casación Penal*, confirmou a sentença de segunda instância condenando o recorrente à pena de 144 meses (12 anos) de prisão e a pena acessória de inabilitação para o exercício de direitos e funções públicas pelo mesmo período, por ter sido o autor do delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravados* (art. 209 e 211, P.5 do CP-COL).

Na fundamentação, o Tribunal aludiu ao fato de que nesses crimes, não há de se estranhar a falta de testemunhas presenciais, com exceção da própria vítima, já que geralmente o agressor atua de acordo com as circunstâncias propícias para que o delito resulte na impunidade, razão pela qual é tão importante a oitiva da vítima de crime sexual no ambiente intrafamiliar:

En esta clase de episodios delictuales no es extraña la ausencia de testigos presenciales, salvo la propia víctima, toda vez que, por lo general, el agresor rodea su actuación de circunstancias propicias para la impunidad de ahí la relevancia de lo que exprese la persona afectada y su análisis en el contexto de la concreta situación (COLOMBIA, 2021, doc. eletrônico).

Ainda, atestou a credibilidade do testemunho da vítima, pois as expressões e o linguajar da criança em sede de júízo oral assinalaram um relato claro, consistente e ajustado com a realidade que vivenciou:

Le dijo que «hicieran el amor», a lo que le contestó que no, sin embargo, éste procedió a bajarles los pantalones y a «manosearle las piernas», para luego sentir algo blanco pegajoso en las mismas y que identificó como semen, pues así se lo habían explicado en el colegio donde estudiaba, motivo por el que procedió, una vez llegó su progenitora de trabajar, a contarle lo acaecido (COLOMBIA, 2021, doc. eletrônico).

Ademais, o relato da vítima guarda coerência, verossimilhança e coincidência com as versões que a vítima relatou às psicólogas que lhe examinaram e valoraram a prova. Nesse sentido, a Dra. Nancy Fabiola Gaitán Trujillo, uma das psicólogas que atenderam a vítima, explanou que a vítima foi clara e precisa, pois geralmente “[...] *los niños cuando es algo imaginable, ellos no tiene claridad en que tiempo pudo pasar, que situación* [...]”, no entanto, “[...] *ella fue muy clara en el tiempo que ocurrió, el modo que ocurrió y cuando se presentó la situación, entonces es creíble lo que la niña disse* [...]” (COLOMBIA, 2021, doc. eletrônico).

Desta forma, para Sala Penal, tampouco há dúvida sobre a configuração agravante prevista no *artículo 211, numeral 5º, del Código Penal*, dado que o recorrente pertencia à *unidade doméstica da menor*, devido ao fato de ser o companheiro da genitora da vítima

(COLOMBIA, 2021).

Logo, em breve síntese, diante do conjunto probatório valorado, faz-se presente a conduta punível descrita pelo legislador colombiano nos artigos 209 e 211, parágrafo 5º, do Código Penal, com o *nomen juris* de *actos sexuales con menor de 14 años*, agravados, recaindo a responsabilidade sobre o recorrente, como ao autor da conduta, surgindo, deste modo, o comportamento antijurídico desenvolvido pelo acusado tanto formal, como materialmente censurados pelo sistema jurídico, dada a vulnerabilidade do bem jurídico *libertad, Integridad y formación sexuales*, o qual se viu afetado pela agressão sofrida pela “*víctima su hijastra, permitiendo llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable de la autoría y responsabilidad*” (COLOMBIA, 2021).

No mesmo sentido, a Corte Suprema de Justicia da Colômbia, julgou o AP4489-2019 (COLOMBIA, 2021), na data de dois de outubro de 2019, através da *Sala de Casación Penal*, resultando por inadmitir a revisão da sentença, confirmando a condenação do recorrente à pena de dezoito anos de prisão, por ser o autor do crime de *Acceso carnal abusivo con menor de catorce años* (art. 208 e 211, P.2 e 5 do CP-COL) praticado em face de sua enteada.

El demandante no demostró haber operado un cambio jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que modifique de manera favorable los fundamentos de la decisión que se demanda, por tal razón se procederá a inadmitir el presente libelo (COLOMBIA, 2021, doc. eletrônico).

Por sua vez, o artigo 210 do CP-COL elenca o tipo penal do Crime de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*, outra figura penal equivalente ao crime de Estupro de Vulnerável da legislação pátria.

Todavia, neste artigo, diferentemente do que ocorre no artigo 207, o legislador colombiano pune o ato sexual abusivo contra a vítima incapaz de resistir que não tenha se colocado nessa situação de vulnerabilidade.

No caso de ocorrer conjunção carnal, a pena é a mesma do artigo 208, no entanto, se ocorrer ato sexual abusivo diverso da conjunção carnal com incapaz de consentir, a reprimenda será de oito a dezesseis anos de prisão, ou seja, maior do que a do artigo 209, *in verbis*:

Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir
El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.
Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

O referido tipo penal pretende proteger “[...] *la integridad sexual de las personas que por estar en estado de inconsciencia o padecer trastorno mental o estar en incapacidad de resistir tienen derecho a mantenerse incólumes ante cualquier tipo de actividad sexual [...]*”, de modo que fiquem resguardadas de “[...] *acciones que impliquen para el sujeto activo la obtención de un provecho sexual de esa situación desfavorable en la que se encuentra [...]*” (TÓPAGA, 2019, p. 486).

No Capítulo III habitam as disposições comuns aplicadas aos crimes dos Capítulos anteriores, onde a agravante da violência sexual intrafamiliar encontra pouso no Parágrafo 5º do artigo 211 do CP-COL, sendo as penas majoradas de um terço até a metade, *in verbis*:

Artículo 211. Circunstancias de agravacion punitiva
Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:
 [...]

 5. *La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre* (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Consoante Tópaga (2019), a violência sexual intrafamiliar merece elevado grau de reprovabilidade e punibilidade, justamente em decorrência da confiança que a vítima deposita nos entes familiares, razão pela qual:

[...] resulta adecuada, por cuanto es correcto señalar que resulta más grave y, por tanto, merece mayor grado de reproche, realizar la conducta con personas con las cuales se tenga parentesco (no solo limitarla a la relación conyugal o de cohabitación), o en personas que se hallaren integradas a la unidad doméstica o aprovechándose de la confianza depositada por la víctima. (TÓPAGA, 2019, p. 490).

Salientamos que o artigo 211 do CP-COL aplica agravantes nos mesmos patamares do artigo anterior (aumento de um terço até a metade), nas situações de: quando o agente cometer o crime em concurso de agentes, tiver qualquer tipo de autoridade sobre a vítima, quando a vítima for menor de quatorze anos de idade, quando a vítima ficar grávida, quando o crime for praticado contra vulneráveis por razões de idade, etnia, capacidade física ou psíquica, quando se produzir contaminação de enfermidade venérea, quando for cometido o crime para fins de ensinar no controle social, temor ou obediência da comunidade.

Nessa esteira, Enrique Orts Berenguer leciona que:

Piénsese en la dignidad de la persona - que de hecho está subyacente en todos estos delitos, entre otras cosas porque nada hay más lesivo para dicha dignidad que utilizar o servirse de alguien como si de un objeto se tratara, que es lo que sucede cuando se le viola, pues se le instrumentaliza para la complacencia del agresor -, en su bienestar psíquico - no es infrecuente que la víctima de un delito de violación resulte psicológicamente impactada con un trauma, y tarde tiempo en superarlo -, en el riesgo de un embarazo no querido, en el de una enfermedad de transmisión sexual (BERENGUER, 1995, p. 43).

Sobre a temática, a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença C-164-19, julgado do ano de 2019 (COLOMBIA, 2019), confirmou a executoriedade da agravante relativa à menoridade da vítima (*persona menor de catorce años*) que habita no artigo 211, P.4 do CP-COL, uma vez que a Sentencia C-521 de 2009 decidiu que “[...] *es constitucional, al interpretarlo en el sentido de que no está llamado a agravar conductas que no requieren agravación puesto que ya de suyo la lesividad del comportamiento fue valorada por el legislador en el tipo penal.*”. Por conseguinte, declarou a incidência do “[...] *numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto.*” (COLOMBIA, 2019, doc. eletrônico).

Destacamos que o legislador colombiano introduziu recentemente através do artigo 211A do Código Penal a hipótese de cominação da pena de prisão perpétua revisável aos autores dos crimes sexuais previstos nos artigos 205, 207 e 210 do Código Penal, quando a vítima for menor de dezoito anos de idade, bem como ocorrer no cenário intrafamiliar (COLOMBIA, 2000).

Prontamente, de modo esclarecedor, nos artigos 212 e 212-A do CP-COL o legislador colombiano elencou, respectivamente, os significados de *acceso carnal* e *violencia* para fins de efeitos das condutas descritas nos artigos anteriores do Título IV, Capítulos I e II (COLOMBIA, 2000).

De tal modo, o *acceso carnal* compreende a “[...] *penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano y otro objeto [...]*” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Já a *violencia* consiste no “[...] *uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder [...]*” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico). Ainda, considera-se violência a utilização da coação e circunstâncias que impeçam a vítima de manifestar o seu livre consentimento para a realização do ato sexual.

Segundo Manuel Cancio Meliá (2000, p. 78), o conceito de *acceso carnal* do artigo 212 do CP-COL, ao referir-se à *vía vaginal*, pode gerar dificuldades para uma interpretação teleológica, mormente no tocante à consumação. Na visão do autor, o chamado “[...] *coito vestibular (penetración en la esfera genital externa anterior al himen) [...]*” bastaria para a configuração do *acceso carnal* do ponto de vista material, pois “[...] *la afectación de la libertad sexual ya puede estar completa: há habido una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima [...]*” (CANCIO MELIÁ, 2000, p. 78).

Não obstante, é mandatório trazer o entendimento firmado pela Corte Constitucional colombiana através da Sentença C-241/12 (COLOMBIA, 2012, p. 12) que declarou exequível o artigo 237 do Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), referente à tipificação do Crime de Incesto: “*Artículo 237. Incesto - El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.*” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Nas razões do julgado, a Corte argumentou que a tipificação penal do incesto “[...] *constituye una limitación justificada desde la perspectiva constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en aras de proteger el bien jurídico de la familia [...]*”, bem como “*los valores e instituciones vinculados a ella*”, posto que a família tem caráter de pilar fundamental, “[...] *presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado.*” (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Além disso, a Corte colacionou precedente e discorreu sobre a importância da família no plano do Direito Internacional, citando diversos instrumentos internacionais de direitos humanos que tutelam a família como elemento fundamental da sociedade, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.23) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.17) que se encontram incorporados à ordem jurídica interna do Estado colombiano.

Por fim, aludiu que a penalização do Crime de Incesto não vulnera o princípio da dignidade da pessoa humana, nem o livre desenvolvimento da personalidade.

Por derradeiro, reportamos que o legislador colombiano, recentemente, modificou o artigo 83 do Código Penal tornando imprescritíveis os delitos contra a *libertad, integridad y formación sexuales*, bem como o crime de incesto, quando praticados contra crianças e adolescentes, explicitando a importância com que o tema é tratado no cenário colombiano:

[...] *Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto o del homicidio agravado del artículo 103ª del Código Penal, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible* (COLOMBIA, 2000, doc. eletrônico).

Após verificar o tratamento dispensado pelo Código Penal colombiano aos *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*, é possível aferir que as penas cominadas para esses delitos são rígidas e a violência sexual no âmbito familiar não é tolerada, de modo que constitui agravante aplicada à maioria dos delitos sexuais. Outrossim, quando a vítima do delito for menor de quatorze anos de idade, o Código também aplica agravante que varia de um terço até a metade.

Ademais, a própria tipificação do crime de incesto é ponto notável no cenário jurídico colombiano, mormente por ser um sistema que pugna a observância da dignidade da pessoa humana em todas as suas frentes, tutelando a família e o livre desenvolvimento da personalidade nesses casos.

Outrossim, as recentes alterações legislativas que tornaram imprescritíveis os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, bem como a previsão da prisão perpétua revisável para alguns desses crimes, demonstra a seriedade com que ocorre o enfrentamento a este tipo de criminalidade no cenário colombiano.

No tocante à jurisprudência, vale destacar que se trata de julgados que apresentam profunda argumentação, onde os julgadores aplicam e sopesam o disposto nos tipos penais, considerando, sobretudo, a gravidade da violência sexual intrafamiliar e o quadro no qual as vítimas estão inseridas, demonstrando a seriedade com que o tema é tratado sob à égide do Judiciário colombiano.

5.3 A TUTELA PENAL NO CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1995

Após apresentar como ocorre o tratamento penal referente aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no cenário penal argentino e colombiano, aludindo, especialmente, à violência sexual intrafamiliar, analisaremos, nesse passo, como ocorre esse tratamento no âmbito jurídico espanhol, já que “[...] a influência da antiga metrópole constituiu fenômeno impressionante [...]” sobre os países de língua espanhola (FRAGOSO, 1979, p. 17).

Assim, demonstra-se plenamente razoável que o estudo do Código Penal espanhol

(CP-ESP), *Ley Orgánica n. 10 de 1995, de 23 de noviembre*, seja utilizado para o prosseguimento desta pesquisa acadêmica (ESPAÑA, 1995).

Inicialmente, destaca-se que os crimes sexuais estão inseridos no Título VIII do Código Penal espanhol - *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* - tutelando, segundo Francisco Muñoz Conde (2019, p. 205), “*Tanto la libertad como la indemnidad sexuales, a las que alude la rúbrica del Título VIII, deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales [...]*”, desta forma, para que seja possível a sua “[...] *exacta delimitación deben situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas.*” (CONDE, 2019, p. 205).

Ademais, quando o tema envolver crianças e adolescentes, segundo entendimento dos magistrados espanhóis José María Asencio Gallego e Ignacio González Veja (2019, p. 13), por se tratar de “[...] *menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en la medida en que todavía no han desarrollado su propia personalidad sexual [...]*”, assim como não possuem a maturidade “[...] *necesaria para decidir libremente sobre estos aspectos, no cabe hablar de ‘libertad sexual’, sino de ‘indemnidad’, es decir, del derecho a no sufrir interferencias en la formación de su propia sexualidad [...]*”. Em outras palavras, as crianças e adolescentes têm o “[...] *derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, que podrían generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 13).

Desta forma, existindo um “*bien jurídico dual*” em relação ao sujeito passivo, o legislador espanhol “[...] *pretende reflejar que algunas personas, especialmente vulnerables, deben quedar al margen de los daños que puedan derivar de las experiencias sexuales por no estar en una situación que les permita asumirlas en su configuración personal [...]*” (MORGADO, 2015, p. 244).

No entanto, vale mencionar que o referido Título VIII (ESPAÑA, 1995) sofreu recentes alterações por intermédio do incremento da *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, que objetivou cumprir “*La trasposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y lapornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco de 2004.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 14). Desta feita, a novidade mais relevante incorporada através da reforma foi a “[...] *elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años, adaptando así el Código Penal a las*

exigencias tanto de la Unión Europea, como del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 14).

Assim, o Capítulo I do Título supramencionado apresenta *las agresiones sexuales*, tipificando no artigo 178 do CP-ESP o Crime *atentare contra la libertad sexual de otra persona* com violência ou intimidação. A pena prevista para o autor desse tipo penal é de prisão de um a cinco anos.

Muñoz Conde (2019, p. 209) doutrina que nas “[...] *agresiones sexuales, la edad del sujeto pasivo y el contexto social o familiar que le rodean son, pues, factores decisivos para valorar hasta qué punto la intimidación puede tener el grado suficiente para integrar el tipo de alguno de estos delitos [...]*”.

José Ignacio Gallego Soler (2011, p. 430) entende que “*Sólo cuando la violencia o intimidación sean medios para doblegar la voluntad o vencer la resistencia de la víctima estaremos ante el tipo en cuestión [...]*”. Logo, entre a violência ou intimidação e o ataque sexual “[...] *debe existir una relación de medio a fin.*” (MORGADO, 2015, p. 253).

Já no artigo 179 do CP-ESP, reside o Crime de Agressão Sexual com Acesso Carnal, delito equivalente ao crime de Estupro do artigo 213 do Código Penal brasileiro. Na legislação espanhola, o tipo penal pune o autor da agressão que consista no “[...] *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías [...]*” (ESPAÑA, 1995, p. 74), com a pena de seis a doze anos de prisão, *in verbis*:

Artículo 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años (ESPAÑA, 1995, p. 74).

Em razão da ambiguidade da expressão *acceso carnal*, seriam admitidos, em tese, todas as combinações possíveis: “*hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer*” (CONDE, 2019, p. 211).

No centro da violência sexual intrafamiliar, os artigos supramencionados aplicam-se, somente, no caso de os delitos terem sido cometidos contra vítima adolescente maior de dezesseis anos de idade, ocasião em que incidirá a causa de aumento de pena prevista no artigo 180 do CP-ESP (pena de prisão de 5 a 10 anos para o crime do art. 178, e pena de prisão de 12 a 15 anos para o do art. 179). Todavia, se a vítima do crime for adolescente menor de dezesseis anos de idade, aplicar-se-á ao autor o tipo penal autônomo previsto no

artigo 183 do CP-ESP e não o disposto nos artigos 178, 179 e as causas de aumento de pena do artigo 180.

Na conjuntura da violência sexual intrafamiliar prevista no artigo 180 do CP-ESP, Muñoz Conde infere que:

[...] es difícil de explicar en base a la mera relación parental. Lo importante es la relación de superioridad, haciendo recaer así el acento, no tanto en el parentesco mismo, como en la situación de superioridad que ello puede suponer para el sujeto activo frente al pasivo. No se trata, por tanto, del quebrantamiento de un especial deber para el autor de abstenerse de este tipo de acciones, lo que podría entenderse en la relación parental descendiente (padres respecto a hijos) que evoca el viejo «tabú» del incesto, pero menos en otras más lejanas, sobre todo cuando se trata de un parentesco colateral por adopción o afinidad; sino, como ya proponíamos en la 11ª ed. (1996, p. 191), de que la relación parental dé lugar a una relación de superioridad de la que se prevale que, de todos modos, normalmente irá implícita en la propia intimidación (CONDE, 2019, p. 213).

Igualmente, “[...] *no se requiere, sin embargo, y así resulta de la conjunción disyuntiva ‘o’, que la superioridad tenga que apoyarse necesariamente en el parentesco, sino que puede tener su origen en una relación de otra índole entre víctima y agresor [...]*”. O essencial, por tanto, é que se identifique “[...] *un prevalimiento, que puede estar basado indistintamente en el parentesco o en una relación de superioridade [...]*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 60).

No Capítulo II dos *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* do CP-ESP encontra-se o tipo penal referente aos *abusos sexuales*, com amparo no artigo 181.

Os chamados “*tocamientos sorpresivos y/o fugaces*” constituem o protótipo do tipo básico do abuso sexual, “[...] *por cuanto estamos ante contactos corporales en los que el sujeto pasivo no tiene oportunidad de expresar su consentimiento o negativa [...]*” (MORGADO, 2015, p. 263).

A diferença fundamental deste tipo penal para o delito anterior (*agresiones sexuales*) habita na “[...] *no concurrencia en los abusos sexuales de la violencia o intimidación como medios de ataque a la libertad sexual.*”, contudo, “[...] *en común con aquéllas tienen el que en todo caso se trata de un ataque a la libertad sexual no consentido (o con consentimiento viciado) o contra la indemnidad sexual de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.*” (CONDE, 2019, p. 216).

O tipo penal descrito no parágrafo primeiro do artigo 181 do CP-ESP *abuso sexual* quando ocorrer na situação de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, faz-se presente a qualificadora com aplicação da pena (prisão de um a três anos) na metade

superior, uma vez que pode ser cometido contra “[...] *cualquier persona, aunque los abusos sexuales sobre menores de 16 años tienen un tratamiento autónomo [...]*” (CONDE, 2019, p. 218).

Ainda, vale destacar o conteúdo redação do parágrafo segundo do artigo 181 do CP-ESP, uma vez que presente hipótese do Crime de Estupro de Vulnerável do artigo 217-A, §1º do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

Artículo 181. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (ESPAÑA, 1995, p. 75).

No entanto, no parágrafo quarto o legislador espanhol informa que, em todos os casos anteriores, quando o *abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*, a pena imposta ao responsável será de prisão de quatro a dez anos.

No Capítulo II bis habita a tipificação dos “[...] *abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.*” (ESPAÑA, 1995, p. 75), delitos que ocorrem em sua “grande maioria” no ambiente intrafamiliar (DOBKE, 2001, p. 27).

O CP-ESP leva em consideração o fato de que deve “[...] *protegerse la indemnidad sexual de los menores de esa edad ante posibles interferencias por parte de personas adultas en la normal evolución y desarrollo de su personalidad hasta decidir con libertad su conducta sexual [...]*” (CONDE, 2019, p. 224).

Desta feita, o legislador espanhol parte de uma presunção “[...] *iuris et de iure, del consentimiento otorgado por menores de 16 años en relación con cualquier comportamiento de trascendencia sexual.*” (MORGADO, 2015, p. 267). Na prática, o maior cuidado jaz no eventual “*error sobre la auténtica edad del sujeto passivo*”, notadamente quando os menores estão mais próximos do limite etário de dezesseis anos fixado em lei. A admissão do erro acarreta importantes consequências para o campo prático, já que “[...] *sea calificado como vencible o como invencible conlleva la atipicidad de la conducta.*” (MORGADO, 2015, p. 267).

Esse tratamento justifica-se devido ao fato de os delitos sexuais apresentarem-se como ilícitos penais dolosos, não sendo imputados a título de culpa. A Jurisprudência espanhola, com a finalidade de sopesar essa situação, vem adotando a “*ampliación del dolo eventual*” (MORGADO, 2015, p. 267) aos seus julgados, a exemplo do STS 187/2005, julgado datado

de 23/02/05, no qual o Tribunal Supremo espanhol concluiu que “[...] *el acusado tuvo necesariamente que representarse la posibilidad o la probabilidad de que la persona a quien sometió a agresiones sexuales era menor de 13 años y, no obstante ello, se despreocupó por completo de comprobar tal circunstancia [...]*” por qualquer dos meios que tinha ao seu alcance (ESPAÑA, 2005, doc. eletrônico). No mesmo sentido, o STS 860/2006, julgado em 07/09/06 e o SAP Madrid 23ª 153/2008, julgado em 05/11/08 (ESPAÑA, 2006).

No parágrafo primeiro do artigo 183 é aplicada a pena de dois a seis anos de prisão ao agente que realiza atos de caráter sexuais com um menor de dezesseis anos. Aqui, o “*Sujeto pasivo será un menor de dieciséis años, hombre o mujer. Y el sujeto activo ha de ser necesariamente mayor de dieciocho años y también puede ser hombre o mujer.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 89).

Segundo Manuel Gómez Tomillo (2005, p. 123), o que importa, definitivamente, “[...] *es que se trate objetivamente de una utilización degradante de la víctima, en el sentido descrito, independientemente de que el autor se excite sexualmente o no, pretenda o no satisfacer su instinto, o simplemente se persiga degradar, humillar a la víctima.*”.

Ademais, de acordo com a Jurisprudência da Sala Penal do Tribunal Supremo espanhol, ao julgar o STS 1487/2016, restou perfeitamente possível à prática do crime de abuso sexual de um menor de idade (art. 183, P.1) através do ambiente virtual cometido com o uso webcam (ESPAÑA, 2021b).

Na sua fundamentação, o Tribunal Supremo espanhol colacionou julgados reformando a tese, posto que “[...] *el intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre) [...]*” (ESPAÑA, 2021b, doc. eletrônico). Já “*La introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas menores de edad, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre) [...]*” (ESPAÑA, 2021b, doc. eletrônico), sendo apenas dois exemplos bem recentes de resoluções desta Sala Penal em que temos considerado que “[...] *el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores.*” (ESPAÑA, 2021b, doc. eletrônico).

Já no parágrafo segundo, aplica-se a pena de cinco a dez anos de prisão quando o agente empregar violência ou intimidação contra o menor de dezesseis anos para a realização da agressão sexual. Igualmente, a mesma pena será imposta àquele que, mediante violência ou

intimidação, compeler *a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.*

A “[...] *violencia o intimidación deben ser instrumentales respecto al la acto de carácter sexual y su concurrencia, simultánea o previa al mismo, eleva la categoría del delito al rango de agresión sexual.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 95).

Outrossim, conforme disposição do artigo 183, parágrafo terceiro, em ambos os tipos penais incide a qualificadora quando o ataque consistir em *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado* com a pena de prisão de oito a doze anos, no caso do parágrafo primeiro, e com a pena de doze a quinze anos, no caso do parágrafo segundo.

A equiparação do “[...] *acceso carnal violento con otras conductas se justifica por la similar potencialidad lesiva que el uso de los mismos -introducción de miembros corporales u objetos por las vías vaginal y anal- evidencia para el bien jurídico protegido.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 96).

A violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes menores de dezesseis aporta no parágrafo quarto, alínea ‘d’, do artigo 183 do CP-ESP consistindo-se na qualificadora do crime em tela, já que se aplica a “[...] *pena de prisión correspondiente en su mitad superior [...]*” quando presente a situação de “[...] *ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*” (ESPAÑA, 1995, p. 76).

Entretanto, a qualificadora da violência sexual intrafamiliar do artigo 183 do CP-ESP merece críticas por não contemplar todas as hipóteses de parentesco previstas na agravante genérica do artigo 23 do CP-ESP, uma vez que “[...] *incluye al cónyuge o asimilado lo que obligará a apreciar la agravante genérica en tales casos que situados extramuros de este art. 183.4.d) encajen en el ámbito de la circunstancia genérica [...]*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 103):

Artículo 23. Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (ESPAÑA, 1995, p. 15).

Ainda, vale destacar a presença de qualificadoras quando a vítima for menor de quatro anos de idade, quando ocorrer situação de caráter degradante ou vexatório, quando a vida ou

saúde da vítima tiver sido colocada dolosamente ou por imprudência grave em grave em situação de perigo, quando *cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades*, dentre outras, *in verbis*:

Artículo 183. 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años (ESPAÑA, 1995, p. 75).

Remetendo, novamente, à Jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol (ESPAÑA, 2021b, doc eletrônico), a Sala Penal, em julgado recente (STS 738/2020, com decisão datada de 03/03/2020, a Sentença n. 687/2019), decidiu por “[...] *desestimar el Recurso de Casación n. 10358/2019 interpuesto por la representación procesal do recorrente contra a sentença datada de 9/05/2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, [...]*” confirmando na integralidade a Sentença condenatória de quatorze anos, sete meses e quinze dias de prisão imposta ao recorrente.

Além disso, o recorrente ainda foi condenado à pena de inabilitação absoluta durante o tempo da condenação, com as proibições de aproximar-se pessoalmente da vítima em

distância inferior a 300 metros e de realizar qualquer tipo de contato com a vítima, ambas pelo período de dezesseis anos. Não obstante, foi imposta a medida de liberdade vigiada do artigo 192 do CP-ESP pelo período de dez anos após o cumprimento da pena privativa de liberdade e inabilitação especial para qualquer tipo de profissão ou ofício que contemple contato com menores de idade pelo período de dezoito anos.

No mesmo sentido, o Tribunal Supremo espanhol por intermédio da Sala Penal (STS 4285/2019, em decisão datada de 20/12/2019, através da Sentença n. 648/2019) decidiu por declarar não haver lugar ao

Recurso de Casación n. 10368/2019, interpuesto por la representación del acusado, contra a sentença dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de abril de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Veintidós, de fecha 22 de febrero de 2018 (ESPAÑA, 2021b, doc. eletrônico).

Desta forma, foi mantida a pena de quinze anos de prisão imposta ao acusado por ter praticado o delito continuado de Agressão sexual a menor de dezesseis anos em face da própria filha que, na época dos fatos, contava com apenas onze anos de idade. As agressões perduraram até que a filha completasse treze anos, fazendo-se presente o artigo 183, 1, 2, 3 e 4 do CP-ESP:

[...] la debida motivación penológica del Tribunal al señalar que "nos encontramos ante un delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años, y siendo reiterado el acceso carnal, tanto por vía vaginal como anal, siendo la víctima menor de trece años, y habiéndose prevalido el autor de su relación de parentesco con la misma pues es su progenitor, entiende el Tribunal que es proporcional el mayor reproche penal que el legislador ha previsto. La horquilla legal se extiende de los doce a los quince años, según el artículo 183.3 y el 184.d) prevé la pena en su mitad superior si el culpable se aproveche de su relación de parentesco, de modo que la pena aplicable ya sería en su mitad superior, y como a esto ha de añadirse la continuidad delictiva, entendemos justificado aplicar la pena máxima legalmente prevista. (ESPAÑA, 2021b, doc. eletrônico).

Conjuntamente, foram aplicadas as penas acessórias referentes à inabilitação asoluta durante o tempo da condenação, a privação do pátrio poder em relação à filha, a proibição de aproximar-se de distância inferior a mil metros da vítima, de seu domicílio, local de estudo ou qualquer outro onde possa encontrá-la, bem como de comunicar-se por qualquer meio com a vítima por tempo não inferior a cinco anos após o cumprimento da pena imposta. Ainda, foi aplicada a medida de liberdade vigiada que se executará após a pena privativa de liberdade, por um período de cinco anos. Ao final, o acusado também foi condenado a indenizar a vítima

em dez mil euros.

Segundo o artigo 183, parágrafo quarto do CP-ESP, “*El consentimiento libre del menor de dieciséis años [...] excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez [...]*” (ESPAÑA, 1995, p. 76). Deprendendo-se, portanto, que o legislador espanhol atribuiu uma presunção *iuris tantum* em razão da falta de capacidade dos menores de dezesseis anos para o consentimento de relações sexuais, já que se admite prova em sentido contrário, conforme própria disposição legal.

Desta forma, “[...] *el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente [...]*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 115).

Ou seja, para o CP-ESP, os menores de dezesseis anos “[...] *pueden interrelacionarse sexualmente con personas de una edad aproximada a la suya, de un grado de madurez y desarrollo similares a los suyos, sin injerencia alguna del Derecho penal, siempre que procedan con libertad; pero no con adultos.*” (BERENGUER, 2013, p. 13).

A título de curiosidade, no **artigo 189 bis, o CP-ESP prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica quando responsável pelos delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores** compreendidos no Capítulo V.

Por fim, o Capítulo VI anuncia disposições comuns aos Capítulos anteriores, de modo que algumas particularidades, *a priori*, demonstram ser de grande validade para o enfrentamento da criminalidade sexual intrafamiliar realizada contra crianças e adolescentes no ambiente pátrio.

Essencialmente, segundo disposição do artigo 191 do CP-ESP, para *proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales* praticados em face de vítima menor de idade, pessoa em *discapacidad necesitada de especial protección* ou *persona desvalida*, bastará à denúncia do *Ministerio Fiscal* (Ministério Público na Espanha). Assim, com a simples leitura, constata-se que a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes no cenário espanhol seria crime de Ação Penal Pública Incondicionada.

Nessa vertente, no parágrafo segundo do artigo 191 o legislador anuncia que, nos crimes contra *la libertad e indemnidad sexuales*, “[...] *el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa classe.*” (ESPAÑA, 1995, p. 80). Desse modo, a vítima, mesmo que maior de idade, após iniciado o

processo penal, não possui legitimidade para “[...] cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido no extingue la acción penal [...]” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 120). De fato, “[...] el legislador exige la denuncia del agraviado para poder proceder, pero una vez presentada ésta, el proceso penal debe seguir hasta el final y la sanción que, en su caso, se imponga, debe cumplirse [...]” (CONDE, 2019, p. 251).

A atenção do legislador espanhol ao enfrentamento da criminalidade sexual resta evidenciada no artigo 192 do CP-ESP, uma vez que anuncia a aplicação da **medida de liberdade vigiada aos delinquentes condenados à pena de prisão por um ou mais delitos compreendidos neste Título, cuja execução ocorrerá após o cumprimento da pena privativa de liberdade**, ou seja, trata-se de uma “*medida de seguridad postdelictiva*” (MORGADO, 2015), *in verbis*:

Artículo 192. 1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor (ESPAÑA, 1995, p. 81).

A referida medida, no caso de crimes sexuais, terá a duração de cinco a dez anos para delitos graves e a de um a cinco anos para delitos menos graves. Se o delincente for primário, e o delito cometido não for grave, é facultado ao Tribunal impor ou não a medida em observância à periculosidade do autor do delito. Deste modo, a “[...] *peligrosidad del delincuente debe entenderse como riesgo de reiteración en la comisión de futuros delitos de naturaleza similar.*” (MORGADO, 2015, p. 248), não obstante o legislador espanhol ter utilizado genericamente o termo *peligrosidad del autor*.

No dizer de Gallego:

La libertad vigilada es una medida no privativa de libertad creada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que, según el art. 106.1 CP, consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente; b) la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca; c) la de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; d) la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal; e) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; f) la prohibición de comunicarse con la

víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; g) la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; h) la prohibición de residir en determinados lugares; i) la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; j) la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; y k) la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 122).

Outro ponto relevante do texto legal instala-se no parágrafo segundo do artigo 192 do CP-ESP, uma vez que jaz a agravante da pena em razão da violência sexual intrafamiliar imposta aos delitos deste Título. O referido artigo menciona a figura do “[...] *ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección* [...]” ocasião em que serão punidos *con la pena que les corresponda, en su mitad superior* (ESPAÑA, 1995, p. 79).

O fundamento do legislador “[...] *radica en el incremento del desvalor de la acción y del resultado que supone la comisión del delito por parte de las personas investidas de la ‘potestas’ familiar y que son titulares de deberes tuitivos.*” (GALLEGO; VEGA, 2019, p. 124), inerentes à condição que possuem em relação à vítima. Entretanto, esta regra não será aplicada quando *la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate*, ou seja, somente incidirá a agravante se a situação elencada não estiver prevista de forma expressa no tipo penal, em observância ao princípio do *non bis in idem*.

Segundo o parágrafo terceiro do artigo 192, tanto o Juiz, quanto o Tribunal poderão impor, fundamentadamente, além da pena privativa de liberdade, a pena de privação do poder familiar (*patria potestad*) ou a pena de inabilitação especial para o exercício dos direitos do poder familiar, tutela, curatela, guarda ou acolhimento pelo tempo de seis meses a seis anos, bem como a pena de *inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años*.

Além disso, aos responsáveis pelo cometimento de algum dos delitos inseridos nos Capítulos II bis ao V deste Título, serão impostas, sem prejuízo das penas correspondentes, as penas de inabilitação especial para qualquer ofício ou profissão, remunerado ou não, que contemple *contacto regular y directo con menores de edad*, pelo tempo de três a cinco anos de duração após o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta na sentença, ou pelo tempo de dez a quinze anos quando não for imposta ao delinquente a pena de prisão, em

atendimento à proporcionalidade e à gravidade do caso concreto, bem como em atenção ao número de delitos cometidos e as circunstâncias que o condenado incorreu.

De acordo com o artigo 193 do CP-ESP, de modo proeminente, o legislador espanhol prevê a possibilidade de aplicação nas sentenças condenatórias decorrentes de delitos contra a liberdade sexual, além do pronunciamento acerca da responsabilidade civil correspondente, que será realizado, de acordo com o caso concreto, “[...] *los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.*” (ESPAÑA, 1995, p. 81).

Sobre o tema, Muñoz Conde doutrina que:

La responsabilidad civil a que pueden dar lugar estos delitos se determina de acuerdo con lo previsto en el Título V del Libro I. Pero a veces los delitos sexuales tienen consecuencias como el embarazo y el nacimiento de hijos, de ahí que el art. 193 se refiera expresamente a estas consecuencias en orden a la responsabilidad civil. El ámbito de aplicación del art. 193 debe restringirse, sin embargo, a aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea mujer (CONDE, 2019, p. 252).

Na mesma vertente, o preceito do artigo 129 bis do CP-ESP apresenta a possibilidade de o Juiz acordar com a retirada de material biológico e a realização de análises “*Para la obtención de identificadores de ADN, así como su inscripción en la base de datos policial, cuando estemos ante una condena por la comisión, entre otros previstos, de delitos contra la libertad o indemnidad sexual.*” (MORGADO, 2015, p. 250).

No entanto, em qualquer caso, a referida medida, obrigatoriamente, deverá valorar “[...] *las circunstancias del hecho, los antecedentes, la personalidad del sujeto, así como cualquier otra información disponible que permita valorar la existencia de un peligro relevante de reiteración delictiva [...]*” (MORGADO, 2015, p. 250). Ainda, no caso de o condenado negar-se à realização da medida, é possível a utilização de medidas coercitivas para a execução forçada da retirada do material biológico do condenado.

Por fim, merece relevo o fato de que no artigo 140 do CP-ESP habita a figura do denominado “*asesinato hipercualificado*” (MARTÍN, 2015), que nada mais é do que a aplicação da pena de prisão perpétua revisável (*prisión permamente revisable*) ao crime de homicídio, quando praticado contra uma vítima menor de dezesseis anos ou pessoa especialmente vulnerável (em razão da idade, enfermidade ou falta de capacidade), ou ainda, quando o homicídio for subsequente a um delito contra a liberdade sexual praticado pelo autor contra a vítima.

Víctor Gómez Martín (2015, p. 54) assinala que o legislador espanhol se referiu indistintamente a todas “[...] *las infracciones contra la libertad sexual, sin distinguir en*

atención a la muy diferente gravedad que pueden revestir unas y otras. De este modo, cualquier delito contra la libertad sexual podría servir de referente [...]”, independentemente da pena cominada. O referido autor percebe que deve ocorrer uma interpretação sistêmica, sob pena de provocar uma incongruência valorativa “[...] de exigir menos para lo que con mayor pena está castigado [...]” (MARTÍN, 2015, p. 55).

Artículo 140.1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (ESPAÑA, 1995, p. 59).

A própria amplitude do termo *delito contra la libertad sexual* “[...] permite incluir en este supuesto casos de muy distinta gravedad, cabe entender que esta cualificación se debe a la mayor gravedad que encierra el hecho mismo de matar a una persona a la que previamente ya se le há vulnerado su libertad sexual.” (CONDE, 2019, p. 58). Ademais, caso a vítima do homicídio seja um menor de dezesseis anos de idade, “[...] más que un delito contra la «libertad sexual», se trata de un delito contra la «indemnidad sexual»”, que igualmente dará lugar à aplicação da *prisión permanente* (CONDE, 2019, p. 58).

Ainda, o autor entende que deve existir “[...] una conexión temporal de inmediatez entre la producción subsecuente de la muerte y la realización del delito contra la libertad sexual.” da vítima, para fins de aplicação da pena perpétua (CONDE, 2019, p. 58).

A Jurisprudência espanhola caminha no mesmo sentido, a exemplo do caso do “*violador del Parque de María Luisa*” (CONDE, 2019), no qual a Sala Penal do Tribunal Supremo da Espanha, em julgado datado de 17/10/2018 (STS 3486/2018, Sentença n. 472/2018), apreciou parcialmente o Recurso de Casación n. 10149/2018 interposto pela defesa, não aplicando a pena perpétua ao acusado, mas a de vinte e cinco anos de prisão (ESPAÑA, 2018).

Na fundamentação, o Tribunal Supremo espanhol entendeu por “[...] apreciar la existencia de un concurso ideal del artículo 77 del Código Penal entre los delitos de agresión sexual y de asesinato por los que ha sido condenado el recurrente, imponiendo la pena correspondiente al delito más grave [...]” (asesinato), na sua metade superior, considerando a natureza brutal e especial gravidade do delito (ESPAÑA, 2018, p. 9).

Durante o curso do processo, o Ministério Público espanhol (*Ministerio Fiscal*)

chegou a recorrer requerendo à aplicação da pena de “*prisión permanente revisable*” ao condenado (art. 140, P.1 CP-ESP), mas, infelizmente, não teve o seu pedido conhecido pelo Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia, responsável por julgar o caso em segunda instância (ESPAÑA, 2017).

Em caráter informativo, o concurso ideal previsto no artigo 77 do CP-ESP, apesar de similar ao “concurso formal simples” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018) do artigo 70, caput, primeira parte do CP pátrio, não aplica o aumento inerente ao sistema da exasperação, pois o legislador espanhol pretende evitar que “[...] *la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (quod actiones, tot crimina)*”. (CONDE; ARÁN, 2010, p. 467)”.

Em síntese, com esta pesquisa sob o vértice da legislação penal espanhola no tocante aos *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar, é possível afiançar que as penas são mais brandas em relação às legislações até aqui visitadas no Direito Comparado.

Todavia, por intermédio das jurisprudências colacionadas, constata-se que as medidas previstas na legislação são observadas constantemente nos julgados, a exemplo da liberdade vigiada por até dez anos, bem como a aplicação de matérias específicas de ordem civil nas sentenças penais (filiação, alimentos etc.).

Ademais, a liberdade vigiada apresenta-se como uma verdadeira torre de vigia ao enfrentamento da criminalidade sexual, tendo como parâmetro a periculosidade do criminoso sexual e o risco de reiteração da conduta delitiva, já que o condenado tem a obrigação de utilizar aparelhos eletrônicos que permitam a monitoração de sua localização em tempo real, apresentando-se periodicamente ao Juiz para comunicar as suas atividades. Outrossim, o fato de ser após o cumprimento da pena, traz uma segurança à vítima e aos seus familiares, já que é vedada a aproximação ou comunicação do condenado com estes. A liberdade vigiada evita que o condenado frequente ou resida em determinados locais, ou que desempenhe determinadas atividades vinculadas com o crime cometido (por exemplo, ser professor de escola infantil), tendo ainda, a obrigação de participar de programas sobre educação sexual e submeter-se a tratamento médico ou controle médico periódicos.

Nesse passo, entendemos ser necessário trabalharmos a temática pesquisada, desta vez, sob a ótica do cenário penal pátrio, objetivando, assim, verificar de que forma ocorre o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes para, ao final, vislumbrarmos potenciais avançados no panorama pátrio.

6 LEGISLAÇÃO PÁTRIA E O ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE SEXUAL INTRAFAMILIAR

No Brasil contemporâneo, crianças e adolescentes, *a priori*, vivem sob a égide da doutrina da proteção integral, sendo reconhecidas como sujeitos de direito, segundo a melhor interpretação dos três principais instrumentos responsáveis por tutelar os direitos das crianças e dos adolescentes no âmbito nacional: a Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989 (UNICEF, 2017), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990b).

Todavia, Josiane Veronese (2013), em alusão à mudança de paradigma ocorrida na passagem do Código de Menores de 1979 (BRASIL, 1979) para o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (BRASIL, 1990b), observa que o termo criança, frequentemente empregado na atualidade, nem sempre foi utilizado em nossa sociedade. Tratando-se, na verdade, de uma terminologia moderna, quase contemporânea, representando os efetivos investimentos que, pouco a pouco, começaram a ser endereçados a essa fase do desenvolvimento humano (VERONESE, 2013).

Além disso, a Veronese analisa que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém em seu Livro I uma declaração dos direitos da criança e do adolescente, ou seja, trata-se de um detalhamento do artigo 227 da Constituição Federal e, em seu Livro II, diz respeito aos mecanismos de viabilização desses direitos, a maneira como podem ser garantidos (VERONESE, 1999, p. 87).

Nessa mesma direção, no dizer de Válter K. Ishida (2015, p. 2), “A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente.”. Ou seja, no Código de Menores de 1979 não existia proteção integral às crianças e aos adolescentes, já que trabalhava com a figura do menor em a situação irregular, do menor em conflito com a lei, crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direitos. Inexoravelmente, “[...] a doutrina da situação irregular limitava-se basicamente a 3 (três) matérias: (1) menor carente; (2) menor abandonado; (3) diversões públicas.” (ISHIDA, 2015, p. 2).

O Código de Menores de 1979, ao ter como alvo de atenção uma certa categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, justificava-se como uma legislação tutelar. No entanto, essa tutela enfatizava um entendimento

discriminador, ratificava uma suposta “cultura” inferiorizadora, pois implica no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido e ainda ocorrer com mulheres, negros, índios, homossexuais e outros (VERONESE, 2013, p. 48).

De acordo com o entendimento de André K. Kaminski (2002, p. 37), “[...] o menor, como era identificada a criança pobre brasileira, sempre ocupou um lugar desprestigiado na nossa sociedade, colocado em situação de dependência, sem o exercício natural de direitos, [...] verdadeiro ‘coitadinho’ e um objeto necessário de tutela penal [...]”.

Portanto, “a palavra menor, em regra, sempre foi objeto de estigmatização, de rotulagem, significando “o filho dos outros” **o menor era a clientela do sistema Funabem/Febem [...]**” (KAMINSKI, 2002, p. 39).

Com a adoção da doutrina da proteção integral, ocorreu extraordinária mudança nesse tratamento, pois “[...] toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 2013, p. 49).

Ademais, não havia mais justificação para o não acolhimento da doutrina da proteção integral, justamente para que ocorresse a construção de “[...] um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência [...], pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semicidadãos, para a de cidadãos [...]” (VERONESE, 2013, p. 50).

Conforme observa Velela Dobke (2001, p. 22), “[...] a batalha pela garantia dos direitos da criança e do adolescente em nosso país não tem sido em vão; vem resultando na atenção e na realização de estudos científicos sobre a realidade infanto-juvenil [...]”.

Além disso, se o alicerce da Doutrina da Proteção Integral ocorre através da prevenção primária, com a “[...] garantia dos direitos fundamentais àqueles que ainda não atingiram os 18 anos, também é sua diretriz a prevenção secundária e terciária [...]” (AZAMBUJA, 2000, p. 125), ocorrendo por intermédio da aplicação de medidas protetivas (art. 101 do ECA) e socioeducativas (art. 112 do ECA), como consta da “[...] leitura atenta do Estatuto da Criança e do Adolescente, alicerçado em três princípios: criança é prioridade absoluta; criança é sujeito de direitos; criança é pessoa em desenvolvimento [...]” (AZAMBUJA, 2000, p. 125).

Nesse sentido, faz-se mister o expor de Afonso A. Konzen, já que:

Ser sujeito de direitos significa mais do que uma promessa, um propósito ou um ensaio normativo sem consequências. Precisa significar efetividade, proteção jurídica de fato e de direito, com a definição do conteúdo material e do titular da

obrigação, do instrumento de exercício e das consequências pelo descumprimento (KONZEN, 2012, p. 93).

De tal forma, necessária, pois, a leitura do artigo 5º do ECA para entender o que “[...] essa mudança conceitual, que representa indissociável do novo paradigma da criança [...]” (KAMINSKI, 2002, p. 39) e do adolescente como sujeitos de direitos significa, *in verbis*: “Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” (BRASIL, 1990b, doc. eletrônico).

De fato, o foco da tutela foi alterado, justamente, porque ocorreu uma expansão da tutela de crianças e adolescentes, na medida em que antes atuava na proteção da pessoa, passando, agora, para a proteção dos direitos dessa mesma pessoa. Em síntese, “pelo paradigma anterior, o menor era objeto de providências, sujeito passivo e contemplativo das determinações da autoridade judiciária competente.” (KONZEN, 2012, p. 93). Já pela “proteção Integral, crianças e adolescentes passaram para a condição de sujeitos situados no polo ativo dos interesses ou necessidades suscetíveis de reconhecimento e de efetiva proteção.” (KONZEN, 2012, p. 93).

Inexoravelmente, “[...] crianças e os adolescentes não são adultos mais jovens, mas são ‘seres diferentes’, que, embora estejam em fase de crescimento e de formação, são portadores de projetos de vida próprios [...]” (MORAES, 2018, p. 12).

Seguindo essa corrente, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes encontram-se positivados no artigo 3º do ECA, uma vez que se deve “[...] assegurar à criança e ao adolescente, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com condições de liberdade e de dignidade.” (KONZEN, 2012, p. 95).

O dispositivo supramencionado correspondendo ao princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, justamente “porque sujeitos em condição peculiar, têm crianças e adolescentes, além dos universais, necessidades e interesses adicionais. Em consequência, direitos adicionais e diferenciadas formas de garantia.” (KONZEN, 2012, p. 95), a exemplo da observância dos vínculos das crianças e adolescentes, já que “[...] são essenciais ao desenvolvimento, tanto os de natureza pessoal como parental, familiar, ambiental e material.” (KONZEN, 2012, p. 96). Portanto, a ruptura desses vínculos somente

deve ocorrer em *ultima ratio*, quando esgotadas e inadmissíveis as possibilidades de manutenção ou restabelecimento.

A Doutrina da Proteção Integral espalha-se ao longo de todo o Estatuto, especialmente, devido ao princípio do melhor interesse explícito no texto da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, orientando que todas as ações e determinações relativas às crianças e aos adolescentes devem fundar-se no melhor interesse (UNICEF, 2017).

Nesse ponto, a lição de Maria Clara Sottomayor (2003) é de notável importância, pois alude que o princípio do melhor/maior interesse da criança e do adolescente apresenta-se como um conceito jurídico indeterminado em decorrência da imensa complexidade e da infinita variedade de padrões comportamentais adotados internamente em cada unidade familiar, adaptando-se, assim, à imprevisibilidade das situações da vida.

Assim, o que de fato fez o constituinte de 1988, foi alterar a terminologia supramencionada, inserindo ao “[...] caput do artigo 227 da Constituição Federal, a expressão prioridade absoluta, a partir de então um dos primados reitores da apropriação brasileira da Doutrina da Proteção Integral.” (KONZEN, 2012, p. 96).

O referido princípio encontra-se regulado no artigo 4º, “caput” e parágrafo único do ECA, abrangendo uma gama de deveres que devem ser tratados com absoluta prioridade, “[...] tanto em relação às obrigações da competência do Poder Público como em relação aos critérios para a solução de lides de caráter interpessoal, familiar, patrimonial ou de qualquer outra natureza.” (KONZEN, 2012, p. 97), *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990b, doc. eletrônico).

A relevante importância deste “[...] princípio reside não só na clareza e abrangência da norma regulamentadora, mas especialmente pelo status constitucional conferido ao exercício dos instrumentos de exigibilidade.” (KONZEN, 2012, p. 97).

Com efeito, apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que, ao menos formalmente, tivemos disposição tutelando a proteção integral de crianças e adolescentes no âmbito nacional (BRASIL, 1988). Esta proteção é exercida com

“absoluta prioridade” em relação à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, à negligência, à exploração, à violência e à crueldade.

Assim, denota-se que “[...] a positivação dada aos direitos humanos de crianças e adolescentes pela Constituição brasileira de 1988 difere da conformação que os direitos fundamentais dos adultos receberam [...]” (MACHADO, 2003, p. 20). De toda sorte, importante mencionar que “[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente, naquilo em que traz especificação de direitos fundamentais, tem característica material de lei especial [...]” (MACHADO, 2008, p. 70).

Ainda, conforme já advertido no primeiro Capítulo deste trabalho, o mandamento constitucional de criminalização de condutas delitivas aptas a ensejar o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes tem morada no §4º, do artigo 227, da CRFB/88, na medida em que a “lei punirá severamente” o autor dessas covardes condutas, a teor da expressão da carta maior de 1988 (BRASIL, 1988).

Desta forma, a conexão existente entre o Direito Constitucional e o Direito Penal deve ocorrer sempre de forma estreita, já que a primeira manifestação legal da política penal ocorre por intermédio do constituinte, que anuncia exatamente onde o legislador infraconstitucional deve atuar, ou seja, onde a legislação penal deve incidir, precisamente, em referência ao princípio da supremacia constitucional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018).

Feito este breve apanhado introdutório ilustrando a inserção da Doutrina da Proteção Integral no cenário pátrio, partir-se-á para uma amostra no tocante ao Mapa da Violência Sexual Intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil.

6.1 O MAPA DA VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No cenário pátrio, segundo o relatório do Disque Diretos Humanos (Disque 100), apenas no ano de 2019 foram registradas “[...] 86.837 denúncias de violações de direitos humanos⁴ contra crianças e adolescentes (14% superior em relação a 2018) [...]” (BRASIL, 2019a, p. 42), sendo que “[...] 52% das violações ocorreram na casa da vítima, ao passo que

⁴ Esses dados referem-se às seguintes violações, em escalada decrescente, negligência (38%), violência psicológica (23%), violência física (21%), violência sexual (11%), violência institucional (3%), exploração do trabalho (3%) e outros (1%).

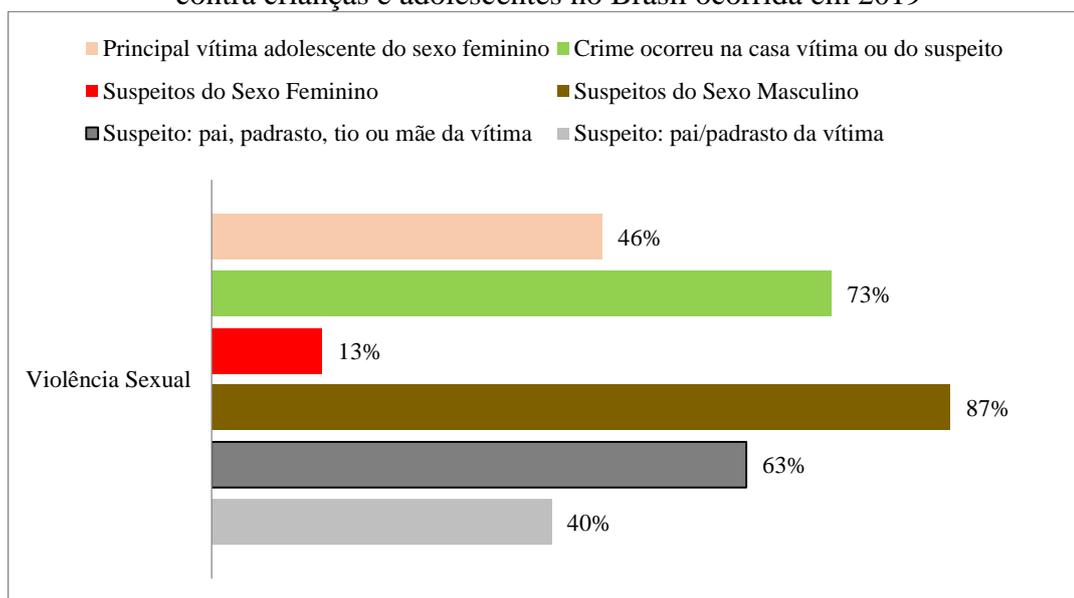
20% foram praticadas na casa do suspeito [...]”, explicitando a magnitude da violência intrafamiliar (BRASIL, 2019a, p. 44).

Além disso, tanto a negligência quanto a violência sexual possuem maior incidência na casa da própria vítima ou do suspeito, respectivamente, 75% e 73% das denúncias reportadas.

Não obstante, chama atenção o fato de que na negligência o principal suspeito é a mãe da vítima (56% dos registros), tendo ampla preponderância os suspeitos de sexo feminino (88% dos casos), e a vítima principal é criança em 70% das denúncias.

Porém, o cenário altera-se completamente no cerne da violência sexual, justamente porquanto o principal suspeito é o pai ou padrasto da vítima (situação que ocorreu em 40% dos casos reportados), tendo a absoluta preponderância de suspeitos do sexo masculino (situação que ocorreu em 87% dos casos), e a vítima é adolescente do sexo feminino em 46% das denúncias reportadas (BRASIL, 2019a).

Gráfico 1- Relatório do Disque Diretos Humanos explicitando a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil ocorrida em 2019



Fonte: Elaborado pelo autor.

Ao mesmo tempo, de acordo com o anuário brasileiro de segurança pública do ano de 2020 (FBSP, 2020), somente no primeiro semestre do ano de 2019 foram registrados espantosos 22.282 crimes de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), dos quais 74,7% foram cometidos contra crianças e adolescentes, sendo que em 84,1% dos casos o autor do delito era conhecido da vítima, sugerindo a existência de “[...] um grave contexto de

violência intrafamiliar, no qual crianças e adolescentes são vitimados por familiares ou pessoas de confiança da família, muitas vezes por pessoas com quem tinham algum vínculo de confiança.” (FBSP, 2020, p. 136).

Já no anuário brasileiro de segurança pública do ano de 2021, “[...] é possível afirmar que, em 2020, foram registrados pelo menos 46.289 estupros de vítimas entre 0 e 19 anos. Destas, ao menos 5.140 tinham entre 0 e 4 anos.” (FBSP, 2021, p. 232). Além disso, o anuário explicita que o crime de estupro, normalmente, exhibe elevadas taxas de subnotificações.

Nesse sentido, no cenário pandêmico contemporâneo, “[...] com medidas de isolamento social, o número de registros caiu. Não é possível afirmar se, de fato, houve redução do número de crimes ou apenas uma procura menor por delegacias para os registros dos crimes.” (FBSP, 2021, p. 233). Inexoravelmente, os registros dos crimes de estupro apresentaram “[...] uma queda brusca entre o meio do mês de março e o mês de abril.” do ano de 2020, chegando a ser 20% inferior do que a média registrada nos demais meses do mesmo ano (FBSP, 2021, p. 238). Destarte, a partir do mês de maio os índices voltaram a subir e retomaram o patamar médio dos outros meses do ano de 2020. Assim, “a média de registros de estupro de vítimas de todas as faixas etárias nos meses de março, abril e maio é 20% menor do que a média registrada nos outros meses do ano.” de 2020 (FBSP, 2021, p. 238).

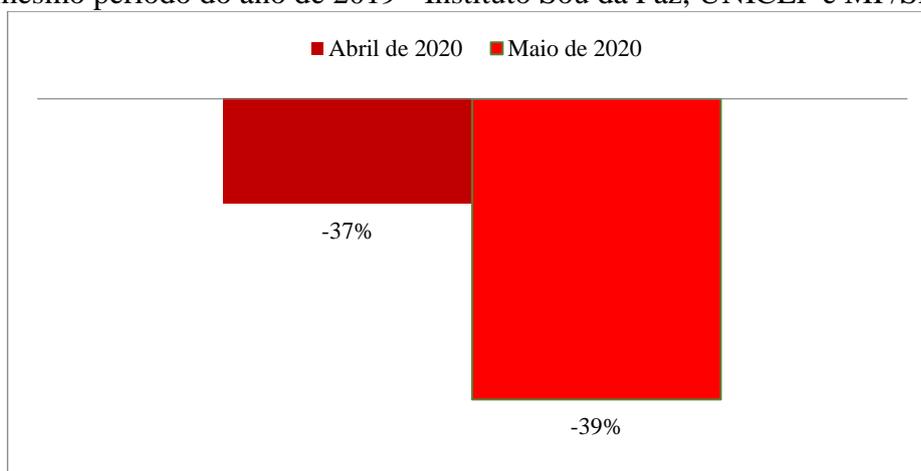
Não bastasse o cenário pandêmico, comumente em sede de crimes sexuais reside um grande tabu no tocante ao “[...] medo das vítimas em revelar e sofrer represálias dos agressores ou de que esses sejam afastados em casos de violência sexual intrafamiliar, ou seja, perpetrada por pessoas que possuem laços afetivos ou de consanguinidade com as vítimas [...]”, podem/tendem a influenciar na ocorrência da notificação desses crimes perversos (HOHENDORFF; HABIGZANG; KOLLER, 2014, p. 20).

Considerando os impactos da pandemia da Covid-19, a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo, foi elaborado um relatório do MP paulista em parceria com o UNICEF e com o Instituto Sou da Paz, publicado em novembro de 2020 (INSTITUTO...; UNICEF, 2020), objetivando verificar os possíveis impactos causados pelo isolamento social decorrentes da pandemia da Covid-19 no que se refere à ocorrência e notificação dos crimes de estupro de vulnerável perpetrados contra crianças e adolescentes e “[...] dar visibilidade a esse grave e recorrente problema e à necessidade de avançar no enfrentamento.” (UNICEF, 2020, doc. eletrônico), principalmente, devido ao “[...] fechamento das escolas e de outros espaços importantes para a construção de vínculos de confiança com adultos fora de casa,

crianças e adolescentes ficaram ainda mais vulneráveis à violência sexual durante a pandemia da Covid-19 [...]” (UNICEF, 2020, doc. eletrônico).

Segundo o relatório, foram analisados dados quantitativos sobre ocorrências do crime de estupro de vulnerável registradas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo no período compreendido entre os meses de janeiro do ano de 2016 e junho do ano de 2020, chegando à constatação de que as denúncias que vinham crescendo nos últimos anos, tiveram acentuada redução, principalmente nos meses de abril (-36,5%) e maio (-39,3%) do ano de 2020, quando comparados ao mesmo período do ano de 2019 (INSTITUTO...; UNICEF, 2020). Outrossim, no mês de junho de 2020 os registros dos crimes de “[...] estupro de vulnerável voltaram a crescer, superando os de junho anterior, mais um indicativo de que logo no início o isolamento contribuiu para o silenciamento das vítimas e/ou dificultou o acesso às instituições de proteção à criança e repressão ao agressor.” (INSTITUTO...; UNICEF, 2020, p. 15).

Gráfico 2- Percentual a menor nos registros dos crimes de Estupro de Vulnerável nos meses de abril e maio do ano de 2020 (isolamento social da pandemia da Covid-19) em relação ao mesmo período do ano de 2019 - Instituto Sou da Paz, UNICEF e MP/SP



Fonte: Elaborado pelo autor.

Ainda, no universo das ocorrências registradas entre 2016 e junho de 2020 no estado de São Paulo, “Em 78,5% dos casos o crime ocorreu em residências. Somando os casos ocorridos dentro de casa em meio rural, são 79,5%.”, explicitando a persistência da lamentável violência sexual intrafamiliar (INSTITUTO...; UNICEF, 2020, p. 25).

Já quando se observa o perfil da vítima em razão da idade, ficou constatado que em 83% dos casos estamos diante de vulneráveis de até 13 anos de idade, padrão que não se alterou no período analisado no relatório. Igualmente, no que tange ao padrão das vítimas, “O

pico dos abusos contra meninas ocorre aos 13 anos e contra meninos, mais cedo, entre 4 e 5 anos.” (INSTITUTO...; UNICEF, 2020, p. 31).

Ao final, o relatório apontou que:

Muitos dos impactos da pandemia de Covid-19 e das medidas adotadas para combatê-la são ainda desconhecidos, ou difíceis de mensurar. A análise contida nesse documento representa um esforço de apontar uma das consequências dos eventos de 2020 – o aumento dos casos não denunciados de violência sexual.

[...] Mas estupros de vulnerável, nossa análise também mostra, são crimes predominantemente domésticos – na média histórica, quase 4 em cada 5 registros desse crime indicam como local de ocorrência a residência da vítima.

As medidas de distanciamento social adotadas para prevenir a transmissão do novo coronavírus, que diminuíram a circulação pela cidade e mantiveram crianças mais tempo em casa, podem explicar a redução de crimes de oportunidade, como roubos e furtos, mas não a queda nos registros de estupros. Tudo indica que aumentou o tempo que as crianças passam dentro de casa, e é dentro de casa que elas são vítimas de violência sexual.

[...] Nossa hipótese – de que os estupros não diminuíram, mas as denúncias sim – leva à triste constatação de que há um grande número de meninas e meninos que foram ou estão sendo vítimas de violência sexual, ocultos pela ausência das denúncias. Essa violência tem consequências para suas vítimas, para sua saúde física e mental, que se tornam tanto mais graves quanto mais tempo passa sem que recebam atenção e tratamento.

[...] Antes da pandemia, os números dos estupros de vulnerável no estado de São Paulo já eram assustadores: em 2019, foram mais de 9.200 casos registrados, ou mais de 1 caso por hora, em média. Prevenir a violência sexual, em quaisquer circunstâncias, requer ações de toda a sociedade. **As instituições do sistema de garantia de direitos têm que atuar de forma integrada, com equipes treinadas para identificar sinais de abuso e para acolher vítimas com a sensibilidade e o respeito de que elas precisam. Pais e responsáveis devem construir uma relação de confiança com crianças e adolescentes, estimulando diálogo e entendimento. As próprias meninas e meninos precisam saber reconhecer situações de perigo, ou quando estão sendo expostas a atos impróprios, para que possam se proteger.**

Toda criança tem direito a uma infância segura. Tem direito de ser criança, brincar, aprender e ser protegida contra qualquer forma de violência. Durante a emergência de saúde pública causada pelo novo coronavírus isso ficou mais difícil, mas por isso mesmo ainda mais crucial. **A violência sexual deixa traumas para a vida toda. Essas crianças e adolescentes não devem ser revitimizados ou expostos. São meninas e meninos que precisam de acolhimento, cuidado e que seus direitos sejam garantidos.** (INSTITUTO...; UNICEF, 2020, p. 41–43, grifo nosso).

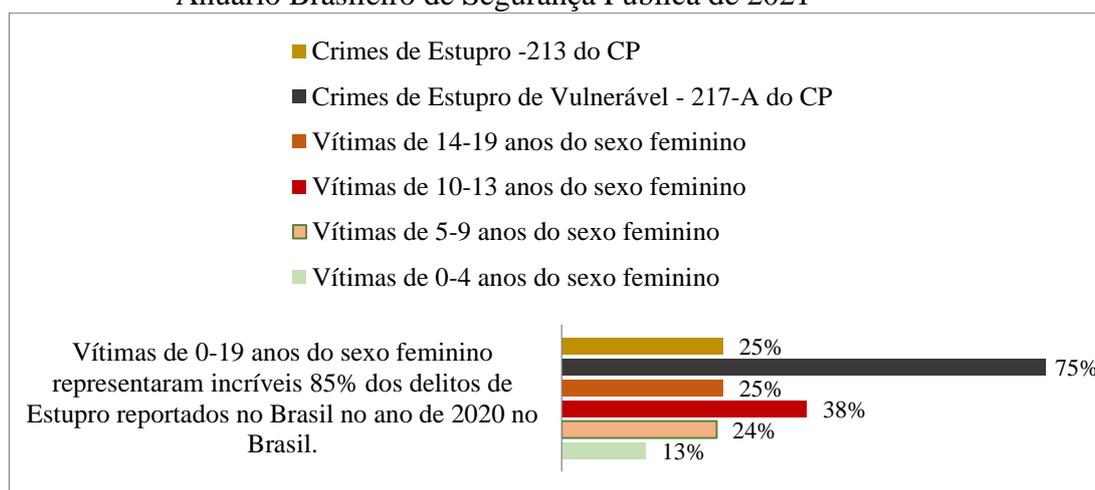
Cumpre consignar, desde já, que os dados coletados no relatório supramencionado foram solicitados pelo Ministério Público paulista junto à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (UNICEF, 2020), sendo a primeira grande pesquisa, de âmbito nacional, a explicitar e a fundamentar, de modo fidedigno, os impactos da violência sexual intrafamiliar ocorrida no período de isolamento social em decorrência da pandemia da Covid-19, traduzindo a potencialidade lesiva causada pela subnotificação das denúncias desse crime covarde que desencadeia um “processo de coisificação sexual da criança” (DOBKE, 2001, p. 27).

Nessa senda, podemos aferir que, se as subnotificações não tivessem ocorrido nos meses de intenso isolamento social (março, abril e maio de 2020), “[...] teríamos um total de registros de estupro e estupro de vulnerável de todas as idades 4,2% maior no ano de 2020 do que apresentamos aqui. Enquanto isso, os números de ocorrências de estupro de vulnerável com vítimas de 0 a 13 anos seria 6,2% maior.” (FBSP, 2021, p. 239). Ao final, chegaríamos a triste conclusão de que, infelizmente, as cifras do “[...] número de estupro de vulnerável foi maior em 2020 do que em 2019” (FBSP, 2021, p. 239).

É necessário aclarar que:

Após os 13 anos de idade, o percentual de vítimas é decrescente proporcionalmente à idade e se diluem ao longo da fase adulta. Das vítimas que tinham até 19 anos, 77% têm até 13 anos. Sem dúvida os crimes sexuais no Brasil dizem respeito, majoritariamente, a um problema da infância. A desagregação por sexo e idade contribui para ampliar o entendimento de como o estupro é um crime frequente e importante de ser levado em conta quando se discute infância no Brasil. Do total de vítimas de 0 a 19 anos, 85% são do sexo feminino. Dentre essas vítimas, 13% tinham entre 0 e 4 anos, 24% entre 5 e 9 anos, 38% entre 10 e 13 anos e 25% entre 14 e 19 anos. Ou seja, 75% das vítimas do sexo feminino tinham entre 0 e 13 anos. [...] Dentre o total de vítimas de estupro do sexo masculino de 0 a 19 anos, 66% têm entre 0 e 9 anos. Dessa forma, diferentemente das mortes violentas intencionais, o estupro é um crime que atinge mais pessoas do sexo feminino em todas as faixas etárias. No entanto, apesar de ser em um volume muito menor esse é um crime que também atinge meninos, especialmente nos primeiros anos de vida (FBSP, 2021, p. 235).

Gráfico 3 - Violência sexual no Brasil contra crianças e adolescentes no ano de 2020 - Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021

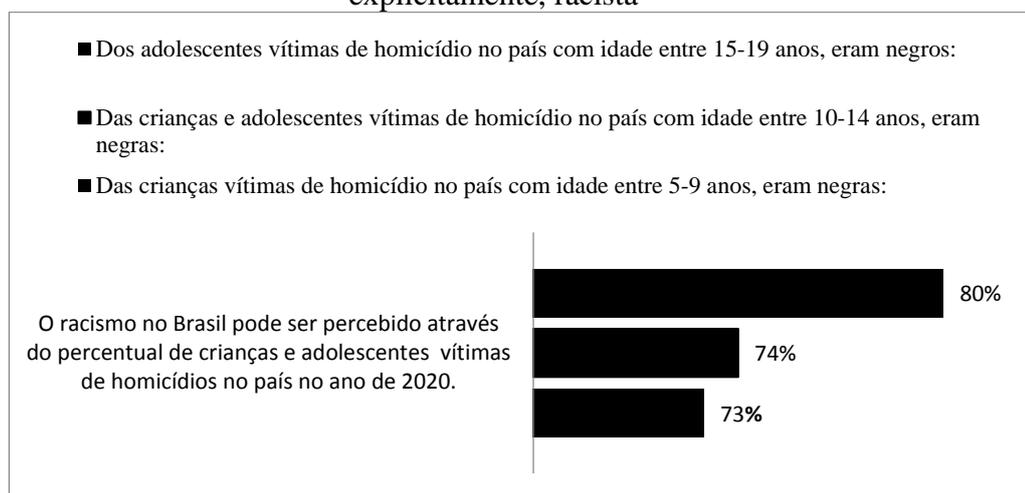


Fonte: Elaborado pelo autor.

De qualquer forma, observa-se que o delito de estupro atinge, majoritariamente, as crianças do Brasil, sem observância ao critério raça/cor da vítima. No polo oposto dessa tensão, o mesmo já não se pode falar do crime de homicídio doloso praticando contra crianças de crianças e adolescentes, justamente, por apresentar acentuado contexto racial na sua

incidência (as vítimas negras de 5 a 9 anos, de 10 a 14 anos e de 15 a 19 anos, representam, respectivamente, 73%, 74% e 80% das ocorrências), quanto mais velha for a vítima, “[...] maior a probabilidade de ela ser negra e do sexo masculino.” (FBSP, 2021, p. 230).

Gráfico 4- Homicídios contra crianças e adolescentes no Brasil no ano de 2020 - cenário, explicitamente, racista



Fonte: Elaborado pelo autor.

Não se trata de priorizar esta ou aquela luta, mas de entender que o patriarcado, o racismo e a exploração classista integram um mesmo sistema de dominação-exploração. E este sistema compósito, integrado pelos três sistemas de dominação-exploração mencionados, cada um com uma idade e uma trajetória diferentes, que é preciso alterar radicalmente, se, de fato, se deseja lutar contra as iniquidades nele contidas. Uma sociedade justa não comporta desigualdades sociais entre homens e mulheres, brancos e negros, conservadores e liberais. É justo que as obrigações do cidadão variem segundo sua idade. Não se pode exigir de um menor aquilo que se obriga um maior executar. Mas, no que tange a direitos humanos, as crianças são tão titulares deles quanto os adultos. Talvez o sejam mais, na medida em que devem ser protegidas até alcançarem a maioridade (SAFFIOTI, 1989, p. 90).

Não obstante, também é possível encontrar alguns padrões específicos nos obscuros crimes de estupro e estupro de vulnerável, na medida em que a parcela majoritária das vítimas desses delitos pertence ao sexo feminino, sendo aceitável aferir que, quanto mais nova for a criança, maiores são as chances de ela ser estuprada na sua própria residência. Desta forma, “[...] conforme as idades das vítimas aumentam, cresce a proporção de crimes que ocorrem em espaços públicos e locais privados. Mesmo assim, em todas as faixas etárias a maior parte dos crimes acontece dentro da residência da vítima [...]”, explicitando que, ano após ano, persiste uma insaciável violência sexual intrafamiliar (SAFFIOTI, 1989, p. 237).

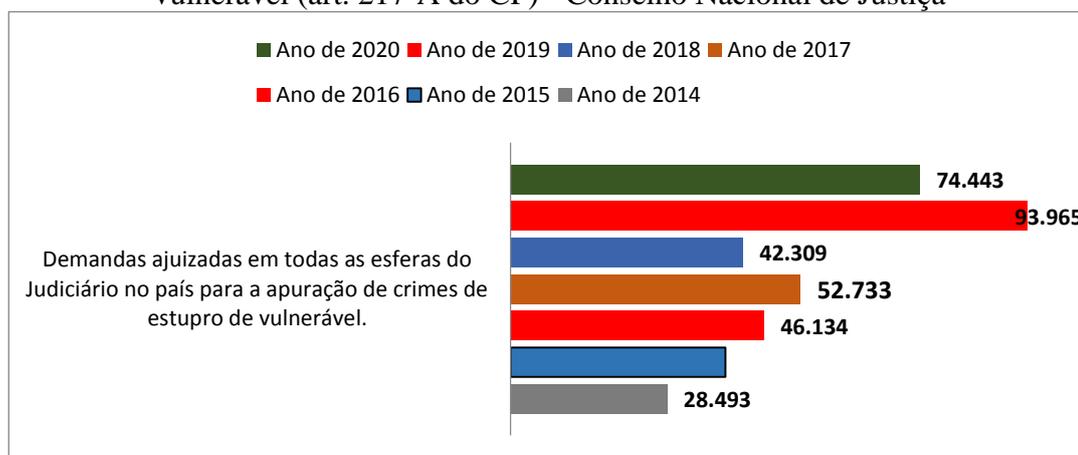
Em grandes linhas, independentemente da faixa etária da vítima, “[...] em 83% dos casos de estupro de 0 a 19, os agressores são pessoas conhecidas da vítima. Ou seja, mesmo

que o crime não ocorra nas residências, a chance de ele ser cometido por um conhecido da vítima é alta [...]”, razão pela qual a atenção e a vigilância no ambiente familiar devem ocorrer de modo cuidadoso e permanente (SAFFIOTI, 1989, p. 237).

Diante desse panorama, faz-se necessário a coleta de dados junto ao Conselho Nacional de Justiça, justamente para possibilitar apresentar o mapa dessa violência no Poder Judiciário, através do ajuizamento de demandas em todas as instâncias para apuração da prática do crime de estupro de vulnerável, assinalando, de pronto, a existência de um aumento anual na incidência desse tipo de delito. Prova disso é que, no Brasil, apenas no ano de 2014 foram ajuizadas 28.493 ações visando à apuração de crimes de estupro de vulnerável em todas as instâncias. Já no ano seguinte, foram ajuizados 39.040 processos, chegando à marca assustadora de 93.965 ações, apenas, no ano de 2019 (Brasil, 2021d).

Com efeito, mesmo no ano de 2020, notadamente, marcado pelo cenário agravado pela Pandemia da Covid-19, onde grande parcela da população adotou medidas de isolamento social, o número de demandas ajuizadas no Judiciário pugnando a apuração da prática do crime de estupro de vulnerável em todas as instâncias restou em patamar assustador, justamente, porque foram ajuizadas 74.443 ações, correspondendo a uma média desarrazoada superior a duzentas demandas ajuizadas por dia no país. Ademais, nessa conta não entraram as possíveis e prováveis subnotificações desse delito que, via de regra, é cometido na clandestinidade (DOBKE, 2001, p. 48), ilustrando a existência de uma preocupante realidade epidêmica.

Gráfico 5 - Ações ajuizadas no Brasil visando à apuração de crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) - Conselho Nacional de Justiça



Fonte: Elaborado pelo autor.

Outrossim, desse montante de processos referentes ao ano de 2020, 47.414 foram ajuizadas na primeira instância, 21.266 na segunda, 3.195 no Superior Tribunal de Justiça, e

2.568 no Juizado Especial (BRASIL, 2021d). Além disso, os Tribunais de Justiça do Brasil que mais reportaram a abertura de novos processos no ano de 2020 (em todas as suas instâncias), exclusivamente, para a apuração do crime de estupro de vulnerável foram: o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais com 14.587 processos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com 12.897 processos, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com 10.678 processos, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina com 5.613 processos, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com 3.985 processos (BRASIL, 2021d).

Factualmente, esses dígitos demonstram a persistência da “coisificação da infância” (GUERRA, 1998, p. 32) no ambiente intrafamiliar, não sendo crível que, justamente, no local onde crianças e adolescentes necessitam se encontrar mais seguras ocorram as maiores barbáries, a exemplo dos nefastos casos que vitimaram Isabella Oliveira Nardoni (SÃO PAULO, 2010), Bernardo Uglione Boldrini (RIO GRANDE DO SUL, 2019c), Henry Borel Medeiros (RIO DE JANEIRO, 2021), dentre milhares de outras vítimas que não chegaram ao conhecimento da grande mídia.

Hilda Marchiori (1998, p. 98) observa que “[...] *los homicidios en niños que responden a una causa sexual son cometidos para evitar que sean denunciados, pero también por el temor a la reacción social con respecto al ataque sexual [...]*”.

Resta claro que “[...] a violência contra crianças e adolescentes no âmbito da família não para de aumentar. [...] Como falar em direitos humanos quando esses, os mais básicos, são vilipendiados cotidianamente dentro de casa [...]”? (MORAES, 2018, p. 42).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 112), “A violência representa uma das maiores ameaças à humanidade, fazendo-se presente em todas as fases da História da civilização humana.”. Para o autor, “A violência é parte significativa do cotidiano, retratando a trajetória humana através dos tempos, e que é intrínseca à existência da própria civilização [...]”.

Na mesma corrente, Maria Berenice Dias (2017, p. 322) observa que, ao longo da História, reside uma ideia sacralizada acerca da família, correspondendo “[...] ao lugar idealizado por todos como o espaço de segurança, de proteção e de amor que embala o sonho de felicidade [...]”.

No entanto, “[...] é no lar que a criança se vê mais exposta ao desrespeito, quando os pais ou cuidadores não apresentam condições de protegê-la [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 66). Desse modo, a violência doméstica contra a criança e o adolescente se constitui em todo ato

comissivo ou omissivo praticado no âmbito intrafamiliar, justamente pelas pessoas encarregadas de evitá-los. Ademais, essa violência é apta a causar danos físicos, sexuais e/ou psicológicos à vítima, acarretando, de um lado, uma infração do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, ou seja, uma negação ao direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como sujeitos de direitos, devendo ter o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (GUERRA, 1998).

Considerando as cifras do Mapa da Violência Sexual Intrafamiliar contra crianças e adolescentes, não é preciso enfatizar acerca da necessidade de nos reportarmos ao Código Penal pátrio, sobretudo, aos crimes de estupro, principalmente, para cotejá-los aos cenários já apresentados no Direito Comparado no Capítulo anterior com o escopo de vislumbrar um melhor enfrentamento ante este tipo de criminalidade que parece não ter fim.

6.2 A NECESSÁRIA TUTELA PENAL: O CÓDIGO PENAL PÁTRIO DE 1940

No cenário pátrio contemporâneo, com o advento da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), ocorreu uma verdadeira alteração no tratamento dispensado à tutela sexual, nomeadamente, porque o Título VI do Código Penal “[...] passou a tutelar a *dignidade sexual*, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros [...]”, suprimindo, assim, “[...] de uma vez por todas, a superada terminologia ‘crimes contra os costumes’. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 48).

Segundo Rogério Greco (2017a), com a alteração do Título VI do Código Penal, restou evidente que o foco da tutela já não era mais o modo como as pessoas deveriam comportar-se sexualmente perante a sociedade no século XXI, mas, sobretudo, a proteção da dignidade sexual dessas pessoas, sendo um verdadeiro avanço no enfrentamento aos crimes sexuais.

Além disso, historicamente, conforme bem anotado por Cleber Masson (2020, p. 5), “[...] na redação original do Código Penal, estabelecida pelo Decreto-lei 2.848/1940, existiam dois crimes sexuais cometidos com emprego de violência ou grave ameaça, definidos entre os ‘crimes contra os costumes’: estupro e atentado violento ao pudor [...]”.

De fato, “Não houve *abolitio criminis* no tocante ao atentado violento ao pudor, pois o crime não deixou de existir [...]”, na medida em que ocorreu apenas o simples deslocamento

do tipo penal, hipótese de incidência do “[...] princípio da continuidade normativa, também conhecido como princípio da continuidade típico-normativa, pois o fato subsiste criminoso, embora disciplinado em tipo penal diverso [...]”, notadamente, com outra roupagem (MASSON, 2020, p. 6).

Ainda, com o advento da Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009), tivemos a introdução ao Código Penal pátrio do crime de Estupro de Vulnerável através da inserção do artigo 217-A ao Código Penal, “[...] justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima [...]”, no caso, crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, ou ainda, alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (GRECO, 2017a, p. 188).

Não obstante, encontramos na Lei 12.845, de 1º de agosto de 2013, mais precisamente no artigo 2º, a definição legal do conceito de violência sexual, “[...] como sendo qualquer forma de atividade sexual não consentida [...]” (GRECO, 2017a, p. 85), *in verbis*: “Art. 2º Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida.” (BRASIL, 2013, doc. eletrônico).

Além disso, há anos a doutrina clássica leciona que em quase todas as civilizações ao longo da história da humanidade, a “[...] conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício [...]” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

No entanto, “[...] o vocábulo estupro não era outrora empregado para significar, de modo especial, a conjunção carnal mediante violência [...]”, a exemplo do que ocorreria no Direito Romano, onde “[...] chamava-se stuprum, em sentido lato, qualquer congresso carnal ilícito (compreendido até mesmo o adultério e a pederastia) e, em sentido estrito, o simples concúbito com mulher virgem ou não casada, mas honesta [...]” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 104).

Todavia, de acordo com Nelson Hungria e outros (1981, p. 105), com o passar dos tempos, “A acepção do estupro como cópula mediante violência (física ou moral, real ou presumida) foi a que afinal prevaleceu na linguagem jurídica [...]”, mesmo que alguns Códigos Penais empreguem outros termos para descrever o mesmo delito, a exemplo do abuso sexual previsto no Código Penal argentino de 1921 (CP-NA) (ARGENTINA, 1984) e no Código Penal espanhol de 1995 (CP-ESP) (ESPAÑA, 1995), além do *acceso carnal violento* e *acto sexual violento* previstos no Código Penal colombiano de 2000 (CP-COL) (COLOMBIA, 2000).

Remetendo à doutrina de Edgard Magalhães Noronha, anote-se que:

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como a ação típica, antijurídica e culpável. Ele não existe sem uma ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa) (NORONHA, 2004, p. 97).

No cenário pátrio referente aos crimes de estupro perpetrados contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar, os tipos penais estão previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal de 1940, observando, ao final, pontos notáveis do Direito Comparado pesquisado (BRASIL, 1940).

Neste contexto, é mandamental observar que todo e qualquer crime de estupro no ordenamento brasileiro é hediondo, em razão do peso do delito, seja tentado, seja consumado, incidindo, pois, nos consectários gravosos da Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990c), à medida que os crimes hediondos são insuscetíveis de graça, anistia, indulto, fiança, “[...] possuindo prioridade de tramitação em todas as instâncias [...]” (BRASIL, 1941, doc. eletrônico), prazo maior na prisão temporária, regime inicial fechado de cumprimento de pena, e condições mais complexas para a obtenção de benefícios inerentes ao cumprimento da pena, leia-se, livramento condicional e progressão de regime do cumprimento da pena, dentre outros.

Ainda, em razão da hediondez do delito, seguindo os ditames do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 (BRASIL, 1984), Lei de Execução Penal (LEP), alterado recentemente pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), a pena privativa de liberdade cominada ao condenado pela prática do crime de estupro (artigos 213 e 217-A do CP) será executada de modo progressivo, com a transferência do regime mais gravoso para o menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz (da execução), quando o apenado pelo crime hediondo tiver cumprido: 40% da pena e for primário; 60% da pena se for reincidente específico em crimes desta natureza; 50% da pena, se o apenado for primário e ocorrer a morte da vítima, vedado, em qualquer hipótese, o livramento condicional e, por fim, 70% da pena, se o apenado for reincidente específico em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedada a concessão de livramento condicional.

No Código Penal brasileiro, especificamente, em seu artigo 213, encontramos o tipo penal referente ao do crime de estupro. Aqui, de acordo com Rogério Sanches Cunha (2020,

p. 520), “[...] tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça [...]”.

Entretanto, a interpretação supramencionada parece ser um tanto limitada, já que notável parcela da doutrina, a exemplo de Cleber Masson (2020, p. 8), leva em consideração o fato de que o referido tipo penal, na verdade, “[...] tutela dois bens jurídicos: a dignidade sexual e, mais especificamente, a liberdade sexual, bem como a integridade corporal e a liberdade individual, pois o delito tem como meios de execução a violência à pessoa ou grave ameaça [...]”.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 35) alude ao fato de que estamos diante de um “[...] crime grave, por abranger a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida [...]” da vítima.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 50), o bem jurídico tutelado no artigo 213 do CP é tanto a liberdade sexual, quanto a liberdade individual, protegendo, “[...] acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual de cada um e direito de escolha [...]”.

Em linha, sob a mesma vertente, Rogério Greco (2017a, p. 97) percebe que o tipo penal apresenta “[...] como bens jurídicos protegidos pelo art. 213 tanto a liberdade quanto a dignidade sexual [...]”. Na visão do autor, o crime de estupro além de atingir “[...] a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual [...]”.

O crime do artigo 213 do CP contém quatro espécies de estupro, a saber: o simples, definido pelo caput; o qualificado pela lesão corporal de natureza grave, previsto no §1º, primeira parte; o qualificado pela idade da vítima, quando esta for menor de 18 e maior de 14 anos, previsto no §1º, *in fine*, e o qualificado pela morte da vítima, conforme consta no §2º (MASSON, 2020).

Nos termos da dicção do caput do artigo 213, comete o delito de estupro aquele que “[...] constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso [...]” (BRASIL, 1940, doc. eletrônico).

Em apertada síntese, é possível aferir que os núcleos do tipo penal do crime de estupro do artigo 213 caput do CP podem ser entendidos da seguinte forma: constranger significa o comportamento de retirar de uma pessoa a sua liberdade de autodeterminação com a

finalidade específica de coagi-la a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso; a violência consiste no emprego de força física sobre a vítima (lesões corporais ou vias de fato), podendo ser direta ou imediata, quando dirigida contra o ofendido, ou indireta ou mediata, se voltada contra pessoa ou coisa ligada à vítima por laços de afeto ou parentesco; já a grave ameaça, conhecida como violência moral, reside na promessa de realização de mal grave, futuro e sério contra a vítima (direta ou indireta) ou em face de pessoa que seja próxima à vítima (indireta ou mediata), de modo que pode ser perpetrada oralmente ou por escrito, não precisando ser injusta; notadamente, a conjunção carnal configura a introdução total ou parcial do pênis na vagina e, ao final, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em resumo, podem ser exemplificados como sendo: sexo oral, sexo anal, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina, masturbação, etc (MASSON, 2020).

Enfim, o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos (BITENCOURT, 2020, p. 50).

Para o autor, desta forma, o “[...] crime de estupro passou a ser um *crime comum*, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher [...]”, ou seja, tanto o sujeito ativo, quanto o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa. Logo, “[...] o crime de estupro pode ocorrer, indistintamente, em relação hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher) [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 51).

A pena cominada ao caput do crime do artigo 213 do CP é de reclusão, de seis a dez anos, logo, inaplicável os institutos da justiça penal negociada ao delito.

De fato, “[...] o esturador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de lhe invadir a intimidade, por meio de relação sexual forçada, maculando sua autoestima e podendo gerar danos à sua saúde física e mental [...]” (NUCCI, 2014, p. 35).

No que tange à violência sexual intrafamiliar contra adolescentes, o crime de estupro qualificado encontra-se tipificado no parágrafo primeiro do artigo 213, parte final, combinado com o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal pátrio. Na referida situação, a vítima deve, necessariamente, ser menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos de idade na data dos fatos. A pena cominada é a de reclusão, de oito a doze anos, sendo aumentada da metade em razão da presença do contexto da violência sexual intrafamiliar, *in verbis*:

Art. 226. A pena é aumentada:

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; (BRASIL, 1940, doc. eletrônico).

Seguindo a literalidade do artigo 226, II do Código Penal pátrio, a pena do crime do artigo 213 cometido em face de vítima com idade igual ou superior a quatorze anos, ocorrendo no âmbito intrafamiliar seria de doze a dezoito anos, considerando o aumento da metade deste tipo de violência.

No dizer de Luiz Regis Prado (2021, p. 841), “[...] o aumento de pena encontra lastro no incesto e na relação de autoridade entre autor e vítima do delito [...]”, ou seja, “[...] a maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, nessas hipóteses, é evidente, visto que o delito é praticado justamente por aquele que tem o especial dever de proteção, vigilância e formação moral da pessoa, o que debilita sobremaneira sua defesa [...]”.

O referido autor cita que “[...] a exasperação da pena encontra fundamento ainda em considerações de ordem político-criminal, posto que o sujeito ativo pode se prevalecer voluntariamente das referidas relações também – ou unicamente – para favorecer sua impunidade [...]” (PRADO, 2021, p. 841).

No entanto, se o (a) adolescente com idade superior a quatorze anos resolver, deliberadamente, sem qualquer tipo de violência ou ameaça praticar conjunção carnal no contexto intrafamiliar com um adulto, tal conduta será um indiferente penal, já que o legislador pátrio, inexplicavelmente, não tipificou o crime de incesto, deixando os(as) adolescente(s) com idade igual ou superior a quatorze anos totalmente desprotegido(s) da violência sexual intrafamiliar, salvo quando vítimas de estupro.

De acordo com Maria Berenice Dias (2006, p. 1), “Trata-se de fato cujo nome ninguém sequer gosta de pronunciar. Aliás, é delito que nem nome tem e até parece que não existe, pois nem se encontra tipificado no Código Penal.”.

De fato, percebe-se que “[...] o Código, ao invés de incriminar autonomamente o incesto, manteve o tradicional critério do direito penal pátrio, de considerar a relação de parentesco próximo entre o agente e a vítima como simples majorante ou condição de maior punibilidade [...]” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 242).

Nesse passo, merece espaço o Direito Comparado pesquisado, precisamente, no cenário colombiano, onde o legislador tipificou o incesto de forma explícita e abrangente no artigo 237 do Código Penal colombiano (COLOMBIA, 2000). Ou seja, a vedação ao incesto

não ficou associada às crianças e aos adolescentes, na medida em que abarcou toda a população, expandindo o enfrentamento ao incesto. O referido tipo penal pune com a pena prisão de um ano e quatro meses (16 meses) a seis anos (72 meses) aqueles que realizarem acesso carnal ou outro ato sexual com ascendente ou descendente, adotante ou adotado, com irmão ou irmã.

Sobre o tema, Luiz Regis Prado reporta que as condutas incestuosas apresentam “[...] maior gravidade do injusto, particularmente do desvalor da ação, nessas hipóteses, é evidente, visto que o delito é praticado justamente por aquele que tem o especial dever de proteção, vigilância e formação moral da pessoa, o que debilita sobremaneira sua defesa [...]” (PRADO, 2021, p. 841).

Retornando ao cenário pátrio, é possível sintetizar as seguintes situações: se a vítima tiver idade igual ou superior a 18 anos, teremos a incidência do estupro simples (art. 213, caput do CP); se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14 anos, teremos a figura do estupro qualificado (art. 213, §1º do CP); e, por fim, se a vítima for menor de 14 anos, teremos o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput do CP). Seguindo a interpretação estrita desses critérios, mesmo não existindo a tipificação do crime de incesto, causa espanto o explícito contrassenso quando vítima for estuprada no dia do seu aniversário de 14 anos.

Nessa situação, de acordo com Cleber Masson:

Se a vítima for estuprada no dia do seu aniversário de 14 anos, estará configurado o estupro simples, nos moldes do art. 213, caput, do Código Penal. De fato, não se trata de pessoa vulnerável, pois não é menor de 14 anos. E também não incide a figura qualificada, aplicável somente quando a vítima é maior de 14 anos, o que somente ocorre no dia seguinte ao seu décimo quarto aniversário.

A falha legislativa não pode ser solucionada no caso concreto, em face da inadmissibilidade da analogia *in malam partem* no Direito Penal. Cria-se uma situação injusta, pois quem estupra vítima de 14 anos responde pelo crime em sua modalidade fundamental, enquanto quem estupra pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos suporta a forma qualificada do delito.

Finalmente, se a pessoa com idade igual ou superior a 14 anos, quando ausente qualquer outra causa de vulnerabilidade, praticar consensualmente conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não há falar no crime de estupro. De fato, não há situação de vulnerabilidade, e o ato sexual foi realizado sem violência ou grave ameaça, afastando a incidência dos arts. 213 e 217-A do Código Penal (MASSON, 2020, p. 20).

Além disso, a idade da vítima deverá comprovar-se por intermédio de documento hábil (registro de identidade, certidão de nascimento etc.), em razão da regra constante no artigo 155, parágrafo único, do CPP “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (BRASIL, 1941, doc. eletrônico).

Todavia, segundo o postulado do artigo 213, parágrafo segundo, “[...] se da conduta resulta morte [...]”, a pena será de reclusão, de doze a trinta anos. (BRASIL, 1940) Sobre o tema, nos cenários argentino e espanhol pesquisados no Direito Comparado, ocorrendo o óbito da vítima, em situação similar, a pena aplicada será a de prisão perpétua, revisável no panorama espanhol.

Com efeito, o dispositivo pátrio supracitado “[...] aplica-se unicamente à morte da vítima do estupro. Se a morte recair em pessoa diversa, como no exemplo daquele que mata o marido para estuprar sua mulher, deverão ser imputados ao agente os crimes de estupro e homicídio qualificado pela conexão (CP, art. 121, §2º, inc. V) [...]”, em curso material de delitos (MASSON, 2020, p. 30).

De acordo com Nucci (2014, p. 56), como o §2º do artigo 213 do CP menciona o termo conduta, a qualificadora incide tanto “[...] para o constrangimento com violência ou grave ameaça, indiferentemente [...]”. O autor defende, “[...] tratar-se de crime qualificado pelo resultado, cuja finalização (resultado mais grave) pode ser atingida pelo agente, nos termos do art. 19 do Código Penal, tanto por dolo quanto por culpa [...]” (NUCCI, 2014, p. 35).

Ainda, se a vítima for menor de 18 anos e maior de 14, e falecer em decorrência do estupro, incidirá apenas a qualificadora do §2º, na medida em que a pena é mais grave do que a do §1º, sendo esta absorvida, “[...] sem prejuízo de utilização desta pelo magistrado na dosimetria da pena base, como circunstância judicial desfavorável, com fulcro no art. 59, caput, do Código Penal [...]” (MASSON, 2020, p. 30).

Ocorrendo o crime no ambiente intrafamiliar, nos moldes do artigo 226, II do CP, a pena será aumentada da metade.

A Jurisprudência pátria se depara com infindáveis casos envolvendo a violência sexual intrafamiliar e o crime de estupro qualificado previsto no artigo 213, §1º do Código Penal, cometido contra adolescente.

Nesse passo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), através do Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, na data de 29/01/2021, julgou improcedente (decisão unânime) a Revisão Criminal de nº 70083567263 (RIO GRANDE DO SUL, 2019d).

Tratava-se da prática de atos libidinosos cometidos pelo requerente (reclassificado, posteriormente, na Apelação para o crime do artigo 213, uma vez que, após a vigência da Lei 12.015/09, a pena do art. 217-A resultaria na aplicação de *novatio legis in pejus*) em face de sua própria filha, criança na época dos fatos (CUNHA, 2015). Além disso, a violência

perpetrada pelo delinquente sexual persistiu por longo período (de 2004 a 2008), já que iniciou quando a vítima tinha apenas sete anos de idade, perdurando até que esta já tivesse doze anos.

No entanto, mesmo após a vítima retratar-se, alegando não ter sido vitimada de abuso sexual por parte do seu pai (revisando), o Tribunal gaúcho entendeu que o conjunto probatório gerador da condenação deveria ser preservado, justamente, pois confiável, uma vez que as declarações da então adolescente (criança na época dos fatos) foram, devidamente, confirmadas através de outros meios de prova, como, por exemplo, os laudos psicológicos juntados aos autos.

Em outro julgado oriundo do Tribunal gaúcho, a Quinta Câmara Criminal, ao julgar o Recurso de Apelação de nº 70082597964, na data de 20/11/2019, em decisão unânime, entendeu por não desclassificar o crime de estupro qualificado do artigo 213, §1º para o delito de importunação sexual previsto no artigo 215-A, ambos do Código Penal, por compreender que para a “[...] configuração do delito de importunação sexual, a conduta do agente não pode caracterizar crime mais grave [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2019b, doc. eletrônico).

No caso concreto, o agente era padrasto da vítima que contava com apenas catorze anos de idade e, “[...] aproveitando que estava viajando sozinho com a adolescente, obrigou-a a sentar em seu colo e, após, ejaculou [...]”. Ou seja, conduta direcionada à “[...] satisfação da lascívia, do prazer sexual, atingindo a liberdade sexual da vítima indo, portanto, muito além da mera importunação [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2019b, doc. eletrônico).

Deste modo, trata-se de atuação delitiva cometida no ambiente familiar, sofrendo, assim, a incidência da causa de aumento de pena (metade) decorrente deste tipo de violência, nos termos do artigo 226, II do Código Penal. Logo, a pena base de nove anos de reclusão imposta ao agente, após o incremento do aumento da referida violência intrafamiliar, restou em treze anos e seis meses de reclusão.

Ademais, o Tribunal gaúcho menciona que, em “[...] delitos desta natureza, normalmente cometidos sob o pálio da clandestinidade, a versão fática trazida pela vítima ganha especial relevo, especialmente quando não é elidida por outros elementos de prova [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2019b, doc. eletrônico).

Destarte, a decisão do Tribunal resta em perfeita conexão com a lição de Veleda Dobke (2001, p. 48), já que nesses crimes envolvendo violência sexual intrafamiliar, a produção da prova é de rara dificuldade, justamente, porque são “[...] normalmente praticados

na clandestinidade [...]” e “[...] as declarações da vítima são de suma importância [...]” para o êxito da persecução penal.

Na esfera da violência sexual intrafamiliar, Veleda Dobke (2001, p. 26) assinala que “[...] definir o abuso sexual infantil não é tarefa fácil, pois os limites entre os contatos físicos normais, importantes para o desenvolvimento da criança, e aqueles que visam à satisfação dos desejos sexuais dos adultos são imprecisos [...]”.

Todavia, “[...] a falta de consentimento da criança e a violência física e/ou psicológica, no entanto, estão sempre presentes na prática abusiva [...]” (DOBKE, 2001, p. 26).

Genericamente, o abuso sexual poderia ser conceituado como sendo “[...] todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estipular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa [...]” (AZEVEDO; GUERRA, 1989, p. 42).

Além disso, conforme observa Luciane Pötter (2019b, p. 77), na legislação penal brasileira não existe a previsão do crime de incesto. Destarte, “[...] o incesto entre adultos, desde que consensual, não é considerado um fato-crime; no entanto, caso um adulto faça sexo com um/uma menor de 14 anos, o crime é o de estupro de vulnerável, mesmo que seja consensual [...]”.

No entanto, Maria Amélia Azevedo e Viviane Nogueira de Azevedo Guerra (1989, p. 42) vão além, pois entendem que o incesto se define como “[...] toda atividade de caráter sexual, implicando uma criança de 0 a 18 anos e um adulto que tenha para com ela, seja uma relação de consanguinidade, seja de afinidade ou de mera responsabilidade [...]”, nitidamente, as autoras abraçaram a concepção de criança presente na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989.

Isto posto, no artigo 217-A do Código Penal pátrio reside o crime de Estupro de Vulnerável, tipo penal que tipifica a conduta daquele(a) que venha a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos de idade.

No tocante ao bem jurídico tutelado no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, Luiz Regis Prado aduz que o tipo penal procura preservar a liberdade sexual em um 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 [...]” (PRADO, 2021, p. 806).

Já Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 118) refere que “[...] o objeto jurídico é a dignidade sexual, na órbita da proteção à liberdade sexual do vulnerável [...]”. Por sua vez, Rogério Greco (2017a, p. 197) postula que o crime de estupro de vulnerável tutela “[...] tanto a liberdade quanto a dignidade sexual [...]”, de modo que é possível acrescentar “[...] o desenvolvimento sexual também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo [...]”.

No entanto, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 115), de modo sensato, observa que “[...] na hipótese de crime sexual contra vulnerável não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade [...]”. Destarte, o bem jurídico tutelado no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal “[...] é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual (art. 217-A, caput e § 1º) [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 115).

Sob a mesma ótica, Cleber Masson (MASSON, 2020, p. 65) afirma que “O bem jurídico penalmente tutelado é a dignidade sexual dos vulneráveis, com a finalidade de proteger a integridade e a privacidade de tais pessoas no âmbito sexual [...]”, *in verbis*:

CAPÍTULO II

DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Estupro de vulnerável

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.

§ 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. (BRASIL, 1940, doc. eletrônico).

De fato, “O art. 217-A do Código Penal apresenta os vulneráveis para fins sexuais. São pessoas consideradas incapazes para compreender e aceitar validamente os atos de conotação sexual, razão pela qual não podem contra estes oferecer resistência.” (MASSON, 2020, p. 58).

Para Inês Ferreira Leite (2004, p. 41), o abuso sexual de crianças e adolescentes com idade inferior a quatorze anos “[...] é constituído de dois elementos: um elemento objetivo, uma circunstância fonte de desigualdade; e um elemento subjetivo, o aproveitamento desta circunstância [...]”.

Na mesma linha, Bitencourt percebe que:

Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual (BITENCOURT, 2020, p. 116).

Para Luiz Regis Prado (2021, p. 824), configura-se o crime do caput do 217-A do Código Penal “[...] a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade [...]”, entendendo “[...] que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito [...]”. E prossegue, “[...] 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-la [...]” (PRADO, 2021, p. 824).

Cleber Masson explicita que a escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para “[...] discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida (MASSON, 2020, p. 58). Para o autor, “[...] não se fala mais em presunção de violência, e sim em vulnerabilidade, decorrente do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, pois estas pessoas ainda não estão prontas para participar de atividades sexuais [...]” (MASSON, 2020, p. 58).

O crime de estupro de vulnerável representa, principalmente, “[...] o *abuso sexual infantojuvenil intrafamiliar* (e, igualmente, o abuso extrafamiliar) como uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apresentando contornos de durabilidade e habitualidade [...]”. Desta forma, “[...] trata-se,

portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 113).

O crime “[...] é doloso, não existindo a forma culposa. Demanda-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia [...]” (NUCCI, 2014, p. 121).

Na compreensão de Rogério Greco (2017a), os verbos nucleares ter e praticar exigem um comportamento positivo por parte do agente, já que, via de regra, trata-se de crime comissivo. Entretanto, o crime será omissivo, cometido por omissão imprópria, na hipótese de o agente ostentar o *status* de garantidor, conforme preconiza a dicção do artigo 13, §2º do Código Penal. “Infelizmente, tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mães aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo, para impedir o estupro.”, explicitando um dos *modus operandi* da nefasta violência sexual intrafamiliar (GRECO, 2017a, p. 199).

No tocante “[...] ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão própria, e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos [...]” (GRECO, 2017a, p. 196). Ademais, o autor entende que “[...] tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual [...]”, desta forma, quanto ao comportamento atos libidinosos, qualquer pessoa poderá figurar em tal condição, sem a observância de ser relação heterossexual (GRECO, 2017a, p. 197). Não obstante, o “[...] sujeito passivo será a pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência [...]” (GRECO, 2017a, p. 197).

De acordo com Luiz Regis Prado (2021, p. 824), tanto a conjunção carnal, quanto atos libidinosos seriam elementos normativos extrajurídicos do tipo penal. Segundo o autor, a diferença entre ambos reside no ponto em que a conjunção carnal “[...] consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica natural, com a intromissão do pênis na cavidade vaginal [...]”. Ao passo que ato libidinoso consiste em “[...] toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência [...]”, a exemplo da “[...] *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 [...]”, assim como, o “[...] uso de instrumentos mecânicos ou artificiais [...]”, etc (PRADO, 2021, p. 824).

A pena cominada ao crime de estupro de vulnerável, tanto no caput, quanto no §1º é a de reclusão, de oito a quinze anos. Ademais, o crime de estupro de vulnerável é mais grave do que o crime do artigo 213 do Código Penal, “[...] justificando-se a maior reprovabilidade na covardia do agente, na fragilidade da vítima e na amplitude dos efeitos negativos causados à pessoa de pouca idade, portadora de enfermidade ou deficiência mental ou sem possibilidade de resistir ao ato sexual [...]” (MASSON, 2020, p. 64).

No Direito Comparado visitado, a idade para a configuração do crime apresenta variação, bem como o quantum de pena cominada ao delito.

Destarte, no cenário argentino, o legislador utilizou como critério etário para fins de vulnerabilidade absoluta do consentimento da vítima a idade inferior a treze anos. No entanto, o mesmo legislador, também utilizou como parâmetro a idade inferior a dezesseis e superior a treze anos para fins de vulnerabilidade relativa para consentir, a depender das circunstâncias do caso concreto, considerando, sobretudo, a maturidade sexual da vítima. No primeiro caso, que é o que interesse para fins de estupro de vulnerável, ocorrendo conjunção carnal ou ato com penetração (anal, oral, vaginal de partes do corpo ou objetos) na vítima menor de treze anos de idade, a pena cominada será de seis a quinze anos de prisão ou reclusão, de acordo com o artigo 119 do Código Penal argentino (ARGENTINA, 1984).

Já no panorama colombiano, de modo similar ao que ocorre no cenário pátrio, o legislador adotou a idade inferior a quatorze anos como limite etário para fins de vulnerabilidade absoluta da vítima para consentir à realização dos atos sexuais. No entanto, a pena de prisão cominada ao delito varia de acordo com o tipo de ato sexual praticado com a criança ou adolescente com idade inferior a quatorze anos. Assim, a pena será de doze a vinte anos se ocorrer acesso carnal abusivo, e será de nove a treze anos se ocorrerem atos sexuais diversos do acesso carnal, consoante previsão nos artigos 208 e 209 do Código Penal colombiano (COLOMBIA, 2000).

No sistema espanhol, o legislador, por sua vez, utilizou como critério etário para fins de vulnerabilidade absoluta do consentimento para realização dos atos sexuais, a idade inferior a dezesseis anos, elencando extenso rol em Capítulo próprio. No que tange às penas cominadas aos delitos, elas variam de acordo com a conduta sexual praticada, conforme disposto no artigo 183 do Código Penal espanhol (ESPAÑA, 1995). Desta forma, quando ocorrer o acesso carnal (vaginal, anal ou oral, ou introdução de partes do corpo ou objetos) na

vítima, a pena cominada será a de prisão de oito a doze anos se o crime for praticado sem violência ou intimidação à vítima. No entanto, a mesma conduta será apenada com doze a quinze anos de prisão se o crime for praticado mediante emprego de violência ou intimidação. Além disso, o abuso sexual sem penetração é castigado com a pena de prisão de dois a seis anos. Porém, se o abuso sexual sem penetração for praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça, a pena imposta será a de prisão de cinco a dez anos.

Já quando da conduta resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena será a de reclusão, de dez a vinte anos, conforme disposição no §3º.

Entretanto, quando da conduta resultar na morte da vítima vulnerável, a pena imposta será a de reclusão, de doze a trinta anos, seguindo a literalidade do §4º.

Neste ponto, novamente, na tentativa de buscar uma melhor clareza, merece destaque as penas impostas no Direito Comparado nos panoramas argentino e espanhol, uma vez que aplicam a pena de caráter perpétuo (revisável no cenário espanhol) para situações semelhantes em que ocorrer o óbito da vítima, a exemplo do artigo 124 do Código Penal argentino: “[...] *Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.*” (ARGENTINA, 1984, doc. eletrônico) e do artigo 140.1 do Código Penal espanhol (“*El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando [...]: la víctima sea menor de dieciséis años de edad; [...] que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*”) (ESPAÑA, 1995, p. 59). Todavia, o legislador brasileiro seguiu o postulado do artigo 5º, XLVII, alínea ‘b’ da CRFB/88, já que o dispositivo constitucional anuncia que não haverá penas de caráter perpétuo (BRASIL, 1988).

Nesse passo, informamos que no cenário colombiano do Direito Comparado, recentemente foi inserido o dispositivo 211A ao Código Penal, de modo a prever a pena de prisão perpétua revisável aos autores dos crimes dos artigos 205, 207 e 210 do referido Código Penal, nas hipóteses em que a vítima do delito for menor de dezoito anos de idade, assim como nas hipóteses de crime no panorama intrafamiliar (COLOMBIA, 2000).

Claramente, a intenção dos legisladores argentino, colombiano e espanhol foi a de “*eliminación de un peligro*” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 55), um verdadeiro exemplo do Direito Penal do Inimigo, aplicado de forma legítima, através do devido processo legal, com a observância dos direitos e garantias devidamente respeitados e assegurados, notadamente quanto aos direitos de defesa, não demarcando a supressão de conquistas civilizatórias da Democracia.

De acordo com Santiago Mir Puig (1982, p. 29), o “[...] *el ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidade [...]*”. Ao mesmo tempo, “[...] *el Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos [...]*” (PUIG, 1982, p. 29).

De toda sorte, pensamos que seja valoroso o entendimento construído por Rogério Gesta Leal, ao cotejar que:

É possível ao Estado contemporâneo criar âmbitos de exceção no gerenciamento de direitos e garantias e da segurança pública, justamente para protegê-los de modo efetivo em condições adversas aos pactos sociais instituídos (constitucional e infraconstitucionalmente), o que não implica a suspensão das conquistas civilizatórias da Democracia, mas tão somente suas revisões protetivas absolutas no tempo e espaço (LEAL, 2020, p. 187).

Ademais, “[...] *un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del Pueblo [...]*” (PUIG, 1982, p. 31).

Além disso, com a ampla reforma implementada através da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), o patamar máximo para o cumprimento de penas privativas de liberdade foi alterado, não podendo suplantiar a 40 (quarenta) anos (art. 75 do CP) (BRASIL, 1940). Se de um lado temos uma vedação constitucional à existência de penas de caráter perpétuo, do outro temos a estarrecedora situação em que a vida humana é ceifada, simplesmente, para satisfazer o apetite do criminoso sexual, que usa a vítima e depois a descarta, “[...] num verdadeiro processo de coisificação sexual da criança [...]” e do adolescente (DOBKE, 2001, p. 27).

Luiz Regis Prado (2021, p. 826) aconselha que, na hipótese em que o agente pretende alcançar os “[...] eventos qualificadores ou, no mínimo, assume o risco de produzir o resultado (*dolo eventual*), há concurso material entre o delito sexual praticado e o delito de homicídio ou de lesão corporal grave [...]”.

Ao final, no §5º do tipo penal, existe a disposição de que “[...] 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 [...]” (BRASIL, 1940, doc. eletrônico).

De fato, com a introdução do supracitado parágrafo ao Código Penal, através da Lei Federal de nº 13.718/2018 (BRASIL, 2018b), o legislador pátrio, simplesmente, espelhou o entendimento jurisprudencial majoritário, seguindo o disposto no enunciado da Súmula de nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2017c, doc. eletrônico).

Nesse sentido, recentemente, a Suprema Corte nacional, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 192.485/SC, na data de 22/03/2021, entendeu que no delito de estupro de vulnerável, quando a vítima for menor de quatorze anos, tanto o seu consentimento, quanto a existência de relacionamento amoroso prévio são, totalmente, irrelevantes, já que presente a presunção absoluta de violência em face da vítima (BRASIL, 2021a).

Anote-se, neste passo, que a tentativa é possível “[...] em face do caráter plurissubsistente do delito, permitindo o fracionamento do *iter criminis*. Exemplo: Um pedófilo, através da internet, convida uma criança para ‘brincar’ em sua casa. Lá chegando o sujeito começa a tirar a sua roupa. Mas, antes da conjunção carnal [...]” ou da ocorrência de atos libidinosos, policiais invadem a casa e realizam a prisão em flagrante do criminoso (MASSON, 2020, p. 73).

Trata-se de crime comum (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo; o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio); material (crime que causa transformação no mundo exterior, isto é, deixa vestígios); doloso (não há previsão de modalidade culposa); de forma livre (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); comissivo (o verbo nuclear implica a prática de uma ação); instantâneo (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma única pessoa); plurissubsistente (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso) (BITENCOURT, 2020, p. 135).

No entanto, a configuração do delito necessita da existência do “[...] elemento subjetivo especial do injusto, ou seja, o especial fim de possuir sexualmente a vítima (homem ou mulher), sabendo o agente que é considerada vulnerável, sob pena de não se configurar essa infração penal [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 133). Portanto, de acordo com a doutrina de Hans Welzel (1956, p. 84), estamos diante dos denominados crimes de tendência, uma vez

que a ação exige um determinado ânimo subjetivo, indispensável para a compreensão dos crimes sexuais. Para o autor alemão, “[...] *la tendencia especial de la acción. Entra en cuestión aquí, ante todo, la tendencia voluptuosa en los delitos de lascivia. Acción lasciva es solamente la lesión objetiva contra el sentimiento del pudor, llevada por una tendencia voluptuosa-subjetiva [...]*”.

Entretanto, quando o estupro de vulnerável for praticado no contexto da violência sexual intrafamiliar, o delito terá a sua pena aumentada da metade, uma vez que se tratam de pessoas que possuem natural ascendência ou autoridade em relação à pessoa ofendida, motivo pelo qual “[...] a pena deve ser mais severa, afinal, não somente esses agentes têm maior facilidade para o cometimento do delito, como também deveriam proteger a vítima contra agressões de terceiros [...]” (NUCCI, 2014, p. 245).

Desta forma, recorrendo, novamente, ao artigo 226, II do Código Penal, encontramos a causa de aumento de pena que se amolda ao crime de estupro de vulnerável, *in verbis*:

Aumento de pena

CP - Art. 226. A pena é aumentada:

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. (BRASIL, 1940, doc. eletrônico).

A causa de aumento de pena supracitada, justifica-se, sobretudo, “[...] em razão da maior reprovação moral da conduta, em que o agente abusa das relações familiares, de intimidade ou de confiança que mantém com a vítima [...]” (CUNHA, R. S., 2020, p. 575). Além disso, “[...] a existência dessa causa de aumento afasta a possibilidade de aplicação das agravantes genéricas previstas no art. 61, II, *e, f e g*, do CP, sob pena de se incorrer em claro *bis in idem* [...]” (CUNHA, R. S., 2020, p. 576).

Ademais, segundo a doutrina clássica de Nelson Hungria, Romão C. de Lacerda e Cláudio Heleno Fragoso:

O fundamento da exasperação da pena, em qualquer das hipóteses previstas no texto legal, é evidente: o crime sexual, em tais hipóteses, é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito à vítima (notadamente quando entre esta e o ofensor há vínculo de sangue). Há um intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 243).

Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 113) assevera que “A violência sexual contra crianças e adolescentes, além de crime sexual, representa uma violação de direitos humanos

universais. Quando ocorre no âmbito intrafamiliar, ultrapassa os limites e regras culturais, sociais, familiares e legais.”, justamente, porque “[...] se trata de um comportamento sórdido, degradante, repugnante e moralmente condenável, pois nega os princípios morais mais comezinhos formadores e informadores da célula familiar.”.

Nos crimes praticados contra parentes, nas linhas relacionadas, violam-se deveres decorrentes do parentesco, que pode ser legítimo, ilegítimo, natural ou civil. Essas circunstâncias fundamentam maior reprovação da conduta praticada pelo agente e justificam perfeitamente a majoração da reprimenda aplicável (BITENCOURT, 2020, p. 254).

Nessa estrada, merece destaque o tratamento penal que o Direito Comparado aplica à violência sexual intrafamiliar no tocante ao tipo penal equivalente ao estupro de vulnerável.

No cenário argentino, se o delito ocorrer no contexto da violência sexual intrafamiliar, a pena será de oito a vinte anos de prisão ou reclusão, conforme dicção do artigo 119 do Código Penal argentino (ARGENTINA, 1984).

Já no panorama colombiano, as penas serão aumentadas de 1/3 até a metade se o delito for perpetrado no âmbito da violência sexual intrafamiliar, conforme agenda o artigo 211, §5º do Código Penal colombiano. Todavia, com a recente inserção do artigo 211A, quando a violência sexual familiar for cometida contra crianças e adolescentes nas hipóteses dos artigos 205, 207 ou 210, será aplicada a pena de prisão perpétua revisável (COLOMBIA, 2000).

Por sua vez, no cenário espanhol, quando ocorre a violência sexual intrafamiliar ou quando a vítima tiver idade inferior a quatro anos, o legislador espanhol refere que as penas serão aplicadas na sua metade superior, conforme ditame do parágrafo quarto do artigo 183 do Código Penal espanhol (ESPAÑA, 1995).

No que tange à jurisprudência pátria, observa-se que vem decidindo questões de elevado grau de complexidade no cerne do crime de estupro de vulnerável quando cometido no ambiente familiar.

Prova disso pode ser cotejado por meio do contemporâneo julgado da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), datado de 26-05-2020, ocasião em que o Tribunal gaúcho, no Recurso de Apelação nº 70081426900, não proveu (decisão unânime) os apelos defensivos dos apelantes que, no caso concreto, eram avós das vítimas que contavam com apenas oito e quatorze anos de idade (RIO GRANDE DO SUL, 2019a), *in verbis*:

Depreende-se do contexto probatório que os acusados, no 1º fato, constrangeram, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, João por ação e Marlei por omissão, por diversas vezes, a ofendida, neta deles, criança com 8 anos de idade à época dos fatos, à prática de atos libidinosos diversos da conjugação carnal, mediante violência e grave ameaça. Já no 2º fato, os ora acusados, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, João por ação e Marlei por omissão, por diversas vezes, submeteram a ofendida, neta deles, adolescente com 14 anos de idade à época dos fatos, à prática de atos libidinosos diversos da conjugação carnal, mediante violência e grave ameaça (RIO GRANDE DO SUL, 2019a, doc. eletrônico).

Com efeito, o Tribunal gaúcho aplicou aos apelantes a causa de aumento da pena da violência sexual intrafamiliar do artigo 226, II do Código Penal, majorando, assim a reprimenda pela metade. Outrossim, em decorrência da presença da continuidade delitiva, perdeu interesse o crime menos grave (estupro qualificado, art. 213, §1º do CP), sendo aplicada a pena do crime mais grave (estupro de vulnerável, art. 217-A do CP) com o aumento da continuidade delitiva do artigo 71, caput do Código Penal em seu patamar máximo 2/3 (dois terços), precisamente, porque as vítimas sofreram abusos sexuais em diversas ocasiões, de acordo com o relatado.

Sobre o tema, quando ocorre “[...] o cometimento de várias ações, em dias diferentes, em circunstâncias de tempo e lugar similares, além de semelhante modo de execução, permite a configuração da continuidade delitiva, seja contra a mesma vítima, seja contra ofendidos diferentes [...]”, a exemplo do caso em comento, ocasião em que os avós empregaram o mesmo *modus operandi* em face das netas (NUCCI, 2014, p. 53).

Assim, o estarrecedor julgado explicita, de modo claro, a perversidade desse tipo de crime no cenário intrafamiliar, na medida em que os apelantes eram os próprios avós das vítimas. Ao final, o Tribunal aplicou a pena de vinte e três anos e nove meses de reclusão para ambos os réus.

Além disso, a jurisprudência nacional, no contexto da violência sexual intrafamiliar, vem aplicando a omissão imprópria (art. 13, §2º, b e c, do Código Penal), até mesmo nas relações entre irmãos, desde que, neste caso, haja assunção do irmão no papel de garantidor, a exemplo do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que, no *Habeas Corpus* nº 603.195/PR (2020/0195684-0), datado de 06/10/2020, entendeu por não conhecer o *Writ* impetrado pela irmã das vítimas do crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2020).

Na fundamentação, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apresentou a seguinte tese:

Muito embora uma irmã mais velha não possa ser enquadrada na alínea "a" do art. 13, §2, do CP, pois o mero parentesco não torna penalmente responsável um irmão para com o outro, **caso caracterizada situação fática de assunção da figura do**

"garantidor" pela irmã, nos termos previstos nas duas alíneas seguintes do referido artigo ("b" e "c"), não há falar em atipicidade de sua conduta. Hipótese em que a acusada omitiu-se quanto aos abusos sexuais em tese praticados pelo seu marido na residência do casal contra suas irmãs menores durante anos. Assunção de responsabilidade ao levar as crianças para sua casa sem a companhia da genitora e criação de riscos ao não denunciar o agressor, mesmo ciente de suas condutas, bem como ao continuar deixando as meninas sozinhas em casa. (BRASIL, 2020, doc eletrônico, grifo nosso)

Desta forma, a irmã das vítimas, com sua conduta omissiva, assumiu o papel de garantidora ao levar as suas duas irmãs que contavam com apenas seis e sete anos de idade até a sua casa, sem a companhia da genitora, criando riscos ao não denunciar o delinquente sexual, mesmo tendo pleno conhecimento das condutas criminosas perpetradas pelo marido, continuou a deixar as vítimas sozinhas na sua residência para serem abusadas sexualmente.

De outro vértice, mas ainda no espectro da violência sexual intrafamiliar, Cleber Masson (2020, p. 106) observa que “A condição de ascendente pode advir do nascimento biológico ou da adoção. Como determina o art. 227, §6.º, da Constituição Federal [...]”. Além disso, “[...] não há limites para o parentesco em linha reta, por isso a contagem de graus é infinita. A cada geração, contamos um grau [...]” (ROSA, 2019, p. 325). De tal modo, a condição de ascendente segue a linha reta, contabilizando o número de graus de acordo com o número de gerações, abraçando a interpretação dos artigos 1.591 e 1.594 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Nessa direção, a Suprema Corte brasileira, através da Segunda Turma, na data de 23/05/2017, ao julgar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 138.717/PR, entendeu (decisão unânime) que “É juridicamente possível a majoração da pena privativa de liberdade imposta ao recorrente, bisavô da vítima, em razão da incidência da causa de aumento prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal, considerada a figura do ascendente.” (BRASIL, 2017b, p. 1).

Veja-se, também, que o Superior Tribunal de Justiça entende que a própria retratação da vítima de estupro de vulnerável, quando inexoravelmente comprovada a autoria e materialidade do delito, não possui o condão apto a absolver o acusado diante de suposta insuficiência de provas. Esse foi o entendimento adotado pelo Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente ocorrido em 16/06/2021, quando julgou o *Habeas Corpus* nº 668.829 - SP (2021/0158606-7) (BRASIL, 2021d).

No caso concreto, a vítima era um adolescente com autismo, ao passo que o impetrante e suposto abusador era o seu próprio pai. Na fundamentação, o Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça lembrou que a via eleita (*habeas corpus*), salvo quando

constatada a existência de flagrante ilegalidade, não pode substituir o recurso legalmente previsto. Outrossim, colacionou o parecer emitido pelo Ministério Público no sentido de que a hipótese em tela não seria uma condenação baseada apenas em provas colhidas na fase policial, pelo contrário, já que as provas foram colhidas e fundamentadas em todas as fases (policial e processual).

Além disso:

[...] o ofendido, adolescente portador de autismo, afirmou perante a autoridade policial que sofria abusos sexuais de seu pai, o que foi confirmado por seus irmãos e demais testemunhas a quem relatou o ocorrido. Em juízo, negou a ocorrência dos fatos. As demais testemunhas, contudo, especialmente a fisioterapeuta e psicóloga da APAE frequentada pela vítima, reafirmaram em juízo que os abusos lhes foram detalhadamente relatados, por reiteradas vezes e que, passado o tempo, o ofendido afirmou que fora orientado a não falar mais sobre o assunto, sob a ameaça de que seria recolhido definitivamente à casa de abrigo. Concluiu-se, assim, pela existência de provas da ocorrência do delito (BRASIL, 2021d, p. 5).

Deste modo, o Tribunal explicitou a maior vulnerabilidade da vítima, já que portadora de autismo, sendo muito comum nos casos de violência sexual intrafamiliar a “síndrome do segredo” (DOBKE, 2001, p. 34) que especifica “[...] o modo pelo qual crianças e adolescentes vitimados (e até mesmo as famílias) permanecem em silêncio, diante da fragilidade física, e principalmente psicológica, podendo, até mesmo, incorrer em retratação do que um dia foi revelado.” (BRASIL, 2021d, p. 5), situação análoga à existente no caso concreto. Consequentemente, não conheceu do *writ*, mantendo a prisão do delinquente sexual intrafamiliar.

Observe-se, também, que para o Superior Tribunal de Justiça, nesse tipo de delito, o contato físico do agente com a vítima é prescindível, pois o que importa para a consumação do crime é a contemplação da lascívia do delinquente sexual que se utiliza da vítima menor de quatorze anos de idade, a exemplo do contemporâneo julgamento do *Habeas Corpus* nº 478.310/PA (2018/0297641-8), datado de 09/02/2021 (BRASIL, 2021c).

Com efeito, o supracitado julgado confirmou a condenação do delinquente sexual a título de autor intelectual em razão de sua condição de partícipe, justamente porque ficou, inexoravelmente, demonstrado todo o controle psicológico que o paciente (delinquente sexual) exercia sobre as outras duas agentes (criminosas sexuais) na execução do crime de estupro de vulnerável em face das duas infantes. De modo desumano, uma das agentes chegou ao ponto da conduta abominável de fazer sexo oral na própria filha que, na época dos fatos, contava com meses de vida.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. **É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional.** 2. **Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexos causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.** 3. **No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantes (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal.** 4. Ordem denegada (BRASIL, 2021c, p. 1, grifo nosso).

Além disso, destaque-se que a posição supramencionada adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante à prescindibilidade do contato físico entre autor e vítima dos crimes de estupro, corretamente, seguiu o entendimento firmado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na data de 02/08/2016, ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* nº 70.976/MS (2016/0121838-5) (BRASIL, 2016b).

Nesse passo, Cleber Masson (2020, p. 66) destaca que “[...] o estupro de vulnerável (e também o estupro) realmente não depende do contato físico entre o agente e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento físico desta no ato sexual, mediante a prática de ato libidinoso [...]”, a exemplo da automasturbação.

Seguindo essa linha, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 94.386 - SP (2018/0019842-9), julgamento datado de 05/04/2018, manteve a prisão preventiva do recorrente que, no caso concreto, havia sido condenado em primeira instância a quarenta e seis anos e nove meses de reclusão, pela prática de diversos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes perpetrados através da internet (Facebook), incluído o crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2018c). Ou seja, a presença física do abusador sexual não é necessária para a consumação do delito do artigo 217-A do Código Penal.

Na fundamentação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

No caso, a custódia do recorrente encontra-se devidamente embasada no art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se necessária principalmente para salvaguardar a ordem pública, diante das circunstâncias em que ocorreram os fatos delituosos (*modus operandi*) - criação de perfis falsos e invasão de outros, em

aplicativo de *internet* de uso popular mundial (FACEBOOK), induzindo, ameaçando e obrigando crianças e adolescentes a praticarem, produzirem e publicarem arquivos e vídeos de si próprias em situação de explícito abuso sexual -, que revelam a gravidade em concreto da conduta praticada pelo recorrente (BRASIL, 2018c, p. 2).

Retomando as causas de aumento de pena aplicadas aos crimes de estupro, destacamos o teor do artigo 226, IV, I, 'b', do Código Penal pátrio, inserido, recentemente, através da Lei Federal nº 13.718/2018 (BRASIL, 2018b), quando o crime for praticado com o objetivo de controlar o comportamento social ou sexual da vítima, é o *denominado estupro corretivo*. Nesse tipo de crime, o agente, lamentavelmente, atua com o dolo de, supostamente, alterar a orientação sexual ou a identidade de gênero da vítima. Portanto, “[...] esse inaceitável comportamento, preconceituoso e altamente reprovável, caracteriza o delito de estupro, com a pena aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) [...]” (MASSON, 2020, p. 107).

Por sua vez, no artigo 234-A do Código Penal residem outras causas de aumento de pena, desta vez, relacionadas a todos os crimes contra a dignidade sexual do Título VI. Deste modo, no inciso III habita o aumento da metade até 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez à vítima.

Nesse ponto, Rogério Greco destaca:

Infelizmente, tem sido uma constante que vítimas menores engravidem após terem sido violentadas sexualmente não somente por estranhos, como também por parentes ou por pessoas que possuem, para com elas, o dever de cuidado, proteção ou vigilância. A violência intrafamiliar, ou seja, aquela realizada no seio da família, tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo, com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas (GRECO, 2017a, p. 200).

Já no inciso IV do supracitado artigo tem morada a causa de aumento de pena que varia de 1/3 (um terço) até 2/3 (dois terços), no caso de o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima for pessoa idosa ou pessoa com deficiência.

Aqui, de acordo com Cleber Masson (2020, p. 156), “[...] a incidência da causa de aumento de pena depende da presença do dolo direto (“sabe”) ou eventual (“deve saber”), unicamente no que diz respeito à possibilidade de contaminação à vítima. É irrelevante se o sujeito tinha ou não a intenção de fazê-lo [...]”. No tocante à vítima idosa ou pessoa com deficiência, o autor entende que o tratamento penal mais severo “[...] é justificado pela fragilidade da vítima, bem como pela frieza e pela covardia acentuada do agente, que se aproveita da avançada idade ou da fragilidade de uma pessoa para praticar com ela um crime

contra a dignidade sexual [...]”. Ademais, a majorante não incidirá “[...] quando a situação de fraqueza da vítima funcionar como elementar ou qualificadora do delito [...]”, a exemplo do crime de estupro de vulnerável, sob pena de ocorrência de *bis in idem* (2020, p. 157).

Seguindo o teor do artigo 225, caput do Código Penal (BRASIL, 1940), a ação penal nos crimes de estupro contra crianças e adolescentes (artigos 213 e 217-A do CP) é pública incondicionada, cuja titularidade pertence ao Ministério Público (art. 24 do CPP), independentemente da representação da vítima (BRASIL, 1941). Na verdade, trata-se de uma função institucional do *Parquet*, de acordo com o artigo 129, I da CRFB/88 (BRASIL, 1988). Porém, “[...] cumpre destacar a possibilidade de utilização da ação penal privada subsidiária da pública, em decorrência da cláusula pétreia contida no art. 5.º, LIX, da Constituição Federal [...]”, quando ocorrer inércia ministerial na propositura da ação penal pública (MASSON, 2020, p. 105).

Outrossim, nos termos do artigo 234-B do Código Penal, “[...] os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça [...]” (BRASIL, 1940, doc. eletrônico). Nesse sentido, Bitencourt (2020, p. 265) entende que a apuração dos crimes contra a dignidade sexual acarreta “[...] grave exposição da intimidade da vítima, que deve ser preservada, justificando-se que os respectivos processos corram em segredo de justiça, sem prejuízo do devido processo legal [...]”.

Conforme observa Luiz Regis Prado (2021), trata-se de exceção ao princípio constitucional da publicidade, já que em regra, impera a publicidade tanto dos atos processuais, quanto dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. A própria Constituição possui balizas à publicidade, a exemplo dos artigos 5º, LX e 93, IX, ambos da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Ademais, quando violado o sigilo é possível à incidência do tipo penal do artigo 325 do Código Penal, delito este que versa sobre a violação de sigilo funcional. Não obstante, “[...] o segredo de justiça não pode ser oposto ao defensor do acusado ou indiciado, no que se refere aos elementos de prova já documentados, como decorrência do princípio da ampla defesa [...]”, em sintonia com a Súmula Vinculante nº 14 do STF (PRADO, 2021, p. 864).

Além disso, nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no Código Penal ou em legislação especial, a prescrição antes da sentença penal condenatória, de acordo com o artigo 111 do Código Penal, somente irá começar a correr “[...] da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.” (GRECO, 2017a, p. 205).

Ou seja, quando a vítima dos crimes de estupro (231 e 217-A do CP) for criança ou adolescente, estaremos diante de situação excepcional, onde “[...] o início da contagem do lapso prescricional tem por marco, a data em que a vítima completa 18 anos, para evitar a prescrição do delito quando a vítima, ainda menor de idade, oculta o abuso sexual sofrido e só mais tarde vem a revelar sua ocorrência e autoria [...]” (PRADO, 2021, p. 827).

Portanto, buscou-se uma ampliação da eficiência na punição do agressor sexual contra crianças e adolescentes, evitando-se, assim, uma proteção deficiente por parte do Estado, exercendo o comando constitucional, conforme leitura do artigo 227, §4º da Carta Maior de 1988 (CUNHA, R. S., 2020).

Sobre o tema, Maria Clara Sottomayor (2014) faz uma abordagem realista sobre a perpetuação das consequências dos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes e a prescrição da pena desse tipo de criminalidade, de modo que:

Nos crimes sexuais contra crianças, o trauma da vítima pode perdurar durante toda a sua vida. O seu futuro e a sua personalidade já não vão ser os mesmos que estavam predestinados a ser. As vítimas de abuso ou exploração sexual na infância e na adolescência enfrentam condicionamentos e medos que as acompanharão para sempre. Neste contexto psicológico e sócio-cultural não é justo que estes crimes prescrevam (SOTTOMAYOR, 2014, p. 228).

Em que pese o esforço do legislador pátrio em tardar o início da prescrição da pretensão punitiva quando os delitos de estupro forem praticados em face de crianças ou adolescentes, entendemos não ser desarrazoado o legislador pátrio adotar postura semelhante ao colombiano que, recentemente introduziu ao Código Penal daquele país a imprescritibilidade para aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

Não obstante, ainda temos situações excepcionais em que a lei penal pátria procura um melhor enfrentamento à criminalidade sexual contra crianças e adolescentes, sobretudo nos crimes de estupro, a exemplo da infiltração de agentes de polícia na internet, da identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA (ácido desoxirribonucleico) e das hipóteses de perda do poder familiar.

Desta forma, no expor de Cleber Masson (2020, p. 75), “[...] a investigação do estupro de vulnerável admite um meio especial de obtenção de prova, consistente na infiltração de agentes de polícia na internet [...]”, nos termos do artigo 190-A da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990b).

Nesse sentido, para que ocorra a legitimação da colheita da prova através da infiltração de agentes de polícia na internet, é necessária a prévia autorização judicial, de forma fundamentada (fixando os limites), com a devida oitiva ministerial. Ademais, é vedado o impulso inicial do magistrado, não cabendo ao juiz deferir, de ofício, a infiltração de agentes, na medida em que esta é uma típica atividade de investigação, atinente à polícia judiciária (por representação) ou ao Ministério Público (por requerimento). No tocante ao prazo da infiltração, “[...] estabelece-se prazo de 90 dias para a captação dos dados pelo(s) agente(s) infiltrado(s). No entanto, a própria lei autoriza renovações (sempre por outros 90 dias) até o limite de 720 dias (quase dois anos) [...]” (NUCCI, 2021a, p. 695).

Pugnando o enfrentamento aos delinquentes sexuais autores dos crimes de estupro (213 e 217-A do Código Penal), ganha espaço a denominada identificação do perfil genético, introduzida ao ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), justamente, por acrescentar à Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) (BRASIL, 1984) importante oportunidade, pois o “[...] exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios [...]” à persecução penal (LIMA, 2020b, p. 351). Ademais, levando-se em consideração o fato de que todo ser vivo possui informação genética única, a análise do material biológico pode apontar a sua exata origem. Não obstante, quando o perfil genético não puder apontar a fonte de onde partiu, ainda assim, poderá apontar outras informações de grande relevância para as investigações, a exemplo do sexo do delinquente.

Pensando nisso, a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) (BRASIL, 2019b) promoveu algumas alterações no artigo 9-A da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) (BRASIL, 1984), como, por exemplo, a expansão da compulsoriedade da coleta do material biológico nos condenados que já estiverem cumprindo pena por crime doloso cometido com violência grave contra a pessoa, por crime contra a vida, por crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, não ficando adstrito apenas aos novos condenados (de acordo com o parágrafo quarto combinado com a nova redação do caput do art. 9-A). Por outro lado, a recusa do condenado em submeter-se à identificação do perfil genético constitui falta grave (nos termos do parágrafo oitavo do art. 9-A).

Além dos aspectos legislativos já apontados, no artigo 92, II, do Código Penal (BRASIL, 1940) reside o efeito específico da condenação (não automático, necessita de fundamentação judicial) referente à incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela e da curatela, aplicável aos delinquentes condenados por crimes dolosos, sujeitos à pena de

reclusão, cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder, contra filho, filha ou outro descendente, tutelado ou curatelado. Aqui, “[...] pouco interessa, nesse caso, qual o montante da pena aplicada, importando somente se tratar de crime sujeito à pena de reclusão [...]” (NUCCI, 2021b, p. 50). No entanto, o efeito é permanente, perdurando após o cumprimento da pena.

Nesse sentido e, considerando o cenário da violência sexual intrafamiliar, no inciso II, alínea ‘b’, do Parágrafo único, do artigo 1.638 do Código Civil (BRASIL, 2002) o legislador inseriu, expressamente, através da Lei Federal nº 13.715/2018 (BRASIL, 2018a), hipóteses de perda do poder familiar por ato judicial, de modo que o Código Civil pátrio estivesse em consonância com o artigo 92, II do Código Penal (BRASIL, 1940), modificado pela mesma Lei. Desta forma, perderá o poder familiar aquele que praticar contra filho, filha ou outro descendente os crimes de estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Silvio Venosa (2021, p. 307) observa que “[...] a perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos [...]”.

Maria Clara Sottomayor (2014, p. 203) leciona que, os ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes são invocados em processos-crime e em processos tutelares cíveis. Desta forma, “[...] os primeiros visam punir o abusador ou o agressor, e os segundos, destinam-se, nos casos de maus-tratos ou de abuso intrafamiliar, a proteger a criança do progenitor que violou os seus direitos, limitando ou inibindo o exercício [...]” das suas responsabilidades parentais, com a suspensão de visitar e aplicando medidas de proteção em favor das vítimas.

Apesar disso, Maria Berenice Dias doutrina (2017, p. 333) que “Existe um profundo interesse do Estado na preservação do núcleo familiar, que o leva a se omitir. Na hora em que é chamado a interceder, para garantir a preservação da integridade física e psíquica de seus membros [...]”. Via de regra, a postura adotada pelo Estado “[...] é não intervencionista. A preocupação maior é com a manutenção da família. A Justiça, como dispõe de respaldo legal, tenta transações e força conciliações, pois a tendência é culpar a vítima [...]” (DIAS, 2017, p. 333).

Todavia, sempre ocorreu um grande dever de obediência imposto pela sociedade à figura paterna por parte do “[...] filho, o que não permitia que ele reagisse. Por isso, sempre

teve medo de falar. [...] A criança abusada está em uma armadilha, na segura armadilha da proteção familiar que foi construída para protegê-la [...]" (DIAS, 2017, p. 323).

Para a autora, “[...] o abusador faz uso de sua autoridade sobre a criança, bem como do respeito, amor, carinho, admiração que ela tem por ele. Começa o ciclo de sedução incestuosa por um poderoso processo de aliciamento [...]" (DIAS, 2017, p. 324).

Justamente, nesse cenário assombroso, nos vemos compelidos a continuar essa investigação sob o espectro da Lei do Depoimento Especial, introduzida no cenário pátrio pela atuação pioneira do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. José Antônio Daltoé Cezar.

6.3 A IMPORTÂNCIA DA LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL (DEPOIMENTO SEM DANO)

Instrumento mais importante para o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar no cenário pátrio dos últimos anos, a Lei Federal nº 13.431, de 04 de abril de 2017, conhecida como Lei do Depoimento Especial, potencializou a escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (BRASIL, 2017a). Essa conquista consistiu no resultado da louvável e pioneira atuação do Des. José Antônio Daltoé Cezar (2017, p. 184) que, em maio de 2003, implementou, no âmbito do Segundo Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, um método de oitiva diferenciada (Depoimento Sem Dano) para “[...] valorizar o relato da criança, respeitando-se a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como qualificar a produção da prova que é produzida em juízo [...]"

A Lei decorreu do Projeto de Lei nº 3792/2015 (BRASIL, 2015a), apresentado na Câmara dos Deputados, na data de 01/12/2015, contendo a seguinte Ementa: “Estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência; altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; e dá outras providências” (BRASIL, 2015a, doc. eletrônico).

Contudo, tal conquista não proveio de uma tarefa fácil, conforme bem lembrado por Luciane Pötter, já que:

O caminho da conquista da metodologia do Depoimento Especial e de um Sistema de Garantia de Direitos a Crianças e Adolescentes vítimas de violência foi árduo, de muita luta e discussões durante longos 15 anos, onde encontramos o Dr. Daltoé trilhando caminhos e soluções com a ajuda de grandes profissionais e especialistas

na matéria, e que agora estão comprometidos com a implantação das novas regras (PÖTTER, 2019b, p. 354).

Em sede de crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes no ambiente familiar, os desafios impostos na investigação são de grande complexidade, justamente porque na maioria das vezes o crime ocorre sem a presença de testemunhas (existindo a palavra da vítima contra a palavra do suposto agressor), podendo, ainda, ser um crime transeunte (não deixa vestígios), ou seja, um crime de difícil comprovação (PÖTTER, 2019a).

Dito de outro modo, “[...] pelo fato de poder se apresentar de várias formas, incluindo ou não a presença de violência física aparente, a possibilidade de confirmação da ocorrência da violência sexual é dificultada [...]” (HOHENDORFF; HABIGZANG; KOLLER, 2014, p. 20).

Segundo Velela Dobke (2001), com atuação destacada no pioneirismo do Depoimento Sem Dano, geralmente esses tipos de crimes são cometidos na clandestinidade, aportando extrema importância às declarações das vítimas. Além disso, são crimes que, via de regra, não são passíveis de serem comprovados através de prova testemunhal, razão pela qual o depoimento da vítima apresenta-se, para que a responsabilização do delinquente sexual, de grande importância, “[...] eis que não é raro seja a prova principal, senão única, produzida no decorrer da instrução processual [...]” (CEZAR, 2017, p. 180).

No cenário anterior, não existiam normas especiais ou procedimento específico que observasse as condições peculiares que a criança/adolescente vítima possuía. No cerne da questão, as normas processuais disciplinadoras da ouvida de crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, eram as mesmas que regiam a inquirição dos adultos (DOBKE, 2001).

Não obstante, nas fases tenras da vida, a criança verbaliza experiências traumáticas através de fantasias, desenhos, e outros meios próprios da idade, sendo imperioso que a sua oitiva fosse realizada por profissional dotado das necessárias aptidões e técnicas para a extração da informação, evitando, assim, que ocorressem processos de re-vitimização ou vitimização secundária e a reafirmação do trauma vivenciado pela vítima através de processos menos lesivos (CUNHA, A., 2020).

Em grandes linhas, crianças e adolescentes são patrimônio de nosso país e seres em evolução, possuem a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Entretanto, diante da violência sexual, muitas vezes encontram-se em situação de risco e perigo dentro de suas próprias casas, justamente, porque esse tipo de violência ocorre, frequentemente, dentro do lar, sendo “[...] um dos crimes mais graves, vitimizando pessoas em desenvolvimento, na

forma da violação dos seus direitos fundamentais de crescerem saudáveis. São seres extremamente vulneráveis [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 355), seja em razão da idade da vítima, seja em razão do início e/ou duração do abuso, da continuidade, do grau de violência empregado, situação em que existe “[...] um estreito relacionamento de confiança entre abusador e vítima, que envolve um grande segredo familiar, sem esquecer o facilitador da coabitação. Trata-se, portanto, de um delito que deixa uma marca muito profunda nas vítimas [...]”, algo desumano e injustificável (PÖTTER, 2019b, p. 355).

Ademais, na violência sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes, temos a desleal situação que se refere ao próprio envolvimento destes na qualidade de criança ou adolescente dependentes, mentalmente imaturos, em atividades sexuais que não compreendem totalmente, pois são incapazes de emitir um consentimento válido, violando os tabus sociais dos papéis familiares (SCHECHTER; ROBERGE, 1976).

Perrone e Nannini (2010, p. 144) observam que, nesse tipo de relação assimétrica, o abusador utiliza seu poder na relação para dominar e controlar a vítima. Poder este que o “[...] *adulto lo utiliza en provecho propio, su posición le sirve para sus fines sexuales. La relación desigual se convierte así en una relación abusiva* [...]”.

Além disso, Furniss (1991) observa que essa relação desigual pode desencadear um conflito emocional-sexual, pois a criança/adolescente procura receber cuidados emocionais daquela pessoa em quem confia, mas obtém uma resposta sexual. Esse fato pode ensejar em um comportamento sexualizado por parte da vítima quando, na verdade, deseja um cuidado emocional por parte do abusador.

Nesse cenário, adverte J. Herman (1981) que o ambiente familiar onde reside uma vítima de abuso sexual pode aparentar ser muito equilibrado, tradicional, já que quando realizou entrevistas com vítimas femininas de incesto, percebeu que elas pertenciam a famílias muito convencionais, possuíam patriarcas (abusadores) perfeitos. Ou seja, aos olhos extrafamiliares, eram famílias perfeitas.

Nessas famílias tradicionais, a figura paterna exercia um forte controle e domínio sobre as mulheres, na medida em que metade dessas vítimas já haviam presenciado suas mães sofrendo violência doméstica, situação que acabava deixando-as expostas ao alcance de homens poderosos no ambiente intrafamiliar (GLASER; FROSH, 1993).

Marchiori (1998) ilustra o delinquente sexual como sendo um sujeito que apresenta uma acentuada inadequação sexual, portador de um desprezo e marginalização em relação às mulheres, incluindo um grande temor em enfrentar relações interpessoais, justamente, porque

elas explicitam as dificuldades e as inseguranças que o delinquente sexual não consegue suplantar na tentativa frustrada de relacionar-se. Esse abusador apresenta alteração de sua consciência, o pensamento está preenchido de ideias obsessivas em relação aos aspectos sexuais, possuindo uma personalidade imatura e conflitiva. Ademais, “[...] *el violador siempre ha sido el delincuente más protegido por las instituciones de la administración de justicia, porque se ha interrogado a la víctima, se ha dudado de su denuncia, de su declaración, de su veracidad, de su comportamiento, de sus costumbres.*” (MARCHIORI, 1998, p. 77).

Geralmente, os autores dos crimes de “[...] *incesto son individuos que generalmente no tienen antecedentes penales, son considerados respetables en su medio laboral, y muchos de ellos no tienen problemas de drogas o alcohol, estos datos hacen que el relato de la víctima no sea creíble [...]*”. Estes “[...] *autores niegan, como todos los delincuentes sexuales, el delito, culpan a la víctima por “mentir” y lo atribuyen a una actitud de venganza de la familia [...]*” (MARCHIORI, 1998, p. 83).

Nesse vértice, Heleieth I. B. Saffioti, com notável maestria, explica que:

A violação do tabu do incesto constitui fenômeno de enormes proporções em vários países, inclusive no Brasil. E para transgredir esta interdição o homem se vale de qualquer meio. Como ele detém grande poder e é a autoridade suprema da família, merece a confiança dos filhos. Ou seja, é a pessoa respeitada, que só deseja o “bem” dos filhos. Nestas circunstâncias, quer o pai adote uma abordagem sedutora, quer prefira a abordagem agressiva para manter relações libidinosas de toda sorte, com sua filha, tem pouquíssimas probabilidades de fracasso (SAFFIOTI, 1989, p. 60).

Segundo Irene Intebi (2003, p. 15), “[...] *el abuso sexual infantil resulta una realidad particularmente difícil de detectar, problemática de abordar, compleja de resolver [...]*”.

Desse modo, Rozanski (2003) alude ao fato de que as crianças e os adolescentes podem apresentar quatro tipos de comportamentos em Juízo quando da realização do depoimento, a saber: manter o discurso anterior à denúncia (aqui, a vítima, geralmente, foi abusada por estranhos e tem o adequado suporte familiar, fato que lhe reforça a confiança); podem vir a se retratar (hipótese que ocorre com maior frequência em casos de abusos sexuais intrafamiliares, infelizmente, refletem a maioria dos casos); podem ficar caladas (o rosto de uma criança abusada que fica calada, reflexe em cada poro os balaços recebidos. Seus olhos mostram um brilho particular, distante de tudo. É possível que não escute nada do que lhe seja perguntado); e podem, ainda, falar o que os entrevistadores querem ouvir (existem casos em que as vítimas são induzidas a responder de determinada maneira, intuindo que é o desejo de quem as interroga, na ânsia de buscar uma liberação do lugar).

Destarte, “[...] é conclusão inarredável que a produção da prova judicial em delitos que envolvam abuso sexual contra crianças encontra muitas dificuldades no cenário forense [...]” (CEZAR, 2017, p. 180).

Igualmente, não bastasse o método de oitiva ser o mesmo para crianças e adultos, fato este criticado pelo Des. Daltoé Cezar (2017), principalmente, devido à falta de capacitação técnica dos agentes jurídicos responsáveis pela oitiva das crianças abusadas sexualmente, na medida em que não eram observados os diferentes estágios do desenvolvimento infantil, bem como as sequelas decorrentes do delito de abuso sexual, como, por exemplo, a síndrome do segredo, a síndrome da adição, etc.

Nesse contexto, o segredo é uma das características “[...] *más notables del abuso sexual infantil y tenerlo en cuenta desde la sospecha misma, es una condición indispensable para una adecuada intervención [...]*” (ROZANSKI, 2003, p. 37). O centro do fenômeno habita na lei do silêncio, “[...] *siendo sumamente difícil - cuando no imposible - quebrarla. Se trata de una de las razones más importantes para que la "cifra negra" de estos delitos tenga la dimensión que tiene [...]*”. Factualmente, “[...] *el secreto se mantiene mayormente DENTRO del grupo familiar o conviviente y depende de quienes lo integran, los restantes factores que determinan la CIFRA NEGRA, obedecen a la inexistente o deficiente actividad de actores AJENOS a dicho núcleo [...]*”, ensejando em cifras significativas (ROZANSKI, 2003, p. 37).

Sobre o tema, Tilman Furniss leciona que:

A natureza específica do abuso sexual da criança como síndrome de segredo para a criança e a família, e como síndrome de adição para a pessoa que comete o abuso, esclarece a diferença entre o abuso sexual da criança e outras formas de abuso na infância. Essas duas condições interligadas neste tipo de abuso resultam em uma constelação única. O abuso sexual da criança como síndrome de segredo para a criança é determinado por fatores externos, por aspectos específicos de segredo na própria interação abusiva e por fatores psicológicos internos (FURNISS, 1993, p. 29).

Nesse sentido, as repetições da Síndrome da Adição, situação onde ocorre um processo abusivo sexual que se desenvolve pela compulsão à repetição, ou seja, a excitação do abusador funciona como elemento aditivo central para o alívio de suas tensões, criando uma dependência psicológica do abusador em face da criança ou adolescente vitimado. Dito de outra forma, “[...] o abusador é, então, um adito da criança, um dependente psicológico e, por isso, precisa que ela guarde o segredo para a continuação da adição [...]” (DOBKE, 2001, p. 36).

Desta forma, “[...] a vítima vê-se refém do abusador, muitas vezes não tendo a quem recorrer, o que favorece a continuidade do abuso por longos períodos e eleva o risco de prejuízos ao seu desenvolvimento [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 217). Destarte, “[...] no abuso sexual intrafamiliar, a vítima vive em um estado de agressão e intimidação permanente. Essa agressão contínua, diária é a forma de comunicação entre o agressor e a vítima. O facilitador coabitação permite a produção diária da violência [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 183).

O abuso sexual infantil decorre sempre de uma relação assimétrica, onde o abusador detém um verdadeiro estatuto (moral, social, familiar, etc.) ou um grau de poder maior do que a vítima, exercendo, de tal modo, uma influência ou uma ameaça onde a vítima responde com total submissão, seja por medo, lealdade, dependência ou, somente, pela não compreensão do caráter abusivo e inapropriado da situação (DUQUE *et al.*, 2010).

Considerando o cenário abusivo observado, anteriormente as salas de audiência não estavam projetadas para a oitiva de crianças traumatizadas, na verdade, eram ambientes frios e formais, que tinham a presença de diversas pessoas na hora do depoimento, “[...] figuras estranhas e não raras vezes inamistosas para a criança que apresentará o seu relato [...]” (CEZAR, 2017, p. 181).

Para Furniss (1993, p. 23), as “[...] abordagens não coordenadas, frequentemente, não conseguem resolver problemas e resultam em conflitos por procuração e respostas de ação não terapêuticas [...]”. O autor entende que as “[...] intervenções não coordenadas podem conduzir a um dano e traumatismo maior nos relacionamentos familiares e nas crianças individualmente do que o abuso original [...]” (FURNISS, 1993, p. 23). No mesmo sentido, de acordo com Velda Dobke (2001, p. 49), o prejuízo causado pela “[...] inquirição inadequada da criança, além de prejudicar a prova, pode causar um dano psicológico a ela [...]”.

Sobre o tema, Duque, Miralto, Barros e Leite entendem que:

Nesta fase é importante ter em conta – em toda e qualquer interação com a criança/jovem – possíveis sentimentos de ameaça, ansiedade, aspectos relacionados com a síndrome de segredo do abuso sexual, dinâmicas de lealdade familiar, o desejo de proteção da família, bem como com outros factores emocionais que possam impedir a criança/jovem de fazer a revelação de um possível abuso (DUQUE *et al.*, 2010, p. 46).

Luciane Pötter (2019a, p. 28) refere que “[...] o problema do desrespeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas torna-se ainda mais grave quando o desrespeito parte daqueles que por ofício ou mandato foram incumbidos pela sociedade ou pelo Poder Público [...]” com o múnus de serem os guardiões dos seus direitos. Para a autora,

Neste cenário que mais parece o de um filme de terror aos olhos de uma criança/adolescente não acostumados com o debate jurídico, neste jogo processual com o uso de expressões extremamente prejudiciais às vítimas, vislumbramos uma criança/adolescente que foi objeto de abuso sexual e que agora é somente um meio de prova no processo. Esquecem-se os operadores jurídicos que estão lidando com um ser humano às vezes muito fragilizado e vulnerável (PÖTTER, 2019a, p. 29).

Assim, tomando-se com clareza as deficiências apontadas que existiam no Judiciário nacional, crianças e adolescentes nada falavam, pois estavam “[...] por demais nervosas, amedrontadas, circunstâncias que, além de expô-las a situações constrangedoras e de sofrimento [...]” (CEZAR, 2017, p. 181). Conseqüentemente, fragilizavam a prova produzida e determinavam, na maior parte dos casos, que o delinquente sexual terminasse sem qualquer responsabilização pelo crime praticado.

No jeito velho e antigo de investigação, a abordagem era centrada na instituição, e a pergunta era: o que preciso desta criança e da sua família para o meu caso, minha instituição? Atualmente, a abordagem é centrada na criança e na sua família, e sabe-se que ao reduzir a ansiedade da criança/adolescente, as informações fluem melhor, e, em muitos casos, o agressor assume a responsabilidade quando percebe que não tem saída, que a história da vítima está bem contada, que possui alto grau de confiabilidade (PÖTTER, 2019a, p. 27).

Logo, diante da fragilidade da oitiva de crianças e adolescentes existente no modelo anterior (tradicional), era necessário que ocorresse uma mudança, ou seja, que fossem “[...] buscadas outras alternativas, sempre com observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa [...]” (CEZAR, 2017, p. 181). Desta forma, os danos causados às crianças e aos adolescentes decorrentes de inquirições e exposições inadequadas são minimizados e, ao mesmo tempo, oportuniza que os relatos das vítimas sejam entendidos e validados a título de prova no processo judicial.

No modelo tradicional e anterior de oitiva ocorria a “[...] formulação e reformulação constrangedora de perguntas e insinuações, normalmente utilizadas de forma imprópria, inadequada e infrutífera, levando a vítima a sofrer duas vezes o ato de violência [...]”, vitimização primária e vitimização secundária/revitimização (PÖTTER, 2019b, p. 357).

Em apertada síntese, “[...] o processo de vitimização a que é exposta a criança ou adolescente, quando sofre abuso sexual, é denominado vitimização primária, que desencadeia grandes ressentimentos e desequilíbrio emocional [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 105) na vítima. De outro lado, “[...] a vitimização secundária é aquela decorrente da violência institucional aos sujeitos processuais, em especial às vítimas e testemunhas [...]”. Podemos, ainda, falar em

vitimização terciária como sendo “[...] a decorrente da estigmatização que a sociedade realiza sobre a vítima [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 106).

Salienta-se que, as vítimas, em especial as crianças e adolescentes, que sofreram um ato de violência sexual único, não viveram o mesmo tipo de vitimização que aquelas que foram obrigadas a guardar silêncio e que muitas vezes tiveram que conviver diariamente com o seu agressor, dividindo a mesma cama, o mesmo teto, normalmente, por muito tempo (PÖTTER, 2019b, p. 106).

Nesse passo, é oportuno destacar que, “[...] a não inquirição da criança, sob a alegação de que se deve evitar a sua revitimização, importará, necessariamente, na absolvição do abusador, e conseqüente descumprimento do que dispõe o art. 227, § 4.º, da CF/1988 [...]”, comando constitucional que determina a severa punição do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (CEZAR, 2017, p. 183).

De toda sorte, “[...] quanto à oportunidade de a criança ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito, contanto que isso ocorra de forma acolhedora e profissional, é importante que se ressalte que se trata de uma atitude que a valoriza como pessoa [...]” (CEZAR, 2017, p. 183), em respeito à sua dignidade humana, que demarca a atenção e a importância que pessoas em desenvolvimento merecem.

Todavia, Maria Regina Fay Azambuja critica intensamente o modelo adotado pelo Depoimento Especial, na medida em que:

Prosseguir exigindo da criança vítima de violência sexual a produção da prova através da inquirição judicial, ainda que revestida de nova roupagem, como propõe o depoimento especial parece covardia. Transmitir perguntas por meio de sistema de áudio, como ocorre em algumas situações, serve mais para proteção da autoridade judicial do que da criança, detentora, constitucionalmente, de proteção integral, com absoluta prioridade (AZAMBUJA, 2017, p. 215).

Não obstante, através da doutrina de Furniss (1993), percebemos que, quando os adultos e profissionais das redes de proteção não falam com a criança/adolescente sobre o abuso intrafamiliar sofrido, na verdade, mesmo que a intenção seja de proteção, acabam desencadeando um processo de negação da própria existência da vítima, repetindo, justamente, a experiência traumática do abuso sexual da criança/adolescente como uma síndrome de segredo, processo psicológico que reforça a necessidade da oitiva da vítima, fato este bem observado pelo Des. Daltoé Cezar (2017).

Por um bem-intencionado senso de proteção em relação à criança que sofreu abuso, os adultos e profissionais frequentemente dizem ou transmitem a seguinte

mensagem à criança: “é tudo culpa de seu pai, isso não tem nada a ver com você”. [...] A primeira parte da frase, “é tudo culpa de seu pai”, reflete a confusão básica dos conceitos de responsabilidade, participação, culpa, poder e acusação. [...] Ao acrescentar “isso não tem nada a ver com você”, a mensagem inclui o aspecto psicológico e relacional do envolvimento da criança, e nos retiramos o importante fato da experiência da criança e de sua participação no abuso. Ao fazer isso, nos negamos a própria experiência da criança, e ao negar e rejeitar a experiência de abuso sexual sofrida pela criança, nos rejeitamos a própria criança. O que a criança sente e que o adulto não quer ouvir sobre sua experiência, da mesma maneira como as pessoas não queriam acreditar no abuso ou saber dele antes. [...] Ao deixar de considerar e examinar essa experiência, por razões protetoras, os profissionais repetem exatamente a experiência traumática do abuso sexual da criança como uma síndrome de segredo (FURNISS, 1993, p. 20).

Além disso, devemos encarar o “[...] abuso sexual da criança como um problema normativo de direitos humanos, nem todas as crianças ficam perturbadas psiquiatricamente, embora todas as crianças sejam afetadas e fiquem confusas pelos efeitos do abuso sexual como uma síndrome de segredo [...]” (FURNISS, 1993, p. 23).

Destarte, ouvir uma criança, logicamente, não é a mesma coisa que ouvir um adulto, ainda mais uma criança abusada sexualmente, situação que demanda “[...] preparo técnico-emocional e, ainda, muita sensibilidade, até mesmo para entender que não podemos ficar nos lugares em que, normalmente, estamos, quando a ouvimos. Precisamos descer de nossos lugares, no sentido mais amplo, e permanecer ao lado da criança [...]”, pois, somente assim, ela não ficará ainda mais humilhada, oprimida e revitimizada (DOBKE, 2001, p. 96).

Não obstante, diante dos resultados positivos do método empregado pelo Des. Daltoé Cezar no âmbito do Judiciário gaúcho, o Conselho Nacional de Justiça, em 23/11/2010, expediu a Recomendação de nº 33 (BRASIL, 2010), endereçada à orientação dos Tribunais de Justiça de todo o país para “[...] criar serviços especializados destinados à escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, com a devida qualificação dos serventuários da Justiça e magistrados [...]” (CUNHA, A., 2020, p. 11).

O método utilizado no projeto do Depoimento Sem Dano alterou o espaço onde ocorria a oitiva das crianças e adolescentes vítimas de violência, porquanto “[...] nas próprias dependências do Foro de Porto Alegre foi projetada e instalada uma sala mais acolhedora, lúdica, com equipamentos que não se fazem presentes nas salas de audiências tradicionais [...]”, como, por exemplo, brinquedos, papéis, bonecos, casinhas, ou seja, um ambiente acolhedor à faixa etária e à magnitude da situação vivenciada pela vítima quando da realização do ato processual da audiência (CEZAR, 2017, p. 184). Em síntese:

A sala do depoimento, que também pode ser nominada de “sala de escuta”, é ligada por vídeo e áudio à sala de audiências, na qual se encontram presentes o juiz, o

promotor de justiça, o advogado, o réu e os serventuários da justiça, os quais podem interagir enquanto o relato ocorre, desde que autorizados pela autoridade judiciária, porquanto o sistema presidencial de audiências permanece inalterado.

Com a criança, na sala de escuta, uma técnica previamente capacitada para a tarefa facilita a tomada do depoimento, repassando à criança, com os modelos de linguagem adequados à idade que ela tiver, as perguntas que lhe forem transmitidas desde a sala de audiências.

Todo o depoimento é gravado em uma mídia, que é juntada ao processo, passando a ser parte integrante desse, assim possibilitando que seja revisto a qualquer tempo, seja pelo juiz, pelas partes ou pelos julgadores de eventual recurso que vier a ser interposto (CEZAR, 2017, p. 184).

Conseqüentemente, de modo diverso ao modelo tradicional, que priorizava a palavra, o discurso lógico da vítima e a sua inserção pura e simples ao processo, “[...] com a gravação do áudio e vídeo, as emoções, o choro, a tristeza, a lágrima, os gestos passaram a ser alvo de avaliação por parte daqueles que têm por missão produzir validamente as provas e com base nelas proferir uma decisão [...]”, fato que, sem sombra de dúvidas, alterou a forma com que crianças e adolescentes vítimas de violência fossem ouvidas pelo Judiciário (CEZAR, 2017, p. 185).

Destarte, “[...] além da capacidade pessoal de lidar com a situação do abuso infantil, os operadores do direito necessitam de conhecimentos específicos sobre a dinâmica do abuso sexual infantil, sobre a estrutura familiar, no caso de o abuso ser intrafamiliar [...]”. Igualmente, é necessário possuírem “[...] noções sobre conceitos básicos de psicologia para melhor inquirir uma criança. Tais conhecimentos levam os profissionais a uma atuação mais adequada [...]”, possibilitando um melhor enfrentamento ao problema (DOBKE, 2001, p. 96).

Rozanski (2003, p. 35) explicita que, “[...] *el abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo con características propias que lo diferencian de la mayoría de los restantes delitos del Código Penal [...]*”.

O abusador sexual “[...] *manipula el poder y carga a la víctima con la responsabilidad del secreto. El silencio del niño protege no sólo al abusador, sino a sí mismo y a su familia [...]*” (PERRONE; NANNINI, 1997, p. 138).

Ao mesmo tempo, o criminoso sexual, frequentemente, pratica ameaças em face da vítima, com o intento de manter que o quadro abusivo se perpetue e a vítima não o denuncie, ensejando na impunidade, conforme aponta Rozanski:

Como ya se señaló, la mayoría de los abusos sexuales de niños se produce en el seno de la familia o grupo conviviente. En este sentido, cabe recordar que haber considerado históricamente como privados a la mayoría de los hechos producidos en el seno de la familia, significó un notable factor de impunidad. Tal como ha sucedido a lo largo de los siglos, el abusador recurre a las amenazas para evitar que el niño cuente lo que está sucediendo. Si bien la gama de las mismas es infinita,

suelen encontrarse en los expedientes, expresiones cuya reiteración permite afirmar que son los más frecuentes. Así, el abusador amenazará a la niña con “matarla”, “matar a su madre” o “a sus hermanos” si le cuenta a alguien. Estas advertencias suelen ir acompañadas con alusiones a que “la familia se destruirá” (ROZANSKI, 2003, p. 42).

Diante de toda a complexa conjectura que se amolda à questão, torna-se imprescindível que ocorra a oitiva da vítima de abuso sexual intrafamiliar, precisamente, porque “[...] *la falta de habilidades de un niño o adolescente para describir los abusos sexuales no significa que estos no hayan ocurrido. Significa que no han podido confirmarse, algo bien diferente de la posibilidad de que no hayan sucedido [...]*” (INTEBI, 2011, p. 181).

Destarte, “[...] *el relato de las víctimas de esta clase de delitos es muchas veces el principal - cuando no el único - elemento con que se cuenta al momento de la sentencia [...]*” (ROZANSKI, 2003, p. 202).

Christiane Sanderson (2005) observa que a criança, normalmente, não possui um conceito real de tempo, que é uma medida abstrata, e considerará difícil recontar de maneira detalhada acontecimentos do passado. Dessa forma, uma criança pode se referir ao fato ocorrido na última semana, quando, na verdade, estava lembrando-se de fatos que aconteceram há seis meses. Por isso pode ser um problema para ela apresentar provas ou responder às questões no tribunal a respeito do Abuso Sexual.

Sanderson (2005) alude que, diante dessas imprecisões e, também, devido à notável falta de habilidade cognitiva para o pensamento abstrato das crianças, os relatos das vítimas foram, frequentemente, interpretados como mentiras, maculando o testemunho da criança:

Esse é o principal fator das baixas taxas de abertura de processo contra pedófilos. Dos poucos casos (10%) de ASC que de fato vão a julgamento, apenas 5% resultam em processo. É fundamental que o testemunho da criança não seja minado por uma falta de entendimento de sua capacidade. Os pedófilos sabem que as crianças não são vistas como testemunhas que merecem credibilidade e que são maleáveis quanto à maneira pela qual percebem o mundo, e, por essa razão, jogam com isso a distorcer a realidade delas. É chocante que isso possa ser reforçado em um sistema de justiça criminal que mina a credibilidade da criança como uma testemunha por meio de uma flagrante falta de entendimento de suas capacidades cognitivas. Se forem feitas às crianças perguntas que levem em conta seu estágio de desenvolvimento cognitivo e a forma como elas percebem o mundo, elas, sem dúvida, fornecerão respostas precisas (SANDERSON, 2005, p. 230).

No tocante à Lei do Depoimento Especial, vale destacar que ela apresenta dois tipos de procedimentos que voltados à escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a Escuta Especializada e o Depoimento Especial:

Desse modo, “[...] a Escuta Especializada é encontrada no artigo 7º, quando ocorre nos serviços de saúde e assistência social onde a criança será atendida. É a escuta na Rede de Proteção, mas essa escuta deve ser limitada ao estritamente necessário para cumprir sua finalidade [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 363), *in verbis*: “Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.” (BRASIL, 2017a, doc. eletrônico).

Já “[...] o Depoimento Especial é encontrado no artigo 8º, que deve ocorrer perante autoridade policial ou judicial. É quando a criança então fala o que aconteceu, mas em um ambiente acolhedor, por profissional capacitado em protocolo de entrevista.” (PÖTTER, 2019b, p. 363), *in verbis*: “Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.” (BRASIL, 2017a, doc. eletrônico).

A priori, depreende-se que, “[...] ao contrário do disposto a respeito do depoimento especial, a Lei 13.431/17 não detalhou minuciosamente a escuta especializada. Porém, a fim de eliminar (ou, ao menos, minimizar) os efeitos deletérios de uma escuta potencialmente revitimizante [...]”, o legislador “[...] previu requisitos mínimos para a condução da entrevista [...]” (CORDEIRO, 2019, p. 134).

Cunha (2020, p. 63) observa que, apesar de “[...] tratarem de espécies distintas de coleta de informações e produção de prova, em ambos os casos a norma consagra o direito da criança ou do adolescente de que o ato ocorra sem qualquer espécie de contato com pessoa que represente [...]” qualquer possibilidade de ameaça, coação ou constrangimento para a vítima. Com efeito, “[...] o escopo da lei é garantir que a vítima ou testemunha prestem um depoimento livre de qualquer influência [...]”, consoante artigo 9º da Lei (CUNHA, A., 2020, p. 73).

No mesmo sentido, de acordo com a simples leitura do artigo 10 da Lei, os procedimentos (depoimento especial e escuta especializada) realizar-se-ão em local apropriado e acolhedor, onde exista estrutura e espaço físico necessários a garantir a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

No artigo 11 reside disposições sobre o emprego de protocolos e o momento em que ocorrerá o depoimento especial, *in verbis*:

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal (BRASIL, 2017a, doc. eletrônico).

A teor da leitura do caput do artigo 11, o depoimento especial será realizado através de protocolos e, sempre que possível, uma única vez, a título de produção antecipada de prova judicial, observado a ampla defesa ao investigado. Ademais, no §1º, Incisos I e II, temos importantes introduções que a Lei do Depoimento Especial aportou ao cenário pátrio, uma vez que o legislador tornou compulsória a produção antecipada de provas “[...] sempre que se tratar de violência sexual ou, nos demais casos (*bullying*, alienação parental, testemunha) quando se tratar de criança menor de 7 anos de idade [...]” (PÖTTER, 2019a, p. 34).

Destarte, o conceito de provas antecipadas apresenta-se como sendo “[...] aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância [...]” (LIMA, 2020a, p. 659).

Nesse vértice, a prova antecipada guarda amparo legal nos artigos 11, §1º, Incisos I e II, art. 21 (Lei nº 13.431/2017), “[...] artigo 156, inciso I, e por extensão o art. 225, ambos do CPP. No Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos artigos 1º e 3º já enfatizam o dever de aplicação do Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente [...]” para situações que possam ocorrer “[...] algum dano, físico ou psíquico, a essa categoria de pessoas. Outrossim, o artigo 4º do ECA positiva o Princípio da Absoluta Prioridade à Infância e à Adolescência, preceito que se harmoniza integralmente com o artigo 227 da Constituição Federal [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 365). Desta forma:

A relevância da produção antecipada da prova está na palavra da vítima para o esclarecimento da suspeita da ocorrência de crime sexual, que quase em sua totalidade, são cometidos sem testemunhas diretas. A vítima infante/juvenil pode esquecer pelo decurso do tempo ou até mesmo negar o abuso sofrido e seus detalhes, isto tudo tendo em vista sua condição peculiar de ser em desenvolvimento incompleto e a gravidade do crime (PÖTTER, 2019b, p. 365).

Sobre o tema, Daltoé Cezar (2017, p. 187) criticava a ausência do dispositivo antecipatório probante no sistema processual de proteção judicial às crianças e adolescentes,

na medida em que era permitido, expressamente, pelo legislador que crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual fossem “[...] reiteradas vezes expostas a apresentarem seus relatos, em períodos diversos e distantes de suas formações, para diferentes pessoas, muitas das quais sem a capacitação adequada para esse tipo de atividade [...]”.

O problema era de tamanha gravidade que, indiscutivelmente, possuía o condão de desencadear um danoso processo de re-vitimização na vítima, causando graves problemas de ordem psicológica, além de desqualificar a prova produzida, já que não são poucos os casos em que:

[...] questões de memória sobre fatos não vivenciados pelo depoente e que lhe foram sucessivamente sugeridos pelos diversos intervenientes nos processos de proteção e investigação, tornem o relato duvidoso, ensejando, assim, a não responsabilização do abusador (CEZAR, 2017, p. 188).

Nesse passo, com o início da leitura do Parágrafo 2º, do artigo 11, não será admitida nova tomada de depoimento especial, salvo quando, devidamente, justificada a sua indispensabilidade pela autoridade competente (juiz, autoridade policial) e, em qualquer caso, existindo a concordância da vítima ou testemunha da violência, ou de seu representante legal. O referido dispositivo legal, apesar de mencionar no início que não será permitida nova tomada de depoimento especial, acaba permitindo, a título de exceção, a possibilidade da lesiva revitimização/vitimização secundária. Luciane Pötter aprofunda o tema, demonstrando toda a magnitude da lesividade praticada, desta vez, pelo Estado:

A criança que já sofreu uma violação do seu direito experimenta novamente outra violação, nesse momento, dos operadores do direito, que deveriam lidar com a criança de forma mais profissional e consciente quando da apuração do evento delituoso: essa violação advém de uma equivocada abordagem realizada para comprovar o fato criminoso e que poderá ser tão ou mais grave que o próprio abuso sexual sofrido. Essa equivocada abordagem traduz-se, efetivamente, no que os operadores do direito desejam do processo penal, a verdade, a partir de meios probatórios inquisitoriais inerentes à estrutura processual penal; e nessa busca infringem direitos fundamentais das vítimas. Ademais, a frieza e a formalização dos procedimentos legais, a falta de acolhida e ambientação às vítimas infantojuvenis são fatores estressores que potencializam a vitimização secundária (PÖTTER, 2019b, p. 206).

Outrossim, Maria Clara Sottomayor (2014, p. 240) explica que “[...] as causas da vitimização secundária residem na morosidade do sistema, na *desadequação* dos espaços, na multiplicidade de audições, na *impreparação* dos profissionais que lidam com as vítimas e na natureza das medidas de proteção [...]”. Já de muito tempo, o sistema opta “[...] pela

institucionalização da criança, nos casos em que o abuso é *intrafamiliar*. Conduto, a participação da criança no processo judicial não é necessariamente negativa, podendo ter função catártica e estruturante [...]", principalmente, porque "[...] se o processo terminar com a condenação do autor do crime, a recuperação do controle sobre sua vida e a sensação de que se fez justiça [...]" (SOTTOMAYOR, 2014, p. 240).

Não obstante, a Lei ancora no artigo 12 a metodologia pormenorizada da forma de aplicação do Depoimento Especial, ocasião em que o depoimento será colhido através de profissionais capacitados/especializados que esclarecerão, durante o acolhimento inicial, a criança ou o adolescente acerca da tomada do depoimento, informando-lhes seus direitos e os procedimentos que serão adotados e planejando a sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais. No curso da entrevista, é garantido à criança ou ao adolescente a natural narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional capacitado interferir quando necessário, empregando técnicas que possibilitem a elucidação dos fatos. Quando ocorrer no curso do processo judicial, o depoimento será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo. Quando estiver terminando o procedimento de entrevista, o Juiz, após consultar do Ministério Público (titular da ação penal pública), o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a necessidade de perguntas complementares, organizadas em bloco. Ademais, o profissional especializado poderá adaptar as perguntas para melhor atender à linguagem e compreensão da criança ou do adolescente. Ao final, o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo (PÖTTER, 2019b, p. 370).

Contudo, se a vítima ou testemunha da violência desejar, é assegurado o direito de prestar depoimento diretamente ao magistrado (§1º, art. 12). Todas as medidas necessárias visando a preservação da intimidade da vítima/testemunha de violência serão asseguradas pelo magistrado (§2º, art. 12). Além disso, o potencial autor da violência poderá ser afastado da sala de audiência, caso seja verificada pelo profissional especializado que a presença possa prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, constando em termo, sendo autorizado o afastamento do imputado (§3º, art. 12). O depoimento especial tramitará em segredo de justiça, de acordo com o teor do Parágrafo 6º, do artigo 12 da Lei.

No Estado do Rio Grande do Sul, a título de exemplo, a dinâmica do Depoimento Especial é realizada em três etapas, conforme descrição de Pötter:

O acolhimento inicial que dura mais ou menos quinze minutos na sala de acolhimento onde são feitas as apresentações, combinações, informações; após é realizada a entrevista forense propriamente dita durante a audiência em tempo real, e por fim o acolhimento final, momento onde entrevistador e vítima/testemunha

conversam sobre o sentimento da vítima em depor e se verifica ainda a necessidade de atendimento na rede de proteção física e mental (PÖTTER, 2019b, p. 376).

De toda sorte, a aplicação da Lei é facultativa para vítimas e testemunhas de violência que tenham entre dezoito e vinte e um anos de idade, de acordo com o disposto do Parágrafo Único, do artigo 3º da Lei.

Além disso, a Lei apresenta verdadeira hipótese de *delatio criminis* compulsória no artigo 13 da Lei, uma vez que se destina “[...] a qualquer pessoa que tome conhecimento de crimes contra criança ou adolescente [...]” (CASTRO, 2019, p. 235), aportando o dever legal de comunicar o fato criminoso “[...] imediatamente ao serviço de recebimento e monitoramento de denúncias, ao conselho tutelar ou à autoridade policial, os quais, por sua vez, cientificarão imediatamente o Ministério Público [...]” (BRASIL, 2017a, doc. eletrônico).

Todavia, configura crime a conduta de violar o sigilo processual do depoimento especial de criança ou adolescente, permitindo que pessoa estranha ao processo assista, sem autorização judicial e sem o devido consentimento do depoente ou de seu representante legal, consoante previsão do artigo 24 da Lei, *in verbis*:

Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2017a, doc. eletrônico).

Outro ponto notável da legislação diz respeito ao sistema de segurança pública, uma vez que a “Lei 13.413/17 prevê a criação de delegacias especializadas no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência, dotadas de equipe multidisciplinares [...]” (CORDEIRO, 2019, p. 134), segundo o artigo 20 da Lei. Mas, desde já, anote-se que de forma assemelhada “[...] às medidas protetivas da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), a autoridade policial poderá representar ao Juízo, requerendo a aplicação ‘das medidas de proteção pertinentes’, incluindo o afastamento cautelar do investigado do lar comum [...]”, a prisão preventiva e a inserção da vítima e de sua família em programa de proteção a vítimas/testemunhas ameaçadas, a teor do artigo 21 da Lei (CORDEIRO, 2019, p. 135).

Atualmente, as abordagens multidisciplinares têm sido cada vez mais reconhecidas como as melhores práticas para lidar com crianças vitimizadas (FINKELHOR, 2008). Ademais, “[...] é necessário que as pessoas se conscientizem de que o abuso sexual e a exploração sexual de crianças, incluindo a pornografia infantil, constituem violações graves

aos direitos humanos, em especial ao direito das crianças à proteção e aos cuidados [...]” imperativos ao seu bem-estar tanto na família, quanto na sociedade (RAMOS, 2019, p. 63).

No mesmo estreito, “[...] não há dúvidas de que o aparato técnico previsto no sistema de escuta especializada e depoimento especial constitui um avanço inigualável em relação aos sistemas tradicionais. Porém, o que se deve ter em mente, sempre, é a humanização no atendimento [...]”, ou seja, quando crianças e adolescentes são escutadas em Juízo (CORDEIRO, 2019, p. 143).

Daí porque, na essência, Pötter alude que:

O objetivo primordial da aplicação da metodologia da Escuta Protegida é proteger crianças e adolescentes obtendo depoimentos mais qualificados e humanizados adequando os princípios constitucionais de crianças e adolescentes aos princípios do processo judicial, em especial o contraditório e a ampla defesa do acusado com investimento na qualificação dos envolvidos e o uso de protocolos de entrevista cognitiva (PÖTTER, 2019a, p. 43).

Ainda, a própria “[...] condenação criminal e o tratamento humanizado da criança durante o processo criminal não esgotam a política pública de proteção de crianças, pois o depoimento especial é apenas um recorte direcionado ao Poder Judiciário [...]”, uma vez que este “[...] não mais deverá ouvir a criança em sala de audiência tradicional. A política de atendimento integral à criança exige a participação dos órgãos de assistência social e de saúde em harmonia com agências de persecução penal [...]”, em consonância com o artigo 14 da Lei (RAMOS, 2019, p. 54).

A violência sexual é de tamanha gravidade, que é mister:

[...] que se conclua através de um exame acurado dos malefícios que tais condutas causam aos seres humanos, que uma sociedade justa só pode ser construída numa base igualitária. Homens e mulheres gozando do mesmo status social, eis uma situação que traria mudanças radicais para todos, inclusive e principalmente para crianças. Todavia, sabe-se não ser possível construir tal igualdade, sem, simultaneamente, destruir o racismo e as brutais diferenças de classes sociais, socioeconômicas (SAFFIOTI, 1989, p. 90).

De acordo com Pötter (2019b), o depoimento especial utilizado no Brasil já possuía equivalentes no cenário do Direito Comparado, como, por exemplo, o testemunho infantil gravado na Colômbia, EUA, Índia e Chile; o testemunho remoto para evidência da Corte no Canadá; a declaração testemunhal em Câmara de Gesell na Argentina; a entrevista exploratória judicial na Espanha; África do Sul, Alemanha, Noruega, dentre outros.

Na América Latina o marco de implantação do depoimento especial ocorreu na Argentina, através da Câmara de Gesell, apesar de a lei que regulamenta a matéria somente ter sido aprovada no ano de 2003, a referida Câmara “[...] já vinha sendo utilizada na Argentina desde o final dos anos 90 [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 342). Desse modo, ocorre uma entrevista cognitiva para evidência com a criança/adolescente. Essa entrevista ocorre no Ministério Público, que faz parte do Poder Judiciário argentino, local onde fica a Câmara de Gesell. Quem realiza essa entrevista com a criança/adolescente é somente um psicólogo devidamente capacitado. Essa entrevista ocorre uma vez em sede de investigação policial, podendo ser repetida na etapa judicial (SANTOS; GONÇALVES, 2009).

Veleda Dobke (2001, p. 92) explica que a Câmara de Gesell é uma sala que possui “[...] uma das paredes de vidro espelhado – unidirecional – que permite aos operadores do direito, do lado externo, observar a criança e o ‘intérprete’, sem serem percebidos, com a possibilidade de se comunicarem através de intercomunicadores [...]”. Existe “[...] uma câmera de vídeo instalada em frente à mesa para o registro visual da entrevista e microfones para registro do áudio [...]”. Além disso, “[...] há uma estante com jogos e papéis, que podem ou não ser utilizados pelo psicólogo como estratégia durante a entrevista judicial [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 346).

Segundo Rozanski (2003, p. 131), “[...] magistrado que introduziu de forma pioneira na Argentina o uso obrigatório da Câmara Gesell como ferramenta judicial para evitar que crianças e adolescentes sejam maltratados durante a sua passagem pela justiça [...]”, a escuta da criança/adolescente através da Câmara de Gesell ocorre nos termos da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, uma vez que de acordo com “[...] *el artículo 12.2, al señalar que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado, aclara: ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado [...]*”. Destarte, “[...] *la normativa contenida en la Convención sobre los Derechos del Niños tiende inequívocamente a evitar el sufrimiento de los destinatarios de la misma, Y no a generarlo [...]*” (ROZANSKI, 2003, p. 131). Por fim, o autor observa que se ocorrer uma interpretação inadequada, levará, “[...] inexorablemente a la revictimización de los niños abusados e incluso, en muchos casos, a silenciarlos y a arribar a absoluciones muchas veces inconsistentes, de profunda injusticia y que aumentan notablemente el riesgo de las víctimas [...]” (ROZANSKI, 2003, p. 132). A Câmara Gesell encontra-se tipificada no *Código de Procesal Penal de La Nación Argentina* nos artigos 250 *Bis, Ter e Quáter* (ARGENTINA, 1991).

De modo similar, no cenário colombiano, ocorre uma entrevista cognitiva para evidência com a criança/adolescente. A referida entrevista é realizada no centro de atenção integral a vítimas de violência sexual, da *Fiscalia de La Nación* (Ministério Público Fiscal), onde estão localizadas as instalações da Câmara de Gesell. Quem desenvolve a entrevista com a criança/adolescente é um psicólogo. Em razão de contar com um Juizado de instrução, a criança/adolescente vítima/testemunha geralmente presta o depoimento apenas uma vez, o qual é gravado em vídeo e normalmente é aceito a título de prova judicial. Entretanto, podem existir exceções nas quais, caso ocorra julgamento, o Tribunal pode pedir que seja realizado um novo testemunho da criança/adolescente (SANTOS; GONÇALVES, 2009). Todo o procedimento da entrevista forense de crianças e adolescentes vítimas de delitos sexuais no cenário colombiano está elencado no *artículo 206A do Código de Procedimiento Penal* colombiano (COLOMBIA, 2004).

Por sua vez, no cenário espanhol, ocorre uma entrevista cognitiva para evidência com a criança/adolescente. A aludida entrevista é realizada no Juizado de Instrução do Departamento de Justiça, local onde está instalada a Câmara de Gesell. Quem desenvolve a entrevista com a criança/adolescente é um psicólogo devidamente capacitado. Assim como ocorre no cenário colombiano, aqui temos um Juizado de instrução, a criança/adolescente vítima/testemunha normalmente presta seu depoimento apenas uma vez, procedimento que é devidamente gravado em vídeo e normalmente é aceito como prova judicial pré-constituída, podendo ser reproduzida durante o curso do processo a requerimento das partes. Todavia, podem existir exceções em que, ocorrendo julgamento, o Tribunal pode pedir que seja realizado uma nova oitiva da criança/adolescente (SANTOS; GONÇALVES, 2009). O modelo está disciplinado no *Código de Procesal Penal* espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*), nos *artículos 449 ter, 703 bis e 730* (ESPAÑA, 2021a).

Ainda, de acordo com matéria publicada pela *Save the Children* da Espanha, datada de 04/12/2018, uma em cada cinco pessoas na *Catalunya* foi vítima de abuso sexual na infância (SAVE THE CHILDREN, 2018). Nesse quadro, um dos piores problemas do abuso sexual reside nos tabus cercam o abuso. Nesse sentido, no cenário catalão, a criança tem que passar por quatro serviços diferentes que não trabalham de forma coordenada, tendo que explicar a sua história por diversas vezes (polícia, hospitais, serviços de proteção e Judiciário). Essa burocracia acaba sendo prejudicial ao processo judicial, já que apenas três a cada 10 relatos de abusos sexuais reportados no cenário catalão vão a julgamento, em razão da falta de provas.

Pensando não apenas nessa questão processual, mas, principalmente, na vitimização secundária e na melhora do tratamento despendido à criança e à sua família em sede de abuso sexual, vem sendo estudada a implantação da “Casa de los Niños” na Catalunha, baseado no modelo *Barnahus* (islandês) que vem sendo um sucesso na Islândia, já que com o referido modelo triplicou os casos em que o acusado sexual foi levado a Juízo. No cenário espanhol, a Comunidade Valenciana firmou acordo em 12/06/2019 para implantação do modelo *Barnahus* (SAVE THE CHILDREN, 2020).

La Casa de los Niños (Barnahus en islandés) es un modelo de atención integral donde todos los departamentos que intervienen en un caso de abuso sexual infantil se coordinan y trabajan bajo el mismo techo. Se trata de una casa, lejos de comisarías y hospitales, que cuenta con un entorno amigable para los niños: decoración adaptada a su edad y profesionales especializados en victimología infantil (SAVE THE CHILDREN, 2018, doc. eletrônico).

Na África do Sul, ocorre uma entrevista cognitiva para evidência com a criança/adolescente. A polícia possui sala de entrevistas denominadas *interview room*, local destinado à coleta de evidências orais na fase investigativa. As outras salas estão localizadas nas Cortes de Justiça e são denominadas *court room/live link-cctv* (videoconferência em circuito fechado de televisão), para quando o caso for a julgamento e a criança/adolescente prestar novamente o depoimento. Quem realiza essa entrevista com a criança/adolescente na fase investigativa é um policial, em conjunto com um assistente social, ambos devidamente capacitados para a realização do ato. Já em sede judicial, ocorre o depoimento (via *live link-cctv*) realizado diretamente pelo Juiz, Promotor, defensor do imputado, podendo haver um intermediário devidamente capacitado para entrevistar crianças e adolescentes. Essa entrevista ocorre uma única vez em sede de investigação policial, para a coleta de evidências. Já na fase judicial, pode ocorrer em Primeira e Segunda Instâncias, caso a entrevista gravada em vídeo não seja admitida como prova válida (SANTOS; GONÇALVES, 2009).

Por fim, vale destacar o modelo norueguês de oitiva das crianças/adolescentes vítimas de crimes sexuais, já que são os próprios “[...] policiais especialmente treinados para fins de investigação que conduzem a entrevista da criança, que é realizada em uma sala equipada com espelhos unidirecionais [...]”. Deste modo, “[...] o Juiz, o Promotor e o Advogado de defesa assistem e escutam a entrevista atrás do espelho. Eles podem fazer perguntas ao entrevistador durante o procedimento, que funciona como uma inquirição direta da criança [...]” (PÖTTER, 2019b, p. 343).

Atualmente, o Depoimento Especial está implantando em todas as 165 Comarcas gaúchas, à medida que todas possuem uma sala especializada para a realização do Depoimento Especial, sendo que três destas salas estão localizadas na Capital (Porto Alegre), totalizando 168 espaços especializados para oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (SOUZA, 2021).

Igualmente, em levantamento realizado pela 7ª Câmara Criminal do TJRS, sob a coordenação do Des. José Antonio Daltoé Cezar, foram verificados todos os 125 processos que tramitaram naquele Juízo no primeiro semestre do ano de 2015. Desses processos, “76% tratavam de abusos sexuais e 6% de exploração sexual; outros 18% não foram identificados no levantamento. Quanto ao gênero, 86% das vítimas são mulheres, cabendo aos homens quase a totalidade das agressões, 94%” (BRASIL, 2015B). Outro ponto notável da pesquisa residiu no percentual dos casos em que os genitores foram acusados, atingindo 110%, chegando a 27% quando somados os envolvimento dos padrados, já que em 34% dos casos os agressores residiam com as vítimas. No tocante à faixa etária das vítimas, a grande maioria dos crimes foi praticado em face de menores de 14 anos, já que estas representaram 128 das 148 vítimas do levantamento (79 eram crianças menores de 10 anos de idade) (BRASIL, 2015b).

A pesquisa ainda relacionou o percentual de Sentenças que chegaram ao crivo da 7ª Câmara Criminal através do depoimento tradicional (66%), bem como através do Depoimento Sem Dano (30%). Em 4% dos casos a vítima não havia sido ouvida (BRASIL, 2015b).

A notável eficácia do Depoimento Sem Dano (Depoimento Especial) pode ser percebida quando analisamos os dados coletados, pois quando o método utilizado foi o do Depoimento Especial, os Acórdãos Condenatórios representaram 87% dos casos (80% confirmaram a condenação), ao passo que os Absolutórios representaram 13% dos casos (11% confirmaram a absolvição). O índice de Reformas para Absolver o réu ficou em 2%, ao passo que para condenar ficou em 7% (BRASIL, 2015b).

Esses números são diferentes de quando utilizado o método tradicional, uma vez que os Acórdãos Condenatórios representaram 75% dos casos (70% confirmaram a condenação), enquanto os Absolutórios representaram 25% dos casos (20% confirmaram a absolvição). O índice de Reformas ficou em 5% tanto para condenar, quanto para absolver o réu (BRASIL, 2015b).

Factualmente, a diferença de Acórdãos Condenatórios (Confirmando ou Reformando a Sentença) quando utilizado o Depoimento Sem Dano alcançou a marca de 12 pontos

percentuais, demonstrando a eficácia do método em detrimento do lesivo modelo tradicional de oitiva da vítima. A referida pesquisa foi publicada no site eletrônico do TJRS, na data de 10/07/2015 (BRASIL, 2015b).

Outrossim, considerando a totalidade de processos que foram julgados pela 7ª Câmara Criminal do TJRS no ano de 2015 relacionados à violência sexual contra crianças e adolescentes, Daltoé Cezar (2017, p. 190) adverte que uma das teses defensivas mais utilizadas foi “[...] a síndrome da alienação parental – SAP (confissões são quase que inexistentes), com a postulação de que as investigações se dirigissem não somente para os fatos investigados, mas também às figuras da genitora e da própria vítima [...]”.

No entanto, o alto índice de responsabilização atingido na pesquisa supramencionada atesta, *de per se*, que a “[...] alienação parental poderá ocorrer, como um fenômeno normal que perpassa às relações humanas, e que poderá ser plenamente identificada através de serviços especializados [...]”, não sendo a regra, mas, sim, a exceção nos crimes de abusos sexuais perpetrados contra crianças e adolescentes no cenário intrafamiliar (CEZAR, 2017, p. 190).

Não obstante, apenas a título informativo, recentemente, tivemos o Decreto de nº 10.701, de 17/05/2021 (BRASIL, 2021b), o qual teve como escopo instituir o Programa Nacional de Enfrentamento da Violência contra Crianças e Adolescentes, potencializando a aplicação da Lei 13.431/2017 (BRASIL, 2017a).

Ao final, no dizer de Daltoé Cezar:

No caso do abuso sexual praticado contra crianças, sendo o trabalho interdisciplinar bem executado, quando do depoimento judicial da vítima, obtém-se não só uma qualificação da ação judicial, o que por si só já é uma boa constatação mas, principalmente, que esse momento se constitua em fator de reconstrução da criança traumatizada, transmitindo-lhe uma mensagem positiva, de que ela é importante e está sendo valorizada (CEZAR, 2017, p. 191).

Diante do que foi pesquisado, restou claro que o Depoimento Especial, anteriormente denominado de Depoimento Sem Dano, alterou, significativamente, o modo de abordagem junto às crianças e adolescentes vítimas/testemunhas de violência, sobretudo, a sexual. Nesse sentido, o Depoimento Especial propicia uma oitiva respeitosa à condição intrínseca de pessoa em desenvolvimento, bem como evita que ocorra a vitimização secundária/revitimização quando colhida de forma correta em sede antecipatória probante.

Outro benefício que não pode deixar de ser observado reside nas evidências constatadas através do levantamento da pesquisa apresentada pela Sétima Câmara Criminal do

TJRS no primeiro semestre do ano de 2015, na medida em que o método mais respeitoso e que evita a revitimização através do Depoimento Especial foi, inexoravelmente, mais eficaz na busca da persecução penal do que quando utilizado o método tradicional revitimizante. Com efeito, através do Depoimento Especial a diferença de Acórdãos Condenatórios (Confirmando ou Reformando a Sentença) atingiu o patamar de 12 pontos percentuais em comparação com o método tradicional de oitiva da vítima/testemunha de violência sexual.

O crime de abuso sexual, quando cometido no ambiente intrafamiliar, é de uma potencialidade lesiva imensurável, uma vez que os abusadores utilizam, covardemente, mecanismos para que a conduta abjeta não seja descoberta, ao mesmo tempo em que inibem qualquer tipo de reação da vítima, um dos fatores responsáveis pela síndrome do segredo, ponto notável nesse tipo de criminalidade clandestina.

Destarte, dúvidas não restam de que o modelo pioneiro do Depoimento Sem Dano resultou em um modelo de Depoimento Especial que, de modo fulgente, transformou-se em uma das ferramentas mais eficazes à persecução penal e, ao mesmo tempo, respeitosa às vítimas no enfrentamento da violência cometida contra crianças/adolescentes, sobretudo a sexual intrafamiliar.

Portanto, o modelo de Depoimento Especial caminha em perfeita sintonia com a doutrina da proteção integral, na medida em que observa a prioridade absoluta do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), além de pugnar o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, inerente às crianças e aos adolescentes, observando o direito de participarem e serem ouvidos pela autoridade judiciária competente, bem como por equipe interprofissional, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 28 e 100, XI), todos em conformidade com a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, sobretudo, com o artigo 12, dispositivo que, igualmente, assegura a crianças/adolescentes o direito de serem ouvidos em qualquer processo judicial/administrativo que possa afetar seus interesses.

Entretanto, a existência da alienação parental ainda é uma prática desprezível e egoística, precisamente, porque o alienador usa e abusa da pior forma possível daquela pessoa que deveria tutelar a qualquer custo, sem, ao menos, sopesar a sua potencialidade lesiva.

Não obstante, após essa passagem no cenário legislativo pátrio, com algumas abordagens do Direito Comparado, seguimos em busca de soluções para o problema, considerando, sobretudo, a hediondez da criminalidade sexual intrafamiliar, tornando-se imprescindível encontrar opções para evitar/frear essa lesão aos direitos humanos das vítimas.

7 DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE

Quando o delito sexual ocorre no ambiente intrafamiliar, exsurge uma das mais graves e deficitárias problemáticas para a Criminologia e para o Direito Penal, pois essas “[...] *conductas delictivas transforman las relaciones de todos los integrantes de la estructura familiar en forma permanente y crea en la mayoría de los casos nuevos comportamientos antisociales, además de provocar profundas alteraciones psíquicas y sociales* [...]” (MARCHIORI, 2009, p. 45), a exemplo da conduta incestuosa.

Ademais, para Daltoé Cezar (2017, p. 186), o abusador sexual intrafamiliar “[...] não possui um perfil definido: são geralmente pessoas que aparentam possuir uma vida regular, trabalham, são bem vistas no meio social, integram o círculo de proteção que envolve a criança e raramente admitem a prática da ação delituosa [...]”.

Nessa estrada, Freud (2016, p. 39) observa a existência dos episódios de “[...] abuso sexual de crianças entre professores e cuidadores com inquietante frequência, mas apenas porque eles têm mais oportunidades para isso [...]”. Tal premissa corrobora com o fato de que o abuso sexual intrafamiliar reside em um delito perpetrado, normalmente, na clandestinidade, ante a facilidade e as infinitas oportunidades que o abusador possui para não ser punido (DOBKE, 2001).

A título de exemplo, é possível elencar, em breve síntese, alguns casos que vieram ao conhecimento da grande mídia, explicitando, assim, toda a perversidade e as consequências da violência sexual intrafamiliar.

Deste modo, qual o ser humano que não se choca ao saber do caso do austríaco Josef Fritz, condenado à pena de prisão perpétua, em estabelecimento psiquiátrico, no ano de 2009, por ter mantido a sua filha presa no porão de casa ao longo de 24 anos, exclusivamente, para fins de exploração sexual, tendo com ela sete filhos (BBC NEWS BRASIL, 2009). Fritz ficou, mundialmente, conhecido como “o monstro de Amstetten”, município localizado na Áustria (WIKIPÉDIA, 2021).

Dentre os casos pesquisados, vale destacar, mormente, pelo cenário global contemporâneo, um caso ocorrido no ano de 2016, quando uma menina afegã, de apenas seis anos de idade, foi trocada pelos pais por uma cabra com um homem de cerca de 40 anos de idade, explicitando o problema referente ao casamento infantil que ocorre no Afeganistão. O episódio apenas chegou ao conhecimento das autoridades, porque os vizinhos viram o homem adulto com a criança e alertaram a polícia afegã (BBC NEWS BRASIL, 2016a). Atualmente,

a situação daquele país é muito preocupante, precisamente, porque o regime Talibã reassumiu o controle do país, após vinte anos de controle norte-americano, sendo notório que o referido regime reprime, radicalmente, os direitos das mulheres, tratando-as como seres inferiores (BBC NEWS BRASIL, 2016b).

Ainda, no ano de 2017 a BBC noticiou o triste caso envolvendo uma criança indiana de apenas dez anos de idade que, além de ter sido estuprada por um familiar, teve rejeitado pelas autoridades indianas o pedido para realizar o aborto. Segundo a reportagem, a criança “não tem ideia do que aconteceu” (BBC NEWS BRASIL, 2017).

No Brasil, a título de comparação, recentemente, tivemos o lamentável caso que versou sobre uma menina de apenas dez anos de idade que foi estuprada pelo tio e acabou engravidando. Diferentemente do desfecho do caso indiano, aqui, a vítima conseguiu realizar o aborto. Entretanto, tivemos notória sucessão de dificuldades e interferências ideológicas por parte de setores que deveriam apoiar a vítima, uma criança de apenas dez anos de idade que, somente, conseguiu realizar o procedimento abortivo após autorização do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. O referido caso ocorreu no Estado do Espírito Santo (MAGENTA; ALEGRETTI, 2020), enquanto o procedimento em outro Estado, na cidade de Recife, Estado de Pernambuco (JIMÉNEZ, 2020).

Vale ressaltar que o Código Penal pátrio, no artigo 128, II, excepciona a realização do aborto realizado pelo médico, não sendo punido quando a gestante for vítima de estupro (BRASIL, 1940). Para tanto, o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, como no caso supracitado, mediante o consentimento de seu representante legal.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 123.306/RJ, em julgado da Primeira Turma ocorrido no ano de 2016, firmou o entendimento de que o aborto com o consentimento da gestante não constitui crime, desde que ocorra no primeiro trimestre da gestação (BRASIL, 2016a). Na decisão, o STF entendeu que é preciso conferir uma interpretação conforme a Constituição, respeitando, assim, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher à luz do princípio da proporcionalidade.

Por fim, não pode passar batido o caso da adolescente de treze anos de idade que, estuprada pelo pai aos doze anos de idade, tornou-se mãe/irmã e veio a óbito meses depois, em decorrência de complicações causadas pela gestação de alto risco. O caso ocorreu no Estado do Amazonas, no ano de 2019 e o criminoso foi preso preventivamente, sendo constatado através do exame de DNA que, realmente, fora o autor do crime de estupro de vulnerável cometido em face da própria filha (LEMOS, 2020).

Neste ponto, faz-se necessária uma checagem de como garantir a segurança de crianças e adolescentes diante de uma criminalidade tão perversa, silenciosa e clandestina, que opera em zona nebulosa, longe dos olhares das autoridades.

Desta forma, à luz da doutrina de Alessandro Baratta (2004, p. 46), o efeito catártico da pena e o processo de identificação da sociedade com o delinquente são dois aspectos da teoria psicológica do Direito Penal, segundo a qual a pena apresenta duas concepções fundamentais, “[...] *la concepción retributiva y la preventiva, no son sino racionalizaciones de fenómenos que hunden sus raíces en el inconsciente de la psiquis humana [...]*”. Assim, a “[...] *teoría retributiva encuentra su correspondencia em los autocastigos inconscientes que hallamos entre los neuróticos [...]*”, enquanto as “[...] *teorías de la prevención acentúan la función de la pena ante la sociedad (prevención general) y ante el autor de un delito (prevención especial) [...]*” (BARATTA, 2004, p. 46).

Destarte, de acordo com Santiago Mir Puig (PUIG, 1982, p. 27), se o Direito Penal liberal permitiu “[...] *atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención [...]*”. O autor espanhol completa o pensamento explicitando que:

Es sabido que la Escuela positiva, que surgió en la última tercera parte del pasado siglo, partió de la crítica a la ineficacia del Derecho penal clásico (esto es liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito. Pero también la dirección ecléctica que mantuvo en pie la necesidad de la pena, siquiera añadiendo a ella un sistema de medidas, atribuyó al Derecho penal y en particular a la pena la función de prevención de delitos (PUIG, 1982, p. 28).

Por sua vez, Baratta vai além, pois alude que as teorias preventivas da pena:

Transfieren la función de la pena a un resultado futuro, que consiste en influir en la colectividad o en el autor del delito. Como tales, son estrictamente complementarias y hunden sus raíces psicológicas en la naturaleza bifronte que la pena posee, en su indisoluble función doble dirigida a la vez hacia el delincuente y hacia la sociedad. Ambas funciones pueden comprenderse sólo mediante una fundamentación psicológica del fin de la pena, que parta de la indagación psicoanalítica que Freud ha hecho del sentimiento de culpa, precedente al delito, y que, como se ha dicho, es visto no como una consecuencia de la acción delictiva sino como su más profunda motivación (BARATTA, 2004, p. 47).

Outrossim, Cesare Beccaria (2017, p. 88), desde muito tempo, já doutrinava que “[...] *è meglio prevenire i delitti che punirgli [...]*”. No magistral pensamento, o doutrinador

italiano estava referindo-se ao fato de que o legislador deve procurar evitar que ocorra o mal e, não apenas, repará-lo, pois, assim, proporcionaria um maior bem-estar social, resguardando a sociedade das consequências danosas da criminalidade. Entretanto, conforme o próprio Beccaria observa, os meios utilizados até hoje são insuficientes e contrários à finalidade proposta.

Seguindo essa direção, de acordo com a lição de Hassemer e Conde, “[...] *la lucha contra el delito es la meta más urgente para un Derecho penal entendido preventivamente, es decir, “moderno” como instrumento social funcional para la solución del problema [...]*” (HASSEMER; CONDE, 1989, p. 38).

Nesse espectro, de acordo com o dizer de Santiago Mir Puig:

Un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general positiva) (PUIG, 1982, p. 31).

Contudo, reportamos à lição de Enrico Ferri (2004, p. 334), no sentido de que é necessário que ocorra uma mudança na maneira como a sociedade atua preventivamente no objetivo de evitar o delito. Ou seja, é necessário que a sociedade “[...] *sufra un cambio completo en su orientación; que cese de ser una reacción tardía y violenta contra los efectos para diagnosticar y alejar sus causas naturales; que ponga en primera línea la defensa de la sociedad contra la criminalidad natural y legal [...]*” (FERRI, 2004, p. 334).

Ademais, Azambuja (2017, p. 214) observa o fato de que “[...] na nossa cultura, a atenção à violência sexual costuma aparecer quando o fato já ocorreu, e seus danos se fazem presentes. Nessa circunstância, os esforços, embora possam ser grandes, são sempre paliativos, pois tratam os sintomas sem atacar as suas causas [...]

Dessa forma, a Azambuja explica que:

O tempo que os réus costumam permanecer privados de liberdade, aliado a situações de violência a que estão expostos no sistema carcerário, sugerem os elevados custos que recaem sobre o poder público. Este fato deveria motivar ações de cunho preventivo, certamente menos onerosas e danosas ao erário público, bem como à família e à sociedade, diretamente atingidas com as consequências de crimes desta envergadura (AZAMBUJA, 2017, p. 215).

Sob esta ótica, considerando o aspecto preventivo da pena para o delincente sexual, sobretudo, o intrafamiliar quando reincidente ou quando comprovado que o seu estado psíquico seja totalmente voltado para a prática dessas condutas criminosas, afeiçoa-se necessário que ocorra uma antecipação Estatal em relação às próximas condutas delitivas, que, apesar de futuras, têm grandes probabilidades de ocorrerem.

Sobre o tema, o espanhol Jesús-María Silva Sánchez refere que na década de 1990, alguns Estados Norte-Americanos, a exemplo do Estado de Whashington, implantaram um novo modelo de consequências jurídicas para os delincentes sexuais violentos. O referido modelo funciona da seguinte forma: se “[...] *el delincuente es estimado peligroso, tras el cumplimiento de la pena se le impone una medida de seguridad acumulativa de inocuización*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 181). Ou seja, “[...] *no se trata, pues, de la imposición de una “medida de seguridad” en lugar de la pena, sino de su imposición después de la pena [...]*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 181).

Entretanto, Silva Sánchez (2001, p. 181) critica o modelo supracitado, já que não é necessário que se constate a presença da habitualidade ou reincidência, na medida em que “[...] *únicos requisitos son que se trate del autor de un delito sexual violento; que haya afectado, al menos, a dos víctimas; y que exista un pronóstico de reincidencia futura [...]*”.

Já Muñoz Conde (1981, p. 38) pondera que de acordo com o “[...] *principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable vaya a cometer en el futuro [...]*”. Mesmo assim, Conde apresenta a situação em que:

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal”. Por ejemplo, “en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado plenamente incapaz de culpabilidad. [...] Las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de reeducación (si ello fuera posible) del delincuente, pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial para este tipo de delincuentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena: p. ej., varios años (CONDE, 1981, p. 38).

De acordo com Claus Roxin (1981, p. 55), as diferenças existentes entre penas e medidas de segurança “[...] *se refieren a la intensidad de la acción terapéutica, a la distinta acentuación de los aspectos preventivos generales y especiales y a la diversa ponderación de los intereses en juego (intervención y libertad) [...]*” no tocante à duração da sanção, sendo todas essas diferenças elencadas a título de política criminal.

Ainda, acerca do potencial internamento preventivo, Roxin entende que:

El internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización (ROXIN, 1997, p. 104).

Ademais, a própria medida de *libertad vigilada* presente no artigo 192.1 do Código Penal espanhol é semelhante ao modelo norte-americano, pois busca sopesar a *peligrosidad* do delincente, considerando, especialmente, o risco de reiteração no cometimento de futuros delitos da mesma natureza (MORGADO, 2015). Não obstante, de acordo com o Código Penal espanhol, a *libertad vigilada*, além dos crimes sexuais, também é aplicada aos crimes de homicídio (e *asesinato*), lesão corporal, tortura e terrorismo (ESPAÑA, 1995).

Nesse mote, Lucía Martínez Garay (2015b, p. 254) alude ao fato de que alguns autores entendem que a introdução da liberdade vigiada, supostamente, remeteria ao necessário retorno “[...] *a un sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito, que permitirá reaccionar adecuadamente a la peligrosidad que muestran algunos sujetos imputables más allá de lo que permite el principio de culpabilidad* [...]”, tendo, ainda, a vantagem de que “[...] *al ser una medida no privativa de libertad permitirá hacerlo sin los costes que para los derechos fundamentales del apenado comportan otras posibilidades como la custodia de seguridad* [...]” (GARAY, 2015b, p. 254).

Deste modo, Hassemer e Conde defendem que:

La pena se basa en la culpabilidad y se limita por ella; la medida, limitada por la idea de proporcionalidad, se basa en la peligrosidad. La pena mira al pasado y es, ante todo, represión y retribución de la culpabilidad; la medida mira al futuro y persigue la prevención, la evitación de peligros (HASSEMER; CONDE, 1989, p. 149).

Já Garay (2015a, p. 13) acena que “[...] *la peligrosidad es, sin embargo, un concepto que tradicionalmente la doctrina penal se había acercado con mucha cautela* [...]”, justamente, porque não existe uma certeza absoluta, embora provável, de que o sujeito cometerá novos delitos.

Na mesma corrente, Zaffaroni adverte ao fato de que:

Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro –ni siquiera nosotros mismos–, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el grado de peligrosidad del enemigo –y, por ende, de la necesidad de

contención- dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder (ZAFFARONI, 2006, p. 18).

O saudoso Gracia Martín (2008, p. 997) criticava o juízo de prognose baseado na periculosidade do delinquente imputável, pois a custódia de segurança, na verdade, se trataria de “[...] *un menoscabo prolongado e indefinido del derecho fundamental a la libertad real, efectivo y actual, además de irreparable, es demostrativo por sí solo de la considerable mayor gravedad del mal causado con respecto al que se trata de evitar [...]*”.

Todavía, Jakobs (2004, p. 45) alude que o ordenamento jurídico deve ser revestido cognitivamente. Porém, quando restar evidente “[...] *a falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, hoy en día no existe ninguna otra alternativa visible [...]*”. Em síntese, “[...] *la seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos puede sobrevenir al mismo tiempo de un modo incidental, por así decirlo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal [...]*” (JAKOBS, 2004, p. 45).

Por outras palavras, já não se trata de manter a ordem das pessoas após meros conflitos internos, mas, sim, do reestabelecimento de condições aceitáveis para o convívio social, por intermédio da neutralização de sujeitos comprovadamente perigosos, ou seja, aqueles sujeitos que não oferecem a mínima segurança ou a garantia cognitiva desta segurança e não estão aptos a ser reinseridos na sociedade (JAKOBS, 2004).

Ainda, segundo Jakobs (2004), o legislador alemão nos últimos 40 anos denominou abertamente alguns de seus produtos no sentido de serem leis de combate, um combate que tem por objetivo o enfrentamento à delinquência e não ao delinquente. Todavía, quando resta “[...] *evidente que el delincuente ya no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa [...]*” (JAKOBS, 2004, p. 46).

Com efeito, o criminoso é visto como “[...] *una fuente potencial de delincuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado) [...]*”, ou organizações terroristas (JAKOBS, 2004, p. 68).

Outrossim, Rogério Gesta Leal (2020) esclarece que o conceito de inimigo da teoria de Jakobs supramencionada não é algo totalmente genérico, algo que possa ser definido pela

subjetividade do decisor político ou jurídico, a qualquer tempo ou espaço, sob qualquer fundamentação, não alcançando a todos, de forma alguma. Mas, ao contrário,

[...] ele tem de estar muito bem delimitado pelos termos da lei legítima que o cria, ou seja, inexistente conceito ontológico de inimigo para o Direito Penal, marcado por preconceitos discriminatórios, sejam de que natureza forem, mas está condicionado sempre aos contextos normativos que o instituem e, portanto, deve ser integrado com o sistema jurídico existente que assegura direitos e garantias a todos os cidadãos (notadamente de defesa) (LEAL, 2020, p. 187).

Nessa encosta,

[...] o criminoso de que fala Jakobs esta sempre em toda a parte como possibilidade, e basta termos instrumentos adequados para frear e responsabilizar seus atos para que a segurança pública seja reestabelecida, ao menos em termos de maiores possibilidades [...]” (LEAL, 2020, p. 186).

Ademais, não podemos idealizar que, por um simples passe de mágica, o criminoso (inimigo) vá desaparecer (LEAL, 2020). Gesta Leal vai além, pois entende que:

Conceber certos tipos de delinquentes como ameaça constante – nos termos e condições referidas – abre a hipótese de usarmos o Direito em sentido performativo, ou seja, podemos criar através dele cenários mais seguros e, assim, melhor governáveis no sentido de cumprirem-se as promessas constitucionais voltadas à dignidade da pessoa humana e sua segurança (LEAL, 2020, p. 186).

Ademais, Roxin (2000, p. 28) sintetiza que, “[...] *las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales [...]*”. Fato que, *de per se*, resultaria, facilmente, no retorno da “[...] *prevención general, cuyo éxito bien es verdad que tampoco es demostrable en sentido estricto, pero al menos, en términos de una teoría de lo cotidiano, es plausible desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente de la sociedad [...]*” (ROXIN, 2000, p. 28).

Atualmente, de acordo com Lucía M. Garay (2015a, p. 87) “[...] *la sociedad reclama cada vez más que el Derecho penal actúe como medio eficaz de prevención de peligros, especialmente a través de medidas de seguridad [...]*”.

Não obstante, ao citar o cenário alemão, Garay (2015a, p. 87) alude que, apesar dos excessos que incorreram nos últimos anos a despeito da custódia de segurança, os doutrinadores da Alemanha continuam considerando, majoritariamente, “[...] *necesarias las medidas de seguridad adicionales a la pena para delincuentes imputables peligrosos,*

precisamente para poder mantener, se dise, un Derecho penal en el que sí rija de forma estricta el principio de culpabilidad [...]”. Ou seja, os alemães pugnam por medidas de segurança adicionais à pena, lastradas no princípio da culpabilidade, assim como ocorre no cenário espanhol, a exemplo da medida de *libertad vigilada* aplicada aos delinquentes sexuais, mas que não deixa de receber críticas por parte da doutrina.

Ainda assim, a autora observa que, de modo geral:

Son frecuentes las alusiones a que el Derecho penal de la culpabilidad es insuficiente, demasiado estrecho, para dar respuesta a las ineludibles necesidades de prevención a las que hay que hacer frente hoy en día para proporcionar una protección eficaz a la sociedad, y para ello es necesario disponer de unas medidas de seguridad que, sin estar sujetas a dichas limitaciones, den una respuesta adecuada a esa demanda (GARAY, 2015a, p. 87).

A título informativo, Garay (2015b) cita um estudo realizado na Alemanha, no ano de 2006, cujo objetivo foi aferir a taxa de reincidência dos sujeitos submetidos ao modelo alemão de *libertad vigilada*, denominado *Führungsaufsicht*. No referido estudo, a taxa de reincidência dos sujeitos perigosos submetidos ao *Führungsaufsicht* decorrente da lei (§ 68 f StGB) ficou em 70%, enquanto os que não estavam submetidos restou em 64%. Entretanto, quando o *Führungsaufsicht* decorreu de decisão judicial (§ 68 StGB), o índice de reincidência atingiu incríveis 84%, ao passo que a reincidência dos sujeitos que cumpriram medida de segurança de internamento em estabelecimentos psiquiátricos resultou em apenas 12%, sendo, *a priori*, a mais eficaz medida para evitar a reincidência delitiva, já que procura tratar o delinquente.

Para a autora, “[...] *la elevada tasa de reincidencia en los sometidos a Führungsaufsicht podría deberse a que el conjunto de sujetos a los que se aplica esta medida se caracteriza precisamente por tener un pronóstico de peligrosidad por lo general elevado [...]”*. Deste modo, “[...] *la alta reincidencia no haría sino constatar que los jueces acertaron en sus pronósticos y que este grupo de personas necesitan el control al que se les somete con la vigilancia de conducta [...]”* (GARAY, 2015b, p. 311).

Por sua vez, Alberto Alonso Rimo (2015, p. 555) alude sobre a publicidade dos delinquentes sexuais com o objetivo de evitar a reincidência delitiva, como ocorre nos Estados Unidos da América, onde “[...] *los antecedentes penales son públicos en relación con la generalidad de los delitos, de manera que cualquier ciudadano puede acceder a dicha información por diversas vías [...]”*.

De acordo com Rimo (2015), a exibição pública dos antecedentes dos criminosos sexuais pode transparecer uma melhora na segurança pública, onde os cidadãos se protegeriam de maneira mais eficaz diante de certos delitos, já que teriam informações sobre os delinquentes (etiquetados) que residem no seu entorno, adotando, assim, medidas auto preventivas, ao mesmo tempo em que ajudariam a polícia no controle desses delinquentes perigosos. Ainda, como os infratores saberiam que estão sendo vigiados pela comunidade, tal fato seria um fator inibidor ao delito. Além disso, os potenciais delinquentes se veriam dissuadidos a delinquir (prevenção geral negativa). Logo, ocorreria uma sensação geral de segurança e bem estar social na comunidade. Por último, seria uma forma de satisfazer aos interesses das vítimas que, *a priori*, se sentiriam mais protegidas sabendo onde estão os criminosos (RIMO, 2015).

Entretanto, o autor espanhol critica o modelo, já que “[...] *la publicidad de los antecedentes penales no es una buena estrategia para combatir el delito [...]*”, posto que teria um elevado custo garantista, lesaria a honra e a intimidade do delinquente, dificultando, terrivelmente, as “[...] *posibilidades de reinserción del ofensor [...]*” (RIMO, 2015, p. 580). Ao final, o autor conclui que:

El sacrificio garantista – ya de suyo rechazable en abstracto – resulta aquí, por tanto, inútil en términos de prevención, e incluso, según se há visto, contraproducente, y sólo queda asociarlo entonces a argumentos estrictamente punitivista e incluso con regusto vindicativo. Da igual lo grave que sea el problema de la violencia de género o de la delincuencia sexual, o, desde un prisma más general, caules constituyan las tendencias que parecen guiar la política criminal contemporánea. Tales excesos no se los puede permitir um Estado de Derecho (RIMO, 2015, p. 581).

Sobre a temática do uso de meios telemáticos para a execução da pena como elemento de controle aos delinquentes perigosos, Miguel Ángel Martínez Martínez (2015, p. 611) explica que “[...] *los medios telemáticos pueden servir en determinadas circunstancias para prevenir la reincidencia en las conductas más graves contra la libertad sexual o para agresores sexuales violentos [...]*”.

De fato, “[...] *desde hace más de dos décadas el Derecho penal experimenta una fuerza expansiva manifestada en la constante ampliación de las conductas delictivas tipificadas y en la duración de las pena [...]*”. Essa expansão foi marcada no cenário espanhol através da introdução da *libertad vigilada* no ano de 2010, inicialmente, aplicada aos delinquentes sexuais e terroristas, causaram uma alteração no panorama do enfrentamento à

criminalidade sexual, já que ocorre o “[...] *cumplimiento después de la pena si en el delincuente continúa apreciándose peligrosidad [...]*” (2015, p. 585).

Não obstante, em “[...] *los delitos sexuales provocan una gran alarma y los delinquentes sexuales suscitan un desprecio social general. Esto organiza la buena acogida popular de cualquier medida represiva a estos supuestos [...]*” (MARTÍNEZ, 2015, p. 606). Paralelamente, com as “[...] *nuevas tecnologías en el campo de la telemática ofrecen posibilidades para ser utilizadas en el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad [...]*” (MARTÍNEZ, 2015, p. 585).

Destarte, considerando que “[...] *el delito es una conducta humana que existe en toda sociedad. No se combate únicamente con medidas penales. El derecho penal no es la única ni la más eficaz forma de prevenir la delincuencia [...]*”. Com efeito, “[...] *si para tranquilizar a la opinión pública se ofrece constantemente el aumento de la respuesta penal, que no nos extrañe que, cuando se produzca el delito, culpabilice al sistema penal por no haberlo evitado e impregue a la Justicia [...]*” (MARTÍNEZ, 2015, p. 607).

Portanto, o uso dos meios telemáticos aos delinquentes sexuais “[...] *no son un castigo o carga que se impone al vigilado sino un instrumento para comprobar que cumple una regla que ha de ser útil para prevenir la comisión de nuevos delitos [...]*” (MARTÍNEZ, 2015, p. 611).

No mesmo vértice e, igualmente, de amplo aporte, Tália Gonzáles Collantes (2015, p. 505) refere que nos últimos anos vêm ocorrendo uma mudança de paradigma no Direito Penal, notadamente voltado à segurança, pois existe um clamor “[...] *social cada vez mayor que producen, directa o inducida e interesadamente, delitos como los sexuales, que tienen como principales víctimas a mujeres, niñas, niños y cuyos autores pueden representar un peligro para toda la sociedad [...]*”, na medida em que “[...] *en estos casos existen dificultades de resocialización y, por tanto, una alta probabilidad de reiteración de hechos delictivos [...]*” (COLLANTES, 2015, p. 505).

De toda sorte, Collantes explica que, de modo pioneiro, na cidade de Barcelona, Espanha, desde o ano de 1996, vem ocorrendo o primeiro programa estruturado, intensivo e integral para o tratamento de delinquentes sexuais desenvolvido pelo Estado espanhol, denominado “*Control de la Agresión Sexual*” (COLLANTES, 2015). O referido programa vem sendo aplicado nos centros penitenciários da província de Barcelona (e hoje em toda a Espanha), se estruturando sobre o modelo de “*Prevención de la Recaída*” y está dirigido a agressores sexuais que “*muestran una tendencia a repetir el asalto o que ya son reincidentes,*

constando de dos fases bien diferenciadas: una primera fase de toma de consciencia y una segunda de toma de control” (COLLANTES, 2015, p. 533-534).

A etapa de tomada de consciência pretende facilitar que o agressor assimile os conteúdos explicativos da conduta violenta, de forma que se propicie a diminuição do nível de resistência que possa apresentar o sujeito no reconhecimento do próprio comportamento delitivo. Já a tomada de controle, por sua vez, trabalha especificamente na prevenção da reincidência (COLLANTES, 2015, p. 535).

De acordo com a autora, ocorreram diversos estudos acerca da eficácia do programa de *Control de la Agresión Sexual* na prevenção da reincidência e os resultados obtidos são bastante esperançosos. A título de exemplo, no Centro Penitenciario Brians, em Barcelona, durante o período compreendido entre maio de 1991 até 31 de dezembro de 2002, foram acompanhados dois grupos de delinquentes condenados por crimes sexuais, um grupo integrando 49 indivíduos que haviam participado do programa de *Control de la Agresión Sexual* e outro grupo composto por 74 indivíduos que não participaram do programa. O grupo que realizou o programa teve taxa de reincidência total em delitos sexuais de 4,1% (2 indivíduos), enquanto o grupo que não realizou o programa restou em 18,2% (13 indivíduos). Assim, o programa de *Control de la Agresión Sexual* “[...] *se muestra como una herramienta eficaz a nivel terapéutico para la reducción del riesgo de reincidencia en delitos sexuales* [...]” (COLLANTES, 2015, p. 536).

Segundo a pesquisa realizada nas prisões da Cataluña:

Respecto a la reincidencia sexual, las variables de riesgo son aquéllas que tienen que ver con la carrera delictiva, tanto en general como de delitos sexuales, algunos rasgos de personalidad y de estilo de vida antisocial, y también variables que guardan relación con las preferencias sexuales desviadas como la parafilia o la excitabilidad ante estímulos desviados (DELITOS SEXUALES Y REINCIDENCIA..., 2009, p. 25).

Inexoravelmente, o Direito Penal da Periculosidade é tema polêmico e, ao mesmo tempo, necessário, pois sintetiza um dos vértices da expansão do Direito Penal, neste caso, o sexual, voltado a potencializar os aspectos preventivos para que o delinquente sexual não volte a cometer crimes. Existe, conforme fora mencionado, um grande clamor social em nível global, no sentido de que, praticamente, todos os povos querem se ver livres desse tipo de criminalidade. Deste modo, pugnam por medidas que, ao menos evitem a reincidência delitiva e transmitam uma sensação de segurança para as suas respectivas populações.

Não obstante, a tutela de crianças e adolescentes como pessoas apresenta-se como algo imprescindível. Com efeito, não precisamos ir muito longe para buscar respostas para essa situação. Basta nos reportarmos à própria natureza, uma vez que, praticamente, todas as espécies de filhotes são sempre protegidas de animais adultos e mais fortes. Logo, nos parece necessário e, de certo ponto natural que em “[...] situações desse tipo a resposta à agressão também seja visceral, medular. Por isso, quando se trata de criança que se supõe foi agredida, a proteção deve ser integral [...]” (TRINDADE, 2012, p. 406).

De tal modo, no cerne da questão, Enrique Orts Berenguer e José L. Gonzáles Cussac aludem que:

La idea de peligrosidad criminal aparece en el moderno Derecho penal, vinculada a la función preventiva, que junto a la represiva, ejerce tradicionalmente. Así, junto al binomio delito-pena, va tomando cuerpo en el pensamiento penal el binomio estado peligroso-medida de seguridad. No obstante ser aceptado en el plano teórico, su implantación en los ordenamientos positivos en convivencia con las penas, ha sido muy compleja (BERENGUER; CUSSAC, 2017, p. 567).

Destarte, Silva Sánchez aprofunda o tema, no sentido de que se deve analisar e sopesar se o novo *Derecho Penal de la Peligrosidad* funciona como um Direito estritamente voltado à segurança visando o futuro, ou como uma resposta perante o passado, ou seja:

Esta situación obliga, según creo, a analizar de nuevo – lo que parecía definitivamente superado – si el principio de peligrosidad puede legitimar realmente (y hasta qué punto) una intervención restrictiva de derechos sobre el sujeto activo. En la discusión sobre el nuevo Derecho de la peligrosidad (postdelictual o no), lo importante, en mi opinión, es advertir y valorar el hecho de que el mismo se concibe como derecho de estricta seguridad frente al futuro (puramente preventivo) y no de respuesta frente al pasado (SÁNCHEZ, 2001, p. 186).

Sob esta ótica, Von Liszt (2007, p. 47) já lecionava há mais de cem anos que “[...] a habitual delinquência encontra a própria expressão jurídica na cifra estatística relativa à reincidência [...]”. Consequentemente, “[...] *la pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención [...]*” (LISZT, 1994, p. 130).

Operacionalmente, Claus Roxin (1981, p. 199) assinala que “[...] *la Política criminal, al incluir las necesidades de prevención general y especial, se convierte en el límite del Derecho Penal, que ya no puede imponer una sanción sólo en base a la culpabilidad [...]*”. Deste modo, “[...] *se combina un máximo de libertad individual con un máximo de eficacia político-criminal. Pienso que la misión del Derecho Penal consiste en realizar esta meta en todos sus âmbitos [...]*”.

Diante desse panorama, Silva Sánchez (2001, p. 186) assinala que quando se tratar de caso envolvendo “[...] *inimputables, el principio de peligrosidad evidentemente sí legitima la restricción de derechos. Y su limitación por un principio de proporcionalidad absoluta con el hecho cometido es sólo aparente [...]*”.

No mesmo passo, Santiago Mir Puig alude que diante do inculpável (inimputável), a imposição de “[...] *pena tampoco sería necesaria por razones de prevención especial, ya que de concurrir peligrosidad en el sujeto cabe acudir a medidas de seguridad más apropiadas que la pena (así el tratamiento psiquiátrico para los enajenados) [...]*” (PUIG, 1982, p. 95).

Em síntese, “[...] *la prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad [...]*” (PUIG, 1982, p. 39).

De qualquer forma, Claus Roxin (1981, p. 52) alude que quando presente “[...] *una peligrosidad especialmente grave en el delincuente pueden imponerse medidas; así que en estos casos el ‘superior interés público’ está por encima de la protección de la libertad individual [...]*”. Para o autor alemão, em algumas situações, “[...] *la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad [...]*” (ROXIN, 1997, p. 103). De fato, “[...] *la peligrosidad consiste en la previsión de que probablemente una persona cometerá delitos en el futuro más o menos próximo [...]*” (CASABONA, 1986, p. 20).

Inexoravelmente, Silva Sanchez (2001, p. 185) alude que o debate versando sobre “[...] *las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no há hecho, probablemente, más que empezar. El ámbito, especialmente sensible, de los delincuentes sexuales, no es, en este punto, sino la punta del iceberg [...]*”.

Nesse cenário, “[...] *lo que, en todo caso, parece obvio es que la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad [...]*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 185).

Dito de outro modo, “[...] *se vuelve a replantear, para sujetos imputables, el recurso a medios de aseguramiento cognitivo, junto a la pena como mecanismo de aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma [...]*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 185-186).

Com estas exposições, dúvidas não nos restam acerca de que o novo Direito Penal da Periculosidade está em evidência, mais do que nunca, já que a sociedade urge por segurança, ainda mais em tema de tamanha monta que é a violência sexual, principalmente, a intrafamiliar contra crianças e adolescentes. Mesmo assim, parece-nos que o Direito Penal da

Periculosidade deve ser ministrado, ao menos inicialmente, de forma ponderada, quando evidenciada a elevada periculosidade do agente, o que pode ser aferido através de detalhados exames psiquiátricos, psicológicos e, porque não, levando em consideração também a conduta delitiva do agente, para, só então, com fundadas razões, o agente retornar, livremente, ao convívio social quando cessada a periculosidade e, claro, desde que já tenha cumprido a sua pena.

Além disso, entendemos que não se trata de um Direito Penal da Periculosidade do Passado, mas, sim do Futuro, prevenindo a sociedade de condutas delitivas que estão na iminência de ocorrer. A título ilustrativo, podemos citar o Direito Penal Contemporâneo que atua frente a fatos praticados, podendo ser desenhado como um Direito Penal do Passado (ele regressa ao passado para punir aqueles fatos criminosos). Entretanto, o Direito Penal da Periculosidade, por sua vez, é o Direito Penal do Futuro, busca evitar a reiteração de um delito que já ocorreu e está prestes a ocorrer, ou seja, é uma antecipação penal, devidamente justificada, em fundadas razões, para frear a elevada periculosidade do agente em seu comportamento delitivo.

Desse modo, não nos furtamos, jamais, da presença de um anterior fato típico, ilícito e culpável para a aplicação do Direito Penal da Periculosidade, justificando, assim, a punibilidade do agente, porquanto não deve existir cerceamento de direitos fundamentais sem a presença de uma explícita culpabilidade justificadora da aplicação de medidas voltadas a obstar a reincidência delitiva de crimes graves. Do contrário, a antecipação penalística não se legitimaria em um Estado Democrático de Direito que, à luz da sua Carta Maior, respeita e tutela a prevalência dos Direitos Humanos e assegura a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Nesse quadro, o uso de meios telemáticos, como a liberdade vigiada, reforça o enfrentamento e o controle sobre os delinquentes perigosos. Igualmente, vislumbramos que a medida de liberdade vigiada é uma potente aliada ao controle dessa criminalidade sexual, pois restaria monitorado o criminoso após o cumprimento da pena a título de efeito específico da condenação (artigo 92 do Código Penal) e, porque não, durante as fases de progressão de regime, como o semiaberto e o aberto, já que o nosso ordenamento possui a monitoração eletrônica com o uso de tornozeleiras. Bastaria uma mera mudança legislativa para que o controle fosse ampliado, sendo utilizada pós-cumprimento da pena como ocorre no cenário espanhol, como efeito específico da condenação, bem como obrigatória nas hipóteses de

livramento condicional e progressão de regime, quando praticados crimes hediondos ou equiparados, conforme já abordamos ao tratar do cenário espanhol.

Já no que tange à publicidade dos locais onde residem os delinquentes sexuais, muito comum nos Estados Norte-Americanos, aqui, a medida poderia, *a priori*, aparentar certa segurança social, já que a sociedade saberia onde residem os criminosos, ampliando a vigilância sobre os mesmos. Todavia, não podemos esquecer que o nosso país é extremamente violento, razão pela qual a medida poderia apresentar um efeito totalmente antagônico, já que colocaria esses delinquentes e suas famílias etiquetados na mira de outros delinquentes, aumentando, assim, a criminalidade e evitando a reinserção social. Deste modo, entendemos que, considerando o estágio atual de nossa sociedade, de momento, não seria uma medida muito bem recebida.

Contudo, conforme observado na pesquisa ocorrida no sistema prisional de Barcelona, o tratamento psiquiátrico/psicológico é indispensável para fins de evitar a reincidência delitiva, fato que já ponderamos, na medida em que seria o modo menos invasivo e, ao mesmo tempo, mais eficaz de fazer com que o delinquente sexual enxergue/tome consciência da potencialidade lesiva de sua conduta e cesse a reiteração do comportamento criminoso.

De qualquer sorte, estamos apresentando métodos de enfrentamento ao criminoso sexual intrafamiliar, de modo a obstar a reincidência delitiva, pautados em ações que sirvam para esse fim através do Direito Penal da Periculosidade. Aliás, de todas as medidas apresentadas neste Capítulo, reiteramos que a liberdade vigiada já trabalhada no cenário espanhol do Direito Comparado e o tratamento psicológico/psiquiátrico do criminoso sexual, a nosso ver, seriam extremamente exitosos no cenário pátrio para fins de evitar a reincidência delitiva e, ao mesmo tempo, possibilitar a reinserção adequada do delinquente na sociedade.

O Direito Penal deverá atuar apenas em *ultima ratio*, quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes, e essa atuação somente estará legitimada quando presente, concomitantemente, os três substratos do crime: fato típico, ilicitude e culpabilidade, justificantes da punibilidade do agente. O Direito Penal da Periculosidade é tema instigante, necessário e de grande potencial ao enfrentamento da criminalidade, porque vai direto ao encontro do criminoso para obstar seu comportamento delitivo. Todavia, deve ser tratado com notável cautela, principalmente, para que trilhe o caminho das conquistas civilizatórias inerentes a um Estado Democrático de Direito, onde, um cenário sério de enfrentamento à criminalidade perpassa, inevitavelmente, por penas e medidas proporcionais à gravidade dos delitos praticados, de modo a evitar o alastramento da impunidade e da reincidência delitiva.

8 PREVENÇÃO AO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Antes de reportar-nos às considerações finais, se faz obrigatório oferecer medidas, notadamente, de caráter preventivo objetivando evitar que o abuso sexual intrafamiliar ocorra. Dito de outro modo, medidas que, uma vez aplicadas, diminuirão, consideravelmente, a incidência da violência sexual intrafamiliar.

Entretanto, a prevenção ao abuso sexual de crianças e adolescentes (ASC) não é responsabilidade apenas de pais, professores, agentes de órgãos governamentais de proteção infantil e da polícia, mas sim, de todos os adultos da sociedade. Desse modo, “[...] deixar a proteção infantil apenas para aqueles que têm crianças ou que foram designados como seus responsáveis, coloca-se em risco e facilita a ação do abusador sexual de crianças [...]” (SANDERSON, 2005, p. 283).

Baratta assevera que:

El “contexto democrático” de las políticas públicas, en lo que respecta a la protección de los derechos de la infancia, puede adquirir un significado e importancia diferentes, dependiendo esto si se considera o no a los niños como parte de las relaciones democráticas, así también de la manera como entendamos las relaciones entre los niños y los adultos (BARATTA, 2001, p. 47).

O princípio do interesse superior da criança e do adolescente, previsto na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, é um princípio de relevância universal, seja no plano interno, seja no plano externo, devendo ser encarado da melhor forma através das políticas públicas e medidas visando a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Isto significa que a proteção desses direitos não é somente um dever das autoridades competentes,

[...] sino de una estrategia general que interese potencialmente a toda institución privada y pública y a todo órgano del Estado, o sus entidades territoriales, así como a la comunidad internacional, para lo que se requiere la coordinación y sinergia de todo individuo competente potencialmente (BARATTA, 2001, p. 47).

Nesse sentido, para garantir a prevenção do crime sexual contra crianças e adolescentes, o enfrentamento ao abuso sexual precisa se tornar uma prioridade para todos os membros da sociedade. Além disso, Sanderson (2005) explica que as crianças e os adolescentes têm direito à segurança e à proteção, o que pode ser reforçado com o fornecimento de informações exatas sobre assuntos relacionados ao abuso sexual infantil e com a separação entre fato e ficção. Somente com esses cuidados será possível que os adultos dissipem mitos e estereótipos que servem para distorcer a realidade do abuso sexual infantil.

Desta forma, o acesso à informação serve para prover os adultos do conhecimento que lhes permitem proteger efetivamente as crianças, mais do que tranquilizá-las com um falso sentimento de segurança (SANDERSON, 2005).

Nessa estrada, destacamos que em nível de prevenção, o discurso preventivo se aplica a qualquer serviço que está sendo oferecido para uma criança e/o ou adolescente, na medida em que a prevenção possui três níveis: o primeiro nível de prevenção, ou Prevenção Primária, é aquela responsável por aplicar programas educativos antes que o abuso sexual ocorra; Já o segundo nível de prevenção, ou Prevenção Secundária, envolve programas que focalizam esforços de outras diretrizes direcionados a famílias que já apresentam problemas, por outras palavras, famílias de alto risco, onde crianças e adolescentes encontram-se em situação de explícita vulnerabilidade; Por sua vez, o terceiro nível de prevenção, ou Prevenção Terciária, trabalha com as consequências do abuso sexual, ou seja, trabalha para minimizar os efeitos deletérios do abuso, oferecendo serviços eficazes após a ocorrência do abuso (LIDCHI, 2011).

Ademais, indubitavelmente, os serviços de prevenção “[...] têm que respeitar a criança e todos os membros de sua família. É importante não esquecer que respeito é fundamental para desenvolver uma relação de colaboração com a criança e a família [...]” (LIDCHI, 2011, p. 47). Desta feita, num primeiro momento, apresentaremos propostas para reduzir as possibilidades de que crianças e adolescentes sejam vítimas de delitos sexuais. Após, apontaremos algumas medidas específicas a serem implementadas no contexto social de políticas públicas a serem adotadas pelo Estado brasileiro. Dito de outra forma, iremos nos centralizar nas denominadas Prevenções Primária e Secundária.

De acordo com o autor espanhol Enrique Orts Berenguer, as propostas para reduzir as possibilidades de que crianças e adolescentes sejam vítimas de crimes sexuais, necessariamente, devem ser endereçadas às crianças e aos adolescentes, aos pais e aos educadores.

Deste modo, é essencial que crianças e adolescentes sejam advertidos da possibilidade real de que outras pessoas queiram abusar deles, necessitando, pois, de instruções básicas sobre como agir em determinadas situações.

Pensando nisso, Berenguer (2006) realizou as seguintes recomendações endereçadas às crianças e aos adolescentes: - Não faça nada que não gostes, nem permita que façam contigo; se alguém te molestar, não tenhas medo, nem vergonha em contar aos teus pais ou a pessoa com quem convivas, ou aos teus professores; é importante que quando alguém te proponha algo, que digas claramente o que queres ou não queres fazer; se não responder de

modo claro, a pessoa pode pensar que talvez tu queiras, quando na verdade não queres. Se uma criança ou adolescente não estão seguros de aceitar a proposição de outra criança ou adolescente, o melhor que podem fazer é dizer-lhes que não; tome cuidado com crianças ou adolescentes dominantes, porque podem tentar te utilizar de forma egoística; quando participar de algum tipo de jogo, deves advertir que termina na hora em que avisares; seja sempre prudente, sobretudo, com crianças e adolescentes que apenas conheces; se um(a) adolescente muito maior, ou uma pessoa mais velha, te propor algo que tenha a ver com sexo, pense que podem estar se aproveitando de ti; estejas sempre atento ao que ocorre à tua volta; e, se souberes que outra criança ou adolescente estiverem sendo molestados, deves levar ao conhecimento de teus pais e professores (BERENGUER, 2006).

Ainda, de acordo com Berenguer (2006), os pais são os primeiros e principais responsáveis pela educação dos seus filhos, devendo, necessariamente, manter contato regular com os professores, seguindo as indicações destes. Uma boa e frequente sintonia entre pais e professores mantém vantagens vitais para crianças e adolescentes, facilitando, assim, a detecção de problemas que de outra forma podem passar despercebidos.

Outrossim, uma relação de confiança é um grande facilitador na comunicação entre pais e filhos, precisamente, para que crianças e adolescentes confidenciem seus problemas aos pais, sabendo, principalmente, que receberão o apoio que buscam. Se, porventura, essa relação de confiança não existir, provavelmente a criança ou adolescente não dirá aos pais o que está ocorrendo. Desta forma, os pais devem estar atentos às atitudes e às mudanças comportamentais dos filhos, já que “[...] *pueden evidenciar que está siendo víctimas de algún comportamiento violento [...]*” (BERENGUER, 2006, p. 189).

Nesse sentido, segundo Berenguer:

En caso de acoso o abuso sexual deben tener presente la posibilidad de que al menor le quede alguna secuela psicológica. Secuela que puede agravarse por una reacción inadecuada de los mayores, si, por ejemplo, éstos dan a lo sucedido una importancia desmesurada o, de alguna manera, culpabilizan al niño. Por eso, detectado el abuso o el acoso, es imprescindible rodear de calor y afecto al menor y más que conveniente, consultar con un especialista que le examine (BERENGUER, 2006, p. 189).

Ao final, Berenguer (2006, p. 193) alude que os professores têm uma grande complexidade e importância, na qual não faltam conflitos; “[...] *una tarea escassamente reconocida, y sin el apoyo suficiente de las autoridades académicas, ni, en ocasiones, de los padres de sus alumnos [...]*”.

Além disso, os professores ocupam uma privilegiada posição para detectar, prevenir e vigiar condutas violentas que estejam ocorrendo contra crianças e adolescentes, principalmente, no ambiente intrafamiliar. Nesse sentido, seria necessário que os professores possuíssem uma formação capacitada para aprimorar a detecção de indícios de condutas danosas a crianças e adolescentes, através da realização de cursos.

Nesse sentido, “[...] eles são a vanguarda para perceber mudanças no comportamento das crianças e implementar procedimentos de proteção infantil adequados [...]”. Em que pese a maioria das escolas dispor de profissionais para detecção de comportamentos estranhos por parte de crianças e adolescentes, “[...] é importante que todos os professores sejam treinados para compreender os assuntos associados ao abuso sexual em crianças e adolescentes e localizar com antecedência os sinais de alerta [...]”. Ainda assim, os professores “[...] precisam estar cientes do comportamento de seus “colegas” em relação às crianças. Eles precisam ter conhecimento de alguns sinais que podem indicar um interesse doentio sobre elas [...]” (SANDERSON, 2005, p. 309).

Sanderson (2005, p. 310) alude que as escolas também podem proteger as crianças e os adolescentes “[...] implementando programas de proteção infantil, tal como ‘toque bom e toque mau’, os quais permitem que as crianças se expressem, especialmente se o abuso ocorre dentro da família [...]”, porque quando estão apoiadas em programas de educação sexual apropriados, as crianças e os adolescentes podem aprender a diferenciar comportamentos adequados e inadequados entre os adultos e crianças/adolescentes. Conseqüentemente, essa prática impede que elas considerem normais suas experiências e por isso mantenham o silêncio.

Dito de outro modo, as escolas devem fornecer o foro correto para que crianças e adolescentes possam aferir conclusões precisas sobre suas experiências, de modo a capacitá-las a procurar o apoio e a ajuda adequados (SANDERSON, 2005).

Nesse espectro, Finkelhor (2009) cita que o principal desafio imposto aos defensores dos programas educacionais preventivos ao abuso sexual voltado a crianças e adolescentes reside em desenvolver formatos que possam proporcionar a prevenção e, ao mesmo tempo, funcionarem de forma sustentável, tanto nos ambientes escolares, quanto em outros ambientes de ensino, como, por exemplo, aulas de educação religiosa, sendo adaptados e integrados de acordo com os objetivos desses outros ambientes educativos.

Igualmente, os professores deveriam explicar, reiteradamente, que as crianças e os adolescentes não estão sozinhos e, principalmente, não têm o porquê de passar por situações

difíceis sem a ajuda de alguém. No caso de abusos sexuais, normalmente, a vítima pensa que tem algum tipo de culpa pelo que ocorreu. Todavia, os professores devem evitar que as crianças e adolescentes se culpem, explicando que podem contar com eles. Essa relação de confiança é necessária para ajudar a cessar a situação. Nesse sentido, “[...] *si los abusos los sufre el menor en su propia casa, a manos de su padre o de outro familiar, lo más conveniente en ponerlo en conocimiento de la dependencia de asuntos sociales de su Ayuntamiento o de su Gobierno autonómico, o de la policía [...]*” (BERENGUER, 2006, p. 196). No cenário pátrio, os professores devem reportar o caso imediatamente às autoridades policiais, ao Ministério Público e ao Conselho Tutelar.

Não obstante, é essencial que os professores prestem ajuda para que a vítima se sinta protegida, mesmo que tenha medo ou sinta-se ansiosa com a situação, temendo que a violência possa piorar. Ademais, é indicado, sempre que possível, que os professores consultem o psicólogo da escola acerca do problema envolvendo a criança ou o adolescente. E, não sendo caso de abuso praticado pelos pais, avisá-los imediatamente. De toda sorte, “[...] *es importante hacer ver a los menores que contar el mal que les está haciendo a ellos o a algún/compañero/a, no es deshonoroso [...]*” (BERENGUER, 2006, p. 196).

De acordo com Finkelhor (2009), outras estratégias para prevenir o abuso sexual e suas consequências, como esforços voltados a campanhas publicitárias na comunidade ou o próprio contato com potenciais delinquentes, certamente, também poderiam ser exploradas. No entanto, seria temerário e injustificável que essas estratégias substituíssem a prevenção balizada na Escola, especialmente, porque são muitas as evidências das melhorias aportadas através das práticas preventivas utilizadas no âmbito escolar para prevenir a ocorrência do abuso sexual contra crianças e adolescentes. Com efeito, as novas estratégias devem ser vistas apenas como acréscimos, jamais como alternativas, na medida em que devem ser atestadas através de estudos empíricos, devidamente, comprovados antes de serem utilizadas em larga escala.

Isto posto, pugnando aprimorar a prevenção ao abuso sexual, entende-se ser imprescindível, pois, que ocorram, de forma contínua, campanhas de educação e de saúde pública endereçadas não apenas para crianças, adolescentes, pais e professores, mas, principalmente, a todos os adultos. Nesse panorama, “[...] é crucial que mensagens claras sejam transmitidas para direcionar adequadamente os assuntos sobre abuso sexual em crianças e adolescentes e avançar da reação à prevenção. A ênfase deve estar na informação, não na pregação [...]

” (SANDERSON, 2005, p. 285), desse modo:

Uma campanha de educação e saúde pública nacional efetiva requer recursos apropriados e estratégias transversais do governo, que envolvam também o Departamento de Saúde, e não apenas o sistema de justiça criminal e as agências de proteção à criança. Essa campanha precisa explicar os riscos reais apresentados pelos abusadores sexuais de crianças e a necessidade de serviços de tratamento local que possam ser apoiados pela comunidade. É crucial reconhecer que a maior parte do que se sabe sobre ASC é resultado de informações de apenas 10% dos casos, ou seja, somente um em cada dez casos de ASC é relatado; portanto, nosso conhecimento se baseia naquele único caso, e pouco se sabe sobre os outros nove. Além desses casos não serem relatados, geralmente falham em conseguir uma condenação. O resultado é que os recursos são apontados para somente aqueles 10% de casos conhecidos, preferencialmente aos 90% ainda desconhecidos (SANDERSON, 2005, p. 285).

Nesse sentido, a autora remete ao exemplo das campanhas maciças de saúde pública que vêm ocorrendo nas últimas décadas alertando à potencialidade lesiva à saúde que a combinação álcool e direção acarretam (acidentes, mortes, etc.). Essas campanhas ensejaram em uma grande alteração do comportamento humano que, outrora, era socialmente aceito. Por outras palavras, dirigir alcoolizado, nos dias de hoje, não é algo socialmente aceito. Assim, investimentos em saúde e educação pública podem, sem margem para dúvidas, promover alterações radicais nas atitudes e nas crenças, o que, por sua vez, facilitarão a prevenção do abuso sexual em crianças e adolescentes. Esse investimento reduziria os custos do serviço de saúde pública e do sistema de justiça criminal no tratamento das vítimas e dos transgressores (SANDERSON, 2005).

Entretanto, Sanderson (2005) alerta que esse tipo de educação precisa ser apoiado pela mídia, de modo que minimize as reportagens sensacionalistas sobre as questões de abuso sexual em crianças e adolescentes, incluindo campanhas difamatórias, como por exemplo, as que identificam e humilham os pedófilos, precisamente, porque esse tipo de campanha difamatória, ironicamente, resultaria em levar os abusadores sexuais à clandestinidade, colocando-os mais distante do alcance do Judiciário.

É bem verdade que a mídia não está sozinha, pois, de acordo com Finkelhor (2009), as estratégias de gerenciamento dos agressores sexuais apresentam muitos problemas, estando limitadas ao que podem realizar, justamente, porque estão concentradas, somente, no pequeno grupo de infratores que já foram detectados, ignorando o restante, que é a absoluta maioria. Além disso, muitas das estratégias são baseadas em modelos lógicos, comprovadamente falhos e equívocos acerca da dinâmica coerente do enfrentamento ao abuso sexual. Ademais, as evidências empíricas apoiam que essas estratégias são ambíguas. Todavia, ainda assim, elas têm um tremendo apoio dos formuladores de políticas públicas, já que são pessoas muito

influentes e que, na maioria das vezes, não estão interessadas ou não querem responder aos resultados da avaliação. Na verdade, a preocupação dos formuladores de políticas públicas fica adstrita a estratégias da gestão dos delinquentes sexuais, provavelmente, diminuindo o interesse e os recursos que poderiam ser despendidos a outras estratégias, potencialmente, mais eficazes para evitar que ocorresse a violência sexual (FINKELHOR, 2009).

Considerando esse contexto, é essencial que a mídia colabore com todas as campanhas nacionais de educação de saúde pública, através de mensagens que divulguem informações, devidamente, adequadas, longe de qualquer tipo de sensacionalismo ou caça às bruxas. Inexoravelmente, a mídia possui grande capacidade de distorcer fatos e, principalmente, manipular a opinião pública, explorando os receios da população e nutrindo os preconceitos existentes. Destarte, torna-se imperativo que a mídia se prive de conspirar com a exploração do sentimento público, algo que os abusadores sexuais de crianças e adolescentes também fazem em grau elevado com a exploração sexual dessas vítimas (SANDERSON, 2005).

O sensacionalismo midiático que ocorre em face de uma minoria de casos repugnantes, nomeadamente, quando a vítima é sequestrada ou vai a óbito, na verdade, “[...] é contraproducente e apenas serve para criar amplificação da anormalidade e pânico moral. Ironicamente, isso pode de fato impedir a proteção da maioria das crianças ao focalizar a atenção na minoria de casos que vem à luz [...]” (SANDERSON, 2005, p. 290). Todavia, mesmo que esses casos de forte apelo e alta exposição sejam trágicos e precisem ser relatados, eles, apesar disso raramente refletem a realidade do abuso sexual contra crianças e adolescentes. Sendo, em sua maioria, cometidos por pedófilos predatórios, muitos dos quais são estranhos e desconhecidos da vítima e de sua família. Ou seja, isso caminha em sentido oposto à realidade fática, na medida em que a grande maioria dos abusadores sexuais de crianças e adolescentes são conhecidos ou da família da vítima (SANDERSON, 2005).

Além disso, Sanderson (2005) enfatiza a necessidade de ocorrer um financiamento governamental adequado de projetos e programas voltados para entender os pedófilos e, conseqüentemente, levá-los a alterar, corrigir, modificar o comportamento criminoso do abuso sexual. Dessa forma, é necessário que ocorram reportagens precisas que reforcem por intermédio de conteúdos claros e específicos através de campanhas de saúde pública fornecidas pelo Governo, consistindo, no único modo seguro de proteger efetivamente as crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, evitar o abuso sexual.

A mídia necessita, urgentemente, reavaliar o seu papel na sexualização de crianças e adolescentes, essa prática exploratória “[...] tem levado as crianças não somente a se vestirem

com roupas sensuais, mas também a se comportarem como pequenos adultos, imitando músicos e artistas da televisão [...]” (SANDERSON, 2005, p. 292). Nesse vértice, a própria indústria da música e do entretenimento sexualizam, diariamente, crianças e adolescentes, expondo-as reiteradamente a comportamentos sexuais em vídeos musicais acessados por qualquer plataforma.

Em síntese, a mídia precisa abandonar a crença de que nada funciona em termos de tratamento ao abuso sexual infantil, para focar no que, realmente, pode funcionar. Agindo assim, a mídia pode ser influente na direção coletiva de energias para o núcleo do problema, que reside na proteção e na prevenção do abuso sexual de crianças e adolescentes (SANDERSON, 2005).

No tocante à realidade contemporânea brasileira, pensamos que os Poderes Executivo e Legislativo precisam, necessariamente, apoiar-se sobre casos reais de abusos sexuais, implementando, assim, as reformas apropriadas e necessárias para o adequado enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar. Apenas deste modo, a sociedade poderá superar esse problema. Além disso, essas reformas necessitam “[...] ser claramente pensadas, e não um veículo para ganhar o voto do eleitorado. [...] São necessárias mudanças verdadeiras, executadas para a proteção de todas as crianças e não apenas das poucas que vieram à atenção do sistema de justiça criminal [...]” (SANDERSON, 2005, p. 293).

Não obstante, através da pesquisa de campo realizada (anexa) entende-se ser indispensável que todos os profissionais envolvidos no Sistema de Justiça Criminal responsável pelo enfrentamento à criminalidade sexual contra crianças e adolescentes tenham o adequado conhecimento e treinamento para compreender de forma profunda as questões complexas inerentes ao abuso sexual, sobretudo, o intrafamiliar, percebendo os efeitos emocionais e psicológicos que o abuso sexual acarreta sobre crianças e adolescentes.

Em outras palavras, é preciso que ocorra uma capacitação além da técnica-jurídica por parte de Juízes, Promotores, Advogados e Defensores Públicos para que tenham conhecimento acerca do tema e, conseqüentemente, enfrentem da melhor forma possível o problema.

Além disso, a interdisciplinaridade capacitada é fundamental, se fazendo presente, de modo indissociável para que ocorra o adequado enfrentamento, pois somente com a capacitação da rede de proteção para trabalhar de forma coordenada e integrada será possível a identificação precoce da existência ou não de alguma forma de violência sexual,

potencializando o enfrentamento à criminalidade e, ao mesmo tempo, evitando que a vítima continue sendo violentada.

Nesse sentido, Sanderson (2005, p. 300) observa que “[...] somente depois que tudo isso estiver adequadamente compreendido é que os profissionais do sistema de justiça criminal poderão tomar decisões apropriadas [...]”.

Pugnando a tutela de crianças e adolescentes no âmbito da violência sexual, Sanderson (2005, p. 309) alude sobre a importância da existência de esquemas de Vigília de Vizinhança, já que “[...] estar ciente da segurança das crianças na comunidade serve para unir a vizinhança, de modo que todos os adultos assumam a responsabilidade de proteger em vez de delegar essa proteção principalmente aos pais, à polícia ou a elas mesmas [...]”. Desta forma, somente quando o abuso sexual se tornar uma responsabilidade conjunta é que as vítimas poderão ser adequadamente protegidas e exercerem os seus direitos de estarem seguras na comunidade (SANDERSON, 2005).

Incontestavelmente, que a tarefa de desenvolver medidas de prevenção e proteção adequada às crianças e aos adolescentes demanda tempo, recursos e esforços de toda a coletividade. É necessário que ocorram mudanças nas atitudes das pessoas, de modo a tornar o abuso sexual infantil, sobretudo, o intrafamiliar algo inaceitável e intolerável na sociedade. Esse devido enfrentamento apenas pode ser conseguido fornecendo acesso à informação e ao conhecimento sobre o abuso sexual em crianças e adolescentes a todos os adultos, os quais possibilitarão que as vítimas falem, colocando, assim, um fim ao silêncio. Com efeito, “[...] os membros da população precisam ser encorajados a passar das demandas de retaliação e vingança, como ocorre na vigilância, para a administração de risco responsável e a prevenção efetiva adequada, na qual todas as crianças possam se sentir seguras [...]” (SANDERSON, 2005, p. 310).

Sanderson (2005) alude sobre a necessidade da união para a prevenção do abuso sexual contra crianças e adolescentes, pois:

Apenas quando nos engajarmos completamente na prevenção de ASC é que poderemos atingir nossos objetivos de criar uma sociedade que não mais tolere o abuso sexual em crianças. Somente isso permitirá que as crianças cresçam em um ambiente não ameaçador, no qual possam usufruir livremente a infância e aprender as habilidades necessárias para se transformarem em adultos saudáveis e membros responsáveis da comunidade. Trancfiar as crianças em suas casas, restringir seus movimentos e aterrorizá-las sobre os perigos de ASC as deixa indefesas e desconfiadas (SANDERSON, 2005, p. 310).

O meio mais eficaz para tutelar crianças e adolescentes é conhecer como ocorre o ato sexual cometido em face delas. Assim, pais e professores precisam se educar para que possam conversar com crianças e adolescentes de modo calmo e equilibrado. Embora tenhamos e odiemos o abuso sexual infantil, não falar sobre ele, inexoravelmente, possibilita ao abusador sexual de menores o poder de abusar (SANDERSON, 2005).

Outrossim, para Finkelhor, o abuso sexual é um desafio especial, apresentando diferentes vértices em suas dimensões, a exemplo dos maus-tratos, dos crimes e dos problemas relacionados ao bem-estar infantil. Entretanto, notáveis avanços estão sendo atingidos para abarcar toda a dimensão do problema, como, por exemplo, educar a população e mobilizar recursos para o enfrentamento do abuso sexual. Consequentemente, com o incremento de pesquisas adicionais e o desenvolvimento de novos programas, aferimos ter todos os motivos para acreditarmos que muito mais pode ser realizado (FINKELHOR, 2009).

Não obstante, nesse contexto, devemos, obrigatoriamente, nos reportarmos ao Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (EVSCA), o qual envolve um extenso debate e possui larga participação coletiva, contando com a presença de representantes do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, de órgãos do Poder Executivo, de organizações não governamentais brasileiras, e de agências de cooperação internacional, do ECPAT-Brasil, de organizações de representação da sociedade civil e de adolescentes e integrantes dos Conselhos de Direito e dos Conselhos Tutelares (MORESCHI, 2018).

O Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (EVSCA) decorreu do compromisso firmado pelo governo brasileiro na Declaração e Plano de Ação aprovada no I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças, ocorrida na cidade de Estocolmo, na Suécia, no ano de 1996, tendo como parâmetro a evolução crescente da exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil e no mundo (MORESCHI, 2018).

O ponto estratégico do primeiro Plano Nacional de EVSCA constituiu no fortalecimento da rede atendimento, cujo cumprimento exige a “[...] viabilização de ações integradas que permitam a intervenção técnica, política e financeira, no enfrentamento da violência sexual contra criança e adolescentes, por meio de ações conjuntas entre o governo e a sociedade civil organizada [...]” (MORESCHI, 2018, p. 140).

Souza (2011, p. 150) alude que “O plano nacional é composto por seis eixos. São os eixos que norteiam o trabalho de quem atende dentro desse serviço [...]”. O primeiro Plano

Nacional de EVSCA possuía os seguintes eixos: análise da situação; mobilização e articulação; defesa e responsabilização; atendimento; prevenção; e protagonismo juvenil (SOUZA, 2011).

Entretanto, no ano de 2008 foi realizado o III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, na cidade do Rio de Janeiro. O referido Congresso constatou que “[...] a exploração sexual de crianças e adolescentes está aumentando. Também estão aumentando as evidências de atividades criminosas relacionadas ao tráfico de crianças para fins sexuais, a exploração de meninas e meninos por turistas e viajantes [...]”, sem falar na constante “[...] proliferação de imagens de crianças sendo abusadas e crimes relacionados à internet. A exploração sexual de crianças e adolescentes estava abastecida pela demanda internacional e nacional [...]”, ameaçando crianças e adolescentes em todo o Mundo (MORESCHI, 2018, p. 142).

Com efeito, foi constatada a necessidade de “[...] atualização/revisão do Plano Nacional de EVSCA, sobretudo para atender as chamadas novas formas de violência sexual, assim como incluir indicadores de monitoramento e avaliar seu impacto na formulação de políticas públicas nessa área [...]” (MORESCHI, 2018, p. 142).

Com essas ponderações, foi lançado o novo Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças e Adolescentes (EVSCA) – atualizado em 2013 e aprovado pela Resolução Conanda n.º 162, de 28 de janeiro de 2014. O principal enfoque do “[...] novo plano EVSCA foi considerar a necessidade de trabalhar a violência sexual nas suas principais formas de expressão (abuso sexual e exploração sexual) e as suas especificidades, e que estas diferenças sejam impactadas nas políticas públicas de proteção [...]” (MORESCHI, 2018, p. 142). “Além disso, o Plano traz na sua concepção que a violência sexual é um desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, portando dialoga diretamente com as demais políticas de direitos humanos de forma articulada e integrada.” (MORESCHI, 2018, p. 143).

Nesta conjectura, o Plano Nacional de EVSCA de 2013, considera os seguintes eixos para o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes:

Eixo 1: Prevenção – assegurar ações preventivas contra o abuso e/ou exploração sexual de crianças e adolescentes, fundamentalmente pela educação, sensibilização e autodefesa;

Eixo 2: Atenção – garantir o atendimento especializado e em rede, às crianças e adolescentes em situação de abuso e/ou exploração sexual e à suas famílias, realizando por profissionais especializados e capacitados, respeitando as diversidade de condição étnico-racial, gênero, religião, cultura, orientação sexual etc.

Eixo 3: Defesa e responsabilização – atualizar o marco normativo sobre crimes sexuais, combater a impunidade, disponibilizar serviços de notificação e responsabilização qualificados;

Eixo 4: Participação e Protagonismo – promover a participação ativa de crianças e adolescentes pela defesa de seus direitos na elaboração e execução de política de proteção;

Eixo 5: Comunicação e mobilização social – fortalecer as articulações nacionais, regionais e locais de enfrentamento e pela eliminação do abuso/ou exploração sexual, envolvendo mídia, redes, fóruns, comissões, conselhos e outros.

Eixo 6: Estudos e Pesquisas – conhecer as expressões do abuso e/ou exploração sexual de crianças e adolescentes por meio de diagnóstico, levantamento de dados, estudos e pesquisas (MORESCHI, 2018, p. 143).

No entanto, Finkelhor (2009, p. 186) observa que “[...] a gestão de infratores conhecidos continuará a ser uma forte preocupação das pessoas e dos formuladores de políticas públicas [...]”.

Ademais, Maria Regina Fay Azambuja observa que:

Os investimentos existentes, ainda hoje, não apresentam condições de se voltarem prioritariamente para os cuidados da saúde física, social e emocional da criança, e os esforços mobilizados não dão conta de reduzir a elevada incidência desta grave violação aos direitos que tanto prejuízo causa à infância e à sociedade (AZAMBUJA, 2017, p. 214).

Destarte, “[...] as políticas públicas voltadas à prevenção, tão bem sinalizadas na legislação pós-Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional, mostram-se ainda incipientes, impedindo que a demanda ao Poder Judiciário receba o atendimento de que necessita [...]” (AZAMBUJA, 2017, p. 215).

Ademais, a violência sexual praticada contra a criança e ao adolescente ocasiona um custo pessoal e social muito elevado, com repercussões nos serviços de saúde, no sistema prisional (há muito, incapaz de dar conta da demanda), além de movimentar o sistema judiciário (AZAMBUJA, 2017).

Não obstante, Azambuja observa a problemática que envolve a própria condição de sujeito de direitos de crianças e adolescentes no cenário da violência sexual intrafamiliar pátrio, ensejando na apropriação e no desenvolvimento de orientações internacionais, abrindo perspectiva de problematizar amplamente as formas que, no âmbito do direito e da assistência social, crianças e adolescentes vêm sendo tratados, especialmente no tocante à violência familiar (AZAMBUJA, 2017).

De fato, após mais de três décadas “[...] da promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas são ensaiados os primeiros passos para a mudança de cultura que as conquistas propiciadas pela normativa internacional impuseram à nação brasileira [...]”, especialmente, a partir da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 (AZAMBUJA, 2017, p. 229).

Logo, é preciso uma mudança fundamental no cenário pátrio, para materializar a norma internacional e, também, a norma fundamental à luz de um Estado Democrático de Direito que tutela à dignidade da pessoa humana, nesse caso, de crianças e adolescentes.

Portanto, conforme observa Maria Berenice Dias:

É chegada a hora de acabar com o mito da família feliz, tomar consciência da necessidade de tornar efetivo o comando constitucional que assegura a crianças e adolescentes, proteção integral com absoluta prioridade. É necessário dar um basta à hipocrisia com a convivência da sociedade. Para isso é preciso romper a barreira do silêncio que leva à invisibilidade e, em consequência, à impunidade, da qual todos acabam sendo cúmplices (DIAS, 2017, p. 343).

Nessa quadra, entendemos que as medidas preventivas se fazem necessárias em qualquer cenário de enfrentamento à violência sexual intrafamiliar, seja para evitar a prática delitiva, seja para evitar a vitimização, seja, ainda, para evitar que vítimas inocentes sejam violentas por criminosos perversos que, de modo covarde, roubam vidas, roubam futuros e, aos olhos da sociedade, sejam vistos como pais exemplares, tamanha hipocrisia, um dia, deve ter fim.

Nesse sentido, políticas públicas voltadas à educação, ao apoio dos profissionais das redes de ensino, às famílias, sem deixar de lado as famílias carentes, para que trabalhem, conjuntamente, objetivando transformar a sociedade em um local mais seguro e melhor para todos, local este onde a criminalidade seja a exceção e que crianças e adolescentes sejam felizes, sempre, é algo que não podemos desistir, jamais, aliás, é para isso que estamos aqui, para tornar um Mundo melhor.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho científico consistiu em verificar a in(eficácia) da tutela penal constitucional às crianças e aos adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar. Neste sentido, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 define que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. De qualquer sorte, o dispositivo constitucional pugna a proteção integral às crianças e aos adolescentes.

Todavia, entre o dever constitucional de assegurar a proteção integral e materializar essa proteção no plano realístico existe um grande abismo, no qual o cenário avassalador de violência sexual intrafamiliar se faz presente, a exemplo do mapa atualizado desse tipo de criminalidade.

Relevante perceber que o constituinte confere à família, antes mesmo do que à sociedade e ao Estado, papel fundamental na tutela de crianças e adolescentes. Nesse sentido, encontramos no parágrafo 4º do mesmo artigo um potente mandamento constitucional de criminalização e de punição de condutas na constituinte de 1988, ao enunciar que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes.

Formalmente, o texto do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 é bastante protetivo. Entretanto, não há menção expressa à Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, como ocorre na constituição argentina, bem como não ocorre alusão, expressamente, sobre a violência sexual intrafamiliar, porquanto a redação ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988. Além disso, poderia existir uma seção própria direcionada a crianças e adolescentes, a exemplo da constituinte sul-africana.

No entanto, mesmo com um texto constitucional que preconiza dita proteção, quando deparamos com as cifras epidêmicas da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, toda essa estrutura constitucional delineada resulta fragilizada.

Não são poucos os casos de violência sexual intrafamiliar, tampouco exclusividade do cenário brasileiro, como verificamos no Direito Comparado argentino, colombiano e espanhol. Ademais, trata-se de grave problema de saúde pública, bem como de Direitos Humanos, ao passo que, quando atingido o bem jurídico dignidade sexual da vítima, estamos diante de clara violação à dignidade da pessoa humana, porque ambas, dignidade sexual e

dignidade da pessoa humana estão intrinsecamente interligadas, sendo impossível descartar uma em detrimento da outra, fazendo, portanto, parte do núcleo essencial indisponível de qualquer ser humano.

Para compreender a dimensão deste problema, foi necessário retroceder aos primórdios da humanidade, já que práticas incestuosas eram frequentes em diversas culturas até bem pouco tempo atrás e, ao mesmo tempo, quando violentas, eram punidas por algumas civilizações, até mesmo, com a imposição da pena capital. Ou seja, mesmo em tempos primórdios, a conjunção carnal violenta – estupro propriamente dito – era punida com severidade, tamanha reprovação atribuída a essa conduta. Nesse sentido, uma de nossas primeiras leis (Ordenações Filipinas) punia o *stuprum violentum* com a pena capital, não sendo sanado, nem mesmo, com o casamento do abusador com a vítima.

No entanto, no lar, o enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes é um fenômeno bastante recente. Tal fenômeno deve-se muito ao conservadorismo e ao poder que a figura paterna possuía em relação aos demais membros da unidade familiar. Trata-se de uma relação notadamente assimétrica, na qual o abusador utiliza o seu poder para dominar e controlar a vítima que fica sem ter como agir, sem ter a quem recorrer.

No cenário internacional, os Direitos Humanos ganharam forte impulso com o final da Segunda Guerra Mundial, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ocorrida no ano de 1948. Porém, desde o ano de 1924, com a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, começou a ser construída a necessidade de uma proteção à criança e ao adolescente no plano internacional. Outrossim, o divisor de águas foi, inexoravelmente, a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, principal instrumento protetivo no cenário global e instrumento mais ratificado da história da humanidade.

A Convenção considera criança todo o ser humano com idade inferior a dezoito anos. Além disso, é extremamente abrangente, abarcando praticamente todos os campos de atuação dos Direitos Humanos. Nesse sentido, apesar de não mencionar o termo “proteção integral”, assegura a referida proteção integral ao dispor sobre considerável gama de direitos aptos a criar um sistema de proteção integral nos Estados-Partes que a ratificaram.

No tocante à violência sexual, é no artigo 34 que a Convenção propaga expresso comando aos Estados-Partes para tutelar crianças e adolescentes contra todas as formas de exploração e abuso sexual, adotando as medidas que se fizerem necessárias a impedir a violência sexual. Nesse embate, podemos citar o papel importante do artigo 12 da Convenção, já que, no cenário pátrio, tivemos a Lei do Depoimento Especial, importante instrumento de

enfrentamento à violência sexual intrafamiliar, por possibilitar e assegurar a oitiva em juízo da criança/adolescente vítima ou testemunha de violência.

No panorama interamericano dos Direitos Humanos, em apertada síntese, podemos, sem margem de erros, mencionar a existência de *corpus juris* internacional utilizado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, quando ocorrem casos envolvendo violação aos direitos humanos de crianças e adolescentes, representando potente avanço no tratamento do tema por parte do Direito Internacional, justamente porque o julgador sempre deverá adotar os melhores institutos de Direitos Humanos aplicáveis à matéria para solucionar o caso concreto, materializando, assim, o princípio do interesse superior, reconhecendo que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos.

Ademais, as decisões da Corte IDH são exemplares e explicitam a necessidade da adoção de diversas políticas públicas por parte dos Estados-Partes para, ao menos, amenizar o problema. Aliás, esse modelo de decisão poderia ser observado por nossos Tribunais ao depararem com casos semelhantes de violações aos Direitos Humanos e omissão estatal, uma vez que a sociedade, como um todo, seria a grande beneficiada.

No Direito Penal Comparado pesquisado, é possível aduzir que as crianças e os adolescentes estão bem tutelados diante da violência sexual intrafamiliar nos sistemas argentino, colombiano e espanhol.

Nesse sentido, a título de considerações finais, ao estudar a tutela penal no panorama argentino, percebemos que as penas cominadas aos *delitos contra la integridad sexual* são bem elevadas no Código Penal de 1921. Outrossim, quando ocorre abuso sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar, tanto o legislador quanto a jurisprudência punem com rigor o abusador. Inclusive, a jurisprudência argentina fundamenta, constantemente, suas decisões na jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em tratados internacionais sobre Direitos Humanos e na própria Constituição da Argentina. Outro ponto que merece alusão reside na previsão da pena de prisão perpétua quando a violência sexual resultar na morte da vítima, conforme sinaliza o artigo 124 do Código Penal argentino.

Já no cenário colombiano, verificamos que os *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*, tipificados no Código Penal de 2000, também registram penas elevadas, ainda mais em sede de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, consistindo esse tipo de violência em agravante para a maioria dos crimes. Destacamos que se trata de um código com notável viés humanitário. Prova disso é que o artigo 1º versa sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Código Penal colombiano tipifica o crime de

incesto no artigo 237, justamente por preservar a família e o livre desenvolvimento da personalidade nesses casos.

Recentemente, o legislador colombiano conferiu a imprescritibilidade aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, bem como trouxe hipóteses de prisão perpétua revisável para alguns desses crimes sexuais, fatos que, *de per se*, explicitam o notável enfrentamento à criminalidade sexual de menores, principalmente, a intrafamiliar.

Ademais, a jurisprudência colombiana, no que tange à violência sexual intrafamiliar, tem julgados de considerável fundamentação, nos quais a gravidade da violência sexual intrafamiliar fica explícita, demonstrando a seriedade com que o judiciário daquele país enfrenta o tema.

O último cenário pesquisado no Direito Comparado é o espanhol, no qual os *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* se encontram tipificados no Código Penal de 1995. Nesse cenário, destacamos a presença da previsão de aplicação da pena de prisão perpétua revisável no artigo 140.1, quando o abusador sexual causar o óbito da vítima.

Todavia, diferentemente dos cenários argentino e colombiano, as penas cominadas no cenário espanhol, até mesmo em sede de violência sexual intrafamiliar, são bem mais brandas do que nos referidos cenários.

Entretanto, da prospecção do cenário, o panorama espanhol pode subsidiar a obtenção de opções para o melhor enfrentamento da criminalidade sexual intrafamiliar, pois lá encontramos a maior quantidade de medidas que podem ser incorporadas ao ambiente pátrio, a exemplo da liberdade vigiada (*libertad vigilada*), medida pós-cumprimento de pena que funciona como uma torre de vigia do criminoso sexual, que é monitorado por determinado período após o cumprimento da pena, considerando a gravidade do delito, a periculosidade do criminoso sexual e o risco de reiteração da conduta delitiva, podendo chegar a dez anos. Nesse sentido, a medida ajuda no controle da obrigatoriedade imposta ao delinquentes sexual em participar de programas sobre educação sexual e, quando for o caso, submeter-se a tratamento médico ou controle médico periódico, podendo ser inserida ao sistema penal pátrio a título de efeito específico da condenação, necessitando de fundamentação.

Ademais, medidas restritivas de direito, como, por exemplo, manter distância de determinados locais, a exemplo de creches, escolas, clubes, bem como não desempenhar atividades com crianças e adolescentes, são questões que a legislação e a jurisprudência espanhola trabalham com maestria. O fato de a liberdade vigiada ocorrer após o cumprimento

da pena traz extraordinária segurança à vítima e aos seus familiares, já que se veda tanto a aproximação, quanto a comunicação do condenado com a vítima e seus familiares.

Entendemos tratar-se de medidas de valor inestimável ao aprimoramento e ao enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar no cenário pátrio, porquanto poderiam potencializar a monitoração eletrônica prevista no artigo 319, IX, do Código de Processo Penal (medidas cautelares diversas da prisão), sendo aplicada, não apenas nas hipóteses pós-cumprimento de pena, quando comprovada a periculosidade e a provável reiteração criminosa do agente, mas, também, nas hipóteses de progressão de regime e de livramento condicional, quando praticado delito hediondo ou equiparado a hediondo. Com isso, viabiliza-se a ressocialização dos apenados e, ao mesmo tempo, confere-se tranquilidade às vítimas e a toda a sociedade.

O enfrentamento à criminalidade sexual contra crianças e adolescentes no cenário espanhol não fica adstrito às pessoas físicas, uma vez que, até mesmo, pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas penalmente pela prática de crimes ligados à prostituição, à exploração sexual e à corrupção de menores.

O nível dos julgados do cenário espanhol é tamanho que questões específicas do Direito Civil são tratadas nas sentenças penais, a exemplo dos temas filiação e alimentos. Realmente, trata-se de um ambiente que leva o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes a sério e poderia subsidiar o enfrentamento no cenário pátrio.

Finalmente, no cenário pátrio, os crimes contra a dignidade sexual, previstos no Código Penal de 1940, recebem a cominação de penas razoavelmente elevadas, principalmente no tocante aos crimes de estupro quando praticados contra crianças (art. 217-A) e adolescentes (art. 217-A e 213, §1º) no âmbito da violência sexual intrafamiliar, ocasião em que incide a causa de aumento de pena da metade prevista no artigo 226, II, do Código Penal.

Todo e qualquer crime de estupro, no cenário pátrio, é sempre crime hediondo, sofrendo os gravames da Lei Federal nº 8.072/90 (prioridade de tramitação em todas as instâncias, prazo maior para a prisão temporária, regime inicial fechado para o cumprimento da pena, condições mais complexas para a obtenção dos benefícios prisionais, a exemplo do livramento condicional e da progressão de regime do cumprimento da pena, etc.). Além disso, é obrigatória a coleta do material genético do criminoso, bem como o descarte após a identificação do perfil genético, impedindo, assim, sua utilização para qualquer outro fim.

Nesse vértice, entendemos que o descarte compulsório do perfil genético do banco de dados, após a identificação do criminoso, caracteriza grande retrocesso, pois enfraquece a persecução penal, já que, muitas vezes, estamos diante de criminosos que praticaram uma série de delitos, sendo, portanto, injustificável essa alteração legislativa que ocorreu após a derrubada de um veto presidencial, proporcionada, recentemente, pelo Congresso Nacional.

Outrossim, é tema que decorreu do chamado pacote anticrime, Lei Federal nº 13.964/2019, o que representa um contrassenso diante da restrição que tal medida caracterizou à persecução penal em delitos dessa natureza, dentre outros.

De modo geral, o enfrentamento à criminalidade sexual no cenário pátrio ainda é muito incipiente, em que pese, recentemente, ter o importante aporte da Lei do Depoimento Especial (Lei Federal nº 13.431/2017). Essa lei nasceu em razão da atuação pioneira do Des. José Antônio Daltoé Cezar que, no ano de 2003, no âmbito do Segundo Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre - RS, implementando um método de escuta diferenciado da vítima (depoimento sem dano), com a finalidade de valorizar o relato da criança/adolescente, vítima de violência sexual, respeitando, dessa forma, a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, evitando a revitimização em juízo. Além disso, os espaços físicos para a tomada do depoimento especial consistem em locais com estrutura adequada, nos quais a criança/adolescente tem privacidade e não tem contato com o suposto agressor. Entendemos que a Lei do Depoimento Especial consiste na mais importante contribuição introduzida no ordenamento jurídico pátrio nos últimos anos visando ao enfrentamento à violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, na medida em que possibilita a oitiva adequada da vítima ou testemunha de violência, assim como evita que seja revitimizada injustificadamente em juízo. Pode, ainda, a depender do caso concreto, funcionar a título de prova antecipada, em atenção ao princípio da prioridade absoluta que crianças e adolescentes possuem.

A violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes representa o cometimento de infrações penais absolutamente graves, que causam efeitos deletérios para o resto da vida da vítima, consistindo em práticas repugnantes nas quais existe uma relação assimétrica de poder entre a vítima e o abusador, este, na maioria das vezes, é o pai, o padrasto ou o tio da vítima e ocorre, em muitos casos, com a conivência de outros membros da unidade familiar (a exemplo da mãe que permite o abuso da filha para manter o casamento), o que faz com que a vítima não tenha a quem recorrer, sofrendo desde a síndrome

do segredo imposta pelo agressor até a síndrome da adição, com a reiteração das condutas delitivas que ocorrem, em regra, na clandestinidade.

Destacam-se, também, as dificuldades em detectar esse tipo de criminalidade, porquanto, em muitos casos, são praticados por pais (padrastos, tios) exemplares aos olhos da sociedade, ou seja, em famílias que não despertam atenção dos demais cidadãos quanto a essa ocorrência, o que reforça a clandestinidade dessa criminalidade.

No nosso sistema processual penal, de fato, no tocante à criminalidade sexual intrafamiliar, não temos medidas restritivas de direitos aplicadas ao criminoso após o cumprimento da pena, nem mesmo a monitoração eletrônica. Por outras palavras, extinta a punibilidade, o Estado não tem mais o controle sobre o criminoso.

Dessa forma, reforçamos o impacto benéfico que a introdução da liberdade vigiada traria ao ordenamento pátrio, na medida em que existiria o controle sobre criminosos, não apenas o sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, mas aquele que cometeu delitos graves, delitos hediondos ou equiparados a hediondos até que ocorra a devida ressocialização do delinquente. Tal medida, conforme já reportamos, poderia ser inserida como efeito específico da condenação, devidamente fundamentado pelo magistrado, ou, até mesmo, nas hipóteses de livramento condicional e progressão de regime de cumprimento de pena.

Ainda assim, em sede de criminalidade sexual intrafamiliar, reportamo-nos ao texto constitucional previsto no artigo 227, §4º, onde é explícito o comando de que *a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*. Se essa punição deve ser severa, justa, pois, é a adoção de medidas pós-cumprimento de pena, até mesmo para fazer valer o comando constitucional que, aliás, não está ceifando direito algum do condenado, já que foi ele quem praticou a conduta delitiva hedionda contra a vítima inocente que, além de tudo, era sua familiar e este tinha o dever de cuidado e proteção.

Igualmente, entendemos ser de grande valia e desestímulo ao abuso sexual intrafamiliar, se o legislador pátrio introduzisse ao Código Penal o crime de incesto, conforme ocorre no cenário colombiano, pois não é crível que um país que apresenta altíssimos índices de violência sexual intrafamiliar, conforme reportamos no mapa da violência desse tipo de delito no cenário pátrio, considere atípica a conduta de um(a) adolescente de apenas quatorze anos de idade que tenha relações sexuais consensuais com os seus pais, tios, irmãos, avós. Não se trata de conservadorismo, mas, sim, de obstar que esse tipo de prática seja taxada como algo normal, uma vez que as vítimas são adolescentes que se encontram desprotegidos pelo sistema penal, e sequer mensuram os efeitos deletérios dessa conduta abusiva.

Por sua vez, a jurisprudência pátria vem tutelando em considerável medida a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a exemplo dos recentes julgados colacionados neste trabalho científico, nos quais percebemos um enfrentamento sério ao tema.

Não obstante, é inegável que a violência sexual intrafamiliar apenas é punida quando o delito já ocorreu, e os seus efeitos danosos na vítima são aparentes. Em um cenário ideal, o Direito Penal deveria antecipar-se ao criminoso, justamente, para evitar a conduta delitiva.

Dessa forma, é nesse cenário fazermos menção ao Direito Penal da Periculosidade a título de evitar que criminosos sexuais repitam suas graves condutas delitivas. O referido tema é muito bem trabalhado no cenário espanhol, onde é conhecido como *Derecho Penal de la Peligrosidad*, possuindo matrizes no Direito norte-americano e no alemão.

Desse modo, com o objetivo de evitar a reiteração de condutas delitivas, considerando o Direito Penal da Periculosidade e seu caráter veementemente preventivo, acreditamos que, existindo, comprovadamente, um prognóstico psicológico e psiquiátrico de que o autor de um delito grave contra a dignidade sexual da vítima, a exemplo de um pai que abusa sexualmente de uma filha (criança) reiteradamente, incidindo no crime de Estupro de Vulnerável – artigo 217-A c/c 226, II, ambos do Código Penal pátrio-, e que o prognóstico desse criminoso sexual ateste uma grande probabilidade de reincidência delitiva no momento em que for posto em liberdade, deva o Estado intervir para evitar essa reincidência delitiva, sob o fundamento constitucional da necessária proteção integral de crianças e adolescentes.

Efetivamente, não desconsideramos que o Direito Penal da Periculosidade possa ser muito criticado na doutrina por alguns autores e, ao mesmo tempo, defendido por tantos outros. Não estamos falando que se trata de um Direito Penal do autor, pois o primeiro crime grave já ocorreu, temos a presença de fato típico, ilícito e culpável, logo, punível. Estamos falando de um Direito Penal do futuro, já que o Direito Penal de hoje opera diante de fatos que já ocorreram, ao passo que o Direito Penal da Periculosidade atuaria perante os atos que, provavelmente, irão ocorrer, considerando os fatos praticados pelo agente. Seria uma antecipação penal, devidamente justificada em fundadas razões, para frear a elevada periculosidade do agente em seu comportamento delitivo.

Destarte, não defendemos nenhum tipo de tratamento hormonal compulsório ao delinquente, pois isso seria contrário à dignidade da pessoa humana e, também, contrário ao Estado Democrático de Direito, principalmente, à luz da nossa Carta Maior de 1988 que defende como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e tem como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos ou

discriminações de quaisquer naturezas (art. 3º, IV). Ademais, também, não defendemos penas perpétuas, em respeito ao artigo 5º, XLVII, *b e e*, da norma fundamental de 1988.

Defendemos, sim, que não ocorram crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar, e que haja medidas preventivas contra tais condutas. Daí, exemplificativamente, a adoção da liberdade vigiada pós cumprimento da pena.

Existe um clamor social de nível global no sentido de que a maioria dos povos quer se ver livre desse tipo de criminalidade. Lutam por medidas que coíbam, ao menos, a reincidência delitiva, transmitindo, assim uma sensação de segurança para as suas respectivas populações.

Nesse sentido, em pesquisa realizada no Sistema Prisional de Barcelona – Espanha, o tratamento psiquiátrico/psicológico imposto aos abusadores sexuais (que apresentavam uma tendência em repetir os abusos sexuais ou que já eram reincidentes), apresentou grandes resultados para fins de evitar a reincidência delitiva em comparação aos abusadores sexuais que não se submeteram ao tratamento. O método consistiu em duas fases: a primeira versou sobre a tomada de consciência (o delinquente sexual enxerga a potencialidade lesiva de sua conduta); já a segunda consistiu na tomada do controle (o criminoso cessou a reiteração do comportamento criminoso, pois tomou o controle da situação).

Por derradeiro, entendemos que, apesar de o texto constitucional do artigo 227 ser bem abrangente e propiciar, em sentido formal, a proteção integral de crianças e adolescentes, ainda são possíveis e necessários os avanços em face da violência sexual intrafamiliar. A incidência de grande massa de criminalidade dessa natureza demonstrada por estatísticas, conforme visto neste trabalho, permite-nos extrair ilação no sentido de uma débil e até ineficaz tutela penal constitucional na necessária proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual intrafamiliar. O que atesta tal conclusão são as cifras desse tipo de criminalidade, explicitadas no mapa da violência desse tipo de delito, sem contar o fato de existir grande cifra oculta de crimes desta natureza em razão do ambiente no qual ocorrem e da dificuldade na produção de provas.

Logo, o comando constitucional previsto no artigo 227, §4º, da Carta Maior, que determina a punição severa ao abuso, à violência e à exploração sexual de crianças e adolescentes, exerce comando indeclinável no sentido do incremento de novas medidas protetivas, legitimando-as e chancelando o legislador ordinário a promovê-las.

Dito de outro modo, a legislação penal de enfrentamento à violência sexual intrafamiliar ainda é, ao menos em boa parte, incongruente com o comando constitucional,

porque não evita o problema e, muito menos, a reincidência delitiva, necessitando, portanto, que o legislador seja impulsionado à proatividade. O aperfeiçoamento da legislação e, principalmente, políticas públicas voltadas à educação, são instrumentos disponíveis e necessários para que ocorra um verdadeiro enfrentamento ao tema.

Evidentemente, trata-se de questão multifacetária e de contornos variados, mas que não prescinde do enfrentamento adequado sob o viés legislativo.

As medidas apresentadas no cenário do Direito Comparado pesquisado, principalmente, a liberdade vigiada e a tipificação do crime de incesto, seriam acréscimos de elevada monta capazes de enfrentar, com maior adequação, a criminalidade sexual intrafamiliar e a reincidência delitiva, somando-se a outros instrumentos já existentes, como o depoimento especial (Lei Federal nº 13.431/2017), permitindo a conformação de um sistema de proteção mais integral e justo às vítimas, crianças e adolescentes, no ambiente intrafamiliar.

Nesse espectro de avanços possíveis e necessários, não se descarta a própria imprescritibilidade conferida aos crimes de racismo e a homofobia ser estendida aos delitos sexuais praticados contra crianças e adolescentes no ambiente familiar, a exemplo do que já ocorre no cenário colombiano.

Outra medida que entendemos ser extremamente benéfica para evitar a reincidência delitiva reside no regime de cumprimento de pena diferenciado aos criminosos sexuais, com tratamento psicológico e psiquiátrico compulsório ao abusador, bem como a frequência a cursos sobre educação sexual, podendo, de qualquer sorte, ser uma tentativa aproximada de fazer com que o criminoso sexual altere o comportamento delitivo.

Para que ocorra o adequado enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar entendemos ser imprescindível a interdisciplinariedade e a prévia capacitação dos profissionais envolvidos no Sistema de Justiça Criminal responsável pelo enfrentamento dessa criminalidade contra crianças e adolescentes (recebendo o adequado conhecimento e treinamento para a compreensão profunda de questões complexas e intrínsecas ao abuso sexual), percebendo os efeitos emocionais e psicológicos que o abuso sexual acarreta sobre crianças e adolescentes.

Em paralelo ao caminho penalístico/constitucional, o Estado deve ser capaz de introduzir políticas públicas capazes de ensejar a conscientização da população no tocante a esse tipo de violência pela via da educação, voltada à juventude, família e sociedade em geral,

no mínimo conscientizando-os e capacitando-os a identificar rapidamente sinais de violência para atuar de modo preventivo, evitando-se, assim, a coisificação da infância.

Além disso, introduzindo políticas públicas direcionadas a educar a população sobre a violência sexual intrafamiliar e todos os efeitos perversos na vida da vítima e de seus familiares, o enfrentamento a esse tipo de criminalidade, conseqüentemente, estará aprimorado. De fato, as escolas deveriam ensinar educação sexual para que crianças e adolescentes sejam capazes de distinguir o carinho da carícia e, em situações de violência sexual, seja familiar ou extrafamiliar, saber como pedir ajuda. A tarefa não é fácil, mas necessária e possível.

Nesse passo, mencionamos o louvável e notável papel desempenhado por entidades não governamentais na difusão dos direitos humanos de crianças e adolescentes em nível global, a exemplo da ONU, do UNICEF, da *Childhood*, da *Save the Children*, dentre outras.

O problema da violência sexual intrafamiliar é gravíssimo, perpassa o cenário atual e nos remete ao início da história do homem. Todavia, não podemos desistir de tentar alterar esse panorama, pois o Estado, por meio da educação, e o legislador, por intermédio de leis eficazes podem alterar a percepção que as pessoas têm acerca do problema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTONELLO, Anuska Leochama Menezes. **Crimes culturalmente motivados: sistema jurídico e os direitos das minorias sob a ótica do multiculturalismo**. Portugal: Juruá, 2020.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Código penal de la nación Argentina**: ley 11.179. Buenos Aires, 1984. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>. Acesso em: 5 jan. 2021.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Código procesal penal**: ley n° 23.984. Buenos Aires, 1991. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ARGENTINA. Casa Rosada Presidencia. **Constitución Nacional**: ley n° 24.430. Buenos Aires, 1853. Disponível em: <https://www.caserosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional>. Acesso em: 7 jul. 2020.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **CSJ 873/2016/CS1**. Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo-. Buenos Aires, 2020a. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7580784>. Acesso em: 5 fev. 2021.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Interés superior del niño 2020**. Buenos Aires, 2020b. Disponível em: <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verMultimedia?data=4525>. Acesso em: 24 out. 2021.

ARGENTINA. Superior Tribunal de Justicia. **P., A. s/ Abuso sexual seguido de muerte r/ víctima M.M.A.** SENTENCIA, Nro. Interno: 67-P-08, Magistrados: Jorge Pflieger Alejandro Javier Panizzi José Luis Pasutti, Id SAIJ: FA08150277. Chubut, 13 nov. 2008. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-chubut--abuso-sexual-seguido-muerte-victima-mma-fa08150277-2008-11-13/123456789-772-0518-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 6 fev. 2021.

ARGENTINA. Camara en lo Penal de 3RA NOM. **P.,S.G. s/ abuso sexual con acceso carnal continuado agravado por el vínculo - dos hechos - en concurso real - Dpto. Santa María - Catamarca**. SENTENCIA, Magistrados: Soria - Palacios - Morabito S.L., Id SAIJ: FA15300000. Catamarca, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/camara-penal-3ra-nom-local-catamarca-sg-abuso-sexual-acceso-carnal-continuado-agravado-vinculo-dos-hechos-concurso-real-dpto-santa-maria-catamarca-fa15300000-2015-11-24/123456789-000-0035-1ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 6 fev. 2021.

AROCENA, Gustavo Alberto. **Ataques a la integridad sexual**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Genebra**. Genebra: AMM, 1948. Disponível em: <https://amb.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Declarac%CC%A7a%CC%83o-de-Genebra-2017-Tradu%C3%A7%C3%A3o-Dr-Miguel.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Caminho percorrido pela criança vítima. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 42, p. 125–131, 2000. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/edicao/66>. Acesso em: 16 abr. 2021.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Vitimização e vitimização: questões conceituais. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (orgs.). **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989. P. 25-47.

BALCARCE, Fabián Ignacio. **Introducción a la parte especial del derecho penal: su vinculación con la parte general**. Montevideo: Editorial BdeF, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. Tradução: Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático. In: OVIEDO, Mauricio González; ULATE, Elieth Vargas (orgs.). **Derechos de la Niñez y la adolescencia: antología**. San José: Unicef, 2001. p. 47–57. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23878.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia. **Perspectivas do direito no início do século XXI**, Coimbra, n. 41, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 61–92, 1999.

BBC NEWS BRASIL. **Josef Fritzl é condenado à prisão perpétua**. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090319_fritzlverdictofn. Acesso em: 9 set. 2021.

BBC NEWS BRASIL. **Menina de 6 anos trocada por cabra: a tragédia do casamento infantil no Afeganistão**. São Paulo, 2016a. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37053784>. Acesso em: 9 set. 2021.

BBC NEWS BRASIL. **O caso da menina de 10 anos que foi estuprada por parente, engravidou e teve aborto negado na Índia**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40856888>. Acesso em: 9 set. 2021.

BBC NEWS BRASIL. **O que já começa a mudar para mulheres com Talebã no poder no Afeganistão.** São Paulo, 2016b. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-58242204>. Acesso em: 9 set. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene.** Roma: Castelvechi, 2017.

BERENGUER, Enrique Orts. **Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el código penal y en el proyecto de 2013.** Madrid: Ministerio Fiscal España, 2013. Disponível em: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276999/Ponencia+Enrique+Orts+Berenguer.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BERENGUER, Enrique Orts. **Delitos contra la libertad sexual.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

BERENGUER, Enrique Orts (org.). **Menores: victimización, delincuencia y seguridad (programas formativos de prevención de riesgos).** Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. **Compendio de derecho penal parte general.** 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 4.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Ordinário em habeas corpus 192.485 Santa Catarina. **Min. Dias Toffoli**, 22 mar. 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755801001>. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5.006, de 8 de março de 2004.** Brasília, DF, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004.** Brasília, DF, 2004b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 10.701, de 17 de maio de 2021.** Brasília, DF, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10701.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Promulgação. Brasília, DF, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Brasília, DF, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Brasília, DF, 1992c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Disque direitos humanos:** relatório 2019. Brasília, DF: Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos; Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019a. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306 Rio de Janeiro. **Min. Marco Aurélio,** 9 ago. 2016a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 478.310 - PA (2018/0297641-8). **Min. Rogério Schietti Cruz,** 9 fev. 2021c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802976418&dt_publicacao=18/02/2021. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 603.195 - PR (2020/0195684-0). **Min. Ribeiro Dantas,** 6 out. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001956840&dt_publicacao=16/10/2020. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 668.829 - SP (2021/0158606-7). **Min. Ribeiro Dantas,** 16 jun. 2021d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=129056845&num_registro=202101586067&data=20210618&tipo=0. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **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. Brasília, DF, 1990c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.845, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e dá outras providências. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e dá outras providências.

Brasília, DF, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo. Brasília, DF, 2021e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Brasília, DF, 2004c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.792, de 2015**. Estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057263>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas**. 2021d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/estatistica/>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010**. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento especial. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre crimes sexuais reforça ampliação do Depoimento Especial**. 2015b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-sobre-crimes-sexuais-reforca-ampliacao-do-depoimento-especial/>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 70.976 - MS (2016/0121838-5). **Min. Ricardo Lewandowski**, 2 ago. 2016b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/08/2016. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 94.386 - SP (2018/0019842-9). **Min. Jorge Mussi**, 5 abr. 2018c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800198429&dt_publicacao=21/05/2018. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Rel. **Min. Cezar Peluso**, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em habeas 138.717 Paraná. **Min. Ricardo Lewandowski**, 23 maio 2017b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur368657/false>. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Requerimento (CN) nº 2, de 2003**. Requerem a criação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. (Volume - XVII). Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/57649>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. **Supremo Tribunal de Justiça**: seção 3, Brasília, DF, 6 nov. 2017c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 21, n. 70, p. 65–93, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3

CASABONA, Carlos María Romeo. **Peligrosidad y derecho penal preventivo**. Barcelona: Bosch, 1986.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. Criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. *In*: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (orgs.). **Pedofilia**: repressão aos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Mallet, 2019. p. 221-237.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em juízo. *In*: DIAS, Maria Berenice (orgs.). **Incesto e Alienação Parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 179-195.

CHILDHOOD BRASIL. **Childhood**: pela proteção da infância. São Paulo, 2021a. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/>. Acesso em: 30 dez. 2020.

CHILDHOOD BRASIL. **Nossa causa**. São Paulo, 2021b. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/nossa-causa>. Acesso em: 9 fev. 2021.

COLLANTES, Tália Gonzáles. Medidas de carácter penitenciario aplicables a los delincuentes sexuales para prevenir la reincidencia. *In*: BERENGUER, Enrique Orts; RIMO, Alberto Alonso; TORRES, Margarita Roig (org.). **Derecho Penal de la Peligrosidad y Prevención de la Reincidencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 505-548.

COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. **Código de Procedimiento Penal**: ley 906 de 2004. Bogotá, 2004. Disponível em: https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. **Ley 599 de 2000**: Diario Oficial nº 44.097 de 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá, 2000. Disponível em: https://leyes.co/codigo_penal.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. **República de Colombia**. Bogotá, 2021. Disponível em: <http://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/>. Acesso em: 22 jan. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-164/19**. AGRAVACION PUNITIVA-Exequibilidad condicionada de causal de agravación en delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce (14) años. Bogotá, 2019. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-164-19.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-241/12**. TIPIFICACION PENAL DEL INCESTO-Constituye una limitación justificada desde la perspectiva constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en aras de proteger el bien jurídico de la familia. Bogotá, 2012. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-241-12.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Belém do Pará: CIDH, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 6 fev. 2021.

COMISSÃO INTRAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre castigo corporal e os direitos humanos das crianças e adolescentes**. Washington: CIDH, 2009. Disponível em: <http://cidh.oas.org/pdf%20files/CASTIGO%20CORPORAL%20PORTUGUES.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2020.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal**: parte especial. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal**: parte especial. 22. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CONDE, Francisco Muñoz. Introducción. *In*: ROXIN, Claus (org.). **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. p. 13-40.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CORDEIRO, Cristina de Faria. Aprender a ouvir. *In*: PÖTTER, Luciane (org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes**: os desafios da implantação da lei nº 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 127-144.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinió consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos**. Costa Rica, 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. Acesso em: 6 dez. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinió consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Costa Rica, 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 6 dez. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentencias**. Costa Rica, 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 12 dez. 2020.

CUNHA, Aline. **Lei da escuta especializada e depoimento sem dano comentada à luz do microsistema de proteção da infância e adolescência**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELITOS SEXUALES Y REINCIDENCIA: JUSTICIA Y SOCIEDADE. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009. (Un estudio en las prisiones de Cataluña: Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales: Recomendaciones de la comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves).

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. *In*: DIAS, Maria Berenice (org.). **Incesto e Alienação Parental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 319-344.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto: um pacto de silêncio**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/30.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DOBKE, Veleida Maria. **Abuso sexual: a inquirição das crianças - uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. **Delitos contra la integridad sexual**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho penal: parte especial**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. (Tomo I).

DUQUE, Maria da Luz *et al.* (org.). **Linhas orientadoras para actuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens**. Lisboa: Casa Pia de Lisboa, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira Faedrich. São, Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Código procesual penal**. Madrid, 2021a. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=334&modo=2¬a=0. Acesso em: 23 ago. 2021.

ESPAÑA. Senada de España. **Constitución Española**. Madrid, 1978. Disponível em: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em: 7 jul. 2020.

ESPAÑA. Poder Judicial. **El TSJ de Andalucía confirma la pena de 39 años de prisión para el acusado de violar a una joven en el parque de María Luisa (Sevilla)**. Rechaza imponer la pena de prisión permanente revisable, como habían solicitado la Fiscalía y la acusación particular. Madrid, 2017. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TSJ-de-Andalucia-confirma-la-pena-de-39-anos-de-prision-para-el-acusado-de-violar-a-una-joven-en-el-parque-de-Maria-Luisa--Sevilla->. Acesso em: 14 fev. 2021.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado: Legislación Consolidada. **Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal. Madrid, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 5 jan. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **Poder judicial España**. Madrid, 2021b. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **STS 187/2005, 23 de Febrero de 2005**. Penal - apelacion procedimiento abreviado. Número de recurso: 2366/2003. Número de resolución: 187/2005. Madrid, 23 fev. 2005. Disponível em: <https://vlex.es/vid/abuso-sexual-edad-victima-error-13-17692148>. Acesso em: 14 fev. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **STS 860/2006, 7 de septiembre de 2006**. Recurso de casación por infracción de Leyo. Número de recurso: 1208/2005. Número de resolución: 860/2006.

Madrid, 7 set. 2006. Disponível em: <https://vlex.es/vid/abuso-sexual-invencible-edad-victima-24310358>. Acesso em: 14 fev. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **STS 3486/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3486**. Penal - apelacion procedimiento abreviado. Número de recurso: 10149/2018. Número de resolución: 472/2018. Madrid, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4c88bbc93c00f8d9>. Acesso em: 14 fev. 2021.

ESPIELL, Hector Gross. The organization of American States. *In*: VASAK, Karel (ed.). **The international dimensions of human rights**. Tradução: Philip Alston. Connecticut: Greenwood Press, 1982. v. 1 rev. e trad.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução: Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal**. Tradução: Antonio Soto y Hernández. Ciudad de México: Tribunal Superior de Justicia Del Distrito Federal, 2004. (Tomo I).

FIERRO, Guillermo J. **Teoría de la participación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

FINKELHOR, David. **Childhood victimization: violence, crime, and abuse in the lives of young people**. New York: Oxford University Press, 2008.

FINKELHOR, David. The prevention of childhood sexual abuse. **The Future of Children**, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 169–194, 2009. Disponível em: <http://unh.edu/ccrc/pdf/CV192.pdf>. Acesso em: 5 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública 2020. **FBSP**, São Paulo, n. 14, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública 2021. **FBSP**, São Paulo, n. 15, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. (Título Original: Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir).

FRAGOSO, Heleno Cláudio. O direito penal comparado na América Latina. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 17–25, 1979.

FREUD, Sigmund. **Obras completas**: tótem y tabu y otras obras (1913-1914). Tradução: José L. Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1991. v. 13.

FREUD, Sigmund. **Obras completas**: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905). Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. v. 6

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Fundação Abrinq**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/>. Acesso em: 30 dez. 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Como atuamos no Brasil**. Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/como-atuamos-no-brasil>. Acesso em: 29 dez. 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 14 out. 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Declaração Universal dos Direitos da Criança - UNICEF**. Natal, 1959. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Pandemia dificulta denúncia de violência sexual contra crianças e adolescentes no Estado de São Paulo, revela relatório**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/pandemia-dificulta-denuncia-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-em-sp>. Acesso em: 5 ago. 2021.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar. Tradução: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

FURNISS, Tilman. **The multiprofessional handbook of child sexual abuse**. London: Routledge, 1991.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. De las agresiones sexuales: Capítulo I del Título VIII del Libro II. *In*: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; PUIG, Santiago Mir (orgs.). **Comentarios al Código Penal**: reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

GALLEGO, José María Asencio; VEGA, Ignacio González. **Delitos contra la libertad e indemnidad sexual**: análisis sustantivo y procesal: teoría y práctica. Curitiba: Juruá, 2019.

GARAY, Lucía Martínez. La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *In*: BERENGUER, Enrique Orts; RIMO, Alberto Alonso; TORRES, Margarita Roig (orgs.). **Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015a. p. 11-97.

GARAY, Lucía Martínez. La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la Führungsaufsicht del Derecho penal alemán. *In*: BERENGUER, Enrique Orts; RIMO, Alberto Alonso; TORRES, Margarita Roig (orgs.). **Derecho penal de la**

peligrosidad y prevención de la reincidencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015b. p. 252-323.

GAUDERER, Christian. **Crianças, adolescentes e nós:** guia prático para pais, adolescentes e profissionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

GIRARD, René. **Violência e o sagrado.** Tradução: Martha Conceição Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

GLASER, Danya; FROSH, Stephen. **Child sexual abuse.** London: Macmillan, 1993.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal. **Revista Jurídica de Castilla y León**, Valladolid, n. 5, Derecho Penal, p. 123–171, 2005. Disponível em: <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1248367026092/1248367026092/1211288935131/Redaccion>. Acesso em: 12 fev. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. Niterói: Impetus, 2017a. v. 3

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017b. v. 1

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos:** a tragédia revisitada. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

GUZMÁN, Augusto J. Ibáñez; HINESTROSA, Juan Pablo. Delitos contra las “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” (a propósito de la configuración de los delitos “contra la humanidad”). *In:* ARDILA, Hernando Barreto *et al.* (orgs.). **Lecciones de derecho penal, parte especial.** 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019. v. 2, p. 169-254.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HENKIN, Louis *et al.* **International law:** cases and materials. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Constituição e (des)igualdade:** a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do estado democrático e social de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

HERMAN, J. **Father-daughter incest.** Cambridge: Harvard University Press, 1981.

HOHENDORFF, Jean Von; HABIGZANG, Luísa Fernanda; KOLLER, Silvia Helena. **Violência sexual contra meninos:** teoria e intervenção. Curitiba: Juruá, 2014.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. VIII

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. (Arts. 197 a 249). v. VIII

INSTITUTO SOU DA PAZ; FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Análise das ocorrências de estupro de vulnerável no Estado de São Paulo**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#4484>. Acesso em: 5 ago. 2021.

INTEBI, Irene V. Prólogo. *In*: ROZANSKI, Carlos Alberto. **Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar?** Buenos Aires: Ediciones B. Argentina, 2003. p. 15-20.

INTEBI, Irene V. **Proteger, reparar, penalizar**: evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil. Buenos Aires: Granica, 2011.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** sobre a legitimação do direito penal. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JIMÉNEZ, Carla. Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital. **El País**, São Paulo, 16 ago. 2020.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional**: proteção ou punição? Canoas: Ulbra, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do sistema de proteção da criança e adolescente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 71, p. 85–111, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEAL, Mônica Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia**: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração. Coimbra: Almedina, 2004.

LEMOS, Vinícius. **A menina de 13 anos que foi abusada pelo pai, engravidou e morreu após o parto**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53843727>. Acesso em: 9 set. 2021.

LIDCHI, Victoria. Panorama Internacional e a Posição do Brasil no Enfrentamento e Prevenção do Abuso Sexual Infantil. *In*: WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (orgs.). **Prevenção do abuso sexual infantil**: um enfoque interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41-56.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: comentários à Lei 13.964/19 - artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020b.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no direito penal**. Tradução: Rolando Maria da Luz. 3. ed. Campinas: LZN Editora, 2007.

LISZT, Franz Von. **La idea de fin en el derecho penal**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MACHADO, Rafael. Direito da criança e do adolescente. *In*: ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo (orgs.). **Interesses difusos e coletivos**. 3. ed. São Paulo: Método, 2020. v. 2, p. 203-556.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção deficiente no processo penal**: as hipóteses de crimes sexuais contra crianças. São Paulo: Verbatim, 2008.

MAGENTA, Matheus; ALEGRETTI, Laís. **Brasil registra 6 abortos por dia em meninas entre 10 e 14 anos estupradas**. Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53807076>. Acesso em: 9 set. 2021.

MARCHIORI, Hilda. **Criminología**: la víctima del delito. Ciudad de México: Porrúa, 1998.

MARCHIORI, Hilda. **El estudio del delincuente**: tratamiento penitenciario. Ciudad de México: Porrúa, 2009.

MARTÍN, Victor Gomez. Delitos contra la vida humana independiente. *In*: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; SÁNCHEZ, Juan Sebastián Vera (orgs.). **Manual de derecho penal**: parte

especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. (Tomo I). p. 31-70.

MARTÍN, Gracia. Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos em el Estado de Derecho. *In*: VALDÉS, García *et al.* (orgs.). **Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 975-1004.

MARTÍNEZ, Miguel Ángel Martínez. El uso de médios telemáticos en la ejecución de la pena como elemento de control de los delincuentes peligrosos. *In*: BERENGUER, Enrique Orts; RIMO, Alberto Alonso; TORRES, Margarita Roig (orgs.). **Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 585-611.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

MONGE, Felipe Alonso. Abordaje sistémico de las agresiones sexuales a menores: el abuso sexual en el medio intrafamiliar. *In*: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (org.). **Abusos sexuales en la infancia**: abordaje psicológico y jurídico. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002. (Colección Psicología universidad). p. 233-255.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1-43, 2018. Disponível em: <https://civilistica.com/instrumentos-para-a-protecao-dos-filhos/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MORESCHI, Marcia Teresinha. **Violência contra Crianças e Adolescentes**: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas. Brasília, DF: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

MORGADO, Celia V. Díaz. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. *In*: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; SÁNCHEZ, Juan Sebastián Vera (orgs.). **Manual de derecho penal**: parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. (Tomo I). p. 243-296.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

NUNES, Daniel Pacheco. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. *In*: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103-145.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). **Estatuto da criança e do adolescente: lei 8.069/90: “estudos sócio-jurídicos”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 67–115.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERRONE, Reynaldo; NANNINI, Martine. **Violencia y abusos sexuales en familia**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

PERRONE, Reynaldo; NANNINI, Martine. **Violencia y abusos sexuales en familia**: una visión sistémica de las conductas sociales violentas. Buenos Aires: Paidós, 2010.

PINTO, Monica. Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos de protección en el sistema interamericano. *In*: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Montevideo: Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados del Uruguay, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). *In*: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 33–42.

PÍTSICA, Nicolau Apóstolo; PITSICA, Diogo Nicolau. **Introdução à ciência jurídica de Hans Kelsen**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PORTUGAL. Ministério Público de Portugal. **Convenção do Conselho da Europa para a proteção das crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais**. Lanzerote, 2007. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-do-conselho-da-europa-para-protecao-das-criancas-contr-exploracao-sexual-e--0>. Acesso em: 4 jan. 2021.

PÖTTER, Luciane. A escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (com anexo de artigo do presidente da BRAMINJ desembargador José Antônio Daltoé Cezar). *In*: PÖTTER, Luciane (org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes**: os desafios da implantação da lei nº 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019a. p. 25-48.

PÖTTER, Luciane. **Vitimização secundária infantojuvenil e violação sexual intrafamiliar**: por uma política pública de redução de danos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019b.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PUIG, Santiago Mir. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

RAMOS, Patricia Pimentel de O. Chambers. A proteção de crianças vítimas de abuso sexual pelo sistema de justiça: Depoimento Especial e reparação mínima. *In*: PÖTTER, Luciane (org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes: os desafios da implantação da lei nº 13.431/2017**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 49-78.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. South African Government. **The Constitution of the Republic of South Africa**. Cape Town, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>. Acesso em: 7 jul. 2020.

RIMO, Alberto Alonso. La publicidad de los antecedentes penales como estratégia de prevención del delito (a propósito de los registros públicos de maltratadores y de delincuentes sexuales). *In*: BERENGUER, Enrique Orts; RIMO, Alberto Alonso; TORRES, Margarita Roig (orgs.). **Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 549-584.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **MPRJ denuncia Dr. Jairinho e Monique Medeiros por homicídio triplamente qualificado**. Rio de Janeiro, 6 maio 2021. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/104301>. Acesso em: 7 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70081426900. **Des Ivan Leomar Bruxel**, Porto Alegre, 3 maio 2019a. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70081426900. Acesso em: 25 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70082597964. **Des Ivan Leomar Bruxel**, Porto Alegre, 27 ago. 2019b. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70082597964. Acesso em: 23 jul. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Condenados os quatro réus responsáveis pelo homicídio do menino Bernardo Boldrini**. Porto Alegre, 15 mar. 2019c. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/48712/>. Acesso em: 7 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Revisão criminal nº 70083567263. **Des Ivan Leomar Bruxel**, Porto Alegre, 18 dez. 2019d. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70083567263. Acesso em: 23 jul. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Direito Penal: parte general**. Tradução: Diego Manuel Luzón-Peña; Miguel Diaz Y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. (Fundamentos de la Estructura de la Teoria Del Delito). Tomo I.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução: Carmem Gómez Rivero; María del Carmen Gaciá Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROZANSKI, Carlos Alberto. **Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar?** Buenos Aires: Ediciones B. Argentina, 2003.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Exploração Sexual de Crianças. *In*: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (orgs.). **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989. p. 49-95.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. **Revista de Derecho**, [s. l.], n. 8, p. 177–188, 2001. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revistaderecho/article/download/2196/2556/8402>. Acesso em: 16 jul. 2021.

SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

SANDEVILLE, Lorette Garcia. Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico. (Boletim 25). **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, 1995.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (orgs.). **Depoimento sem medo: culturas e práticas não-revitimizantes, uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes**. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

SÃO PAULO. 2º Tribunal do Júri da Comarca da Capital - Fórum Regional de Santana. **Processo nº: 274/08**. São Paulo, 27 mar. 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Marco_10/Sente_n%C3%A7a%20Nardoni.doc. Acesso em: 7 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160–209, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAVE THE CHILDREN. **Bajo el mismo techo**. Fairfield, 2018. Disponível em: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/bajo-el-mismo-techo>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SAVE THE CHILDREN. **Barnahus: bajo el mismo techo**. Fairfield: Save the Children, 2020. Disponível em: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-01/Save_the_Children_Barnahus_Comunitat_Valenciana.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

SAVE THE CHILDREN. **Save the Children: make change for children. Donate today and your gift will be matched 10x**. Fairfield, 2021. Disponível em: <https://www.savethechildren.org/>. Acesso em: 23 set. 2021.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHECHTER, M. D.; ROBERGE, L. Sexual exploitation. *In*: HEIFER, Ray E.; KEMPE, C. Henry (orgs.). **Child abuse and neglect**: the family and the community. Cambridge: Ballinger Pub Co., 1976.

SHELTON, Dinah L. The inter-american human rights system. *In*: HANNUN, Hurst (ed.). **Guide to international human rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1992. (Tomo III).

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Exercício do poder paternal**. Portugal: Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Temas de direito das crianças**. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUZA, Janine. **Depoimento Especial completa 18 anos. Nascido no RS, é lei nacional**. Porto Alegre, 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/depoimento-especial-completa-18-anos-nascido-no-rs-e-lei-nacional/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

SOUZA, Luana Shirlei. O enfrentamento à violência, abuso e exploração sexual contra crianças e adolescentes na perspectiva da política nacional de assistência social. *In*: WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (orgs.). **Prevenção do abuso sexual infantil**: um enfoque interdisciplinar. Curitiba: Juruá, 2011. p. 150-155.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics and morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TÓPAGA, William Torres. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. *In*: ARDILA, Hernando Barreto *et al.* (org.). **Lecciones de derecho penal, parte especial**. 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019. v. 2, p. 465-507.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38–54, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/38379>. Acesso em: 16 abr. 2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WIKIPÉDIA. Josef Fritzl. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Josef_Fritzl. Acesso em: 9 set. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Derecho penal humano o inhumano?. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Argentina, n. 8, p. 3–15, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensaio introdutório: Direito penal humano ou inhumano?. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Paraguay, v. 3, n. 6, p. 27–47, 2015a. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/161>. Acesso em: 09 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo a la primera edición. *In*: AROCENA, Gustavo Alberto. **Ataques a la integridad sexual**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015b. p. XVII-XX.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (org.). **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (org.). **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZANINI, Gustavo. **Contribuição ao estudo da eficácia das resoluções das Organizações Internacionais**. São Paulo: Faculdade de Direito do Lgo de São Francisco, 1977.

APÊNDICE A - PESQUISA DE CAMPO

Com o objetivo de propiciar uma estreita aproximação com o cenário realístico e, também, aprimorar o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, buscando soluções ao problema, foi realizada uma pesquisa qualitativa, em forma de quesitos, com operadores do Direito e profissionais com larga experiência no Sistema de Proteção aos Direitos das Crianças e dos Adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar.

A entrevista contou com quatro (4) quesitos comuns a todos os participantes, bem como quesitos específicos, considerando, sobretudo, a área de atuação do entrevistado. Os quesitos completos, bem como as respostas integrais a todos os quesitos, estão anexos a este trabalho acadêmico.

Deste modo, os quatro (4) quesitos comuns a todos os entrevistados foram:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Destarte, ressaltamos que foram realizadas entrevistas com nove (9) participantes que atuam ou atuaram, de alguma forma, no Sistema de Proteção aos Direitos das Crianças vítimas de crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar, no Brasil, sendo 01 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 01 Procuradora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 02 Promotores de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 02 Advogadas, sendo uma delas Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 01 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul e 02 Psicólogas, sendo uma delas Bacharel em Direito e a outra Professora Universitária.

Tabela 1- Entrevista de campo

Categorias de Identificação	Nacionalidade	Cargo	Idade	Graduação	Estudos de Pós-Graduação	Anos de Atividade
Participante 1	Brasileiro	Desembargador	60 anos	Direito	Especialista em Dir. da Infância e Juventude	33 anos
Participante 2	Brasileira	Procuradora de Justiça, ex-Magistrada	67 anos	Direito	Especializações em Processo Penal; Saúde Comunitária; Ética e Educação em Direitos Humanos	42 anos
Participante 3	Brasileira	Advogada, Desembargadora aposentada	74 anos	Direito	Mestre em Direito; Especialista em Processo Civil	13 anos como Advogada e 35 anos como Magistrada
Participante 4	Brasileira	Promotora de Justiça	49 anos	Direito	Mestrado em Ciências Criminais e Especialização em Dir. da Infância e Juventude	23 anos
Participante 5	Brasileira	Promotora de Justiça	36 anos	Direito	-	7 anos
Participante 6	Brasileira	Advogada	51 anos	Direito	Mestrado em Ciências Criminais e Especialização em Dir. Público	22 anos
Participante 7	Brasileira	Defensora Pública	45 anos	Direito	Especialização em Dir. de Família e Sucessões	20 anos
Participante 8	Brasileira	Psicóloga e Bacharel em Direito	40 anos	Psicologia Direito	Especialização em Alienação Parental	11 anos
Participante 9	Brasileira	Psicóloga	39 anos	Psicologia	Mestrado em Psicologia Clínica; Especialização em Psicologia Clínica Familiar	15 anos como Psicóloga e 10 anos como Professora

Fonte: Dados da pesquisa.

As respostas foram coletadas através do envio de quesitos, tanto por e-mail quanto por videoconferência.

Os resultados que serão apresentados a seguir referem-se à apreciação dos conteúdos das respostas dos quesitos comuns, explicitando, principalmente, as necessidades apontadas para aprimorar o enfrentamento à criminalidade sexual intrafamiliar perpetrada contra crianças e adolescentes.

Exposição dos Resultados referentes aos quesitos comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

De acordo com o que foi coletado, o abuso sexual intrafamiliar teria como causas:

- A origem cultural do ser humano;
- A compulsão do agente ao abuso;
- A repetição da violência transgeracional;
- A desestruturação familiar;
- A assimetria da relação de poder entre abusador e vítima;
- A impunidade.

Já o papel da Sociedade e do Estado nesse quadro seria o de:

- Proteger a criança/adolescente;
- Criar políticas públicas para conscientização do fenômeno;
- Fomentar a educação;
- Qualificar os educadores para identificar os sinais de violência;
- Atuar na prevenção ao abuso.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

De acordo com o que foi coletado, as principais alternativas para enfrentar e evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar seriam:

- A busca do conhecimento acumulado durante séculos;
- O conhecimento sobre o tema por toda a sociedade;
- A educação sexual nas escolas e políticas públicas específicas garantindo o atendimento integrado e de qualidade para todos;
- Instrumentalizar a criança com informações sobre o que é violência e como pedir ajuda (em parceria com as escolas);
- Aperfeiçoar o Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes;

- Afastamento imediato do agressor e monitoramento da família;
- A responsabilização penal certa e exemplar do abusador, a título de prevenção geral e específica da pena.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

De acordo com o que foi coletado:

- O potencial aumento das penas nos crimes sexuais contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes poderia inibir a incidência, mas, desde que, acompanhados de políticas públicas voltadas para a população conhecer sobre o abuso sexual;

- O fator impunidade obsta a persecução penal;

- O aumento da pena, por si só, não leva à redução da criminalidade. Há uma dificuldade de colocar as pessoas na cadeia;

- A prisão, por si só, não muda o padrão de interesse sexual por crianças dos delinquentes sexuais. A prisão apenas os impede de cometer o crime por um tempo;

- O regime de cumprimento de pena deveria ser diferenciado para criminosos sexuais, agressores de crianças e adolescentes (pedófilos), especialmente, o criminoso sexual intrafamiliar;

- Outras medidas em conjunto com o aumento de pena deveriam ser adotadas, como, por exemplo:

- O acompanhamento psicológico das vítimas e agressores;

- As medidas protetivas para afastar os agressores das vítimas;

- A obrigatoriedade de realizado de curso para o agressor;

- Avaliação demonstrando comportamento condizente com o papel de ser pai, como condição para retomar qualquer tipo de contato com a vítima;

- O monitoramento do autor do crime, após o cumprimento da sentença pelo Estado.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

De acordo com o que foi coletado:

- As normas constitucionais merecem sempre uma interpretação que leve em conta a realidade atual. Embora a “lei” seja importantíssima, não é suficiente para, no caso, enfrentar a problemática do abuso sexual intrafamiliar. Esse fato delituoso é um dos “tormentos da Justiça” para aqueles que querem proteger a criança e, ao mesmo tempo, tentar garantir o convívio familiar à criança, principalmente quando o pai é o abusador.

- Talvez pudesse ser inserido no §4º do artigo 227 uma menção específica referente à violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes. O lado positivo de ocorrer essa inclusão seria o fato de gerar uma publicidade midiática que teria um caráter pedagógico, protetivo, na repercussão que isso traria para a sociedade.

- Poderíamos refletir sobre a necessidade de especificar medidas para a proteção da criança e do adolescente, quando em situação de violência sexual intrafamiliar. Desse modo, verifica-se a necessidade de preencher essa lacuna, sendo a redação atual do artigo 227 da CF/88 insuficiente.

- A norma do artigo 227 é bem abrangente, garante a proteção integral.

- O Brasil possui excelente legislação constitucional e infraconstitucional sobre proteção de crianças e adolescentes. No entanto, muito ainda necessita ser realizado para a proteção das crianças e adolescentes. A prevenção e a punição dependem da superação da invisibilidade;

- A legislação é bem abrangente, e prevê a política da proteção integral. A questão é que, na prática, temos um Estado economicamente quebrado que não dá conta de todas as demandas.

- O problema não estaria na redação da CF, mas no nosso sistema investigatório, na nossa lei penal e executória e na sua aplicação cotidiana pelos juízes e tribunais;

- Não se trata de modificar o texto da Constituição, mas de criarem-se normas infraconstitucionais específicas para garantir essa proteção;

- Considerando a incidência crescente dos casos de violência contra a criança e contra o adolescente, seriam necessárias maiores ações direcionadas a obediência dos preceitos do artigo 227, mais do que a mudança de seu texto.

Conclusões dos Resultados:

A violência sexual intrafamiliar tem origem na própria cultura do ser humano, bem como na compulsão que o abusador sente em cometer o abuso sexual intrafamiliar. Nesse sentido, não podemos descartar que ocorre uma verdadeira repetição transgeracional, onde a vítima do abuso sexual intrafamiliar assume papel que o seu agressor desempenhava. Ademais, é fato que ocorre uma destruição da família, já que as consequências do abuso perpassam da vítima e do abusador, compreendendo todo o espectro do seio familiar que fica fragmentado. O abuso sexual decorre de uma grande relação assimétrica na qual o abusador opera um poder em face da vítima que, em razão da sua vulnerabilidade, não consegue despende esforços suficientes para evitar a agressão. Além disso, o fator impunidade, inexoravelmente, contribui para que os abusadores não tenham as consequências de seus atos criminosos.

Não obstante, a sociedade e, principalmente, o Estado, devem proteger crianças e adolescentes de modo que evite a ocorrência da violência sexual intrafamiliar. Essa proteção deve ocorrer através do implemento de políticas públicas capazes de gerar uma conscientização na população acerca desse tipo de violência. Outrossim, o foco para potencialização das políticas públicas deve ser lastrado na educação, não restrita apenas a crianças e adolescentes, mas, sobretudo, aos educadores para que estes sejam capazes de identificar os sinais de violência e atuarem preventivamente evitando a coisificação da infância.

A melhor forma de enfrentar o problema seria através da expansão do conhecimento sobre os atores sociais, ou seja, educar e ensinar a população sobre o problema da violência sexual intrafamiliar, demonstrando que é um crime que acarreta efeitos para o resto da vida da vítima e de seus familiares. Ademais, as escolas deveriam ensinar educação sexual para que crianças e adolescentes conseguissem discernir o carinho da carícia. Nesse sentido, ensinar crianças e adolescentes a pedir ajuda em situações de violência proporcionaria uma possibilidade de cessar o comportamento criminoso do abusador. O próprio aperfeiçoamento do Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes com a inclusão de famílias de baixa renda em programas educacionais ajudaria no enfrentamento desta criminalidade perversa.

Ademais, o afastamento imediato do agressor e a atenção à família são condições que se fazem necessárias em todos os casos, até mesmo a título preventivo, para que ocorra a devida apuração do fato.

Em que pese pugnarmos o adequado enfrentamento penal nesse tipo de delito, o eventual aumento das penas, *de per si*, não inibiria a atuação criminosa do abusador sexual intrafamiliar, pois esse incremento deve ser amparado em medidas que potencializem o enfrentamento como, por exemplo, políticas públicas, etc.

Na verdade, a impunidade é um fator preponderante na criminalidade sexual intrafamiliar, até mesmo porque reside a síndrome do segredo, sendo um crime, notadamente, cometido na clandestinidade.

O encarceramento apenas evitaria a prática de crimes momentaneamente, mas não os impediria de ocorrer no futuro, razão pela qual entendemos que o tratamento psicológico/psiquiátrico compulsório ao abusador se faz necessário.

Outro ponto que poderia ser trabalhado para evitar a impunidade nos crimes sexuais habita na imprescritibilidade, já aplicada no cenário pátrio aos crimes de racismo e homofobia.

Além disso, o regime de cumprimento de pena diferenciado poderia ser uma tentativa de fazer com que o criminoso altere o comportamento, mesmo que patológico, pois tratado seria.

Ainda, entendemos que a monitoração pós-cumprimento de pena, assim como ocorre no cenário espanhol com a *libertad vigilada*, é algo que deveria ser pensado com seriedade, à medida que bastaria uma mera alteração legislativa para que a monitoração eletrônica (tornozeleira eletrônica) fosse utilizada pós-cumprimento de pena.

Por fim, entendemos que o texto constitucional do artigo 227 da CF/88 (BRASIL, 1988), apesar de ser bem abrangente e garantir a proteção integral de crianças e adolescentes, não os protege em face da violência sexual intrafamiliar. Entretanto, percebemos que não residiria apenas numa mudança de texto, mas, sim, em uma mudança de entendimento, ou seja, não bastaria à mera inserção da violência sexual intrafamiliar para garantir essa proteção. Mesmo que o valor pedagógico decorrente da alteração seja de grande porte, seria necessária uma mudança de interpretação, uma mudança de atitude, uma mudança de cultura, uma mudança de compreensão, uma mudança de percepção da situação e da potencialidade maléfica que o abuso sexual intrafamiliar acarreta para o restante da vida da vítima.

APÊNDICE B – DADOS COLETADOS DA PESQUISA DE CAMPO

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 08/12/2020.

Forma: E-mail.

Nome: José Antônio Daltoé Cezar.

Nacionalidade: brasileiro.

Idade: 60 anos.

Cargo: Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Especialista em Direito da Infância e Juventude.

Anos de Atividade: 33 anos.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar.

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

A violência sexual intrafamiliar sempre existiu, e pelas características do ser humano, creio, sempre existirá, havendo possibilidade de que ela diminua, com o conhecimento específico dessa matéria. A sociedade e o Estado devem se capacitar para debater esse assunto, já que existem conhecimentos científicos à nossa disposição, assim as pessoas deixando de lado os preconceitos.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

A busca do conhecimento acumulado durante séculos.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Não creio que tão só o aumento de pena possa inibir a incidência dos crimes sexuais, no momento que essa prática é ínsita ao seres humanos, existindo em todos os países do mundo. Todavia, sendo as penas altas e as pessoas tendo conhecimento sobre crimes sexuais (não apenas um exercício de achometria), creio que a incidência possa diminuir.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Sim, protege. O artigo 227 da CF abriu espaço para que práticas de proteção fossem incorporadas ao dia-dia da população, facilitando que a população entenda que a infância é prioridade absoluta. Dia 03 de dezembro passado, o CNJ instituiu o prêmio PRIORIDADE ABSOLUTA, para reconhecer e valorar práticas que protejam as crianças. O depoimento especial é uma delas, por exemplo.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar? Qual seria o peso aferido ao interrogatório do acusado, considerando que o acusado pode exercer o direito de permanecer calado ou de não responder as perguntas que lhes forem formuladas em juízo, bem como faltar com a verdade em juízo durante o seu interrogatório, a exemplo do réu que mente em juízo para não incidir a majorante do artigo 226, II do CP?

As principais dificuldades de se punir um criminoso que pratica violência sexual intrafamiliar, é fazer com que as vítimas consigam revelar o que ele está lhe fazendo. Estimativas internacionais dizem que uma entre cada quatro meninas, e um entre cada seis meninos, chegam ao final da vida tendo sofrido algum tipo de violência sexual, mas apenas 10% deles irão, algum dia na vida, conseguir externar. Ouvi centenas de réus acusados desse tipo de crime, e apenas um deles confessou, ainda assim porque a polícia pegou o seu celular e ele tinha foto da filha fazendo sexo oral nele. Os réus, na absoluta maioria, nunca confessam, pelo que o seu interrogatório muito pouco ajuda na formação da culpa.

- Os abusadores sexuais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar?

Não. Nunca observei um perfil específico para abusador intrafamiliar.

- Por ser pioneiro na implantação do depoimento sem dano (depoimento especial) no judiciário pátrio, o senhor poderia descrever quais eram as principais falhas do modelo anterior de escuta de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais em juízo? Existiu algum fato ou situação determinante que levou o senhor a aplicar o depoimento sem dano em juízo? Se sim, poderia descrever?

Assumi como juiz de direito em 1.988, como substituto de uma vara criminal em Santa Maria, e já nas primeiras semanas tive que ouvir uma menina de uns sete anos de idade que foi vítima de estupro por parte do padrasto. Nunca tinha ouvido falar disso em cinco anos de faculdade, nem no concurso uma pergunta foi feita a respeito. Essa situação se repetiu muitas vezes por anos. Tudo muito ruim. Muitas pessoas na sala, perguntas inadequadas e ofensivas, não existe uma razão sequer para se submeter uma pessoa a esse tipo de constrangimento. Falta de método para chamar essa pessoa em juízo, assim como dirigir-lhe perguntas. Tudo isso num momento de sofrimento que ocorria em um ambiente formal. Esses depoimentos sempre foram ruins para as vítimas, e, em regra, ensejaram a não-responsabilização dos acusados. Impossível aceitar que essa prática perdurasse. Algo tinha que ser feito. Então criamos o Depoimento Sem Dano.

- A Lei Federal de nº 13.431 de 2017 entrou em vigor em todo país no mês de abril do ano de 2018, analisando o fato de o Brasil ser um país com dimensões continentais, possuindo realidades completamente distintas, qual seria o grande desafio enfrentado pelo Judiciário para a materialização da aplicabilidade plena do depoimento especial em todo o território nacional? É possível considerar o modelo atual de depoimento especial (depoimento sem dano) como sendo o “modelo ideal” objetivando a máxima eficácia da medida, ou ainda teriam aspectos a serem aprimorados?

Creio que o modelo atual seja o modelo possível, nas condições que temos. O Brasil possui hoje mais de mil salas de DE, capacitou milhares de pessoas para esse trabalho, no ano de 2.019 foram realizadas mais de 12.500 depoimentos especiais. Nenhum outro Poder Judiciário no mundo possui um projeto dessa magnitude nessa área. O problema é que esse trabalho está mal dividido no Brasil. RS, SC, PR, SP, MS e DF possuem mais de 80 % dos equipamentos e dos profissionais capacitados, mas possuem por volta de 40% da população.

- Em que pese existir previsão no artigo 11 da Lei Federal de nº 13.431 de 2017, a produção antecipada da prova (rito cautelar) através do depoimento especial nem sempre é observada, o que, lamentavelmente, enseja na ocorrência da revitimização. Assim, em que momento deveria ocorrer o depoimento especial para fins de evitar a

vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

A dificuldade da produção antecipada de prova ser realizada, em sendo ela na esfera judicial, é chegar ao MP os elementos mínimos necessários para ele propor a ação. A escuta especializada ainda é muito fracionada e pouco elaborada, mas existe trabalho sendo realizado para ela melhorar. Quando a rede de proteção estiver mais integrada e capacitada nessa matéria, certamente a produção antecipada de prova virá a ser incrementada.

- Acerca do relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima?

Cada situação é diferente da outra, sendo necessária uma avaliação individual de cada caso, seguindo os protocolos científicos, para que se conclua pela veracidade ou não do depoimento realizado. É muito fácil a identificação da alienação parental.

- Qual seria o peso atribuído ao relato da vítima em sede de depoimento especial? Até que ponto o liame da (in)existência de provas físicas do abuso sexual interferem na valoração atribuída ao relato da vítima?

O relato da vítima, além de ser um direito seu, conforme art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, é, em regra, crucial para comprovação da existência ou não da prática delituosa. São raríssimos os casos que a violência sexual tem testemunhas, ou pode ser comprovada por exames físicos.

- Via de regra, no Brasil adota-se o Sistema Acusatório na valoração da prova no Processo Penal, tendo como fundamento o Princípio do Livre Convencimento Motivado do julgador (sistema da persuasão racional), segundo o qual o julgador deve fundamentar as suas decisões. Entretanto, o magistrado possui alguma técnica específica na hora da tomada de decisão nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar?

O magistrado que atua nessa área tem que buscar conhecimentos acadêmicos, disponíveis no mercado, para avaliar validamente o depoimento da vítima, atribuindo-lhe validação ou não. Fora do conhecimento acadêmico não vejo uma solução. O magistrado não

pode terceirizar a outras pessoas, a avaliação positiva ou negativa do depoimento. Pode pedir auxílio, mas a palavra final é do magistrado.

- Na hipótese de existirem provas físicas irrefutáveis (laudos, exames, imagens, etc.) da ocorrência do abuso sexual, o relato da vítima poderia ser dispensado, sopesando evitar a revitimização secundária?

Pode, mas sempre lembrando que a vítima tem o direito, se quiser, de falar sobre o fato. Essa decisão tem que ser dela.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do Magistrado nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes no ambiente familiar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

A lei 13.431 tratou bem da questão, e ela se dirige a magistrados de todas as áreas, inclusive da área criminal. Defendo que o DE possa ser utilizado também por vítimas adultas, podendo essas decidirem se querem falar diretamente na sala de audiências ou na sala de DE. Situações muito constrangedoras, que vi e continuo a ver, não ocorreriam.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acredita na ressocialização do criminoso sexual?

Não tenho opinião a respeito.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Referi antes. Capacitar a rede de proteção para trabalhar de forma integrada e com conhecimento, para que ocorrendo algum tipo de violência, sexual ou não, seja ela identificada precocemente. Lembremos que em 70% dos casos, a violência sexual não ocorre apenas uma vez, mas perdura no tempo (síndrome da adição).

- Tivemos, recentemente, através da Lei n. 14.069/2020 a criação do cadastro nacional dos condenados por crime de estupro. Entretanto, não seria mais razoável o referido cadastro ser ampliado para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes?

Sim.

- Por fim, fale um pouco acerca das tuas experiências (positivas e negativas), primeiramente como Juiz e, agora, como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em processos envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente familiar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

Teria muitas histórias para contar. Positivas e negativas, mas ressalto uma, muito positiva. Em Porto Alegre, Juiz, quando tinha essa competência criminal, ouvia uma menina de uns oito anos de idade, que chorava muito, estava nervosa. Perguntei à técnica se não seria melhor pararmos, e ela pediu para tentarmos um pouco mais, que ela sentia que a criança estava se acalmando. Tentamos, a menina se tranquilizou e falou tudo que lembrava, para azar do acusado. Ao final da audiência, como sempre fazia, ia na sala de depoimento agradecer o comparecimento da vítima e da sua responsável. Perguntei para a menina se ela precisava de algo, e ela com um sorriso me disse que sim. Perguntei então o que eu poderia fazer. Ela perguntou se poderia me beijar. Eu me abaixei, ela me beijou, sorriu e voltou para sua mãe. Nunca me esqueci.

Abraço.

Daltoé

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 15/03/2021.

Forma: E-mail.

Nome: Velda Maria Dobke.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 67 anos.

Cargo: Procuradora Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Especialista em Processo Penal; Especialista em Saúde Comunitária; e Especialista em Ética e Educação em Direitos Humanos.

Anos de Atividade: 42 anos.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar.

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

A violência sexual intrafamiliar possui várias causas. Citando algumas: está relacionada com a falta de conhecimento da família sobre o fenômeno, que é muito complexo e desconhecido na sua dinâmica e na sua existência inclusive. Tem como causas mais diretas **a compulsão** do agente ao abuso e, na repetição, **o segredo** que ele impõe à criança. A falta de cuidados com a criança pela família, devido ao desconhecimento de que o fato é bem frequente, também é causa relevante, pois o abusador só abusa com muita segurança de não ser surpreendido na prática do abuso. Não acreditar na criança, quando ela refere o abuso, leva à repetição, sendo, então, também causa da prática delitiva. O papel do Estado e da sociedade é de proteger a criança/adolescente. O Estado deve criar/promover políticas públicas para conscientização do fenômeno principalmente e eliminar fatores de risco.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

As principais alternativas para enfrentar/evitar a VSI são o conhecimento sobre o tema por toda a sociedade, sobre a gravidade do fenômeno para o desenvolvimento sexual das crianças e as políticas públicas. Um olhar para o passado recente, quando não se falava sobre

o abuso sexual, nos mostra isso. A partir do momento em que começaram as pesquisas, em que o fato abusivo foi conhecido com todas as suas consequências, houve uma atenção maior do Poder Público ao tema.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Penso que o aumento das penas dos crimes contra a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes poderia inibir mais a prática dos crimes, mas o aumento delas deverá vir acompanhado de outras alternativas/políticas públicas para diminuir a incidência destes delitos, face às suas peculiaridades.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

As normas constitucionais merecem sempre uma interpretação que leve em conta a realidade atual. A partir de 1970, com os movimentos sociais, a violência contra as mulheres e contra as crianças foi sendo denunciada, e estudos surgiram, mostrando o quanto esse fenômeno – a violência intrafamiliar, vem de encontro à dignidade da pessoa humana, contra o desenvolvimento saudável da pessoa. A Constituição Federal de 88 instituiu o Estado Democrático, destinado a assegurar muitos direitos, dentre eles o bem estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Logo, pode parecer que o art. 227 da CF de 88 não contempla suficientemente a proteção das crianças nas famílias abusivas, mas, levando-se em consideração o princípio fundamental da nossa Carta Magna – a dignidade da pessoa humana, a interpretação do referido artigo deve ser de que a convivência familiar a que a criança tem direito é com uma família não-abusiva, que garanta a ela um contexto saudável e um desenvolvimento físico e psico-social-sexual pleno. Penso sempre que, além de uma boa interpretação do artigo, é necessário também que o Estado promova programas de assistência integral à saúde da criança como determina o parágrafo 1º do mesmo artigo. Embora a “lei” seja importantíssima, não é suficiente para, no caso, enfrentar a problemática do abuso sexual intrafamiliar. Esse fato delituoso é um dos “tormentos da Justiça” para aqueles que querem proteger a criança e, ao mesmo tempo, tentar garantir o convívio familiar à criança, principalmente quando o pai é o abusador.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar? Qual seria o peso aferido ao interrogatório do acusado, considerando que o acusado pode exercer o direito de permanecer calado ou de não responder as perguntas que lhe forem formuladas em juízo, bem como faltar com a verdade em juízo durante o seu interrogatório, a exemplo do réu que mente em juízo para não incidir a majorante do artigo 226, II do CP?

Abusador: Identificação. Punição. Interrogatório. Majorante do art. 226, II, do CP. A identificação do abusador na VSI não traz maiores dificuldades porque a criança, via de regra, acaba falando quem a praticou. A punição do abusador, no entanto, se mostra muito difícil, porque a prova pode permanecer só na palavra da vítima e do abusador e, muitas vezes, as pessoas não acreditam na criança, embora a sua palavra, nestes delitos, tenha muita importância. O abusador sempre nega o fato, alegando que a criança está mentindo para lhe prejudicar ou está fantasiando (em toda minha carreira profissional no MP, 36 anos, nos casos em que atuei, apenas um acusado admitiu, alegando que estava semi-embriagado e se mostrava muito envergonhado). Por isso, o relato da criança é muito importante. Relatar o fato com as suas circunstâncias de tempo e lugar ajuda na análise da veracidade do depoimento. E um relato completo requer sempre uma pessoa capacitada para ouvi-la, facilitando a fala da criança, sob pena de a criança responder só “**sim**” ou “**não**” às perguntas fechadas que, normalmente, são feitas. Ao abusador está assegurado o devido processo legal, tem ele todas as garantias constitucionais da mais ampla defesa e do contraditório. Por isso, a dispensa da ouvida da vítima, sob o meu ponto de vista, não poderá ser feita, sem a sua concordância, já que ele, através de seu advogado, poderá fazer perguntas para demonstrar que ela está mentindo por exemplo. O acusado pode silenciar, mentir, responder só parte das perguntas que lhe são feitas, e a majorante de que trata o art. 226, II, do CP, só pode ser aplicada se ficar plenamente provada uma das circunstâncias que a autoriza.

- Os abusadores sexuais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar?

Perfil do abusador – Os abusadores, em juízo, sempre negam o fato, mostrando-se injustiçados e perseguidos. No meio social, conforme testemunhas abonatórias dos processos e a doutrina, são pessoas muito respeitadas e gozam de boa reputação no meio em que vivem. No contexto familiar, se não possuírem patologia agregada à compulsão do abuso, são pais

provedores e preocupados com a família via de regra. Os abusadores são dois em um, abusador e pai, numa só pessoa. Em 1998, início de meus estudos sobre o tema, em um caso em que atuei, o pai/abusador foi preso preventivamente e a mãe das vítimas veio, ao meu gabinete com as crianças, pedir para soltá-lo, porque elas “queriam o pai de volta”. Na audiência de ouvida das crianças, elas queriam ver o pai/abusador (estava no gabinete do magistrado). O juiz permitiu desde que eu as acompanhasse. Eu acompanhei. Elas estavam felizes por ver o pai (ele também), abraçaram-se, conversaram sobre o colégio. As crianças entregaram desenhos que haviam feito para ele. Ele recomendou que obedecessem a mãe e as professoras. Neste dia, compreendi que o abuso sexual intrafamiliar é um dos fenômenos mais complexos que temos no sistema de justiça, com peculiaridades desconhecidas até bem pouco tempo. Estudá-lo, cada vez mais, se mostra imprescindível.

- Acerca da inquirição da vítima em juízo, qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida? Em que momento deveria ocorrer para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

Inquirição da criança – Depoimento Especial - A inquirição das crianças abusadas sexualmente é um dos atos processuais mais delicados e deve envolver muita capacitação dos profissionais envolvidos para evitar uma revitimização com uma intervenção judicial inadequada. A capacitação de quem pergunta, torna o profissional um facilitador da fala da criança e permite à vítima fazer um relato com conteúdo, evitando respostas curtas, normalmente de “sim” e “não”. O modelo ideal de depoimento especial é aquele que contempla inquiridor capacitado, com conhecimento da linguagem da criança e conhecimento da forma de como inquirir uma criança. O DE deve ocorrer em qualquer momento em que for necessária a ouvida da criança. Se houver produção antecipada de prova **requerida pela acusação**, e o abusador ainda não houver sido identificado, a inquirição deverá ser renovada após a identificação na presença de defensor, evidentemente, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal. Não há garantia de que a criança seja ouvida apenas uma vez, pois podem ocorrer situações processuais que exigirão reinquirição para garantir a ampla defesa. Certo que a criança deve ser protegida sempre, mas as garantias constitucionais do acusado não podem ser esquecidas, sob pena de nulidade de todo o processado. Sobre a questão da

inconstitucionalidade de parte do art. 156 do CPP, da possibilidade de o **juiz, de ofício**, determinar produção antecipada de prova, não discutiremos, por entender desnecessária para a questão em foco, já que a consideramos como requerida pela acusação.

- Acerca do relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima?

Validade do relato - O relato da criança ou adolescente vítima de abuso sexual intrafamiliar, que afirma a ocorrência do abuso, deve ser considerado prova suficiente para a condenação, não só porque a palavra da vítima, nestes delitos, praticados na clandestinidade, é suficiente para tanto, mas também, porque as falsas imputações são muito raras, em razão de as vítimas ficarem estigmatizadas com a revelação do fato, ou seja, dificilmente alguém refere falsamente ter sido abusada se não o foi. No entanto, não podemos desconsiderar a existência das falsas imputações, pois as crianças, assim como os adultos, podem ser sugestionadas. Nestes casos, igualmente importante que o depoimento da vítima seja tomado pelo DE, tendo o acusado chance de provar a sua inocência, pois terá na inquirição a presença de profissional/inquiridor capaz de chegar à verdade dos fatos. Quando a vítima é muito pequena e não consegue se expressar, seu relato deve ser evitado. O não-conhecimento sexual, quando a vítima é criança, não pode ser fator para avaliação do fato abusivo. A criança não precisa entender o fato como sendo de natureza sexual. A alienação parental é um fato importante a ser considerado nos casos de abuso sexual, mas, via de regra, o relato da vítima, quando sugestionada por um dos pais, é sempre sem conteúdo e sem narrativa das circunstâncias de tempo e lugar, consistindo num depoimento repetitivo, no qual a criança fala sempre a mesma coisa, mesma expressão, diversas vezes. Também, nestes casos, o DE é de suma importância.

- Na hipótese de existirem provas físicas irrefutáveis (laudos, exames, imagens, etc.) da ocorrência do abuso sexual, o relato da vítima poderia ser dispensado, sopesando evitar a revitimização secundária?

Provas físicas irrefutáveis - Dispensa do depoimento da vítima – A ouvida da vítima, se ela tiver sido arrolada pela defesa, mesmo diante de provas irrefutáveis da prática abusiva, como laudos, exames, etc, só poderá ser dispensada se o acusado concordar, segundo nosso posicionamento, sob pena de afronta ao devido processo legal.

- Por ser o titular da Ação Penal Pública Incondicionada, o Ministério Público em casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar deve adotar que tipos de medidas visando assegurar a preservação da integridade da vítima e, ao mesmo tempo, a persecução penal?

Preservação da integridade da vítima e persecução penal – A atuação ministerial nas ações penais em casos de abuso sexual é sempre muito difícil, pois o Promotor de Justiça precisa do depoimento da vítima para provar o fato e, ao mesmo tempo, deve preservá-la de vitimização secundária no momento do seu relato. No caso de o abuso ter ocorrido no contexto familiar, a dificuldade é ainda maior, pois a vítima terá de relatar um crime praticado por um familiar, o que certamente causa sofrimento. A preservação da integridade psíquica da vítima deve iniciar pela transmissão de que ela não é a culpada pelo fato, que o ocorrido se deve, exclusivamente, ao abusador, que tinha o dever de protegê-la e não, de ofendê-la com a prática do delito. Para que a vítima seja protegida é que se pensa sempre no DE, no qual há a participação de um profissional capacitado para acolher e ouvi-la adequadamente.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do *Parquet* nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes intrafamiliar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Mudança na legislação – aperfeiçoamento na atuação ministerial – Não há necessidade de mudança na legislação para aperfeiçoar a atuação do *parquet* nos processos de abuso sexual. O que se faz necessário é uma capacitação do profissional que vá além da técnica-jurídica, que tenha, por exemplo, conhecimento para compreender bem a dinâmica do abuso sexual intrafamiliar para formular as perguntas adequadamente à vítima e, inclusive, para avaliar com segurança, no momento de avaliar a prova, características do fato, por exemplo, que a vítima demora muito a revelar o abuso na família, circunstância, muitas vezes, valorada como inexistência do fato, porque se tivesse ocorrido a criança/adolescente teria contado logo.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acreditas na ressocialização do criminoso sexual?

Reincidente específico – sanção penal – Antes dos meus estudos mais aprofundados sobre o abuso sexual intrafamiliar, eu tinha uma percepção de que os abusadores deveriam ter uma sanção penal muito grave. Mas depois de estudá-lo, já não tenho a mesma percepção. Não vejo a prisão perpétua como alternativa viável. Sim, o tratamento deveria acompanhar o cumprimento da pena, porque é certo que existe, no abusador, uma compulsão ao abuso, mas não tenho conhecimento para opinar qual deveria ser. Não sei se é possível a ressocialização do abusador, porque não acredito que estar preso apenas, com o sistema prisional que temos, aliás para todos os apenados, é suficiente para ressocializar alguém. Lembro do que disse um professor - “Não sei se é possível ressocializar, porque não tenho notícias de que tenham tentado”. Concordo com isso.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Mudanças necessárias - A melhor forma para enfrentar o abuso sexual intrafamiliar, sob o meu ponto de vista, é o conhecimento sobre o abuso sexual intrafamiliar, pois o tema ainda é muito desconhecido e até negado por muitos, que chegam a culpar as vítimas, crianças inclusive, de dar causa ao abuso sexual. A aplicação da legislação pertinente também, por óbvio, ajuda a enfrentá-lo, o que queremos dizer, em resumo, é que um conhecimento adequado desta problemática leva a um entendimento correto do fenômeno e, via de consequência, a uma aplicação correta da lei. Lembro que, em Belo Horizonte/MG, em um encontro para debater sobre a ouvida da criança abusada sexualmente em juízo, foi comentada uma decisão em que, certa a autoria, foi reconhecida a prática sexual com criança de 9 anos, mas o abusador foi absolvido (não era abuso intrafamiliar) porque a criança havia consentido e desejado o ato sexual. Essa decisão, por certo e evidente, foi proferida por quem desconhece tanto as consequências do abuso para a infância, como sobre o consentimento e a sexualidade infantil, para dizer o mínimo. Também, os cuidados que devemos ter com as crianças merecem ser destacados como forma de enfrentar o abuso sexual, pois elas são vítimas fáceis de serem atraídas e, na preparação do abuso, elas dificilmente imaginam o que vai ocorrer.

- Tivemos, recentemente, através da Lei n. 14.069/2020 a criação do cadastro nacional dos condenados por crime de estupro. Entretanto, não seria mais razoável o referido cadastro ser ampliado para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes?

Lei n.º 14.069/2020 – cadastro nacional dos condenados por crime de estupro – O cadastro dos condenados por crime de estupro, instituído pela Lei n.º 14.069/2020, sancionado pelo Presidente Bolsonaro, poderia abranger todos os crimes sexuais contra vulneráveis, sem dúvida. Seria mais uma “ferramenta” para ajudar a identificar todos os criminosos que se aproveitam da vulnerabilidade das pessoas para a prática destes delitos.

- Por fim, fale um pouco acerca das tuas experiências (positivas e negativas) como Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em processos envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

Experiências positivas e negativas na atuação em processos de abuso intrafamiliar como membro do Ministério Público – Ingressei no Ministério Público em 1984 e atuei como Promotora de Justiça até 2012, quando fui promovida ao cargo de Procuradora de Justiça. Aproximadamente, por 20 anos, fui Promotora de Justiça com atuação criminal. Em 1990, atuei pela primeira vez, num caso de abuso sexual intrafamiliar, padrasto autor e enteada adolescente vítima. E, em 1994, no segundo caso, o pai era autor, e a vítima era uma filha adolescente com menos de 14 anos. Nos dois casos, o delito consistia na prática de relações sexuais continuadas. Já no primeiro caso, percebi que, nesta prática delitativa, existiam circunstâncias desconhecidas por nós operadores do Direito e que a tomada do depoimento das vítimas não era de fácil realização, porque o fato envolvia sexualidade, relações familiares e dinâmica desconhecida, pelo menos, à época, por mim. No segundo caso, abuso intrafamiliar de pai contra filha, minhas suspeitas de que nosso conhecimento jurídico não era suficiente para uma adequada compreensão do fato se fortaleceu quando a vítima, em juízo, retratou-se, ou seja, voltou atrás do que dissera na polícia, onde havia relatado a prática delitativa, o que se harmonizava com a prova técnica – auto de exame de conjunção carnal positivo, e com os depoimentos da mãe e do avô paterno, a quem a adolescente havia contado. Diante da retratação, pedi ao juiz uma acareação entre a adolescente, sua mãe e seu avô paterno, com o que o juiz presidente concordou. Na acareação, depois de o juiz explicar o porquê daquele ato, o avô da menina, olhando para sua filha, disse “precisamos confiar na justiça, para um juiz, não podemos mentir” e, neste momento, mãe e filha começaram a chorar e, admitiram, que haviam feito um “acordo familiar” para que o abusador fosse solto, para manter a família unida, ante à promessa que ele não iria mais praticar o abuso. O abusador havia interferido na prova antes da prisão preventiva, que havia sido requerida com a denúncia. Importante referir que o abusador, no interrogatório, à época antes do depoimento

da vítima, havia negado o fato, dizendo que a vítima estava acusando-o, porque queria sair, namorar, ir à bailes, e ele entendia que ela era muito jovem, o que coincidia com a retratação da menina, que confirmou que o estava acusando falsamente por este motivo. Consigno isso para mostrar o quanto foi “planejado” o acordo familiar. E como teria sido fácil convencer o juízo, caso não houvesse sido deferida a acareação. Tudo isso ocorreu quando eu ainda não havia estudado sobre a dinâmica do abuso sexual intrafamiliar, mostrando-me a necessidade de um estudo interdisciplinar para melhor compreensão dos fatos e também para uma melhor atuação, tendo em vista que muitas indagações permaneceram comigo sobre a forma como eu havia atuado, porque certo estava que a vítima e sua mãe sofreram muito com tudo que aconteceu naquela audiência. Como se não bastasse tudo isso, ao sair da sala de audiências, a vítima passou por seu pai/abusador, que estava no corredor, algemado. Abraçou-se a ele, e ambos começaram a chorar. Foi aí que compreendi que o fato abusivo que ocorre na família é um dos mais complexos e de difícil atuação, exigindo um auxiliar da justiça que facilite a fala da criança/adolescente e, com capacitação, possa minimizar o sofrimento das vítimas. Convencida da necessidade de um estudo maior sobre o abuso sexual e a ouvida da vítima foi que, em 1997/98, dediquei-me, profundamente, a esta temática em um curso de especialização em Processo Penal junto à FESMP/RS. Então, posso afirmar, sem medo de errar, que existe um marco na minha atuação nos processos de abuso intrafamiliar. Depois dos estudos mais aprofundados, minha atuação foi bastante positiva, o que tenho dúvidas tenha ocorrido antes da minha especialização. E por atuação positiva, não quero dizer apenas condenar o abusador, mas, principalmente, ter uma compreensão bastante clara sobre a dinâmica do abuso intrafamiliar, o que permite inclusive acolher melhor as pessoas envolvidas, como, também, saber fazer perguntas adequadas para a comprovação do delito. Minha pesquisa sobre a inquirição da vítima de abuso sexual, publicada em 2000, trouxe muita reflexão sobre o tema, porque era preocupação de muitos que o ato processual de ouvida das vítimas de abuso sexual seguisse a mesma forma como se ouve um adulto. À época em que terminava minha especialização, atuei em outro processo de abuso intrafamiliar, pai abusador e vítimas crianças, que me fez ver, com muita perfeição, o quanto meus estudos haviam melhorado minha visão sobre a dinâmica do abuso intrafamiliar. Nesse processo, na audiência de ouvida das crianças, elas pediram ao juiz para ver o pai, porque tinham saudade dele, mostraram desenhos que haviam feito para ele e o juiz concordou, com o meu parecer favorável, desde que eu acompanhasse as crianças, o que me permitiu observar o quanto a figura do abusador está separada do pai. Atuação mais adequada também observei com relação a minha

capacidade de explicar para a mãe das crianças, que havia me procurado antes da audiência, sobre o abuso sexual intrafamiliar: frequência em que ocorria, forma de enfrentá-lo, proteção às crianças, etc. Na audiência, durante a ouvida de outros filhos, também me senti mais segura nas perguntas feitas. Em resumo, nunca cometi erros muito graves, como por exemplo, xingar a vítima por estar se retratando ou desrespeitá-la de alguma forma, como se tem notícias, mas o certo é que, com conhecimento, nossa atuação é infinitamente melhor sempre. Vislumbro sempre um futuro melhor para as crianças e para as famílias porque o contexto familiar é muitíssimo importante para o desenvolvimento dos infantes. Penso que pesquisas sobre abuso sexual intrafamiliar devem sempre ser valorizadas, pois irão trazer novos conhecimentos, novas formas de tratamento do fenômeno, quer clinicamente, quer juridicamente. O conhecimento então é uma forma de vislumbrar um futuro melhor. A falta dele sempre leva a atuações indevidas.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 14/12/2020.

Forma: Videoconferência.

Nome: Maria Berenice Dias.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 74 anos.

Cargo: Advogada, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Mestre em Direito e Especialista em Processo Civil.

Anos de Atividade: 13 anos como Advogada e 33 como Magistrada.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar.

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

É difícil detectar um tipo de causa para a violência sexual intrafamiliar. Acho que a origem é cultural, ainda fruto da relação extremamente hierarquizada entre homens e mulheres. O papel proeminente conferido ao homem, onde o exercício da sexualidade é uma qualidade (a virilidade masculina é algo que causa orgulho nas pessoas, inveja nos homens, inveja nos outros). Isso é algo que gera uma certa onipotência nos homens, refletindo tanto na violência doméstica contra as mulheres, quanto na violência sexual contra as crianças do lar, porque parece que os homens têm a liberdade de exercerem a sua sexualidade de maneira livre, de qualquer forma.

- No tocante à responsabilidade do Estado, acredito que só teria um caminho, o qual a nossa sociedade não está trilhando, que é o caminho da educação. Ou seja, permitir e impor que nas Escolas sejam discutidos assuntos referentes à educação sexual para que as crianças aprendam essa distinção (entre o normal e o abuso sexual) e possam denunciar aos professores situações em que às vezes elas estão sendo vítimas e nem perceberam que estão sendo tão vítimas assim.

Então, agora com essa história de Estado/Educação, Escola sem partido, ideologia de gênero (algo que não existe), tudo isso vêm na contramão de se avançar nesse sentido. Tenho muito medo disso.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

Entendo que o caminho seria a Educação sexual nas escolas, conforme supramencionado.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Apesar de não ser penalista, ao menos os estudos comprovam que o aumento de pena, por si só, não leva à redução da criminalidade. Até porque há uma tendência (vivemos em uma época de garantismo por parte da Justiça) de que quando as penas são muito altas, a tendência seria de desqualificar o crime, ou dissolvê-lo. Há uma dificuldade de colocar as pessoas na cadeia. Então, quanto mais se aumenta a pena, às vezes tornar-se mais difícil a possibilidade ocorrer uma redução da incidência do crime.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Trata-se de norma pragmática, que assegura os direitos que as crianças e os adolescentes devem ter, os quais o Estado deve procurar garantir. Então, especificamente, não protege, pois a convivência familiar, o respeito, a dignidade não são protegidos de modo direito pelo artigo. Ainda, entendo que o fato de estar ou não estar expresso na norma constitucional não iria alterar a incidência desse tipo de crime. Em que pese a norma do artigo 227 ser bem abrangente, bem protetiva. Entretanto, talvez pudesse ser inserido no §4º do artigo 227 uma menção específica referente à violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes. O lado positivo de ocorrer essa inclusão no texto constitucional, bem como na legislação infraconstitucional, seria o fato de gerar uma certa publicidade midiática, que teria um caráter pedagógico, não na mudança, mas na repercussão que isso traria para a sociedade, onde isso seria bem divulgado, bem alertado.

Perguntas Específicas:

- A senhora é Coordenadora da excelente obra “Incesto e Alienação Parental”, livro que está na 4ª edição. Apesar de serem temas antagônicos, eles estão intrinsecamente ligados na ocorrência do abuso sexual intrafamiliar. Desta forma, a senhora poderia responder os seguintes quesitos:

- Por que é tão difícil para o núcleo familiar admitir a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

Em primeiro lugar, existe a crença por parte das mães de que os pais não fariam isso com as filhas (normalmente esse tipo de crime é mais praticado pelos homens do que pelas mulheres). Corriqueiramente, elas (as mães) confiam em seus maridos, elas os amam, casam com eles, apresentam dificuldade de aceitar qualquer possibilidade de que a violência sexual intrafamiliar esteja acontecendo, pois não conseguem perceber qual sinalização que isso poderia gerar.

- Qual seria motivo de os abusadores serem tão protegidos pelo núcleo familiar, em especial pela genitora?

No meu entendimento, o mais perverso é o tipo de cumplicidade que o abusador tem com relação à criança. Em primeiro lugar, é uma relação assimétrica, onde existe uma relação de poder, de respeito, de obediência, sendo uma forma de violência não violenta. Geralmente, ela não é uma prática agressiva, mas, sim, uma prática sedutora, na medida em que a criança não consegue perceber quando um carinho (que é uma coisa que todo mundo gosta) vira carícia (que é algo que gera prazer). Não são sensações ruins, a criança não consegue distinguir uma coisa da outra. E aí existe toda uma busca de cumplicidade do agressor com a criança, dizendo que “isso que eles têm é um segredo entre os dois”, “que ele gosta muito dela”, “que ela é uma filha muito especial”, “não pode ser contado para ninguém” e o abuso continua... No momento em que a criança começa a se sentir desconfortável (ela nota que aquilo gera um desconforto) ocorre a ameaça, “olha tu não pode dizer nada, se tu contar isso, a tua mãe não vai acreditar”, “fostes tu que quisesses” (querendo responsabilizar a criança), “se tu disser alguma coisa eu posso ir para a cadeia, imagina se tu vai querer que o teu pai vá para a cadeia, etc.”. Esse comportamento covarde coloca a criança presa dentro de um círculo no qual ela seria a responsável pelo que ocorreu, colocando a criança como responsável pelo fim do casamento dos pais, pela cadeia do pai, etc.

Majoritariamente, trata-se de um crime muito democrático, ocorre em qualquer classe social. Além disso, existe o fator da dependência econômica em relação ao agressor, sendo esse um dos fatores que influenciam na não ocorrência da denúncia por parte das

mulheres, uma vez que estas se sentem um pouco reféns da situação, ficando, até mesmo, com medo da violência doméstica e, acabam se submetendo à situação (não falando, não denunciando, não acreditando), culminando em um círculo vicioso muito horrível, muito perverso, porque as crianças acabam presas nisso, não tendo para quem contar. Aliás, esse é um dos motivos que me fazem ser totalmente contrária ao home school (ensino doméstico), simplesmente, porque esse tipo de educação não oferece a oportunidade para que as crianças tenham algum ponto de referência e possam contar as coisas que estejam acontecendo com elas.

- Até que ponto o “mito da família feliz” contribui para esse quadro?

Existe uma ideia por parte das famílias de que o casamento é o único espaço, o único lócus, onde os filhos vão ser felizes. Então, posso citar o exemplo de uma das autoras do meu livro que, em sua atuação profissional, realiza atendimentos, basicamente, de crianças vítimas da violência sexual perpetrada dentro do ambiente familiar. Essas crianças são levadas pelas próprias mães para realizar tratamento (psiquiátrico/psicológico), sendo que, ao mesmo tempo, essas mães continuam mantendo os seus casamentos com os abusadores. É um cenário assustador. Quanto mais dinheiro estiver envolvido, mais as pessoas tendem a achar que tem o que perder. Existe uma falsa máxima de que o homem teria instinto sexual, já a mulher teria instinto maternal. Isso não é verdade, pois ninguém tem instinto, não somos animais. Assim, em nome disso, tudo seria perdoado.

Além disso, no cenário pátrio contemporâneo, a situação familiar é aterrorizadora, porque existe muita influência de seguimentos fundamentalistas ligados às Igrejas Evangélicas, onde políticos, simplesmente, fazem uso de crenças religiosas para conseguir assegurar suas eleições e reeleições (misturam fé com política). Então, acabam repetindo as regras das Igrejas conservadoras (a maioria da sociedade é conservadora, por ter medo do desconhecido) que se utilizam de discursos conservadores para que a situação anterior seja mantida, trata-se de um fanatismo religioso de escala global. Isso se reflete tanto no abuso sexual de crianças, como também na violência doméstica.

- Qual a importância da interdisciplinariedade para a elucidação de casos de violência sexual intrafamiliar?

A interdisciplinariedade é fundamental, até mesmo para identificar se ocorreu abuso sexual, ou se estamos diante de alienação parental. Em primeiro lugar, esse laudo interdisciplinar deve ser feito de modo bem imediato. Apesar de os prazos mencionados na Lei serem curtos, não existe quadro técnico com capacitação suficiente para adimpli-los.

Assim, quanto mais tempo passa, mais difícil é a tarefa de detectar se ocorreu o abuso sexual, ou se a denúncia é falsa.

O Estado não atenta muito a essas necessidades, todas as demandas em que envolvam os Direitos das Famílias passam por esse descaso estatal. A Lei Maria da Penha é exemplo disso, pois é uma Lei que já tem cerca de 15 anos e, até hoje, ainda não está implementada em todo o território nacional (faltam delegacias especializadas). As questões de ordem da vida privada não ensejam grandes preocupações por parte do Estado.

Tenho a impressão de que as questões familiares ainda ocorrem à moda antiga (são remetidas ao marido, “o marido que soluciona isso”, o marido era tido como “o cabeça do casal”, era o chefe da sociedade conjugal. O Estado se preocupava mais com as questões do poder (do mundo público) e o marido as questões da vida privada).

- A criação de um tipo penal aplicável a condutas incestuosas poderia coibir, de alguma forma, a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Acredito que não, pois já existem agravantes da violência intrafamiliar aos crimes sexuais.

- Qual seria o impacto da alienação parental nos casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar? O alienador chega a mensurar a potencialidade lesiva da alienação parental?

Juntei no mesmo livro o Incesto e a Alienação parental, porque, de modo geral, a prática do abuso sexual intrafamiliar ocorre descoberta de testemunhas (dentro de quatro paredes). Assim, a forma utilizada, muitas vezes, por quem não está querendo o final do relacionamento é a prática da alienação parental, como forma de punir a outra parte com o afastamento dos filhos. Nesses casos, o objetivo do alienador é alcançado rapidamente com a atribuição ao pai da prática de crime sexual contra o filho. As crianças são induzidas a relatar (aos psicólogos) fatos que não ocorreram, mas que lhes foram repetidos, por diversas ocasiões, pelo alienador. Conseqüentemente, o psicólogo escreve um laudo constatando indícios de abuso sexual, o advogado leva esse fato ao conhecimento do Juiz que, em nome do melhor interesse da criança, se vê obrigado a deferir e suspender as visitas ao suposto abusador.

Esses são os dois extremos.

As conseqüências da falsa denúncia de abuso sexual (usada como arma da alienação parental) é tão danosa quanto o próprio abuso sexual, pois as crianças sofrem as conseqüências como se, realmente, tivessem sido abusadas (os alienadores deveriam se dar

consta disto). Em alguns casos, essas consequências podem ser até mesmo mais perversas do que o próprio abuso sexual. Já na fase adulta, quando descobrem terem sido vítimas da alienação parental, não é incomum o fato de as vítimas ficarem com muito ódio do alienador e com muita pena do pai (odiado por uma vida inteira).

- A Lei Federal de nº 13.431 de 2017 entrou em vigor em todo país no mês de abril do ano de 2018, analisando o fato de o Brasil ser um país com dimensões continentais, possuindo realidades completamente distintas, qual seria o grande desafio enfrentado pelo Judiciário para a materialização da aplicabilidade plena do depoimento especial em todo o território nacional? É possível considerar o modelo atual de depoimento especial (depoimento sem dano) como sendo o “modelo ideal” objetivando a máxima eficácia da medida, ou ainda teriam aspectos a serem aprimorados?

O atual modelo (depoimento especial) teve início através da atuação do Des. Daltoé com o depoimento sem dano (depoimento com menos dano), dentro daquilo que se tem, é uma ferramenta útil, pois busca evitar a revitimização. Atualmente, está sendo estendido a todos os casos de delitos sexuais, não apenas aos delitos envolvendo crianças e adolescentes.

Algumas pessoas entendem que existiriam outras provas subsidiárias que, por si só, tornaria desnecessário o depoimento especial. No entanto, de fato, ao menos na área criminal, a justiça é muito legalista (quer uma prova do crime), ao mesmo tempo em que a absolvição por falta de provas é uma constante. Então, entre o risco de ocorrer uma absolvição por falta de provas e a ouvida de uma vítima dentro dessa sistemática, acho que atende ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, ainda que sejam ouvidos dessa maneira.

- Em que pese existir previsão no artigo 11 da Lei Federal de nº 13.431 de 2017, a produção antecipada da prova (rito cautelar) através do depoimento especial nem sempre é observada, o que, lamentavelmente, enseja na ocorrência da revitimização. Assim, em que momento deveria ocorrer o depoimento especial para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

Sim. Inclusive, a Lei do Depoimento Especial veio nesse sentido: a criança é ouvida só uma vez, perante a autoridade policial ou judicial. Imediatamente deveria ser requisitado esse depoimento e o CD com a gravação do depoimento deveria acompanhar todo o processo.

- Acerca do relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima?

Já respondido nos quesitos anteriores.

- Qual seria o peso atribuído ao relato da vítima em sede de depoimento especial? Até que ponto o liame da (in)existência de provas físicas do abuso sexual interferem na valoração atribuída ao relato da vítima?

O peso do depoimento da vítima deve ser atribuído de forma bem significativa. Estamos passando daquela fase em que a palavra da mulher não era levada em consideração, já que havia sempre a alegação em casos de abuso sexual de que o suposto autor era um homem trabalhador, possuidor de bom relacionamento com os vizinhos (ninguém tem queixa dele), frequentador da Igreja, justamente para desqualificar o relato da vítima. Então, atualmente, deve ser dado um valor preponderante à palavra da vítima em detrimento da palavra do agressor (como é que o agressor vai provar algo que não aconteceu? Seria, praticamente, uma prova impossível).

- Na hipótese de existirem provas físicas irrefutáveis (laudos, exames, imagens, etc.) da ocorrência do abuso sexual, o relato da vítima poderia ser dispensado, sobressaindo evitar a revitimização secundária?

Com certeza, poderia. Havendo comprovação material do abuso, não seria necessária a oitiva da vítima, desde que isso não leve à ausência de provas.

- Na obra supramencionada, a senhora refere que ocorre uma “cegueira da justiça”, em alusão ao “extremo formalismo” do judiciário em aceitar os fragmentos das duras realidades das vítimas apresentados em juízo. Assim:

- Na opinião da senhora, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do Magistrado nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes no ambiente familiar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Acredito que não seja necessário ocorrer mudança legislativa. Entretanto, poderia haver uma determinação por parte do Conselho Nacional de Justiça no sentido de haver uma indispensável qualificação de magistrados para atuarem em Varas que tratem desses casos,

como na violência doméstica, nos direitos das famílias, na infância e juventude. Em todos esses ramos, deveria ser indispensável uma pré-qualificação não apenas por parte dos Juízes, mas, também, por parte dos respectivos órgãos do Ministério Público, da Defensoria Pública, pois os operadores do Direito atuam em determinadas áreas sem estarem, devidamente, preparados. A atuação deve ser qualificada.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acredita na ressocialização do criminoso sexual?

A mudança legislativa, a princípio, não levaria muito a maiores resultados práticos com relação a isso. Acredito na ressocialização, pois todas as pessoas têm condições de assumirem os seus crimes. A experiência que se tem no âmbito da violência doméstica, onde em muitos lugares existem grupos repressivos de gênero, nos quais são aplicadas, até mesmo, como medida protetiva, a obrigatoriedade de o agressor frequentar esses grupos reflexivos (que contam com a orientação de algum psicólogo, algum técnico), os quais levam a índices baixíssimos de reincidência, uma vez que os agressores se dão conta de que estavam errados. Conseqüentemente, em muitos casos, ocorre a reconciliação do casal, pois o agressor procura a mulher e se dá conta de que estava errado.

Acredito muito na capacidade do ser humano de mudar comportamentos.

A prisão perpétua não levaria a nada, somente abarrotaria os presídios que são sustentados por nós. Ademais, os nossos presídios são terríveis, verdadeiras fábricas de criminosos, existe uma ausência de controle absoluto, na medida em que a maioria dos crimes são perpetrados de dentro dos presídios. Ou seja, os criminosos continuam agindo (de dentro dos presídios), só não estão do lado de fora.

Ninguém entra no presídio e sai melhor do que entrou. O Estado não consegue controlar a atuação da população carcerária no Brasil.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do Magistrado nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes no ambiente familiar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Já respondido em outro quesito.

- De que forma seria possível aplicar a justiça restaurativa aos casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar?

Olha, a justiça restaurativa se restringe muito mais a pagamentos de indenização monetária, o que não se aplicaria para esses casos. Então, acho que, eventualmente, poderia ser utilizada para uma potencial reaproximação, uma espécie de convivência entre o autor do delito e a vítima, porque, até mesmo as crianças vítimas de abuso sexual, com as devidas cautelas, precisam manter alguma convivência com este pai encarcerado, esse contato é importante para a criança. Existe um vínculo de afetividade entre o abusador e o abusado, a criança foi convencida de que o “pai a ama muito”, justamente, porque “ela é muito especial”, de modo geral, não são práticas dolorosas (são prazerosas).

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Acredito que políticas públicas necessárias e voltadas para subsidiar o Poder Judiciário, a Polícia para melhor enfrentarem esse tipo de abordagem e, conseqüentemente, uma melhor apreciação desses tipos de delitos sem vestígios nas relações hierarquizadas das famílias.

- A senhora enxerga na família contemporânea a capacidade evolutiva para superar a violência sexual intrafamiliar?

Nos dias de hoje, nós temos um conceito mais leve de família, ou seja, não é mais aquela coisa pesada, de que a família tem que ser para sempre (as pessoas tinham que ficar presas dentro das famílias, até mesmo devido a uma grande contingência social, principalmente no tocante às mulheres que eram execradas pela sociedade quando ficavam solteiras). Assim, com uma maior liberdade para a constituição das famílias, baseadas no afeto, poderia diminuir o índice não apenas da violência sexual intrafamiliar (quando presente o menor indício da ocorrência), como também da alienação parental, porque aquela omissão, aquele sentimento de abandono, geradores das práticas alienadoras não teriam mais razão de ser.

- Por fim, fale um pouco acerca das suas experiências (positivas e negativas), primeiramente como Juíza, depois como Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, agora, como Advogada em processos envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente familiar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

Como magistrada, fui a primeira pessoa a julgar um caso versando sobre alienação parental no país. Trabalhei muito tempo com atividade profissional voltada a questões de família, matéria que ainda estou trabalhando atualmente como advogada (durante muito tempo, como magistrada, também trabalhei na área criminal).

Sobre a violência sexual intrafamiliar, remeto ao período em que atuei como juíza na Comarca de Não-Me-Toque (cidade de colonização alemã), ocasião em que me chamou atenção um caso em que um pai, que vinha de uma cultura (importada), supostamente, achava que teria o direito de deflorar as filhas (a primeira vez teria que ser dele, com ele).

Lembro-me, também, que, certa vez, julguei outro caso na refira Comarca, era um caso que versava sobre um pai que já havia abusado de cinco filhas mulheres, e a esposa (mãe das vítimas) continuava convivendo com o abusador que já se encontrava preso. Ele ainda tinha outras três filhas mulheres (menores de idade) que ainda não haviam sido abusadas. Tentei mostrar a ele que isso não era certo, que ele não tinha o direito de fazer isso com as filhas. No entanto, no julgamento, ele estava completamente irredutível e, pelas palavras proferidas (“eu tenho o direito dona”), ficou claro, que no dia em que saísse da cadeia iria abusar das outras filhas. Existe uma influência cultural muito grande, uma carga cultural muito forte nesses casos.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 28/03/2021.

Forma: E-mail.

Nome: Angela Caren Dal Pos.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 49 anos.

Cargo: Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Direito da Infância e Juventude

Anos de Atividade: 23 anos como Promotora.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar.

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

Causas: desestruturação familiar, falta de educação e valores, repetição da **violência transgeracional**, sociedade patriarcal em que a mulher é vista como objeto para satisfazer o homem – cultura do estupro (embora meninos também sejam vítimas, o número é bem mais reduzido em comparação com o de meninas), situação de vulnerabilidade familiar, em que as crianças crescem sem os cuidados necessários, ficando mais expostas à violência, seja a sexual, seja as demais formas de violência.

A Sociedade e o Estado tem dever de fomentar políticas públicas que atendam essa população carente, permitindo que as crianças e adolescentes cresçam em ambiente saudável, e tenham garantidos seus direitos básicos, de saúde, educação e cuidado.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

É uma resposta difícil, que eu não sei responder. Talvez educar pais, professores, profissionais da saúde e pessoas em geral que lidam com as crianças e adolescentes a fim de observarem os sinais de abuso sexual e agir com eficácia. Também promover debates e

campanhas de esclarecimento e de prevenção para toda a sociedade. Ensinar as crianças e adolescentes acerca dos cuidados com o próprio corpo e a intimidade sexual, a diferença entre carinho e ato libidinoso, a quem se reportar em caso de abuso sexual, etc. Acho que qualquer solução passa pela educação e políticas públicas específicas.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

A pena deveria ser um inibidor, ocorre que a impunidade ainda é um fator que estimula a ocorrência desses crimes (e dos crimes em geral), geralmente cometidos na clandestinidade, e subnotificados, pois ainda envolve um enorme tabu, as vítimas tem medo de represálias dos agressores, e de se expor numa delegacia. São poucas cidades que possuem delegacia da mulher, ou atendimento especializado para crianças e adolescentes. Além disso, quando envolve alguém da família, há forte pressão para a vítima não relatar ou desmentir o fato para o agressor não ser preso. Dos poucos processos que chegam à esfera criminal, menos ainda são condenados, pois ainda há um olhar masculino dos operadores do direito, que analisam a conduta do quanto a vítima contribuiu para o fato, que roupa estava usando, vida pregressa, tendo maior empatia com o agressor e não com a vítima, que sempre tem sua conduta julgada, gerando muitas absolvições. De qualquer forma, o direito penal é a última esfera. As soluções devem ser buscadas, como falei antes, a partir da educação e de políticas publicas.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

A legislação é bem abrangente, e prevê a política da proteção integral. A questão é que, na prática, temos um Estado economicamente quebrado que não dá conta de todas as demandas. Como disse acima, necessárias muitas políticas públicas a fim de melhorar a vida das pessoas mais vulneráveis, principalmente nas necessidades básicas e de educação, a fim de que haja uma proteção efetiva. Há que ser trabalhada também a cultura do estupro, para mudar essa realidade, pois esse mal atinge todas as classes sociais, em razão de o homem ser criado para satisfazer sua sexualidade, e a mulher para reprimir, havendo um conflito entre a formação da masculinidade e da feminilidade. O respeito pela vontade do outro deve ser estimulada, especialmente em se tratando de sexualidade. Infelizmente muitos homens

crecem se achando donos das companheiras e das filhas, ou que estão no seu papel masculino de obter sexo ainda que a mulher/adolescente/criança não queira. Acho que a legislação é suficiente, o problema é como viabilizar que a legislação seja cumprida e aplicada num país de tantas necessidades econômicas.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar?

A maior dificuldade é que a vítima tenha coragem de relatar e depois que o sistema de justiça dê credibilidade à palavra dessa vítima, pois muitas vezes o crime não deixa vestígios e é cometido na clandestinidade. Também que a vítima mantenha sua versão frente à pressão familiar para que “retire a acusação”, no sentido de contar outra história, que não foi bem assim, a fim de inocentar o parente (porque, como eu disse, geralmente é alguém da família ou conhecido que comete abuso sexual).

- Por ser Promotora de Justiça e atuar na busca da *persecutio criminis* em delitos sexuais, qual o peso aferido ao interrogatório do acusado, considerando que o acusado pode exercer o direito de permanecer calado ou de não responder as perguntas que lhe forem formuladas em juízo?

O interrogatório é meio de defesa do réu, será cotejado com as demais provas para ver se há plausibilidade. Se permanecer calado, isso não lhe prejudica.

- E se o acusado, porventura, faltar com a verdade em juízo em seu interrogatório, a exemplo do réu que mente em juízo para não incidir a majorante do artigo 226, II do CP?

Idem à resposta anterior, ele pode mentir, não há crime de perjúrio para o réu na nossa legislação, porém será cotejado com o restante da prova, se verificado que mentiu, apenas será desconsiderado no contexto probatório, nunca vi qualquer prejuízo ao réu, pois persiste o entendimento de que ele não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

- Esses criminosos possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar?

O abusador não tem perfil definido, pode ser qualquer pessoa, geralmente é alguém da própria família da vítima ou de seu círculo de amizade. Não há nenhum comportamento que chame a atenção no meio social ou em juízo, e inclusive até surpreende as pessoas, pois é

geralmente uma pessoa de quem não se espera esse tipo de comportamento. Meu trabalho de mestrado trata disso, está disponível na biblioteca do MP (não lembro se também da FMP).

- Acerca da inquirição da vítima em juízo, qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida?

Sim, seria o ideal, mas nem todos os fóruns contam com esse serviço.

- Em que momento deveria ocorrer para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

O ideal seria que a vítima fosse ouvida uma vez só, porém nosso sistema exige que seja reproduzida a prova em juízo sob o crivo do contraditório. Em Porto Alegre e em algumas poucas cidades do interior temos o CRAI, que é o centro de referência de atendimento infanto-juvenil, onde as vítimas de abuso sexual são atendidas por equipe multidisciplinar, que fazem a oitiva especializada e os encaminhamentos necessários de perícia e exames psicológicos. No local também funciona unidade do Deca, a fim de já ser possível registrar a ocorrência, tudo num único lugar para evitar mais sofrimento e revitimização. Porém a escuta precisa ser repetida em juízo em caso de ocorrência de crime. O tempo certo de se fazer essa escuta é o quanto antes e mais perto do fato possível, não vejo necessidade de modificar o artigo 156, pois permite que a prova possa ser colhida antes para não se perder. Porém a alta demanda de trabalho faz com que esses casos sigam os trâmites regulares de outros processos e dependam da pauta do judiciário juntamente com outros crimes que demandam apreciação.

- Por ser o titular da Ação Penal Pública Incondicionada, o Ministério Público em casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar deve adotar que tipos de medidas visando assegurar a preservação da integridade da vítima e, ao mesmo tempo, a persecução penal?

Em Porto Alegre, na esfera da infância, há promotores de justiça atuando na proteção das vítimas. Todos os casos que chegam ao CRAI são comunicados ao MP que faz o acompanhamento da família e aciona a rede de proteção para os atendimentos necessários de saúde, psicológicos, afastamento do abusador, e o que mais se fizer necessário. O promotor da área criminal se atém à ação penal. Em Porto Alegre são promotores distintos que atuarão nessas duas áreas. Nas entrâncias iniciais se concentrará na mesma pessoa.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do Parquet nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes intrafamiliar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Como eu disse antes, não entendo que as soluções das questões envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes estejam na esfera penal. A mudança de cultura, provimento da educação e políticas públicas é o essencial e acabaria refletindo no resultado dos processos. Entendo, porém, que é necessário haver mais mulheres atuando como operadoras do direito nesse tipo de delito, a fim de fazer um contraponto na visão sobre esses crimes e haver mais empatia com a vítima e menos com o acusado, com mais respeito e preservação da vítima por todos os operadores do direito. Não vejo mudanças que pudessem ser feitas na legislação penal que pudessem aperfeiçoar a atuação do Promotor nesses crimes em prol da vítima, porém não atuo na esfera criminal nesse tipo de crime, minha atuação era na esfera da proteção da vítima quando na Promotoria da infância de Porto Alegre, sendo mais pertinente essa pergunta aos colegas que atuam nessa área específica e afetos às dificuldades lá encontradas. Atualmente estou atuando na área criminal da violência doméstica, porém há apenas um mês, não tendo ainda condições de responder essa pergunta.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, tu acreditas na ressocialização do criminoso sexual?

Acerca da ressocialização do criminoso sexual, depende muito do caso a caso. Se for caso de pedofilia, a ressocialização somente é possível caso receba tratamento psicológico e psiquiátrico específico para essa finalidade, pois se está falando de uma doença que precisa ser tratada. Em outros casos, geralmente é uma questão cultural em que o homem se vê no direito de subjugar a mulher (criança ou adolescente), por isso acho importante investir em grupos reflexivos de gênero, a fim de viabilizar uma autocrítica acerca da conduta e modificar a cultura do estupro que é generalizada na nossa sociedade. A pena deve cumprir a função de repressão e de ressocialização, essa última se faz com tratamento específico e grupos reflexivos de gênero. Vale o mesmo para o reincidente, que já vai ter reflexos na aplicação mais grave de sua pena. Sou contra pena perpétua, pois aí é o abandono da função

ressocializadora, mantendo-se apenas a função repressiva, e nesse país se encarcerava apenas os pobres e na maioria pretos. Por isso sempre sou a favor de investir na prevenção, a querer modificar a legislação para remediar um mal social. A lei já é dura o suficiente, precisamos torná-la efetiva, mudando a cultura para também proteger a vítima e não só as garantias do acusado, e investir em políticas de ressocialização. Não sei bem de que modo, porém o certo é que no sistema atual temos apenas repressão e não resolveremos esse tipo de criminalidade aumentando as penas ou tornando-as perpétuas.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Investimento pesado em educação e das necessidades básicas. Empoderamento das mulheres da família para se impor contra a violência intrafamiliar.

- Tivemos, recentemente, através da Lei n. 14.069/2020 a criação do cadastro nacional dos condenados por crime de estupro. Entretanto, na tua opinião, não seria mais razoável o referido cadastro ser ampliado para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes?

Sinceramente, não sei ao certo qual o benefício desse cadastro para a sociedade, além de estigmatizar a pessoa e talvez aí sim virar uma pena perpétua por ela não mais conseguir se ressocializar, pois dificilmente vai conseguir emprego e tal. Não acho que seja ele que vá evitar crimes, e, portanto, não sei se diria que é mais razoável ampliar para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes.

- Por fim, fale um pouco acerca das tuas experiências (positivas e negativas) como Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em processos envolvendo crimes contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

É sempre um processo bem pesado e difícil, tanto pela fala da vítima que causa um mal-estar na gente quando ela confirma, como pelas dificuldades encontradas para a condenação quando ela se retrata. Um futuro melhor passa pelo que eu repeti várias vezes nas respostas: educação e políticas públicas. Mudança da cultura quanto ao valor e respeito à mulher, mesmo quando criança ou adolescente.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 26/03/2021.

Forma: Videoconferência.

Nome: Rafaela Hias Moreira Huergo.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 36 anos.

Cargo: Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação:

Anos de Atividade: 7 anos como Promotora.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar.

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

CAUSAS: esta não é uma pergunta simples de ser respondida, pois o crime, em regra, é um fenômeno complexo. Dito de outro modo, não é possível afirmar, genericamente, que a causa é A ou B; cada fato criminoso é único e desencadeado por uma miríade de razões – que, quase nunca e em nenhuma medida, o justificam.

No caso específico da violência sexual intrafamiliar, a causa principal é, a meu ver, o agir psicopático e criminoso do agente. Inafastável alçar o desvio de conduta do autor do fato como causa precípua, já que ditos delitos, como regra, são revestidos de hediondez não apenas por decorrência legal, mas pela simples observação lógico-social – são crimes repugnantes para o cidadão médio em qualquer sociedade com padrões mínimos de civilidade. Então, a causa maior é a inclinação criminosa do autor do fato, sua responsabilidade subjetiva e inarredável pelos seus próprios atos.

Por isso, sempre recomendo que os responsáveis pelos menores estejam permanentemente atentos e vigilantes. Infelizmente, a violência sexual intrafamiliar é muito mais comum do que se imagina (aliás, consideravelmente mais frequente que o estupro aleatório e/ou contra maiores de idade). A condescendência/descuido dos responsáveis pode

ser vista como potencial causa, creio. Os pais e responsáveis precisam ter o mais absoluto cuidado com quem permitem frequentar a sua casa e, sobretudo, conviver com suas crianças de forma desvigiada. A ausência deste cuidado pode criar o ambiente ideal para que o criminoso coloque em prática sua odiosa conduta.

Ainda no campo causal, o que percebo, na práxis diária, é a falta de cuidado e diálogo entre os menores e seus responsáveis. Estes crimes, de modo geral, são cometidos às escondidas, sem que haja potenciais testemunhas - afinal, o bandido é mau, mas não é burro, e jamais estuprará um menor diante de um maracanã de testemunhas (expressão de Edilson Mougnot Bonfim). Nesse contexto, a palavra da vítima apresenta-se como elemento fundamental para fazer cessar uma prática criminosa reiterada em andamento. Por isso, é preciso observar o comportamento das potenciais vítimas, identificando nelas o sofrimento represado que, muitas vezes, elas não conseguem extravasar em palavras, seja por medo (ameaças), seja por vergonha, seja por sentirem uma inexistente culpa que lhes é infligida. Quando este diálogo é rompido, por falta de confiança da vítima ou por incredulidade do ouvinte, cria-se a atmosfera perfeita para que o criminoso aja repetidamente sem freios.

Por fim, eu colocaria a impunidade como causa relevante da violência sexual intrafamiliar. Ora, em um país em que menos de 8% dos homicídios têm materialidade e autoria desvendadas, a impunidade é, quase sempre, o desaguadouro natural da prática criminosa. Além de se tratar de conduta que, no mais das vezes, sequer é apurada pelo sistema de justiça, tem-se uma pena ínfima quando comparada aos danos permanentes que a vítima sofrerá, bem como um arcabouço legal extremamente leniente, que permite um sem número de benefícios que redundam, quase sempre, em uma sanção inexistente ou irrisória. Logo, no “custo x benefício” do crime, o agente sabe que, se um dia for descoberto, terá chances remotas de ser efetivamente preso, o que, sem dúvida, o encoraja para agir.

Quanto à sociedade e ao Estado: eu jamais os colocaria na condição de “co-culpados”. A responsabilidade é única e exclusiva do agente, salvo raríssimas exceções.

No entanto, a sociedade tem papel fundamental para coibir esses delitos. Apesar das constantes tentativas de relativizar a gravidade de ditos crimes, com estímulos a pensamentos e teorias que almejam “naturalizar” uma conduta hedionda e penalmente extremamente relevante, quero crer que a sociedade, ao menos ainda hoje, continua traduzindo valores contrários à sexualização infantojuvenil. É ela responsável, ainda, pela vigilância não policial das vítimas, atentando para eventuais indícios da ocorrência de crimes desta natureza em desfavor dos menores.

Quanto ao Estado, vislumbro a sua maior importância através do exercício do poder punitivo, cujo percurso deve ser o de apurar a ocorrência de tais delitos e levar seus agentes a um justo e pronto processo de responsabilização, com o rigor (e a justiça) que a natureza de ditos delitos requer e preservando a vítima de danos ainda mais extensos. Investigações ágeis e efetivas, processos céleres e justos e (eventuais) condenações rigorosas e efetivamente cumpridas, aliadas a um acolhimento fraterno e com afeto à vítima, integram este conceito.

Outro papel fundamental do Estado é na articulação de uma rede de proteção estruturada e eficiente, apta a captar, na origem, possíveis indícios da ocorrência desses delitos. Para tanto, dispõe o Estado de diversos atores de elevada importância, como rede de ensino (costumam figurar como primeiro contato da vítima que revela a ocorrência), conselho tutelar, creas, cras, saúde, Ministério Público.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

Em minha opinião, as alternativas se destacam em dois eixos:

Primeiramente, através de conscientização e diálogo. Eu repito: o número de abusos sexuais intrafamiliares é muito superior ao que se imagina e muito, mas muito maior do que o de estupros aleatórios ou de vítimas maiores de idade. Logo, é preciso que os responsáveis legais dos menores tenham a CONSCIÊNCIA de que tutelam uma pessoa indefesa e frágil, ainda em desenvolvimento, que necessita de constante vigília e proteção. Esta conscientização é fundamental para que pais e responsáveis abram os olhos para situações potencialmente perigosas para as vítimas. É preciso, ainda, conscientizar pais e mães quanto à necessidade de manter um canal de diálogo aberto e franco com os filhos, de modo a que eles tenham a CONFIANÇA de lhes revelar e buscar ajuda diante de qualquer atitude considerada desconfortável, evitando, assim, que algo de pior ocorra ou se perpetue.

O outro eixo é a responsabilização penal certa e exemplar do abusador, fazendo valer o que se aprende na faculdade como prevenção geral e específica da pena.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Sem dúvida. A impunidade é fator criminógeno relevantíssimo. O custo x benefício do crime não pode ser uma balança pendendo para um lado abissalmente. Note-se, por exemplo, que quando a lei estabelece uma pena mínima e uma pena máxima para um delito, é

absolutamente raro (ao menos no RS) o afastamento da sanção do mínimo legal, já que, aqui, vigora verdadeiro “dogma da pena mínima”. Não bastasse isso, nossa execução penal é absolutamente pródiga em benefícios redutores e flexibilizadores de pena, que tornam a sanção aplicada em sentença ainda menor e mais branda. O combate sério a tais delitos passa, inevitavelmente, pela revisão desta realidade.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Não vejo o problema na redação da CF, mas sim no nosso sistema investigatório, na nossa lei penal e executória e na sua aplicação cotidiana pelos juízes e tribunais.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar? Qual seria o peso aferido ao interrogatório do acusado, considerando que o acusado pode exercer o direito de permanecer calado ou de não responder as perguntas que lhe forem formuladas em juízo, bem como faltar com a verdade em juízo durante o seu interrogatório, a exemplo do réu que mente em juízo para não incidir a majorante do artigo 226, II do CP?

Todo o processo no contexto da violência sexual intrafamiliar é muito delicado, pois o que chega ao Ministério Público é uma pequena fração da grande escala de violência intrafamiliar. É um crime muito difícil de ser comprovado, submete a vítima a intenso sofrimento na colheita da prova. Temos uma subnotificação imensa nesses tipos de delitos que, via de regra, ocorrem quando a criança está sozinha.

Para o Ministério Público o depoimento do acusado é mais um meio de defesa, onde os réus não confessam a autoria do crime. A incidência desses delitos no ambiente intrafamiliar é muito maior do que em outros locais. Confesso que nunca me deparei com um réu que confessou a autoria desse tipo de crime.

- Os abusadores sexuais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar?

Não, nunca encontrei um denominador comum no perfil do criminoso sexual intrafamiliar. Aliás, em muitos processos o criminoso era uma pessoa de total confiança da família.

- Acerca da inquirição da vítima em juízo, qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida? Em que momento deveria ocorrer para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

É uma prova de difícil produção. Precisa ser bem produzida. O modelo atual já é um modelo aperfeiçoado ao que já foi antes do Depoimento Especial. O momento ideal seria o quanto antes para não ocorrer perda da prova, ainda mais quando se trata de prova envolvendo vítima infantil. Desta forma, as chances de preservação da prova são maiores. O ideal é a produção antecipada da prova, para fins de evitar a revitimização e, ao mesmo tempo, conferir maior fidelidade à prova.

- Acerca do relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima?

Não tem um limite, é preciso analisar a prova sob um amplo conjunto probatório. Ademais, é importante observar aspectos como, por exemplo, os termos do depoimento e os efeitos que o abuso causou ao emocional e ao comportamento da vítima. Essas situações trazem maior segurança à produção e valoração da prova.

A pena do abusador é sempre muito menor do que a pena da vítima, que carrega os efeitos deletérios do abuso para o resto da vida.

A alienação parental é algo extremamente danoso, pois a vítima da alienação comporta-se como se, realmente, tivesse sido abusada.

- Na hipótese de existirem provas físicas irrefutáveis (laudos, exames, imagens, etc.) da ocorrência do abuso sexual, o relato da vítima poderia ser dispensado, sopesando evitar a revitimização secundária?

Sem dúvida. Havendo prova cabal da materialidade/ocorrência do delito, não há justificativa para submeter a vítima a uma inquirição que certamente lhe será pesosa.

- Por ser o titular da Ação Penal Pública Incondicionada, o Ministério Público em casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual intrafamiliar deve adotar que

tipos de medidas visando assegurar a preservação da integridade da vítima e, ao mesmo tempo, a persecução penal?

Então, deve existir um equilíbrio, a exemplo da atuação de Promotores que atuam na parte protetiva da vítima e os que atuam na parte criminal para condenar o abusador.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do *Parquet* nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes intrafamiliar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Todo o sistema de justiça deveria ser aperfeiçoado, com uma melhor capacitação dos profissionais que atuam nesse tipo de delito, desde Juízes, Promotores, até Advogados, Assistentes Sociais, Psicólogos, etc. Através da capacitação e do aparelhamento das instituições, conseqüentemente, o enfrentamento será melhorado.

O mesmo se aplica aos Conselhos Tutelares, já que em muitas ocasiões os conselheiros não estão preparados para o caso que se apresenta.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acredita na ressocialização do criminoso sexual?

Infelizmente, no Brasil, o custo benefício do crime é muito alto.

São raros os casos de ressocialização. É difícil acreditar na ressocialização de um criminoso hediondo. A impunidade é um fato criminógeno alto.

Confesso que nunca presenciei a pena máxima sendo aplicada. O sistema de execução de penas é muito leniente no Brasil.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Isso perpassa pela conscientização, já que esse tipo de criminalidade ocorre em grande frequência. É preciso que ocorra uma maior prevenção por parte das redes de proteção, a exemplo da Escola, dos pais, dos Conselhos Tutelares visando, sobretudo, a identificação e a conscientização no tocante a esse tipo de delito. A população precisa permanecer vigilante. O sistema de justiça penal precisa ser aprimorado para ser mais efetivo.

- Tivemos, recentemente, através da Lei n. 14.069/2020 a criação do cadastro nacional dos condenados por crime de estupro. Entretanto, não seria mais razoável o referido cadastro ser ampliado para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes?

Certamente. Quanto mais dados coletados, melhor o enfrentamento.

- Por fim, fale um pouco acerca das suas experiências (positivas e negativas) como Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em processos envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

Esse tipo de crime é tão triste, que fica complicado ilustrar um caso específico. Mas posso referir que tive processo na Comarca de Ibirubá, na minha entrância inicial, onde conseguimos uma condenação significativa para um criminoso sexual que abusou de uma adolescente.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 24/11/2020.

Forma: E-mail.

Nome: Luciane Pötter.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 51 anos.

Cargo: Advogada licenciada da OAB/RS.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Direito Público.

Anos de Atividade: 22 anos como Advogada.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

Abuso sexual e exploração sexual são manifestações da violência sexual contra crianças e adolescentes. Abusar é ultrapassar limites, transgredir e, ainda, contém a noção de poderio.

No abuso sexual infantojuvenil intrafamiliar, o vitimizador é, normalmente, alguém ligado à criança ou adolescente por laços afetivos muito fortes como pai, mãe, padrasto, madrasta, vó, vô ou o responsável por ela; que se aproveitam da relação de subordinação que o parentesco proporciona e, muitas vezes, da coabitação para a prática do delito. Portanto fatores econômicos são aspectos propiciadores e facilitadores da violência sexual, mas não são determinantes.

O abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, meninos ou meninas, é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e pode ser descrito como toda situação em que uma criança ou um adolescente é usado para gratificação sexual de outrem, envolvidos na relação de parentesco ou laço familiar, ou na relação de responsabilidade. Várias teorias (psicológicas, antropológicas) podem explicar, mas, certamente, o que leva ao abuso sexual

intrafamiliar, e que mantém o contexto abusivo, é o abuso de poder pela assimetria entre abusador e vítima.

A responsabilidade de proteger meninos e meninas contra crimes como o abuso e a exploração sexuais não é apenas do Estado ou da família, mas de todos nós. Este dever está previsto na Constituição Federal Brasileira, artigo 227.

O papel da sociedade é acreditar na palavra da criança/adolescente e protegê-la de toda e qualquer violência, denunciando os atos de violência através de canais adequados para isso.

Eu gostaria de adicionar especificamente o papel de proteção e informação dos Educadores e professores. Este setor da sociedade tem um papel fundamental na proteção e orientação de crianças e adolescentes. A escola é um espaço para discussão de temas importantes, como sexualidade e gênero, além do mais é onde pode ser observada a mudança de comportamento das crianças e jovens que podem estar sofrendo qualquer tipo de violência familiar, inclusive a sexual. Educadores devem estar cada vez mais qualificados para identificar os sinais de violência.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

O papel do Estado é o enfrentamento da violência sexual com políticas públicas eficazes, pois a fragilidade das políticas públicas facilita a persistência de casos de violência. As campanhas educativas e de mobilização por Secretarias de Direitos Humanos ajudam na prevenção. Os canais de denúncia contra a violência de crianças e adolescentes devem ser facilitados à população.

Temos que considerar o fato de que famílias menos favorecidas têm menos condições de acompanhar e orientar os filhos diariamente por necessidade de trabalho fora de casa. Nestes casos o Estado deve atuar garantindo atendimento integrado, contínuo e de qualidade para as famílias.

Aperfeiçoar o Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes é fundamental para atendimento adequado e qualificado para todos os envolvidos no quadro de violência familiar. O Estado jamais deve praticar a revitimização (violência institucional). O papel do Estado é garantir a proteção de crianças e adolescentes.

Quando há suspeita de violência sexual, é importante acionar uma das instituições que atuam na investigação, diagnóstico, enfrentamento e atendimento à vítima e suas famílias: Conselhos Tutelares, Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), Promotoria

de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude (PJDIIJ), Varas da Infância e da Juventude, Disque 100 ou 156. Estas instituições devem estar preparadas para atender e entender as demandas. Ademais, entendo necessário que as instituições tenham Ouvidorias, locais de reclamação sobre os serviços prestados.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213,217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma inibir a incidência desses crimes?

Penas altas e a hediondez do crime em relação ao autor de um crime sexual no Brasil não inibe por si só a incidência do crime. O regime de cumprimento de pena e os benefícios devem ser diferenciados para o autor de um crime como esse que deixa marcas profundas, insuportáveis e que causam um dano não somente à vítima, mas também às famílias e um custo social elevado pois a vítima não resiliente poderá ser improdutiva, e sendo assim, vai necessitar ajuda do Estado, às vezes para toda a sua vida.

Um crime sexual já é terrível. Um crime sexual contra pessoas em desenvolvimento físico e mental é devastador. Vítimas que sofreram um ato de violência sexual único não viveram o mesmo tipo de vitimização que aquelas que foram obrigadas a guardar silêncio e que muitas vezes tiveram que conviver diariamente com o seu agressor, dividindo a mesma cama, o mesmo teto, normalmente por muito tempo.

Sobre o regime de cumprimento de pena para criminosos sexuais, agressores de crianças e adolescentes (pedófilos/agentes ocasionais), em especial o crime sexual intrafamiliar, entendo que deveria ser diferenciado. Eu respeito a decisão do STF sobre a não progressão do regime de cumprimento de pena afrontar a individualização da pena conforme artigo 5º, LXVI da CF, pois não permitiria que se considerassem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização.

No entanto, me permito opinar em conformidade ao Projeto de Lei 5112/20 (Fonte: Agência Câmara de Notícias) que estabelece a castração química voluntária para inibição do desejo sexual como pré-requisito para a concessão de liberdade condicional e progressão de regime para condenados por estupro. Além do mais concordo com o aumento das penas prevista no referido projeto de lei e entendo ser necessário o monitoramento do autor do crime, pós cumprimento da sentença, pelo Estado. O medo de perder a liberdade deve ser muito maior que o desejo de ter uma sexualidade plena com crianças e adolescentes. Mas,

certamente, a prisão por si só não muda o padrão de interesse sexual por crianças para este grupo determinado que atua como autor de crime sexual. A prisão os impede de cometer o crime por um tempo.

Nos EUA já são sete os Estados que possuem lei sobre o uso da castração química para criminosos sexuais. A lei aplica-se a criminosos sexuais elegíveis para liberdade condicional.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional? (atualizada)

O Brasil possui excelente legislação constitucional e infraconstitucional sobre proteção de crianças e adolescentes.

As normas são de ordem pública e de observância cogente por todos os membros e atores da sociedade brasileira. Além disso, existe dois importantes princípios, o da proteção integral e o da prioridade absoluta, que ditam proteções e atenção especiais às crianças e aos adolescentes.

O estatuto da criança e do adolescente foi consagrado pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, constituindo-se num verdadeiro sistema de garantias e direitos de crianças e de adolescentes, concedendo especial proteção aos menores 18 anos, e, em caráter excepcional, aos que possuem até 21 anos, conforme determina seu art. 2º.

Trata-se de um sistema que visa resguardar os direitos fundamentais de crianças e de adolescentes conferidos pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, em que sua efetivação tem seu campo de aplicação amparado com status de prioridade absoluta e de proteção integral, tendo por finalidade assegurar proteção total e em todos os aspectos da vida infantojuvenil.

No entanto, muito ainda necessita ser realizado para a proteção das crianças e adolescentes. A prevenção e a punição dependem da superação da invisibilidade.

O que as crianças e os adolescentes brasileiros necessitam é de uma política pública unificada, séria e eficaz voltada à prevenção e ao atendimento especializado e qualificado para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Estratégias primárias de combate à violência sexual como criação de programas escolares com foco nos direitos humanos e prevenção à violência, programas comunitários de educação e informação sobre violência doméstica, Apps que reportam e ajudam a proteger as vítimas que estão sofrendo violência. Estratégias secundárias como programas federais de ajuda às vítimas, aumento de penas e

menores benefícios, polícia judiciária e operadores do direito qualificados, escuta protegida para vítimas/testemunhas e programas re-educacionais para autores de violência doméstica e sexual.

O Brasil evoluiu muito nos últimos anos no que concerne à legislação protetiva para crianças e adolescentes. A Lei nº 13.431/2017 regulamentada em 2018 tratou especificamente das demandas da infância/adolescência vítima ou testemunha de violência estabelecendo um sistema de garantia de direitos. A lei está sendo implantada rapidamente nos estados brasileiros com instalação de centros de escuta especializada (rede de proteção com pessoal qualificado) e depoimentos especiais (polícia qualificada e em sede judicial com psicólogos e assistentes sociais qualificados bem como magistrados com qualificação). É importante ressaltar ainda que o CNJ publicou novas regras para depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência através da Resolução 299/19 que determina aos tribunais a criação de varas especializadas destinadas a receber processos que envolvam crianças/adolescentes vítimas. Os depoimentos deverão ser colhidos em espaços adaptados e por pessoas com treinamento específico, conforme determina a Lei nº 13.431. O foco é preservar a integridade física e emocional das vítimas ou testemunhas que já passaram por uma violência que está para além da sua capacidade de absorção e não devem ser revitimizadas pela Justiça.

Perguntas Específicas:

- Qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida? E em qual momento deveria ocorrer?

O modelo ideal é o previsto na lei nº 13.431/2017. Em 2003, a 2ª vara da Infância e Juventude de Porto Alegre iniciou o Projeto Depoimento Sem Dano no qual crianças e adolescentes vítimas de violência eram ouvidas no sistema de justiça através de videoconferência. Nesta época verificava-se que as crianças e os adolescentes eram ouvidos diversas vezes sobre o mesmo fato pelo Conselho Tutelar, colégio, rede de saúde, polícia, psicólogo, assistente social e pelo juiz da causa. As situações geravam sofrimento e existia total falta de proteção mesmo com a legislação existente na época. Para uma criança exposta a várias escutas, a mensagem é de que ela não é acreditada em sua fala, pois do contrário, para que tantas perguntas repetidas?

Em 2010, mesmo sem existir lei específica a respeito da prática, O CNJ através da Recomendação nº 33, recomendou essa prática com o nome Depoimento Especial. Com o

apoio da ONG Childhood Fundation, foram realizados vários estudos, técnicos estrangeiros vieram ao Brasil para capacitar juízes e profissionais da rede de proteção, profissionais brasileiros visitaram países com práticas parecidas para aprender mais sobre como realizar a prática do Depoimento Especial. Portanto, foram vários anos de estudo para que se chegasse na Lei nº 13.431/2017. Atualmente o Brasil possui 907 salas de depoimento especial bem como 3 ônibus itinerantes que se deslocam até as comarcas onde as vítimas deverão ser ouvidas. Em 19 estados brasileiros, 3902 profissionais já foram capacitados para este tipo de trabalho (dados de maio de 2020). O Brasil atualmente possui um dos maiores programas de proteção à infância/adolescência.

- Qual o melhor momento para ouvir a vítima/testemunha de violência criança ou adolescente?

Ela deve ser ouvida o mais rápido possível. Em regra, a vítima ou testemunha falará somente uma vez em Ação Cautelar de Antecipação de Prova conforme artigos 11, Parag. 1º e 21 ambos da Lei 13.431.

Dadas as características inerentes à infância e a juventude, é absolutamente natural e justificável que se pretenda colher o quanto antes os esclarecimentos sobre o fato criminoso, tanto para autorizar a persecução criminal como para dirimir suspeitas, evitando-se eventuais desgastes trazidos com o transcurso do tempo, inerente ao trâmite do processo criminal, tanto mais quando diz respeito a prática, em tese, de crime contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

O Depoimento Especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova conforme artigo 11, Parag. 1º, inciso I – quando a criança tiver menos de 7 anos e inciso II – em caso de violência sexual de forma a diminuir o número de vezes que vítimas e testemunhas precisam relatar o fato ocorrido (já prevista nos artigos 156, 225, 366 do CPP e artigo 381 do CPC). A produção antecipada de provas será obrigatória sempre que se tratar de violência sexual ou, nos demais casos (bullyng, alienação parental, testemunha) quando se tratar de criança menor de 7 anos de idade.

Em decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª e 8ª Câmaras Criminais deram provimento a Correições Parciais interpostas pelo Ministério Público contra a decisão da Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, que indeferiu o pedido de produção antecipada da prova consistente na inquirição da vítima por meio da técnica “Depoimento Especial” por violação do disposto no artigo 11, § 1º, da Lei nº 13.431/2017. Refere a ementa do Acórdão da 5ª Câmara Criminal do TJRS que “A produção

antecipada da prova pretendida se justifica à medida que o transcurso do tempo, em casos como o presente, pode afetar a devida apuração dos fatos, sombreando a realidade e reavivando o trauma inerente à conduta delitiva, sendo que a inobservância do exposto dispositivo legal pode tornar inócua toda a rede protetiva em torno de crianças e adolescentes corroborada pela Lei nº 11.431/2017”.

Mas, havendo necessidade, a autoridade policial ouvirá em Depoimento Especial, com profissionais capacitados para o ato em metodologia de DE e com uso de protocolos, em salas especiais. No Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, O DECA – Departamento Estadual da Criança e do Adolescente - possui salas especiais e profissionais com capacitação realizadas através de acordos de cooperação técnica com o Tribunal de Justiça do RS para capacitação e fluxos de trabalho. Existem situações em que a escuta na polícia será necessária, mas deverá ocorrer de forma pontual. Nesse sentido a lei determina no artigo 8º que O Depoimento Especial deve ocorrer perante autoridade policial e judicial sempre em um ambiente acolhedor, por profissional capacitado em protocolo de entrevista para depoimento especial.

- A Lei 13.431/17 assegurou todos direitos e garantias às crianças e aos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual intrafamiliar ao realizar o depoimento especial? Se não, quais seriam as medidas a serem implementadas na Lei?

Há mais de 10 anos pesquisamos sobre a participação de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas em processos judiciais. Estudei as várias formas de escuta judicial e extrajudicial das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, tanto na forma tradicional de oitiva como em Depoimento Especial. Além disso atuei como advogada de vítimas de violência doméstica e sexual; em alguns processos como assistente de acusação tanto antes da lei como após a lei. Sem dúvida a lei trouxe grandes avanços para a proteção de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas.

Constitui-se num dos mais recentes mecanismos destinados a coibir a violência contra crianças e adolescentes, em resposta não apenas ao disposto no art. 227, caput e §4º, da Constituição Federal como também ao art. 226, caput e §8º, da mesma Carta Magna.

É a primeira legislação a definir violência institucional por exemplo. Não existe sistema perfeito, tampouco a Lei nº 13.431 é perfeita. Mas se fizermos a leitura da lei, sua regulamentação através do decreto nº 9.603/2018, da Resolução 299/2019 do CNJ, do Pacto Nacional pela implementação da Lei nº 13.431/2017 assinado em junho de 2019 por várias instituições (CNJ, MJSP, Primeira-Dama do Brasil, Ministro Chefe da Casa Civil, Ministério

da Educação, Ministério da Cidadania, Ministério da saúde, CNMP, MMFDH, Defensoria Pública da União, CONDEGE, CONCP, OAB) vislumbramos alta qualidade normativa em contínuo aprimoramento. Além disso, foi publicado em Agosto de 2020 o Guia para implementação do fluxo geral da lei nº 13.431/2017 elaborado pelas entidades que assinaram o pacto juntamente com diversos participantes importantes do grupo de trabalho, com a colaboração técnica da Childhood Brasil e coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Este Guia detalha fluxos, atendimentos e atuações. Eu destaco, particularmente a atuação da Defensoria Pública que tem um papel fundamental de atuação pois a lei determina que as vítimas e testemunhas de violência recebam assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e os resguardem contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo conforme artigo 5º, VII da referida lei. Refiro, ainda, o lançamento do Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense lançado em Julho de 2020. Portanto, todas as medidas estão sendo estudadas profundamente conforme determina a Lei nº 13.431, publicadas e implantadas no país.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para evitar a ocorrência da Vitimização Secundária de crianças e adolescentes vítimas da violência sexual intrafamiliar?

Quando crianças e adolescentes precisam contar o que lhes aconteceu na rede de proteção, na polícia ou no sistema de justiça, acabam revivendo, por meio da fala e da lembrança dos fatos, o trauma ocorrido. Cada vez que a vítima é colocada numa situação em que precisa relatar novamente o que lhe aconteceu, corre-se o risco de revitimização que pode ocorrer através das lembranças, falas e da forma como são questionadas. Houve um grande avanço legislativo com a publicação da Lei nº 13.431 para evitar a vitimização secundária com instalação das salas de depoimento especial, exigência da capacitação das pessoas que atuam no sistema de garantias de direitos para crianças e adolescentes vítimas e testemunha de violência, fluxo de trabalho, atuação e proteção. É importante destacar que cada instituição deve atuar na sua esfera. Por exemplo, a lei reforça o importante papel de controle dos Conselhos Tutelares. Nesse sentido a lei busca não só coibir os atos criminosos, mas também avaliar a capacidade de proteção das famílias e o papel do Estado em apoiá-las conforme artigo 15, Parag. Único, II. Ao Conselho Tutelar cabe aplicar medidas de proteção. As situações de violência podem ter a porta de entrada nos Conselhos Tutelares ou nas Escolas, mas esses membros devem acolher, orientar e escutá-las sem interrupções e encaminhá-las às Instituições necessárias. Realizar a escuta especializada por pessoal capacitado obtendo

informações preliminares, zelando para que os questionamentos se limitem àqueles necessários à aplicação da medida de proteção. O Conselho Tutelar deve ouvir a família e outras pessoas. Se possível não ouvir a vítima ou testemunha de violência para não revitimizar e contaminar a fala. Essa é a escuta especializada da rede de proteção onde o relato deverá ser limitado ao necessário para encaminhar e proteger. Ela falará em Depoimento Especial que é o local para investigação dos fatos. Além disso a qualificação das pessoas que atuam junto a crianças e adolescentes vítimas e testemunhas é necessária para evitar a revitimização. Os Tribunais de Justiça juntamente com a Childhood Brasil promovem cursos de qualificação tanto para magistrados como para os técnicos psicólogos, assistentes sociais e pedagogos que atuam junto ao Depoimento Especial. Mas, a qualificação deve ser obrigatória para a rede de proteção também.

No entanto, ressaltamos que um novo método de escuta e proteção não significa simplesmente nova técnica de investigação; deve gerar uma nova cultura ética de tutela processual aos infantojuvenis, mas tutela a partir do instante em que não pensamos o si mesmo, mas o Outro respeitado em sua diferença. A investigação do crime sexual deve ser feita com respeito, dignidade, paciência, discrição e disponibilidade, isso faz toda a diferença em casos envolvendo crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência.

- Por fim, na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para evitar a vitimização secundária? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Inicialmente é importante referir que a primeira tentativa de regulamentação do Depoimento Especial ocorreu no ano de 2006, através de Projeto de Lei nº 7.524, o qual acrescentava o Capítulo IV-A ao Código de Processo Penal de 1941, regulamentando a forma como seria feita a inquirição judicial de crianças e adolescentes, como vítimas e testemunhas.

Este Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados. No Senado Federal, o entendimento foi de que o seu texto deveria ser incorporado ao Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal nº 8.045/2010. Este Projeto de Lei nº 8.045/2010, a Reforma do CPP, prevê o Depoimento Especial que está no capítulo II – Dos meios de Prova - na Seção III – Disposições especiais relativas à inquirição de crianças e adolescentes, artigos 192 a 195. Esse conteúdo é do Projeto de Lei nº 7.524 de 2006 atualmente desatualizado. O eixo central da reforma do CPP consiste na compatibilização do processo penal brasileiro com os valores democráticos da Constituição de 1988. Faz-se necessário que a Lei nº 13.431, em perfeita

consonância com a CF/88 seja incorporada ao novo Código de Processo Penal. O resultado será um CPP constitucional em harmonia com a lei do sistema de garantia de direitos a crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência. Mas o passo deverá ser mais abrangente. Deverá ocorrer uma mudança cultural, pois de nada adiantará uma reforma legislativa completa se os aplicadores da lei mantiverem a mesma mentalidade de outrora.

Importante também observar que a violência institucional prevista na lei 13.431/2017 que pode desencadear a vitimização secundária ou revitimização por falta de qualificação técnica dos órgãos e agentes que detém a incumbência de serem os guardiões dos direitos infantojuvenis pode resultar de uma ação ou omissão. Na minha opinião deveria haver a tipificação legal específica dessa violência no Código Penal.

A violência institucional pode resultar de ação realizada em desacordo com os fluxos, protocolos e normas aplicáveis previstos na Lei nº 13.431, como também da omissão dos órgãos e agentes que deveriam intervir e que, por qualquer razão, não o fazem. A referida lei prevê o acompanhamento e monitoramento dos casos e dos agentes responsáveis pelos atendimentos, isso tudo para zelar pela qualidade e eficácia do serviço prestado (conforme artigos 14, § 1º, III da Lei nº 13.431, 90, § 3º, inciso II do ECA e 37 da CF).

Em nenhum momento essas mudanças colocariam em xeque o devido processo legal. Eu vou responder citando o artigo do Dr. Fabio Heerdt in POTTER, Luciane e HOFFMEISTER, Marleci V. Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes – Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016; pois compartilho integralmente da opinião dele:

O processo penal, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos dos atos abusivos do Estado.

No artigo 5º, LIV da CF estão positivados os princípios do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, do estado de inocência etc. O processo penal assume, assim, uma função democrático-garantista, enquanto comete ao juiz a obrigação de, em nome do Estado, respeitar, proteger e promover os direitos do réu, na condição de verdadeiro tutor das liberdades públicas, exigindo-se que assegure o cumprimento dos ritos, regras e princípios que conferem igualdade material entre as partes no processo.

Excepcionalmente, haverá outros sujeitos titulares de direitos fundamentais no processo penal, como o próprio ofendido. O devido processo legal, o respeito à privacidade e à intimidade também deverão ser assegurados ao ofendido e às testemunhas.

Dos agentes públicos no processo exige-se atuação de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais da vítima, principalmente em processos que tratem de violência sexual contra criança e adolescente, pois são portadores de bens jusfundamentais, com o status de vulnerabilidade erigido pela própria Constituição Federal conforme artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à (...) dignidade (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

As crianças e adolescentes que sofreram violência sexual são pessoas vulneráveis por definição legal, pois tiveram um atentado contra a dignidade humana, referencial axiomático de todos os direitos fundamentais. Assim, a par de a Constituição cometer ao juiz a função de exercer os deveres de proteção das garantias e direitos fundamentais do réu, no caso que envolve crimes sexuais contra vulneráveis – especialmente -, cumprirá ao magistrado, também, conferir, em mesmo grau, o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais da vítima, que, instrumentalmente falando, no processo, dar-se-á por meio de instrumentos de colheita da prova que considerem a vulnerabilidade da vítima.

Com efeito, a proteção à dignidade, a proibição de tratamentos vexatórios ou constrangedores, o dever estatal de oitiva da criança e de necessidade de punição adequada dos crimes praticados contra crianças e adolescentes, acham-se expressamente previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, que estabelece tais deveres de proteção, como no artigo 4º, 5º, 16, 17, 18 e 28.

A Constituição Brasileira não contém previsão expressa acerca do princípio da proporcionalidade⁵. Todavia, trata-se de um postulado, ou um meta-princípio, daí porque, ainda que não positivado, não poderá o princípio da proporcionalidade ser desprezado pelo ordenamento jurídico brasileiro, até porque consiste em imposição presente em qualquer

⁵ Compartilho do mesmo pensamento do Dr. Fabio Vieira Heerdts – Juiz de Direito -. Mais detalhes em POTTER, Luciane e HOFFMEISTER, Marleci V. in Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes – Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

sistema constitucional que se esteie em garantias constitucionais que são o apanágio de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

O processo penal contempla diversas evocações cotidianas de critérios ou do postulado da proporcionalidade, como por exemplo quando o direito de presença do acusado é arredado literalmente, ao ser aquele retirado da sala de audiência frente ao temor ou constrangimento da testemunha.

Tome-se o exemplo citado supra, relativo à retirada do réu da sala de audiências, previsão expressa do artigo 217 do CPP. Neste caso, há restrição ao direito de presença do acusado, o que não deixa de configurar uma restrição ao direito fundamental da ampla defesa, visto que, no processo penal, a defesa se exerce técnica (por meio de defensor) e pessoalmente (pelo próprio arguido). Depois de longuíssima discussão doutrinária, concedeu-se que o interrogatório do réu é tanto meio de prova como de defesa. Ainda, a defesa pessoal se exerce não só por meio do interrogatório, mas em face da própria participação do réu, se o quiser, em todos os atos do processo penal. Haveria na regra do artigo 217 do CPP, pois, uma verdadeira restrição ao direito fundamental da ampla defesa, prevista no artigo 5.º, LV, da CF. Assim, uma regra contemplaria uma ponderação entre o temor fundado da vítima e/ou testemunha e o direito de o réu defender-se amplamente, optando a lei pela restrição do direito do acusado. Trata-se de ponderação funcionalizada pelo legislador ordinário.

Partiremos da premissa de que é possível e até mesmo exigível, em certas circunstâncias, a restrição das garantias constitucionais do réu, mesmo em Estado de Direito, porquanto a convivência entre bens jusfundamentais exige limitações recíprocas.

No caso do depoimento especial e da produção antecipada de provas há apenas um conflito “aparente” entre os direitos fundamentais do réu e da vítima, porque o juiz, ao utilizar do método, não restringe substancialmente nenhum direito fundamental do réu que em todo momento processual deverá ser representado tecnicamente por um defensor. Não utilizar o método DE e a produção antecipada de provas previstos na Lei 13.431/2017 atentaria contra o princípio da proibição da proteção deficiente e da própria lei.

Em exercício de juízo de ponderação, com base na proporcionalidade, o juiz deverá utilizar a referida lei (que possui mecanismos para evitar a vitimização secundária) como forma de estabelecer balanceio entre os direitos fundamentais do réu e da vítima.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 22/12/2020.

Forma: E-mail.

Nome: Cinara Furian Fratton.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 45 anos.

Cargo: Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduação: Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Especialista em Direito de Família e Sucessões.

Anos de Atividade: 20 anos como Defensora Pública.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

Penso que a falta de educação sobre o assunto no âmbito familiar pode contribuir com uma das causas, na medida em que os pais deveriam conversar e orientar aos seus filhos sobre como se defenderem de eventual ataque. Também penso que deveria haver políticas públicas para retomarem os valores familiares, tais como a monogamia, idade mínima e ou maturidade mínima para relação sexual, educação também para os pais para saberem como lidarem com essas situações.

Papel da sociedade é fundamental no tocante ao refinamento dos valores familiares, tais como o amor seguro e protegido, necessidade de respeito ao próximo, desenvolvimento dos valores humanos e também de uma conscientização dos pais em não permitir relacionamentos em idade precoce.

O Estado poderia fomentar campanhas públicas de conscientização e não permitir novelas que estejam incentivando a prática de relacionamento sexual entre adolescentes. Também poderia melhorar a educação nas escolas sobre o assunto e orientar as crianças e adolescentes quanto ao cuidado com o próprio corpo, orientado que não é adequado, ainda

quando não tiverem alcançado a maioridade, sobre a ação invasiva e prejudicial de qualquer pessoa que venha a tocar no corpo de crianças ou adolescentes.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

Afastamento imediato do agressor, monitoramento da família, conscientização dos demais membros sobre a necessidade de protegerem a vítima, trabalhar com a pessoa que sofreu o abuso formas de se defender de eventual ataque.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Acredito que a questão poderia ser solucionada com medidas que devem deixar o agressor afastado da vítima e, mediante estudo social, avaliação psicológica e audiência, verificar se houve comprometimento das pessoas que são responsáveis pela criança ou adolescente quanto à proteção. A questão pode ser mais grave, em se tratando de pais. Fica complexa a situação, porém, dependendo do contexto, não há como permitir que o agressor volte ao convívio com a vítima sem um acompanhamento. Penso que já temos leis suficientes para punir o agressor, mas o que realmente faria uma diferença seria a melhoria da fiscalização da situação por parte dos demais membros familiares, do Estado e do Judiciário.

Talvez a necessidade de um atendimento/curso obrigatório para o agressor e a avaliação demonstrando comportamento condizente com o papel de ser pai, como condição para retomar qualquer contato com a vítima seja uma forma de minimizar os danos sofridos.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Penso que poderíamos refletir a necessidade de especificar medidas para a proteção da criança e do adolescente, quando em situação de violência sexual intrafamiliar. Desse modo, verifica-se a necessidade de preencher essa lacuna, sendo a redação atual do artigo 227 da CF/88 insuficiente.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar? Qual seria o peso aferido ao interrogatório do

acusado, considerando que o acusado pode exercer o direito de permanecer calado ou de não responder as perguntas que lhe forem formuladas em juízo, bem como faltar com a verdade em juízo durante o seu interrogatório, a exemplo do réu que mente em juízo para não incidir a majorante do artigo 226, II do CP?

Acredito que a demora da vítima em contar sobre a situação, bem como a falta de tomada de providências de um dos pais pode ser um dos fatores que dificultem a identificação do criminoso.

Também a ausência de ferramenta que detecte a veracidade do relato da vítima pode ser também uma forma de contribuir para essa dificuldade, dependendo da idade da criança/adolescente.

- Os abusadores sexuais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar?

Sem resposta.

- Acerca da inquirição da vítima em juízo, qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida? Em que momento deveria ocorrer para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)? Seria viável a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de antecipação do depoimento especial com a finalidade de evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual?

Acredito que seria interessante a antecipação do depoimento da vítima, sem a necessidade de ser ouvida mais de uma vez pelo sistema de Justiça. Talvez o relato único, em juízo, com o acompanhamento dos profissionais aptos para a tomada do depoimento sem dano, seria uma alternativa melhor para tal coleta.

Penso que hoje pode haver o efeito contrário para a criança/adolescente que tenha que expor sobre o fato mais de uma vez, em várias oportunidades.

- Acerca do relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima?

A questão da validade do relato perpassará sobre sua veracidade. Ampliar as formas de verificar essa característica nos relatos talvez seja um caminho para se verificar a validade.

Há, assim, a necessidade de ser conhecida a história da família, seus valores e, inclusive, se a verdade é um deles para que se possa ter elementos que identifiquem o relato como uma verdade ou uma invenção. Isso se faz mais presente nos casos em que há violência psicológica ou emocional e que a violência física não seja tão evidente.

Também outros fatores psicológicos podem orientar na tomada de posição sobre os fatos, devendo os profissionais procurarem desvendar também informações sobre os familiares próximos da vítima.

- Na hipótese de existirem provas físicas irrefutáveis (laudos, exames, imagens, etc.) da ocorrência do abuso sexual, o relato da vítima poderia ser dispensado, sopesando evitar a revitimização secundária?

Acredito que o depoimento da vítima é de extrema importância e, inclusive, possa esclarecer alguma dúvida dos demais elementos colhidos. Talvez fosse o caso de ouvir a vítima apenas uma vez durante o processo, dispensando do seu relato na fase investigativa e colhendo apenas em juízo, mediante o acompanhamento dela com os profissionais e ou através do depoimento sem dano apenas.

- O Defensor Público quando em sua atuação como assistente da acusação nos casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente familiar, deve pugnar observância de que tipos de medidas visando assegurar a preservação da integridade da vítima e, ao mesmo tempo, a persecução penal?

Informo que nunca atuei nesse papel e, pois, não tenho dados para responder.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação da Defensoria Pública nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes intrafamiliar? Se sim, onde? Essas mudanças não colocariam em cheque o devido processo legal e/ou garantismo penal?

Sem resposta.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acreditas na ressocialização do criminoso sexual?

Acredito que poderia haver uma forma diferente de tratamento e mais rigorosa sim, cumulada com medidas que visassem a efetiva ressocialização, o que necessita de debate entre os operadores do Direito.

A prisão perpétua não seria o caminho, na medida em que isso faz com que o indivíduo não tenha condições de se desenvolver e não permite perspectivas de melhora.

Situação é complexa, mas deveríamos ter outras formas de resolver, colocando a pessoa para trabalhar e ou estudar, fazer algum curso técnico, de forma obrigatória como condição da pena.

Infelizmente, é sabido que vários presos nada fazem dentro do sistema prisional e isso é totalmente improdutivo para o ser humano.

Deveria haver separação para os criminosos que nada fazem e verificar a razão pela qual não conseguem estudar ou trabalhar. Deixar o ser humano na prisão e nada fazer não auxiliar na sua ressocialização.

Talvez fosse o caso de o Estado estudar possibilidade de convênio e ou parcerias com Escolas, ONGS e ou instituições que pudessem auxiliar nessa ressocialização.

Acredito no ser humano e, pois, se a pessoa decidir mudar e assumir as responsabilidades de seus atos poderá sim alterar o comportamento.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

Políticas públicas para retomarem os valores familiares, tais como a monogamia, idade mínima e ou maturidade mínima para relação sexual, educação também para os pais para saberem como lidarem com essas situações.

Políticas de refinamento dos valores familiares, tais como o amor seguro e protegido, necessidade de respeito ao próximo, desenvolvimento dos valores humanos e também de uma conscientização dos pais em não permitir relacionamentos em idade precoce.

O Estado poderia fomentar campanhas públicas de conscientização e não permitir novelas e programas que estejam incentivando a prática de relacionamento sexual entre adolescentes.

Também poderia melhorar a educação nas escolas sobre o assunto e orientar as crianças e adolescentes quanto ao cuidado com o próprio corpo, orientado que não é adequado, ainda quando não tiverem alcançado a maioridade, sobre a ação invasiva e prejudicial de qualquer pessoa que venha a tocar no corpo de crianças ou adolescentes.

- A doutrina da proteção integral prevista tanto no ECA, quanto na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é observada em todas as fases dos processos criminais cujo tema seja a violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes? Caso não seja, poderia elencar os motivos?

Sem resposta.

- Tivemos, recentemente, através da Lei n. 14.069/2020 a criação do cadastro nacional dos condenados por crime de estupro. Entretanto, não seria mais razoável o referido cadastro ser ampliado para abranger todos os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes?

Penso que sim, poderia ser ampliado o cadastro.

- Por fim, fale um pouco acerca das suas experiências (positivas e negativas) como Membro da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em processos envolvendo crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

É o processo mais difícil de atuar porque, via de regra, estamos defendendo o agressor que, também de relação familiar com a vítima.

Procuramos defender o agressor, garantindo sua defesa ao processo legal.

Também procuramos verificar efetivamente o relato da vítima e ou possibilidade de alienação parental.

Além disso, procura-se verificar se há viabilidade de alguma retomada de contato do familiar, vez que muitas vezes, apesar da agressão, a vítima quer a presença do pai ou mãe porque sofre em razão do afastamento.

O acompanhamento da situação pelos profissionais da rede de proteção é um dos caminhos para ser possível a retomada dos vínculos, sem a agressão, além de instrumentos que possam munir a vítima de se autodefender, bem como ferramentas que possam amparar o outro familiar que protege a vítima a lidar com a situação.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 21/09/2021.

Forma: E-mail.

Nome: Luciana Generali Barni.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 40 anos.

Cargo: Psicóloga Jurídica.

Graduação: Psicologia e Direito.

Estudos de Pós-Graduação: Especialista em Alienação Parental.

Anos de Atividade: 11 anos como Psicóloga.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

O que se observa na clínica é que a violência gera violência e que nas famílias os abusos tendem a se perpetuar de geração em geração;

Frequentemente os pais que praticam violência sexual foram vítimas da mesma violência quando crianças;

Normalmente são pessoas isoladas, que não procuram ou aceitam ajuda, e muito distantes;

Uma proporção significativa das crianças que sofreu abuso e rejeição cresce e perpetua o ciclo de violência familiar, continuando a responder às situações sociais com os mesmos modelos de comportamento desenvolvidos durante a infância;

As crianças muitas vezes têm dificuldade de identificar que a violência é inadequada, pois confundem os atos com carinho/afeto;

Para os agressores, há um elemento que facilita a aproximação e a efetivação da violência, que é a relação de confiança e proximidade com a vítima;

Existem os chamados “pactos de segredo”, muito difíceis de serem rompidos devido ao vínculo entre vítimas e agressores;

É importante salientar que em casos de violência intrafamiliar é quase sempre observada a presença de cúmplices – outros cuidadores que têm conhecimento da ocorrência dos abusos, mas não denunciam.

A prevenção é a chave para quebrar esse ciclo. Tratar de forma multidisciplinar e ampla as crianças que sofreram esse tipo de violência para que, quando pais, não venham a reproduzir o modelo, sem dúvida é um papel importantíssimo do Estado e da sociedade.

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

A identificação e a denúncia precoces. Para isso, a disseminação da informação sobre os principais sintomas apresentados pelas crianças e adolescentes vítimas desses abusos, seja nas diversas mídias, seja no treinamento de profissionais (educadores, profissionais da saúde, profissionais da segurança pública, etc.) é essencial.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

Sem dúvida, mas desde que somados a outras medidas como o acompanhamento psicológico das vítimas e agressores (aqui incluídos os cúmplices, que nesses casos são muito frequentemente presentes), medidas protetivas para afastar os agressores das vítimas, etc.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Sob o ponto de vista teórico sim, porém em nosso país, diferentemente do que é verificado em outras realidades, são necessárias leis muito específicas sobre cada tema para que sejam efetivamente garantidos os direitos da população. Assim, em minha opinião, não se trata de modificar o texto da Constituição, mas de criarem-se normas infraconstitucionais específicas para garantir essa proteção.

Perguntas Específicas:

- Quais são as principais dificuldades encontradas na identificação e na punição do criminoso sexual intrafamiliar? Qual o limite entre o suposto abuso decorrente da alienação parental e o verdadeiro abuso sexual intrafamiliar?

A memória da criança é muito sugestível. Conforme afirma Calçada (2019)⁴, “(...) é possível induzir crianças a recordarem eventos que nunca haviam acontecido.” (p. 224). E segue: “As crianças não têm a mesma percepção interna que um adulto e não têm ideia da gravidade de uma falsa acusação e suas consequências.” (p. 225)

Como se trata de uma tarefa extremamente difícil e delicada diferenciar um abuso sexual de uma falsa denúncia, a literatura aponta alguns indicativos para auxiliar neste processo. Um deles é o de que as crianças vítimas de abuso frequentemente têm medo de contar a história, demonstrando vergonha. E, por outro lado, aquelas que fazem falsas acusações não hesitam em contar essa história.

Além disso, conforme Silva (2003)⁶, existem indícios que facilitam o reconhecimento de vítimas de abuso sexual, tais como: alteração da imagem corporal e conhecimento sexual precoce e inadequado para sua idade. Além disso, ainda segundo a autora, “geralmente, a vítima de abuso sexual desenvolve, ao mesmo tempo, sentimentos de revolta e culpa contra quem a agride” (p. 154).

- Os abusadores sexuais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do abusador sexual intrafamiliar? Qual seria a motivação do abusador?

Não existe um perfil específico descrito.

Como não é a área específica com a qual trabalho, demandaria mais estudo para trazer mais amplitude.

- Repetindo a mesma pergunta, entretanto, sob outro vértice:

Os alienadores parentais possuem algum tipo comportamental específico em juízo, no meio social e, principalmente, no meio intrafamiliar? Na tua opinião, seria possível estabelecer o perfil do alienador parental? Qual seria a motivação do alienador?

Existe um autor (Douglas Darnall – 2008) que descreveu 3 tipos de alienadores:

- ingênuo: reconhece o valor da relação do filho com o outro; eventualmente fala/age de forma a desvalorizar; ações inconscientes e passivas;

- ativo: perda de controle do seu comportamento por raiva; age de forma ativa e incisiva; é capaz de arrepender-se e sentir culpa;

- obcecado: determinado a destruir o ex-cônjuge e qualquer vínculo com o filho; nenhum autocontrole ou insight sobre o prejuízo à criança; crenças irracionais justificadas pela busca do bem-estar e segurança do filho.

Ele também identificou traços comuns dos transtornos de personalidade geralmente encontrados nos alienadores:

- percepção rígida e limitada do mundo;
- atitude e percepção aut centradas (empatia mínima);
- tendência a se alterar quando confrontado com opiniões diferentes;
- tendência a evitar responsabilizar-se, culpando o outro ou as circunstâncias;
- tendência a perceber como atributo o que os outros veem como falha.

Baker (2007) também afirma que “aqueles que exercem AP tendem a manifestar outros comportamentos abusivos em relação aos filhos.”

- Acerca da inquirição da vítima de abuso sexual intrafamiliar em juízo, qual seria o modelo ideal do depoimento especial (depoimento sem dano) objetivando a máxima eficácia da medida? Em que momento deveria ocorrer para fins de evitar a vitimização secundária da vítima (revitimização)?

A literatura que embasa a oitiva de crianças em qualquer situação de violência é unânime em afirmar que a confiabilidade do depoimento infantil em situações de possível abuso sexual depende de alguns fatores fundamentais, que podem ser resumidos em um “local apropriado e acolhedor” (Bento, 2009, p. 208)⁶. A forma como é questionada é fator determinante para a qualidade de sua memória e relato, por isso “a melhor técnica sempre parte do relato livre da criança sobre os fatos, evitando-se perguntas fechadas que podem induzir a compreensões equivocadas dos acontecimentos” (Bento, 2009, p. 209)⁵.

O método de interrogatório utilizado nas entrevistas realizadas com a criança, além do tempo que se passou do ocorrido até o momento da coleta de informações, em crianças são consideravelmente mais devastadores, justamente por sua conhecida vulnerabilidade, o que pode enfraquecer a memória original (Padilha, 2015)¹.

- Sobre o relato das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: onde reside o limite entre a validade e a invalidade do relato considerando, sobretudo, a idade e a linguagem da vítima, os detalhes do relato e o conhecimento sexual? Até que ponto a alienação parental seria capaz de influenciar no relato da vítima? Existe alguma faixa etária específica onde a criança e/ou adolescente seja mais suscetível à alienação parental?

A literatura psicológica forense afirma que perguntas feitas de forma tendenciosa podem influenciar o relato do avaliando, o que pode conduzir a falsas confissões e a informações equivocadas, o que resulta, invariavelmente, em alegações e depoimentos

inverídicos (Schaeffer et al, 2012)². Daí a necessidade de se considerar a possibilidade de que o abuso não tenha ocorrido, mas sim de que falsas memórias seriam responsáveis pela descrição dos fatos pela criança, especialmente quando frases incomuns para a sua faixa etária são verificadas de forma repetida, o que ocorreu neste processo.

Além disso, “(...) quando a história passa a ser constantemente repetida, principalmente corroborada por pessoas que confiamos e damos credibilidade, maior a possibilidade de esse relato ser realmente confundido com uma história real e os envolvidos passarem a acreditar que isso realmente aconteceu, não conseguindo mais distinguir entre o que é verdadeiro ou não” (Buosi, 2012, p. 72)⁵.

Importante destacar, porém, que “afirmar com certeza e convicção a respeito da ocorrência de um crime é algo perigoso e arriscado, **no máximo, o psicólogo poderá se pronunciar em termos probabilísticos**” (Jung, 2014, p. 13)³.

- Considerando a potencialidade lesiva da alienação parental: quais as principais consequências observadas a curto e longo prazo para as vítimas?

A Alienação Parental representa não só uma interferência indevida na formação psicológica da criança e do adolescente, para que repudie um dos genitores ou familiares, como também representa abuso moral e violação ao direito fundamental à convivência familiar.

As principais consequências emocionais apresentadas pelas crianças são: medos/ansiedade; alterações no sono e/ou alimentação; queda no desempenho escolar; retraimento, culpa e baixa autoestima; sintomas depressivos, podendo chegar à automutilação e suicídio; maior propensão a transtornos psicológicos; dificuldades em futuros relacionamentos, com possibilidade de repetir a alienação parental.

- Na tua opinião, deveria ocorrer alguma mudança específica na legislação penal e/ou processual penal para aperfeiçoar a atuação do Psicólogo nos processos criminais envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes intrafamiliar? Se sim, onde?

No âmbito cível, que é a área em que atuo, a forma de investigação da presença de alienação parental e/ou indícios de abuso sexual tem sido a perícia psicológica. A ideia, nos processos de divórcio, é que seja realizada uma avaliação ampla, que abranja todo o núcleo familiar, para um entendimento completo dos aspectos psicológicos envolvidos nos conflitos de cada família. A possibilidade de expressão da criança no processo não pode ter como objetivo exigir-se que ela própria defina uma problemática que diz respeito ao mundo adulto

(neste caso, o conflito entre os pais). A uma criança não pode ser pedido que assuma tal responsabilidade, isto se configura em violência psicológica, inclusive.

Acredito que o trabalho do psicólogo no âmbito criminal possa sim ser ampliado, no sentido de fazer uma avaliação mais ampla, abrangendo todos os sujeitos envolvidos, já que, conforme explicitado nas questões anteriores, tanto a alienação parental, quanto o abuso sexual intrafamiliar são fenômenos que envolvem todo o núcleo familiar.

Trabalhar somente como entrevistador, ou mesmo interlocutor dos operadores do Direito em uma entrevista visando coletar informações de uma criança é um trabalho muito pobre para um profissional que detém um conhecimento que pode ser tão útil nesses casos.

- No caso do reincidente específico em crimes contra a dignidade sexual (ex: reincidente específico na prática do crime de Estupro de Vulnerável do art. 217-A do Código Penal de 1940), a Constituição Federal de 1988 deveria modificar o tratamento para esses criminosos? A prisão ou tratamento perpétuo seria uma alternativa viável? Particularmente, acredita na ressocialização do criminoso sexual?

É uma questão bastante polêmica, pois nós, graduados em Direito, sabemos que esse tipo de criminoso precisa ser isolado em ala específica nos presídios sob pena de sofrer violências de todos os tipos e, inclusive, ser morto. A literatura aponta que há uma grande presença do transtorno de personalidade antissocial (antigamente denominado psicopatia) com esse tipo de criminoso e tal tipo de patologia não tem um tratamento eficaz. Assim, não seria possível uma ressocialização. Porém, conheço colegas que afirmam já terem tido sucesso em tratamento de pacientes com esse tipo de crime. Eu, particularmente, nunca tive contato com esse tipo de caso.

- O tratamento psiquiátrico e/ou psicológico ao abusador sexual intrafamiliar poderia, de alguma forma, fazer cessar a conduta delitativa do criminoso? E no caso do alienador, os referidos tratamentos fariam cessar a alienação?

Em relação à primeira pergunta, ver questão anterior.

Em relação à AP, existem duas situações: quanto à conduta de alienação é inconsciente (e, normalmente menos grave) e quando é consciente (e geralmente mais grave). No primeiro caso a conscientização costuma funcionar, pois o genitor está, na verdade, confuso em meio à dificuldade de elaborar o luto do divórcio e, ao receber auxílio profissional, consegue perceber que está gerando prejuízo ao filho.

No segundo caso, porém, estamos normalmente diante de genitores com problemas psicopatológicos. São aqueles casos em que normalmente vemos as falsas denúncias de abuso

sexual. Importante que fique claro que a pessoa sabe que não houve o abuso e faz a denúncia somente com o intuito de afastar o filho do ex-cônjuge. Nesses casos, assim como nos casos de abusadores sexuais, é difícil responder se é possível haver tratamento com sucesso.

- Na tua opinião, a tipificação da alienação parental como crime expressamente previsto no Código Penal poderia inibir a incidência dos casos de alienação parental?

Acredito que sim, pois, como já respondido anteriormente, em nosso país são necessárias tipificações específicas para que os juízes tomem medidas concretas e efetivas de proteção às crianças e adolescentes.

- No campo das políticas públicas, quais seriam as mudanças necessárias para enfrentar, da melhor forma, a criminalidade sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes?

A divulgação de informação e a capacitação de todas as pessoas que atuam direta ou indiretamente nos casos, sem dúvida, são as principais, já que a prevenção – através da identificação e denúncia precoces é a principal arma nessa batalha.

- Por fim, fale um pouco acerca de algumas de tuas experiências (positivas e negativas) como Psicóloga Jurídica em casos de abuso sexual intrafamiliar e alienação parental? Como vislumbrar um futuro melhor para essas vítimas?

Torna-se fundamental em processos que envolvem denúncias de abuso sexual, assim, uma ampla perícia psicológica, realizada por profissional experiente em tais casos, a fim de se chegar à verdade dos fatos de forma segura, que é a única forma de efetivamente proteger a criança.

Conforme bem salientam Leopoldino & Camacho (2020)⁷, “(...) cabe ao Poder Judiciário tomar as medidas assecuratórias ao relacionamento entre infante e genitores durante o transcurso processual e **exaurir o conjunto probatório, com vistas a alcançar a veracidade do caso concreto.**” (p. 69) E seguem: “(...) a gravidade da conduta denunciada exige o esgotamento da instrução probatória, **para que o abusador seja compelido às reprimendas legais**, quando constatada a veracidade do abuso sexual, **ou o alienante, quando observada a inexistência do abuso e a ocorrência da alienação parental**” (p. 81) (grifos meus)

Porém, é importante salientar que o prejuízo para as crianças que sofrem o processo de implantação de falsas memórias é tão grave quanto aquele decorrente de um abuso real, já que, “(...) nas falsas memórias o indivíduo não tem condições de perceber que não vivenciou aquela situação, relatando-a como se a tivesse vivido.” (Buosi, 2012, p. 67)⁵.

Importante destacar que o objetivo não é “defender” um potencial genitor abusador ou desacreditar uma criança que efetivamente foi abusada, mas ter presente que o fenômeno das falsas memórias já foi comprovado cientificamente e deve ser considerado como uma hipótese, especialmente quando não há provas do suposto abuso. Evidentemente que, se houver abuso real, o diagnóstico de alienação parental não se aplica (Silva, 2011)³.

Pesquisa de Campo

Mestrando: Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

Data da coleta de dados: 20/09/2021.

Forma: E-mail.

Nome: Virgínia Graciela Wassermann.

Nacionalidade: brasileira.

Idade: 39 anos.

Cargo: Psicóloga e Professora.

Graduação: Psicologia.

Estudos de Pós-Graduação: Mestre em Psicologia Clínica e Especialista em Psicologia Clínica com ênfase em Terapia de Casal e Família

Anos de Atividade: 15 anos como Psicóloga e 11 anos como Professora.

Tema: Violência sexual contra crianças e adolescentes no ambiente familiar

Perguntas Comuns:

- Quais seriam as causas da violência sexual intrafamiliar? Qual o papel da Sociedade e do Estado neste quadro?

O abuso sexual intrafamiliar que vitima a criança e o adolescente é considerada um grave problema de saúde pública. As vítimas do abuso sexual são crianças e adolescentes de ambos os sexos e de diferentes classes sociais. Entretanto, algumas pesquisas evidenciam que os preditores de maior frequência recaem sobre o sexo feminino, a classe social baixa e o agressor pertencente do meio íntimo intrafamiliar. Seus fatores originários possuem multicausalidade, reforçando a complexidade deste triste fenômeno. Conforme Belsky (1993), “a violência é resultado de fatores vinculados ao agressor e a criança individualmente, a família, a comunidade, a sociedade e a sua cultura” (p.423).

Deste modo, contempla diferentes fatores de ordenamentos complexos, abrangendo desde a relação familiar mais ampla, com padrões de cuidado e proteção (de diferentes matizes e qualidades) transmitidos transgeracionalmente, a relação das figuras parentais, a consciência da fragilidade infantil, a vulnerabilidade de sua proteção, os aspectos subjetivos do agressor (e seu papel na família), a possibilidade da presença de transtornos mentais na família, a adição e uso de drogas psicoativas, a qualidade da rede de apoio (da família, da

comunidade e da sociedade) até influências sociais, culturais e políticas sobre o indivíduo, dentre inúmeros outros.

O papel da Sociedade e do Estado, de um ponto de vista idealista, seria o de assegurar a proteção deste menor que não possui condições ou plenas condições de se defender. Quando estamos tratando da violência que ocorre dentro de um lar, com as pessoas de confiança deste menor, nos referimos muitas vezes aos indivíduos que deveriam ser suas referências de cuidado. Isto implica a transgressão do poder e perversão do dever de proteção do responsável pelos cuidados do menor. Fato este que ocasiona a negação do direito que a criança tem de ser tratada como sujeito e pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (Seixas, 2006).

- Quais seriam as principais alternativas para enfrentar/evitar a ocorrência da violência sexual intrafamiliar?

Por se tratar de um tema complexo, não existem respostas fáceis ao enfrentamento da violência. A resposta mais válida para evitar a violência seria o trabalho com a prevenção e o investimento na educação. Pensando no enfrentamento, as ações seriam direcionadas a acolhida e acompanhamento da vítima, e a identificação e devida condenação do agressor (com um trabalho para diminuir/cessar futuras reincidências). No trabalho de prevenção e conscientização, as principais ferramentas são instrumentalizar a criança com informações sobre o que é violência e como pedir ajuda, estabelecer uma parceria nas escolas (onde a maior parte das denúncias se inicia), orientar os adultos para reconhecer os sinais da violência e estimular o diálogo para com as crianças. Desenvolvimento de projetos como o “Crescer Sem Violência” produzido pela Unicef em parceria com Childhood - Proteção da Infância, ou a construção de novos projetos como o canal do CVV (Centro de Valorização da Vida) com atendentes 24 horas para informar quem buscasse auxílio e orientação.

- O aumento das penas aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos no ECA e no CP, bem como a hediondez dos delitos (tirante os art. 213, 217-A e 218-B que já são hediondos) quando envolver vítima criança ou adolescente poderiam, de alguma forma, inibir a incidência desses crimes?

O aumento da pena poderia ser um fator inibidor da violência para o agressor, se estes crimes fossem devidamente investigados e punidos. Infelizmente as notificações da violência contra o menor representam apenas a “ponta do iceberg” de todas as agressões que foram e estão sendo cometidas. O silêncio das vítimas (por coerção, medo, desinformação, carência de um adulto que ocupe um lugar de confiança, síndrome do segredo, etc...); a falta

de conhecimento, preparo e manejo dos agentes de segurança nas oitivas das crianças (revitimizando-as ou prejudicando sua memória) – sendo o valor de sua palavra muitas vezes a única prova; a dificuldade de conseguir provas que sinalizem indícios do crime (principalmente em crianças menores que ainda não possuem clareza em seu discurso), faz com que os abusadores não temam por sua punição, em outras palavras que a justiça seja feita para aquela criança ou adolescente.

- Na tua opinião, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, protege de modo eficaz crianças e adolescentes contra a violência sexual intrafamiliar? Caso não proteja, quais seriam as mudanças necessárias no texto Constitucional?

Visto a incidência crescente nos casos de violência contra a criança e contra o adolescente, compreendo que o conteúdo do artigo 227 da Constituição Federal nos traz um norte quanto aos direitos e deveres dos indivíduos, porém seriam necessárias maiores ações direcionadas a obediência de seus preceitos, mais do que a mudança de seu texto.

Perguntas Específicas sem respostas.