III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-331-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A 'GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA' COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (periculum libertatis) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinada da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Morais Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o consequente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das consequências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatelar como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutro giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andreazza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a incutir na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

SEXUAL VIOLENCE OF MINORS, HUMAN DIGNITY AND ITS REFLECTIONS ON THE RIGHTS OF PERSONALITY.

Alexander Rodrigues de Castro [1]
Wanderson Fortunato Loiola Silva [2]

Resumo

O artigo aborda o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostra a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, aponta alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Criança, Direitos da personalidade, Família, Tutela penal, Violência sexual

Abstract/Resumen/Résumé

The article discusses the treatment that legislation, throughout history, has accorded children, starting with the Hammurabi Code up to the Child and Adolescent Statute. It shows the arrival of the child, a victim of intrafamily sexual violence, in the Justice System, and the main difficulties observed by professionals to face the phenomenon, as well as their reflexes on personality rights. Finally, it points out alternatives to child protection in the light of current legislation. To this end, the work used the hypothetical-deductive method, based on research and bibliographic review of works, journal articles, legislation and jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Child, Personality rights, Family, Penal guardianship, Sexual violence

[1] Professor dos cursos de graduação e do programa de pós-graduação stricto sensu em ciências jurídicas da UNICESUMAR. Pesquisador do ICETI- Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação.

[2] Mestrando em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR.

Introdução

A trajetória percorrida pela criança, ao longo da história, vem marcada por inúmeras situações de violência, referendadas, muitas vezes, pelo próprio ordenamento jurídico. A partir da Constituição Federal de 1988, no Brasil, a criança adquire o "status" de sujeito de direitos, descortinando-se novo cenário, embasado no reconhecimento de sua condição de pessoa em desenvolvimento e de prioridade absoluta, princípios que têm seu nascedouro na Doutrina da Proteção Integral, em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

A nova ordem constitucional brasileira, garantidora do princípio da dignidade humana e da Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, estatuída em 1988, passa a exigir a revisão de muitas práticas, consolidadas ao longo do tempo, embasadas no não reconhecimento de direitos à população infanto-juvenil. Entre as inúmeras formas de violência a que a criança e o adolescente são submetidos, privilegia-se a abordagem da violência sexual intrafamiliar, por colocar em risco o direito fundamental à convivência familiar, assegurado à criança e ao adolescente no Artigo 227 da atual Constituição Federal.

Busca-se analisar aspectos relativos ao sistema de Justiça Infanto- Juvenil destino de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar, bem como as principais dificuldades que enfrenta ao tratar dos casos que a ele são submetidos, decorrentes, entre outros fatores, da negação e do segredo que se inserem no fenômeno. Para um melhor desempenho do sistema de Justiça Infanto-Juvenil, quando se vê diante de uma criança vítima de violência sexual intrafamiliar, há que se buscar compreender o fenômeno e trabalhar de forma articulada com profissionais de outras áreas, em especial, do Serviço Social, Saúde e Educação.

A equipe interdisciplinar torna-se indispensável para a eficiência da avaliação, do diagnóstico, do acompanhamento e tratamento da vítima e do grupo familiar. A nova ordem constitucional passa a exigir programas de capacitação permanente, a ampliação e o fortalecimento das políticas públicas e da rede de apoio, contemplando-se, inclusive, a abordagem, o atendimento e o tratamento do abusador.

Para dar conta de um problema tão complexo e abrangente, as soluções, ao certo, não serão simples e tampouco estarão concentradas nas mãos de um setor isolado da sociedade. Exige-se, indiscutivelmente, a implantação de novas formas de trabalho, embasadas na interdisciplinaridade, a fim de assegurar às crianças e aos

adolescentes, vítimas de violência sexual intrafamiliar, a proteção integral que a Constituição Federal de 1988 lhes outorgou.

1 O tratamento dispensado à criança ao longo da história

A humanidade tem dispensado à criança tratamento legislativo que se coaduna com a compreensão do significado da infância presente em cada momento histórico. Já, em seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança, "desde os egípcios e mesopotâmeos, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais e europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção especial" (ANDRADE, 2000), muitas vezes contando com o beneplácito da própria legislação e da cultura dominante.

Ao tempo do Código de Hamurábi (1700-1600 a.C.), no Oriente Médio, ao filho que batesse no pai havia a previsão de cortar a mão, uma vez que a mão era considerada o objeto do mal. Também o filho adotivo que ousasse dizer ao pai ou à mãe adotivos que eles não eram seus pais, cortava-se a língua; ao filho adotivo que aspirasse voltar à casa paterna, afastando- se dos pais adotivos, extraíam-se os olhos. Em Roma (449 a.C.), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta, nº 2). Na Grécia antiga, as crianças que nascessem com deficiência eram eliminadas nos Rochedos de Taigeto. Em Roma e na Grécia, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe de família, podia castigá-los, condená-los à prisão e até excluí-los da família.

É no final do século XVIII que a infância começa a ser vista como uma fase distinta da vida adulta. Até então, as escolas eram freqüentadas por crianças, adolescentes e adultos. Com o surgimento do entendimento de que a infância é uma fase distinta da vida adulta, os castigos, a punição física, os espancamentos através de chicotes, paus e ferros passam a ser utilizados como instrumentos necessários à educação. Na Inglaterra, em 1780, as crianças podiam ser condenadas à pena de enforcamento por mais de duzentos tipos penais. Em 1871, é fundada em Nova York a Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra as Crianças, a partir do caso da menina Mary Ellen. Mary Ellen era uma menina órfã de mãe, abandonada pelo pai,

que sofreu severos maus-tratos na família substituta. O fato causou profunda indignação na comunidade da época que percebeu não haver um local próprio destinado a receber este tipo de denúncia. Em razão disso, o caso da menina Mary Ellen foi denunciado na Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais. Necessitou ser equiparada ao animal para que seu caso pudesse ser examinado pelo tribunal da época. Pouco tempo depois, na Inglaterra, é fundada uma sociedade semelhante, voltada à proteção da criança.

No Brasil, a situação da criança não foi diferente. Contam os historiadores que as primeiras embarcações que Portugal lançou ao mar, mesmo antes do descobrimento, foram povoadas com as crianças órfãs do rei. Nas embarcações vinham apenas homens e as crianças recebiam a incumbência de prestar serviços na viagem, que era longa e trabalhosa, além de se submeter aos abusos sexuais praticados pelos marujos rudes e violentos. Em caso de tempestade, era a primeira carga a ser lançada ao mar. Até o advento da Constituição Federal de 1988, a criança não era considerada sujeito de direitos, pessoa em peculiar fase de desenvolvimento e tampouco prioridade absoluta. A partir de 1988, passamos a contar com uma legislação moderna, em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, inaugurando uma nova época na defesa dos direitos daqueles que ainda não atingiram os dezoito anos de idade.

2. A chegada da criança ao sistema de justiça

Os casos de violência sexual intrafamiliar praticados contra a criança chegam ao Sistema de Justiça através do Conselho Tutelar, da Delegacia de Polícia ou das Varas de Família, nas disputas envolvendo guarda, visitas ou suspensão/destituição do poder familiar.

Cabe ao Conselho Tutelar receber, entre outras situações de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos praticados contra a referida população, mostrando-se de extrema urgência a sua criação e instalação, em todos os municípios, “para a efetivação da política de atendimento à criança e ao adolescente, tendo em vista assegurar-lhes os direitos básicos, em prol da formação de sua cidadania”.(CARVALHO, 2002)

Embora as formas de maus-tratos e violência praticados contra as crianças sejam muitas, o texto aborda a violência sexual, especificamente a intrafamiliar, pois,

“ainda que a violência com visibilidade seja a que ocorre fora de casa, o lar continua sendo a maior fonte de violência”. (KRISTESEN, 2010) Pesquisa realizada em 1997, pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, apontou que, em uma amostra de 1579 crianças e adolescentes em situação de rua, 23,4% não retornavam para casa porque seriam vítimas de maus-tratos. Flores e colaboradores, em 1998, “estimaram que 18% das mulheres de Porto Alegre, com menos de 18 anos, sofreram algum tipo de assédio sexual cometido por pessoas de sua família” (KRISTESEN, 2010).

Pode-se afirmar que a violência doméstica contra a criança e o adolescente

> Representa todo ato ou omissão praticado por pais, parente ou responsável contra crianças e adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (GUERRA, 1998)

A violência sexual, ou exploração sexual, “configura-se como todo ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual entre um ou mais adultos e uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimular sexualmente esta criança ou adolescente ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa”. (GUERRA,1998). É também definida como o envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos, quanto ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que não têm condições de compreender plenamente e para as quais são incapazes de dar o consentimento informado ou que violam as regras sociais e os papéis familiares. Incluem a pedofilia, os abusos sexuais violentos e o incesto, sendo que os estudos sobre a freqüência da violência sexual são mais raros dos que os que envolvem a violência física. O abuso sexual pode ser dividido em familiar e não-familiar. Autores apontam que “aproximadamente 80% são praticados por membros da família ou por pessoa conhecida confiável”(KEMPE, 1996), sendo que cinco tipos de relações incestuosas são conhecidos: pai-filha, irmão-irmã, mãe-filho, pai-filho e mãe- filha, sendo possível que o mais comum seja irmão-irmã; o mais relatado é entre

pai-filha (75% dos casos), sendo que o tipo mãe-filho é considerado o mais patológico, freqüentemente relacionado com psicose. A violência sexual doméstica praticada contra a criança, de cunho intrafamiliar, "retém os aspectos do abuso relativos ao apelo sexual feito à criança, bem como destaca tal ocorrência no interior da família". (ZAVASCHI, 2005). Insere-se o abuso sexual da criança em uma gama extensa de situações de violação dos direitos da infância.

A demanda do Conselho Tutelar, no que se refere à violência intrafamiliar, abarca situações difíceis de serem enfrentadas, podendo ser apontado, entre outros fatores, que ao mesmo grupo familiar pertencem os dois pólos da ação, agressor e vítima, sendo que "as crianças – vítimas inocentes e silenciosas do sistema e da prática de velhos hábitos e costumes arraigados na cultura do nosso povo – são as maiores prejudicadas neste contexto calamitoso"(ALBERTON, 1998). Aponta Salvador Célia, referindo-se à situação da infância brasileira:

> A maioria das crianças brasileiras começa a ser agredida ainda no ventre materno, pela desnutrição materna e pela violência contra a mulher, e quando sobrevive às doenças perinatais, respiratórias e preveníveis por vacinação, quando sobrevive à fome e à diarréia, chega à idade adulta agredida pela falta de oportunidade do mercado de trabalho, depois de sofrer o fenômeno da evasão (diga-se "expulsão escolar"), quando então poderíamos falar no maltrato da instituição escolar, que entre outras causas multifatoriais apresenta um currículo completamente desligado da aplicação para as reais necessidades da maioria da população brasileira (1990, p. 43).

Ao Conselho Tutelar aporta uma demanda que, até o momento, não pode ser devidamente dimensionada, não só pelo fato de que o reconhecimento da violência doméstica é recente, como também em decorrência da "utilização de diferentes definições do fenômeno pelas instituições e pesquisadores responsáveis pelas estatísticas disponíveis, a diversidade das fontes de informações existentes e a inexistência de inquéritos populacionais nacionais", (REICHENHEIM, 2009) fatores que dificultam sobremaneira a oferta de estimativas mais apuradas.

Sempre que estiver presente notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente (Art. 136, inciso IV, ECA), bem como se mostrar necessário o ajuizamento de ações de suspensão ou destituição do poder familiar (Art. 136, inciso XI, ECA), independentemente das medidas de proteção ou aplicáveis aos pais (Arts. 101 e 129 ECA), o Conselho Tutelar encaminhará ou representará ao Promotor de Justiça. De posse das informações, o Ministério Público avaliará a necessidade do ajuizamento de ação de suspensão ou destituição do poder familiar, assim como a adoção das medidas legais cabíveis, tanto na área cível como criminal. Ao propor a ação, no âmbito cível ou mesmo criminal, o Ministério Público aciona o sistema de justiça, dando início a uma nova fase na vida da criança ou do adolescente e de seus pais.

As causas motivadoras da ação de suspensão ou destituição do poder familiar vêm elencadas nos Artigos 1.637 e 1.638 do Novo Código Civil, assim como no Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O desvirtuamento do instituto do poder familiar "legitima o agente ministerial a intentar Ação de Suspensão ou Destituição do Pátrio Poder, sempre que constatar a ocorrência de casos de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável". (SCHREIBER, 2001)

A legitimidade para a propositura da ação de suspensão ou destituição do poder familiar é atribuída ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse, onde se destaca, por exemplo, o guardião que pretende pleitear a adoção da criança que se encontra sob sua guarda. Nas hipóteses em que estiver presente o motivo grave, poderá a autoridade judiciária ouvida o Ministério Público, decretar, em caráter liminar ou incidental, a suspensão do poder familiar, ficando a criança confiada à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (Art. 157 do ECA).

O desafio que se impõe, neste momento histórico, é que ambas as medidas, suspensão e destituição do poder familiar, de cunho essencialmente drástico, hão de ser aplicadas somente quando se mostrarem a melhor alternativa para a criança ou adolescente envolvido, e não como uma simples punição ou um castigo aos pais.

> Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição

peculiar de pessoa em desenvolvimento.[1]

Verifica-se que a nova lei, regulamentadora do Art. 227 da Constituição Federal, passa a significar um "movimento mais amplo de melhoria, ou seja, de reforma da vida social no que diz respeito à promoção, defesa e atendimento dos direitos da infância e da juventude". (CURY, 1992) Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em seu Art. 3.1, salienta que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".

Na prática, uma das tarefas mais desafiadoras e difíceis para os profissionais do Direito reside em identificar o melhor interesse da criança, especialmente nas demandas que aportam ao Poder Judiciário, envolvendo pedido de suspensão ou destituição do poder familiar. Observa-se a existência de casos de "prova mal formada, prova mal produzida, prova precária, em que, mesmo assim, ajuíza-se temerariamente a ação de destituição do pátrio poder, como se esta fosse a cura para todos os males da criação e da má orientação dos pais". (FONSECA, 2000).

Estarão os integrantes do sistema de justiça capacitados para enfrentar a demanda envolvendo violência sexual intrafamiliar praticada contra a criança?

O tema exige constante reflexão, atenção, e avaliação, por parte dos profissionais que integram as diversas instituições que compõem o sistema de justiça, sob pena de ser a criança exposta a uma nova forma de violência, praticada em nome do Poder Público, por órgão ou instituição que têm o dever de zelar pelo cumprimento das disposições legais previstas na Constituição Federal e na Lei nº 8.069/90.

3 A negação e o segredo: como o sistema de justiça lida com as duas facetas da violência sexual praticada contra a criança?

Todas as formas de violência contra a criança produzem conseqüências nefastas ao desenvolvimento infantil. A violência, o abuso ou a exploração sexual, no entanto, apresentam particularidades que acarretam maiores dificuldades para a prevenção, identificação e diagnóstico, assim como para o atendimento, os

[1] Art. 6º, da Lei nº 8.069/90.

encaminhamentos e tratamentos que passam a necessitar, tanto a vítima, como o agressor e o grupo familiar.

Na sociedade, é observada sensível diferença na forma de encarar a violência física e a sexual da criança. Um dos fatores responsáveis pela diferença de visão vem apontado na assertiva de que "no abuso físico, um pouquinho de violência física é considerada aceitável, e somente as formas severas de violência ou punição física são identificadas como abuso". (FURNISS, 1993).Em contrapartida, "qualquer violação sexual da integridade da criança é rotulada como abuso e a definição normativa é muito mais estreita para o abuso sexual do que para o abuso físico", sendo que, "enquanto nenhum dos pais é levado ao tribunal e nenhuma criança recebe cuidados se eles dão uma palmada no traseiro da criança, um pai bem pode acabar na prisão por ter esfregado levemente os genitais da criança".(FURNISS, 1993).

O abuso sexual ganhou espaço nas pesquisas e estudos há aproximadamente três décadas, tendo como fato propulsor o contexto cultural de proteção aos direitos da mulher e da criança. Há trinta anos, o ingresso de uma criança em um hospital, em decorrência de maus-tratos, era considerado um caso raro e dramático, sendo vista a criança como vítima inconfundível de uma ação criminal (KEMPE, 2006). Na atualidade, conhecimentos científicos disponíveis alertam para os graves prejuízos ocasionados pela violência sexual. Estudos apontam para "a influência do trauma na configuração do aparato neuroendócrino, da arquitetura cerebral, da estruturação permanente da personalidade e dos padrões de relacionamento posteriores", além de "as experiências ficarem marcadas na herança genética e nos padrões de vínculo, sendo, portanto, repassadas de uma forma ou outra para a descendência".(AZAMBUJA, 2004)

A violência sexual da criança, manifestada através da pedofilia (preferência de um adulto por relações sexuais com crianças, através da adição), de atos violentos de abuso sexual ou através do incesto, por pertencer à esfera privada, "acaba se revestindo da tradicional característica de sigilo".(GUERRA, 1998) A negação, via de regra, acompanha a situação de violência sexual, sendo-lhe atribuída natureza específica de síndrome de segredo, para a criança e a família, e síndrome de adição, para a pessoa que comete o abuso. (FURNISS, 1993)

O medo de ser castigada, não acreditada e protegida, pode levar a criança a não revelar o abuso sexual, que "permanece um segredo de família, até mesmo depois

de uma clara revelação, e inclusive quando as ameaças legais e estatutárias há muito tempo já foram removidas; este é o resultado da negação, não da mentira; a mentira relaciona-se ao conceito legal de prova, a negação pertence ao conceito psicológico de crença e assunção da autoria"(FURNISS, 1993)

Afirma-se que a negação constitui um mecanismo de defesa utilizado pelos membros da família:

> O pai pode utilizar a negação por considerar o incesto como educação sexual para sua filha. A mãe é incapaz de reconhecer e processar os óbvios sinais de incesto, porque isto colocaria em risco seu relacionamento com o marido. A filha utiliza a negação e a constrição de afeto para diversos propósitos: como proteção contra a vergonha e a culpa, para obscurecer a consciência da perversão do pai e preservar a família intacta.(GREEN, 1995).

Fatores externos, assim como fatores psicológicos, contribuem para a manutenção do segredo no abuso sexual intrafamiliar. Entre os fatores externos, podemos citar a inexistência de evidências médicas, o que leva a família a não ter como comprovar o fato; ameaças contra a criança vítima e suborno; falta de credibilidade na palavra da criança leva-a, muitas vezes, a não revelar o abuso com medo de ser castigada pela "mentira"; temor pelas conseqüências da revelação, com a concretização das ameaças que recebeu. Entre os fatores psicológicos, destacam-se: a culpa, no sentido legal, é do abusador, mas, no sentido psicológico, é também da criança; a negação, no sentido psicológico, é diferente da mentira; no mecanismo de defesa conhecido como dissociação, a vítima separa o abuso sexual (fato real) dos sentimentos que o ato lhe provoca.(DOBKE, 2001)

O rompimento do segredo, levando à denúncia do fato, pode ser influenciado por alguns fatores, como por exemplo, a ameaça isolada ou combinada com medo da perda de integridade física; tentativa de suicídio; contágio por doença sexualmente transmissível; receio da perpetuação da vitimização com irmãs/irmãos; risco de gravidez; restrição das atividades típicas da adolescência; desconfiança da mãe e disque denúncia.(OLIVEIRA, 1999).

A adição, por sua vez, é complementar ao abuso sexual como síndrome de segredo para a criança; "para o abusador, o abuso sexual da criança funciona como adição (abusador = adito; criança = droga); ele sabe que o abuso é prejudicial à criança e mesmo assim abusa" (DOBKE, 2001) Para a melhor compreensão da síndrome da adição, Tilman Furniss descreve:

> "Eu atendi pais que relatavam quão desesperadamente haviam tentado parar de abusar sexualmente de seus filhos, mas a qualidade aditiva do abuso sexual da criança como uma síndrome de adição fazia-os prosseguir."

O abuso sexual da criança, como síndrome da adição, "se desenvolve pela compulsão à repetição; os sentimentos de culpa e conhecimento de estar prejudicando a criança podem levar a uma tentativa de parar o abuso, mas em razão da compulsão à repetição, o abusador não consegue seu intento". A dependência psicológica decorre do alívio das tensões, constituindo-se a "excitação do abusador" o elemento aditivo central. (DOBKE, 2001).

Há que se considerar que a criança, por ser uma pessoa em desenvolvimento, carece biologicamente de "maturação nos níveis emocional, social e cognitivo", levando-a a comportar-se, relacionar-se e a pensar de uma forma diferente dos adultos. (FURNISS, 1993) A diferença de condições encontradas na criança e no adulto acaba por se refletir na forma como a primeira enfrenta e reage a uma situação de abuso sexual, bem como pela maneira como se manifesta quando é chamada a falar sobre o fato ocorrido; enquanto a criança tem medo de falar, o adulto teme ouvi-la, favorecendo a clandestinidade.

Nos casos de abuso sexual intrafamiliar da criança, torna-se necessário envolver a mãe no processo de revelação, sem desconhecer que, até as mães apoiadoras, muitas vezes, "ficam tão perturbadas durante a entrevista, que transmitem à criança a mensagem direta ou indireta de não revelar; ou as crianças ficam tão ansiosas que se fecham para protegerem as mães" (FURNISS, 1993).

Fator facilitador da manutenção do segredo é encontrado no mito, construído ao longo do tempo, de que a família é um "bom meio natural". A assertiva "encobre uma verdadeira ditadura familiar, corroborando para a construção de um imaginário

social denegatório e permitindo que a família incestogênica se perpetue imune e intacta a intervenções externas".(OLIVEIRA, 1999)

Nos casos de abuso sexual da criança, de cunho intrafamiliar, que se constitui o objeto de estudo do presente trabalho, raramente é feito o diagnóstico, o que impede a chegada do caso ao sistema de justiça. As famílias, aparentemente, levam "uma vida normal e tranqüila na comunidade". A realização de um exame mais aprofundado, no entanto, permite perceber que a família "apresenta um contato limitado com o mundo extrafamiliar".(ZAVASCHI, 2005).

A relação incestuosa intrafamiliar, que tende a se protelar por vários anos, pode apresentar as seguintes características:

"O pai pode ter uma personalidade passiva e introvertida e geralmente a vida sexual do casal é pobre". Inicia a relação com sua filha num período de stress", solidão e dependência. "A atividade incestuosa pode não ser motivada pelo sexo, mas representar uma necessidade de afeto".A mãe, por sua vez, mesmo conhecendo a relação incestuosa, pode ignorá-la ou mesmo incentivá-la, "pois assim sua filha a estará substituindo num papel onde se sente incapaz", sendo comum as crianças vítimas do incesto "se tornarem pequenas mães, assumindo deveres domésticos que seriam tarefas da mãe". (ZAVASCHI, 2005) Já a filha "utiliza a negação e a constrição de afeto para diversos propósitos: como proteção contra a vergonha e a culpa, para obscurecer a consciência da perversão do pai e preservar a família intacta. "A persistência da negação da criança sobre o abuso sexual previsivelmente complica sua avaliação e tratamento".(GREEN, 1995).

Nas famílias incestuosas, "há confusão referente às fronteiras intergeracionais e há pouco respeito pelo espaço físico, privacidade e pertences dos membros", observando-se "falta de recato com relação à nudez e toalete, e também deficiências no estabelecimento de limites", sendo que "as fronteiras rígidas entre a família incestuosa e o mundo externo contrastam de forma aguda com a indistinção de fronteiras entre as gerações dentro da família". (GREEN, 1995).Marceline Gabel afirma que "as fronteiras das gerações não são respeitadas na transgressão que uma relação sexual pai-filha representa", pois, ao mesmo tempo em que a relação coloca o casal pai/filha, mantém, no mesmo nível, mãe e filha.

A negação ou síndrome do segredo envolve todo o desenrolar do processo de abuso sexual intrafamiliar, tanto nas etapas em que o fato ainda não foi identificado, e que pode durar vários anos, acompanhado de freqüentes ameaças; como nas etapas

que se desenvolve junto ao sistema de saúde ou de justiça, cabendo referir que, "sobreviver ao abuso sexual da criança como pessoa intacta pode ser tão difícil para o profissional como é para a criança e para os membros da família". (GREEN, 1995)

É necessário envolver a mãe no processo de revelação, assim como os irmãos da vítima, devendo ser cada caso avaliado para buscar a melhor forma de trabalhar com o grupo familiar. O índice de admissão da prática do abuso por parte dos abusadores aumenta na medida em que "a intervenção é bem preparada pela rede profissional, existem mais fatos disponíveis e a pessoa que confronta o suposto abusador é bem apoiada pela rede profissional e pelos fatos da evidencia perante ele".(GREEN, 1995)

A falta de compreensão e entendimento do abuso sexual intrafamiliar, verificado, com freqüência, tanto nas agências de saúde, como no sistema de justiça, pode gerar intervenções inadequadas, com sensíveis prejuízos especialmente à criança. A nomeação do abuso sexual da criança "cria o abuso como um fato para a família", podendo "refletir-se na rede profissional e no nosso próprio pânico e crise profissionais, quando intervimos cegamente em um processo que muitas vezes não compreendemos".(GREEN, 1995)

Além da negação, por parte dos envolvidos no abuso sexual da criança, no âmbito intrafamiliar, que permite que a violência seja mantida em segredo por longos anos, escapando, por vezes, inclusive, da percepção do sistema de justiça, encontramos também, de um modo geral, um evidente despreparo dos profissionais que compõem o sistema de justiça para intervir de modo adequado nos casos que uma suspeita é levantada. Entre os aspectos que apontam o despreparo dos profissionais que integram o sistema de justiça podemos citar a inabilidade para a oitiva da vítima criança.

É preciso que os integrantes do sistema de justiça tenham consciência de que "o processo de renovado segredo e a recaída na negação psicológica secundária são parte de um processo terapêutico no abuso sexual da criança como síndrome de segredo e de adição, que tem como núcleo terapêutico a transição da negação e do segredo para a realidade, privacidade e responsabilidade"(FURNISS, 1993) o que poderá evitar a tomada de decisões que venham de encontro ao melhor interesse da criança. Indiscutivelmente, os profissionais do direito "necessitam de conhecimentos específicos sobre a dinâmica do abuso sexual infantil, sobre a estrutura familiar, no caso de o abuso ser intrafamiliar, e noções sobre conceitos básicos de psicologia para

melhor inquirir a criança". (DOBKE, 2001). Igualmente, "é de crucial importância comunicar-se no nível real de desenvolvimento cognitivo, intelectual, psicossocial e psicossexual da criança", (FURNISS, 1993) pois, caso contrário, nossa intervenção se distanciará da realidade, diminuindo as possibilidades de proteção para a vítima.

5. A tutela penal da dignidade sexual do menor.

O Título VI do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os crimes contra os costumes.

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, dissertando sobre o tema, esclarece ser a dignidade:

> 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, 2015.

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 que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da

proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

As modificações ocorridas na sociedade pós-moderna trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças e adolescentes. A situação era tão grave que foi criada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, através do Requerimento 02/2003, apresentando no mês de março daquele ano, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Slhessarenko, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminando por produzir o projeto de lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Através desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, onde se optou pela manutenção do nomem iuris de estupro (art. 213). Além disso, foi criado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), encerrando-se a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos. Outros artigos tiveram também modificadas suas redações, passando a abranger hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal; um outro capítulo (VII) foi inserido, trazendo novas causas de aumento de pena. Acertadamente, foi determinado pela nova lei que os crimes contra a dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça (art. 234-B), evitando-se, com isso, a indevida exposição das pessoas envolvidas nos processos dessa natureza, principalmente as vítimas.

6 A Dignidade sexual como dignidade humana e seus reflexos nos direitos

da personalidade

Os direitos de personalidade podem se definidos, segundo Roxana Borges (BORGES, 2007) como: “Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características”. Ou seja, protegem-se aspectos internos das pessoas humanas, conforme Elimar Szaniawski “A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo, são denominados de direitos de personalidade”. (SZANIAWSKI, 2005).

E o princípio da dignidade da pessoa humana é a norma reitora das relações sociais na sociedade brasileira. A dignidade da pessoa humana pode ser caracterizada, neste trabalho, como um princípio defensor das forças encontradas nos seres humanos. Assim, quando um ser humano está enfraquecido (fisicamente, psicologicamente, socialmente, mentalmente, sexualmente) deve-se haver, por conta da dignidade da pessoa humana, um equilíbrio, através de uma norma (regra ou princípio) positiva no afã de solidificar/densificar a posição de fortalecimento diante do enfraquecimento encontrado faticamente. (SZANIAWSKI, 2005)

Por conta disso, por exemplo, fere a dignidade da pessoa humana o trabalho escravo, mesmo com o chamado consentimento do ofendido (ou seja, mesmo tendo a pessoa humana o desejo de vivenciar o processo escravocrata, por um motivo qualquer). Explicita-se tal afirmação por conta da impossibilidade de imaginar um ser humano que deseje livremente a escravidão. No entanto, mais que desejos e interesses somente, a escravidão, em si mesma, não fortalece a sociedade em absolutamente nada de valorado em âmbito humano (coletivamente ou pessoalmente). Importante frisar que a escravidão foi um regime positivado e legitimado pelo Direito em período de tempo histórico não muito antigo.

Pode-se imaginar, até, um pseudo-progresso econômico-social quando há a escravidão, como discurso legitimador. Afinal de contas, no Brasil-escravo dos séculos passados, diziam os donos do poder, houve riquezas imensas geradas, por razão do regime escravocrata. Mas, importante frisar, o Estado deve buscar, ao revés do progresso econômico, à custa de sangue, suor e lágrima humana, equilíbrio e paz jurídica. Mesmo em sentido metafórico, a escravidão não gera qualquer fortalecimento social de um ser humano ou de uma sociedade. Ou seja, não gera equilíbrio e paz social. Por conta disso, fere a dignidade da pessoa humana e, portanto, um dos objetivos axiais do próprio sistema jurídico. Por fim, progresso sem equilíbrio fere as

bases democráticas.

Desta forma, impondo-se uma régua de conduta estatal calcada no equilíbrio do viver e não no "progresso", percebe-se, à mancheias, os equívocos de julgamento de quaisquer políticas públicas marcadas por atitudes capazes de operar um desequilíbrio nas vidas dos seres humanos (o Estado, assim, deve ser inibido de atividades nas quais haja espancamento da dignidade da pessoa humana). Por claro, haverá perdas e tensões nas vidas das pessoas, afinal de contas, como afirmava o velho ditado dos tempos da expansão ultramarina, "viver não é preciso" (no sentido de precisão matemática). No entanto, o Estado deve conduzir as suas políticas públicas perante os cidadãos causando o menor enfraquecimento possível, no azo organizador e sistematizador das vidas humanas. Por outro lado, quando houver um enfraquecimento fático de alguém (causando uma ferida na dignidade da pessoa humana) ao Estado é proibido não intervir em sentido de equalizar a realidade.

7 Alternativas à proteção da criança

Para que as instituições possam se adequar às normas constitucionais que elegeram a criança como prioridade absoluta, é necessário investir em novos recursos. Entre as formas de violência praticadas contra a criança, a violência sexual intrafamiliar é a que apresenta maior dificuldade de manejo. Há que se investir em novos recursos como a constituição de equipes interdisciplinares nas Instituições de Saúde, Proteção e Justiça e a capacitação dos profissionais, bem como dos estudantes, em especial nos cursos de Direito, Enfermagem, Serviço Social, Educação, Psicologia e Medicina. Também não podemos esquecer o abusador, havendo que se pensar em desenvolver programas destinados a esta população, em especial aos que cumprem pena privativa de liberdade.

Iniciativas desenvolvidas em outros países, como o Canadá, "buscam uma intervenção integrada e coordenada em relação ao problema da violência doméstica, possibilitando serviços às mulheres e crianças (assistência psicológica, jurídica, grupos de auto-ajuda, encaminhamento a abrigos, se necessário), treinamento profissional no manejo de questões envolvendo violência doméstica (como identificar a vítima de abuso, como abordar o problema, como fazer o encaminhamento e acompanhamento do caso), paralelamente ao trabalho realizado com os homens agressores".(GROSSI, 2001.

Nos feitos judiciais, seja na esfera cível como criminal, é preciso assegurar à criança a proteção integral, evitando buscar a prova da materialidade nos crimes que envolvem violência sexual intrafamiliar através do seu depoimento. É momento de pensarmos em mecanismos de avaliar o dano psíquico causado à criança, através de perícia psiquiátrica, a ser realizada por especialistas na área da infância, em substituição à oitiva da criança como meio de obter a prova da materialidade. Raramente é possível apurar os danos físicos, sem que com isto o crime não tenha acontecido. As marcas mais importantes, segundo apontam os especialistas, situam-se na esfera psíquica das pequenas vítimas cujas seqüelas podem estender-se por toda a vida, ao passo que, os danos físicos, tendem a ser superados.

Considerações finais

O desconhecimento, por parte dos profissionais integrantes do sistema de Justiça, do funcionamento das famílias em que está presente o abuso sexual da criança, assim como a ausência da utilização dos instrumentos jurídicos por um ângulo clínico (especialmente o conteúdo das perícias psiquiátricas dos pais e das vítimas; falta de exploração do trabalho terapêutico voltado para os pais que se encontram no sistema carcerário) têm contribuído para a não proteção da criança.

Para que possamos efetivamente proteger a criança vítima de violência sexual intrafamiliar, é preciso investir em novas alternativas, pois, caso contrário, estaremos repetindo práticas que não mais se coadunam com as regras constitucionais.

É preciso que os profissionais, integrantes ou não do sistema de justiça, tenham a consciência de que, invariavelmente, cometerão erros e desacertos ao lidarem com o abuso sexual da criança, em decorrência da complexidade em que o tema se reveste, devendo a constatação ser colocada a serviço da reflexão, da avaliação e da busca de melhores condições para o desempenho de suas funções. Revisar condutas e, em especial, liberar a criança da responsabilidade de ser ouvida com o fim de produzir prova é medida urgente.

Em bom momento, o sistema de justiça começa a perceber a relevância do seu papel, compreendendo que somente o trabalho realizado sob o manto da interdisciplinaridade pode proporcionar maior proteção à criança, bem como sua dignidade sexual como dignidade humana, como princípio norteador de um sistema

constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Anderson Pereira de. **A Convenção sobre os Direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios.** *Revista Igualdade*, Curitiba, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 8, n. 28, p. 1-22, jul./set. 2000.

AREND, Hannah. ***A condição humana***. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Maus-tratos na infância, implicações jurídicas do atendimento da vítima.** *Revista Jurídica da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 61-74, 1997.

CARVALHO, Rose Mary de. Comentários ao art. 136 do ECA. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando Amaral e; MENDEZ, Emílio García (coords.). ***Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:*** **comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros, 1992, p. 413-420.

CÉLIA, Salvador. Maltrato e negligência: intervenção a nível preventivo. In: LIPPI, J. R. ***Abuso e negligência na infância:*** **prevenção e direitos**. Rio de Janeiro: Científica Nacional, 1990.

CURY, Munir (coord.); SILVA, Antônio Fernando Amaral e (coord.); MENDEZ, Emílio García (coord.). ***Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:*** **comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros, 1992.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. ***Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*****.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Conselho Tutelar e a Medida de Abrigamento**. *Revista Igualdade*, Curitiba, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 8, n. 27, p. 1-12, abr./jun. 2000.

DOBKE, Veleda. ***Abuso Sexual: a inquirição das crianças,*** **uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **A ação de destituição do pátrio poder.** *Revista Igualdade*, Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 8, n. 29, p. 1-41, out./dez. 2000.

FURNISS, Tilman. **Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados.** Traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GABEL, Marceline (org.). **Crianças vítimas de abuso sexual.** Traduzido por Sonia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997.

GOLDENBERG, Gita W. **Violência doméstica contra crianças e adolescentes**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 183-194, 1994.

GREEN, Arthur H. **Abuso sexual infantil e incesto**. In: LEWIS, Melvin (org.). **Tratado de psiquiatria da infância e adolescência.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 1032-1042.

GROSSI, Patrícia Krieger; WERBA, Graziela C. **Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 95-106.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada.** 3.ed. São Paulo: Cortez, 1998, 262p.

KAPLAN, Sandra J. Abuso Físico e Negligência. In: LEWIS, Melvin (org.). **Tratado de psiquiatria da infância e adolescência.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 1.022-1.031.

KEMPE, Ruth S.; KEMPE, C. Henry. **Niños maltratados.** 4. ed. Madrid: Morata, 1996.

KRISTENSEN, Chistian Haag; OLIVEIRA, Margrit Sauer; FLORES, Renato Zamora. **Violência contra crianças e adolescentes ~~na G~~rande Porto** Alegre. In: . et al. **Violência doméstica.** Porto Alegre: Fundação Maurício Sirotsky – AMENCAR, 1998, p. 71-136.

MEES, Lúcia Alves. **Abuso sexual, trauma infantil e fantasias femininas**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.

OLIVEIRA, Suzana Braun Antunes de. **O segredo nas famílias incestogênicas: do silêncio ao rompimento.** In: ELSEN, Ingrid (org.). Livro programa, livro resumo do Congresso Internacional Família e Violência. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

REICHENHEIM, Michael E.; HASSELMANN, Maria Helena; MORAIS, Claudia Leite. **Conseqüências da violência familiar na saúde da criança e do adolescente: contribuições para a elaboração de proposta de ação**. Ciência e Saúde Coletiva, v. 4, n. 1, p. 109-121, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2015.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, 152p.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELLOS, Amélia Thereza de Moura. **A relação família, escola, comunidade**. In: FICHTNER, Nilo (org.). **Transtornos mentais da infância e da adolescência, um enfoque desenvolvimental.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, 364p.

VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. Comentários ao artigo 130 do ECA. In: CURY,

Munir; SILVA, Antônio Fernando Amaral e; MENDEZ, Emílio García (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros, 1992, p. 403-404.

ZAVASCHI, Maria Lucrécia Scherer; TETELBOM, Miriam; GAZAL, Christina Hallal; SHANSIS, Flávio Milman. **Abuso sexual na infância: um desafio terapêutico**. Revista de Psiquiatria, Porto Alegre, n. 13, p. 136-145, set./dez. 1991.