

ESTUDO FILOSÓFICO DAS LEIS

ABRANGÊNCIA: PROTEÇÃO JURÍDICA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE ; ABUSO/EXPLORAÇÃO SEXUAL PRATICADOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES E REPRESSÃO A ESTES CRIMES.

Maurício Freire Alves

“O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a Justiça sustem numa das mãos a balança com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra, o verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a Justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf Von Ihering

PROTEÇÃO JURÍDICA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

1. Taxinomia: direito da infância e da juventude e direitos humanos.

A segunda metade do século XX vem se notabilizando por várias conquistas civis, alcançadas por diversos estratos sociais, dantes excluídos e marginalizados. Direitos civis das minorias étnicas (negra, aborígene, ameríndia, etc), dos homossexuais, das mulheres e tantos outros.

A Organização das Nações Unidas contribuiu decisivamente para a eclosão deste processo com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Com este édito, confirma-se a grande influência do direito internacional público na vida privada das pessoas, garantindo-lhes direitos essenciais para a edificação e manutenção de uma qualidade de vida eticamente aceitável, sempre divisando a boa e harmônica convivência social que deve imperar entre os seres humanos e entre estes e o Estado.

No influxo do pensamento anterior, retira-se, em sentido lato, o conceito de direitos humanos.

Direitos humanos são de clara inspiração jusnaturalista, pois são cometimentos inerentes à pessoa humana. Dotes inarredáveis da sua peculiar condição frente à Natureza, na conformidade do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

O sentido do texto indica a dialética liberdade/igualdade em confluência com a fraternidade, que tem uma outra linguagem, de clarividência sumamente religiosa, ao contrário do caráter eminentemente político da dualidade conceitual, a qual merece alguns breves considerandos.

Coluna mestra do pensamento político ocidental, liberdade vaticina um estado, porquanto da igualdade emerge uma relação. O homem, como indivíduo, deve ser livre; como ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade.

A República Federativa do Brasil, após a Constituição Cidadã de 1988, configura um Estado Social Democrático de Direito. No prisma da cátedra acadêmica, este instituto se decompõe em múltiplas nuances, quer sejam filosóficas, sociais, políticas ou jurídicas. No entanto, o alicerce sob o qual ele se mantém, tem sua argamassa nos aludidos valores. Liberdade e igualdade são imprescindíveis à democracia, da qual são o fundamento. Uma sociedade pode se definir como democrática quando é regulada de tal modo que os indivíduos que a integram são, se não livres e iguais, pelo menos mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência.

Contudo, liberdade e igualdade não são valores absolutos. É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sua plenitude, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social Democrático de Direito, tanto os direitos como suas limitações.

No transcurso do tempo, importou insculpir garantias e direitos a uma categoria social permeável nas populações de todo o globo, por ela mesmo fonte absoluta e primordial de humanidade, até então desassistida e esquecida dos esquemas internacionais de proteção, no conteúdo de parcas e isoladas atitudes em seu benefício: a infância.

Com o advento da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em 1989, berço do direito da infância e da juventude contemporâneo e um pouco antes, com as Regras de Beijing, que contém princípios de administração da justiça da infância e juventude e certos regramentos de aplicação na apuração de infrações penais praticadas por crianças e/ou adolescentes - verbi gratia, a criação do instituto da remissão -, inaugurou-se todo um efetivo manancial de ações protetivas inferíveis à criança e ao adolescente.

Maior desigualdade não há do que tratar desiguais com igualdade. Diante deste princípio, temos o argumento-retor de natureza político-filosófica que orienta a normativa concernente à infância: a proteção/prioridade absoluta.

Frente à certas circunstâncias, a norma jurídica, atendendo a imperiosas demandas de ordem social, vivificada por diversos fatores tais como psicológicos, morais e outros, vem impor um “discrimen” justamente para alçar aqueles dantes em situação de inferioridade, à condição de igualdade diante do ordenamento jurídico.

Ao ser humano é necessário ensinar humanidades. São vários os exemplos de seres humanos dissociados do meio de origem, criados por lobos ou outros animais, que perdem-se de sua linguagem genética, passando a se comportar como os outros da espécie que lhe é distinta. Fácil notar, então, que seus instintos naturais não lhe são determinantes.

Porquanto isto, ténue e delicada é a vida na infância e impera no meio social que a circunda a responsabilidade de provê-la, não só com os bens materiais que lhe são imprescindíveis (alimentos, vestuário, etc), mas também com cultura, entendida em seu sentido estrito, produção do Homem quanto intelecto (educação formal, princípios éticos, morais, sociais e até mesmo, jurídicos).

Logo, decorre, a folha de papel em branco que a infância nos oferece: o que aquela criança poderá vir a ser é da crucial responsabilidade dos seus semelhantes, já suficientemente maturados para bem proteger e orientar o novo indivíduo.

O direito internacional público, fonte maior do direito da infância e da juventude, já gizou, em 1959, na Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

A importante assertiva acena vigorosamente para a realidade jurídica contemporânea brasileira da proteção/prioridade absoluta.

Sob o princípio constitucional da proteção/prioridade absoluta (Constituição Federal, art. 227) erige-se o nosso direito da infância e da juventude, no que se pauta pela seara dos direitos humanos devido às vastas garantias que lhes são oferecidas (vide C.F. e Estatuto da Criança e do Adolescente), direitos (vida, saúde, alimentação, educação, etc...CF, art. 227) e na justa medida, em oposição, pelos vilipêndios, inobservâncias, desrespeitos e violências praticadas contra a população infante juvenil.

2. Direito internacional público.

Com o avanço da história, as relações entre os Estados se avolumaram, necessitando assim do império de certas regras que monitorassem toda uma gama de intersubjetividade destas mesmas relações.

Contudo, ao nos aprofundarmos na matéria, faz bem antever a sua peculiaridade maior. Enquanto no direito interno, o Estado se debruça sobre entes jurisdicionáveis, fazendo valer, através de mecanismos de adequação normológica (fato - norma) - ex. Poder Judiciário, Polícia -, o poder jurisdicional, numa clara relação de sujeição, enquanto no direito internacional público inexistem entes jurisdicionáveis e sim, Estados Soberanos, não sendo aplicáveis os ágeis instrumentos de coerção e sanção do direito interno.

Logo, têm-se em conta a relação de coordenação, a qual rege os ditames do direito internacional público, vez que Estados Soberanos se disponibilizam horizontalmente, numa sociedade internacional descentralizada, sem hierarquia jurídico-formal.

Direito internacional público é um sistema jurídico autônomo, onde se (co) ordenam as relações entre Estados Soberanos. O direito das gentes, outra denominação da espécie jurídica em tela, possui leito esplêndido no consentimento.

Os Estados Soberanos têm personalidade originária de direito internacional público, porquanto as organizações internacionais são sujeitos derivados do direito das gentes.

As fontes do direito internacional público são, primordialmente, os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito. Subsidiariamente, a jurisprudência e a doutrina.

Várias são as teorias sobre a introdução e eficácia do ordenamento jurídico internacional no sistema jurídico do Estado subscritor.

A República Federativa do Brasil filia-se ao monismo nacionalista. Por esta teoria, releva-se especialmente a soberania de cada Estado e a descentralização da sociedade internacional. Cultua-se a constituição nacional, onde deve-se encontrar possibilidade do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.

Em conformidade com a teoria do monismo nacionalista, o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal da República, a saber:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**”

Deste modo, tratados como Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança têm **status constitucional**; a inobservância na sua aplicação conduzirá a uma gritante inconstitucionalidade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em San José da Costa Rica em 22/11/1969, teve sua aprovação no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 26/05/1992, levando à sua ratificação pela Carta de Adesão de 25/09/1992, vindo, finalmente, a Convenção a ser incorporada ao direito interno pelo Decreto 678, de 06/11/1992, que determinou seu integral cumprimento.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança teve sua inserção no nosso direito, primeiramente, pelo Decreto Legislativo 28, de 17/09/1990 e foi, pelo Decreto 99.710, de 21/11/1990, definitivamente alçada a nível constitucional.

Percebe-se então, a via procedimental de incorporação ao nosso direito, segundo o monismo nacionalista, nunca perdendo de vista a supremacia da constituição nacional sobre a normativa internacional: após a subscrição ou adesão do tratado, este deve ser apreciado pelo Poder Legislativo e, após, por decreto, introduzido no direito interno, pelo Poder Executivo.

Até a fundação das Nações Unidas em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos.

Através da Carta de São Francisco, em 1945, os direitos humanos tornaram-se um dos axiomas, senão o maior, da nova organização.

Logo depois, em 1948, com a aclamação pela Assembléia Geral da Declaração Universal dos Direitos do Homem, diploma que exprime de modo amplo as normas substantivas concernentes ao tema, e no qual as convenções supervenientes encontrariam respiradouro, os direitos humanos amalgamaram-se plenamente à própria razão de existência da Organização das Nações Unidas.

Encerra-se no seu texto somente normas substantivas, uma vez que não dispôs sobre qualquer órgão internacional de propensão judiciária ou semelhante para garantir a eficácia de seus princípios, tampouco oferecendo às pessoas interessadas vias concretas de ação contra cometimento estatal eventualmente ofensivo aos seus direitos.

Por esta razão, países já invocaram o fato da Declaração consubstanciar-se juridicamente numa resolução, e não num tratado, como se faz crer: seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados, e sim uma intenção formal.

Várias vezes , ante ingerências externas dimensionadas pelo zelo aos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não -convencional da Declaração.

O conteúdo da Declaração, segundo a doutrina, traz para o direito das gentes, direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações.

Direitos humanos de primeira geração, base dos demais, são aqueles condizentes com os direitos civis e políticos: direito à vida, à liberdade, à segurança, a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura, à penas cruéis e degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo e tantos outros encontrados nos art. 4º a 21 do texto.

Direitos humanos de segunda geração versam pelos direitos econômicos, sociais e culturais, àqueles que o ser humano deve fruir enquanto inserido no contexto social: direito ao trabalho, à previdência social, ao descanso e ao lazer, à igualdade salarial por igual trabalho, à saúde, à educação, aos benefícios da ciência, ao gozo das artes, à participação na vida cultural da comunidade (art. 22 a 27).

Inspirando-se nos teóricos marxistas, preocupados com o elevado zelo pelos direitos individuais, inclinados em ampliar a orla de abrangência, vanguardas do pensamento ocidental super - dimensionaram os direitos humanos societários de segunda geração, trazendo à baila os de terceira, como o direito à paz , ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano.

Por meio de mecanismos oferecidos por normas do direito internacional público, podem os Estados, em mútua cooperação, envidarem esforços pelo combate da exploração sexual infanto-juvenil.

A Alemanha, por meio de normativa oriunda do seu ordenamento interno, prevê a possibilidade do seu cidadão, agente de conduta típica concernente à exploração sexual infanto-juvenil em outro país, venha a ser processado e punido no seu próprio. É a extra-territorialização da lei penal alemã, cabendo aos outros países promoverem disposições administrativas para darem eficácia a elogiável iniciativa germânica.

É da ciência de todos que os turistas alemães, juntamente com os italianos, são os que mais fomentam, no período de alta estação, a exploração sexual infanto juvenil no Brasil, em especial no litoral do Nordeste do país.

3. Constituição da República Federativa do Brasil.

Após um extenso período de ditadura militar, regime de exceção para nossa infelicidade, sobreveio a Nova República e com ela, a Assembléia Constituinte.

O espírito democrático e o pluralismo político permearam o processo legisferante. Por isto mesmo, nossa Constituição é conhecida como a Constituição Cidadã de 1988, abrindo caminho para uma sociedade civil organizada e participativa.

O direito é o reflexo da sua razão social. Assim, no ritmo da contemporaneidade, o legislador constituinte voltou seus olhares para certos temas, objetos de altas preocupações sociais como a preservação do meio ambiente, proteção do patrimônio genético, tutela da família, da criança e do adolescente e dos idosos.

A família, base da sociedade e, por que não, célula embrionária do Estado, mereceu importante proteção constitucional. Ainda mais que, por meio dela, o ser humano primeiro se socializa e educa.

Antevendo a expectativa de vida de um futuro ser e analisando a qualidade de vida que venha a possuir o mesmo, a Constituição sugere a paternidade responsável como conduta digna da progenitura. Pode-se entender o termo “paternidade responsável” como aquela consciente do conjunto de deveres advindos da concepção, no que se protraí ao parto, nascimento e crescimento do infante, bem como orientá-lo, educá-lo, provê-lo e tudo o mais para a sua salutar formação bio-psico-social.

A paternidade e a maternidade se traduzem numa livre opção do casal, competindo ao Estado, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar.

Grande conquista alcançada pelo povo foi o fim da discriminação dos filhos havidos fora da relação do casamento. Com o art. 227, parágrafo 6º, “os filhos, havidos ou não fora da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Ficam assim, finalmente, banidas da legislação civil e, obviamente, de sua escrituração cartorial, expressões espúrias como filhos legítimos, filhos naturais, adulterinos, incestuosos. No mesmo passo, deve-se orientar o povo no bem-dizer quanto aos seus descendentes, livrando-os da descarga conceitual do “bastardo” e semântica análoga.

A norma constitucional incidente sobre a tutela da criança e do adolescente inicia-se, expressamente, com o dever concorrente entre a família, sociedade e Estado em assegurar à criança e ao adolescente os direitos humanos basilares a qualquer ser humano.

As atenções do legislador para com a infância e juventude deram-se em alto grau, notando-se certamente a incompreendida minudência e redundância com que tratou a matéria, vez que especificou em relação a eles direitos já consignados para todos em geral.

Assessorados pelo princípio de hermenêutica jurídica do Legislador Racional, desenvolvido pela doutrina argentina, que preceitua que jamais o intérprete deve se distanciar do sentido da norma, hetero-integrando os termos do regramento nos princípios que orientam o ordenamento, isto para a salvaguarda do mesmo e segurança jurídica dos jurisdicionados, arvoramo-nos a afirmar que o referido minimalismo constitucional teve por alça de mira, justamente, **destacar** às consciências de todos a relevância da proteção à criança e do adolescente. E esta, já foi dito mas nunca é demais ser minudente e redundante, vez que é sempre curial, goza de prioridade absoluta.

Não olvidemos que, no art. 227, parágrafo 4º, já postulava a Constituição pela severidade com que a lei deveria tratar o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, assunto em que nos estenderemos à frente, no momento oportuno.

4. Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) sucedeu o Código de Menores, datado do ano de 1979.

O ECA, como é conhecido o Estatuto, trouxe à criança e ao adolescente normas adequadas aos ares democráticos que respiramos. A partir de então, eles não foram mais tratados como “cidadãos de 2ª classe”, conforme se depreendia do conteúdo do antigo Código de Menores.

Agora, a criança e o adolescente são cidadãos, formal e materialmente, da República Federativa do Brasil, a qual se configura um Estado Social Democrático de Direito.

Em que isto se traduz, concretamente?

Inicialmente, trazemos à baila o fato que o Código de Menores não oferecia ao menor envolvido em infração penal um juiz de direito, na real acepção do instituto e sim, um juiz travestido na figura do “bonus pater familiae”.

Antes do ECA, o adolescente agente de ato infracional, como é positivamente denominada a infração penal praticada por ele, não tinha as garantias processuais mínimas extensivas a todo cidadão, como o justo processo, o devido processo legal, juiz imparcial, penas temporalmente precisas, valoração da prova segundo o sistema do livre convencimento vinculado, princípio de inocência, benefício da dúvida, restrição de liberdade somente em flagrante delito ou ordem judicial, contraditório, ampla defesa e defesa técnica.

Ao “bonus pater familiae” no qual se trasfigurara o juiz de direito cabia aplicar as sentenças baseadas no sistema de valoração probatória da íntima convicção pessoal, não existindo prazo máximo de internação como hoje existe (três anos), nem contraditório, tampouco ampla defesa, sempre a sociedade devendo confiar na discricionária sensibilidade jurídico-social do bom pai de família, que com toda a certeza aplicaria medidas que melhor conviesse aos interesses do adolescente.

Desta época, quem lida com a causa desde então, lembra-se da famigerada FEBEM, bem como das temidas “galinhas pretas”, as quais assim eram apelidadas pelos adolescentes que viviam em situação de risco, nas ruas dos grandes centros urbanos, as Kombis que, forçosamente porém legalmente, os recolhiam, conduzindo-os para instituições de atendimento.

O Estatuto se aplica a todos os menores de dezoito anos em qualquer situação, sem levar em conta sua situação irregular, conforme estava previsto no art. 2º do Código de Menores. Em casos especiais, aplicam-se certas disposições do diploma aos maiores de 18 e menores de 21 anos (prorrogação de menoridade).

Aliás, a diferenciação positivada no Código de Menores entre menores em situação irregular e regular, se consubstanciava no grande mecanismo de legais, contudo, ignominiosas, medidas coativas contra aqueles.

Avançou com gáudio o Estatuto, ao referir-se genericamente à criança e ao adolescente, já que todo menor está sob sua tutela, independente de sua situação.

Para a consecução dos seus objetivos, o Estatuto rege-se por certos princípios que representam postulados fundamentais da nova política do direito da criança e do adolescente.

O direito municia-se de princípios genéricos, onde tem assento a aplicação prática dos seus conceitos.

Ao intérprete, os princípios jurídicos servem de orientação na inteligência das normas, assim evitando possíveis enganos nas lacunas deixadas pelo direito objetivo (lei).

Nesta sorte, destacamos:

1) Princípio da prevenção geral.

É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente ensino fundamental obrigatório e gratuito e outras necessidades básicas ao seu desenvolvimento (art. 54, I a VI), pois é também dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação desses direitos (art. 70).

2) Princípio da prevenção especial.

O Poder Público, através de órgãos competentes, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art.74).

3) Princípio da garantia prioritária.

Primazia na recepção de proteção e socorro, como também na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, assim como preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, “a”, “b”, “c” e “d”).

4) Princípio da proteção estatal.

Visa a sua formação biopsíquica, social, familiar e comunitária, através de programas de desenvolvimento.

5) Princípio da prevalência dos interesses do menor.

Na interpretação do Estatuto, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º).

6) Princípio da indisponibilidade dos direitos do menor.

Direitos subjetivos de ordem pública, atraindo, em sentido absoluto, o poder curador do Ministério Público, os direitos da criança e do adolescente não podem ser objeto de transação, juízo arbitral, etc.

7) Princípio da sigiliosidade.

É defeso a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua a autoria de ato infracional (art. 143).

8) Princípio da gratuidade.

Intrinsicamente ligado ao fundamento constitucional do acesso à justiça, vez que é garantido o acesso de todo menor à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos, sendo a assistência judiciária gratuita prestada a todos que a necessitem (art. 141, parágrafos 1º e 2º).

9) Princípio do contraditório.

Garante ao adolescente envolvido na prática de ato infracional o devido processo legal com todos os institutos a ele inerentes: ampla defesa, defesa técnica, justo processo, etc (CF, art. 5º, LV, e Estatuto, art. 171 a 190).

A grande inovação do Estatuto foi a criação do Conselho Tutelar. Infelizmente, este é ainda desconsiderado pelos municípios brasileiros, aos quais cabem a sua implementação e manutenção.

Dando azo ao protagonismo social, o Estatuto dispôs sobre a criação de um órgão público, permanente, autônomo, não-jurisdicional, composto por cinco membros escolhidos pelos cidadãos locais, com mandato de três anos, permitido um novo mandato mediante outra escolha popular, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Pelos poderes que os Conselheiros se revestem (art. 136), eles se constituem em verdadeiros guardiões do Estatuto. Contudo, após quase sete anos de vigência do ECA, é a peça do Sistema Institucional de Garantias (Ministério Público, Juizado da Infância e da Juventude, Delegacias Especializadas, Centros de Defesa, Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente) que menos funciona.

Vale ressaltar a observação de Paulo Lúcio Nogueira, autor de “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado” (Edt. Saraiva,), feita em 1991, sobre o Conselho Tutelar:

“No entanto, temos sérias dúvidas quanto à formação e funcionamento, principalmente numa sociedade desinteressada, indiferente e apática diante dos problemas sociais, ainda que lhe digam respeito.”

O vigor das suas palavras repercutem na realidade atual, para nossa infelicidade.

Enfim, nenhum panorama social se transformará com a simples promulgação de leis. Por melhores que sejam, terão apenas vigência; sua eficácia somente se dará com uma nova mentalidade do Estado (lato sensu, englobando povo e governo), imbuída com espírito de cidadania, vez que necessitam do apoio de todos para saírem do papel e alcançarem o coração da sociedade.

- ABUSO/EXPLORAÇÃO SEXUAL PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E REPRESSÃO A ESTES CRIMES.

1. Dupla moral sexual.

Antes de nos aprofundarmos na segunda parte deste estudo, devemos tangenciar a questão da dupla moral sexual, pela qual se orienta o Código Penal ao reprimir os crimes contra os costumes.

No simples golpe de vista, já causa estranheza esta denominação, dada ao Título VI do Código Penal : “dos crimes contra os costumes”. Tendo em vista a época em que o Código entrou em vigor (1940), crimes como estupro, atentado violento ao pudor, favorecimento da prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres, de clara ofensa à pessoa e seu arcabouço de valores éticos, morais, tudo incidindo

na órbita da livre disponibilidade sexual, eram observados como ofensas concernentes à moral societária vigente àquele tempo.

Porém, atualmente, mesmo com toda a licenciosidade sexual, certos conceitos são por demais arraigados no meio social, cada vez, infelizmente, ganhando substrato para sua permanência.

Via de regra, o homem é socialmente honrado se cumpre seus deveres civis e comerciais perante seus iguais. Desimporta uma possível promiscuidade heterossexual, por exemplo.

A mulher é cobrada socialmente pela sua conduta afetiva-sexual. É altamente reprovável sua promiscuidade heterossexual, não sendo assim tão observada sua possível inadimplência das obrigações civis ou comerciais. O mal dizer aqui recairá sobre aspectos extrínsecos do seu caráter. No entanto, em foco a mulher promíscua, o mal dizer incidirá sobre a essência do seu caráter, sua mundivência feminina.

Coroando o pensamento acima, traz o Código Penal expressões infelizes como “mulher honesta”, nas condutas definidas nos art. 215 e 216 e “mulher virgem”, no crime de sedução, art. 217.

Muitas vezes, a mulher vítima de estupro ou atentado violento ao pudor, não noticia oficialmente o crime por sentir-se insegura frente à maneira como tal fato vai ser tratado, quer seja a nível da perquirição da culpa, quer seja nível social, com medo ou vergonha, em ambos os casos, do modo humilhante ou vexatório que possivelmente poderão divisá-la.

Concluindo, a dupla moral sexual e suas inferências na vida das pessoas são vigorosas colunas a sustentarem a impunidade nos crimes sexuais em nosso país.

2. Estupro.

*“Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena: reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.*

Crime hediondo, conforme o art. 1º da Lei 8.072/90, portanto insuscetível de graça, indulto, anistia, fiança ou liberdade provisória, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado.

Levando em conta a peculiar condição da criança e do adolescente até catorze anos, o legislador instituiu a presunção de violência no art. 224, alínea “a”; ou seja, relação sexual com o menor de catorze anos é estupro, independentemente de consentimento.

A doutrina sublinha que tal presunção é relativa, podendo escusar-se o ofensor em erro diante das circunstâncias do caso concreto.

Arvorando-se nesta linha de pensamento, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, no ano passado, proferiu polêmico voto que acabou por absolver acusado de estupro contra adolescente de 13 anos de idade.

A lei dos crimes hediondos ainda, dando vazão àquele comando constitucional que apontava para a severidade com que a lei deveria tratar o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, em seu art. 9º, preceitua aumento especial de pena (metade), respeitando-se o limite de 30 anos de reclusão, nos casos de estupro contra menor de catorze anos.

O pedra de toque na perquirição da culpa nos crimes sexuais que envolvam crianças e adolescentes como vítimas é a prova.

Em regra, crimes sexuais são crimes cometidos sem testemunhas. Em vista disto, a palavra da vítima, no processo, é super-valorada, representando a viga mestra da estrutura probatória.

Inobstante, a doutrina faz processualmente falha a palavra da criança e do adolescente, especialmente a primeira, vítimas de crimes sexuais, devido a uma aventada falta de percepção objetiva da realidade e ter a mente influenciada por fantasias e discursos de pessoas dotadas de proximidade afetiva-emocional.

Concretamente, ocorrendo crime de estupro contra criança de 11 anos de idade, inexistindo outras provas que concluam, direta ou obliquamente, pela materialidade e/ou autoria do fato delituoso, somente o amparo do depoimento da menor, o acusado terá grandes chances de ser absolvido por falta de provas.

2. Atentado violento ao pudor e sedução.

Difere do estupro no sentido que este incide só na forçosa cópula vagínica (“intromissio penis in vaginam”), enquanto o atentado violento ao pudor abarca todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

“Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena: reclusão, de seis a dez anos.

Tudo que se disse acima quanto a incidência da lei dos crimes hediondos, presunção de violência, etc, aqui se aplica.

Relação ou contato sexual (ato libidinoso) consentido com maior de catorze anos pode configurar, se a vítima for mulher e virgem, crime de sedução. Com qualquer pessoa maior de catorze anos, crime de corrupção de menores.

Sedução é um crime previsto no art. 217 do CP, sobre o qual pune o agente que trai a confiança da menor de 18 anos e maior de 14, ou aproveita-se da sua inexperiência.

Hoje em dia, principalmente nos grandes centros urbanos, onde toda a juventude faz-se precoce nos assuntos de teor sexual, a persecução judicial do crime de sedução está cada vez mais rara.

Os adolescentes são literalmente bombardeados pela mídia por informações de iridescência sexual, no que ganham nutrição psicológica na patente carga erótica juvenil maturada pela nossa civilização, em que os entes, biologicamente, vicejam mais cedo devido a diversos fatores em que se inclui a alimentação, ingestão de hormônios de crescimento, etc.

Posto isto, é de se esperar uma prematura experiência sexual consentida, em que tem a jovem, no mínimo, ciência relativa da subjetividade erótica-afetiva que o plexo de sensações produzidas pela relação/contato sexual faz emergir.

À míngua da perquirição da culpa nestes casos, a pacificação social, fim precípua do processo judicial, na prática da vida cotidiana, é alcançada alternativamente por trabalhos conduzidos na própria delegacia de polícia ou por profissionais da área de serviço social e psicologia.

Ao contrário, em comunidades primitivas, em grotões incrustados no Brasil a fora, onde a moral se coloca mais distante das irresponsáveis irradiações da mídia, o crime de sedução tem razão jurídico-social afirmada, não existindo outra via para a pacificação que a judicial.

Os crimes já mencionados e os que explanaremos a seguir são de ação penal privada, podendo ser pública condicionada à representação se a vítima ou familiares forem pobres e incondicionada se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Esta regra jurídica comunica-se com a seguinte questão: via de regra, o interesse da persecução judicial da culpa é da vítima ou seus familiares, devendo para isto constituir advogado para atuar em juízo. Esta é a ação penal privada. Na pública, o dono da ação (“dominus litis”) é o Ministério Público, legítimo representante da sociedade, a quem cabe, privativamente, promovê-la, segundo norma constitucional (art. 129, I, CF).

Ainda, o art. 226, inciso I do Código Penal, prevê circunstância especial de aumento de pena ser o agente ascendente, pai adotivo, padrasto ou irmão, regra esta extensiva para todos os crimes ofensivos à liberdade sexual (art. 213 a 218 de CP).

Resplandecente é a notável preocupação do legislador em reprimir estes crimes com maior rigor quando praticados em meio a família.

Os crimes de estupro, atentado violento ao pudor e sedução, dentro da perspectiva do nosso estudo, podem ser definidos como aqueles contidos na orla do abuso sexual.

Inexistem conceitos precisos que distingam, ontologicamente, abuso e exploração sexual. Um no outro se reverte, numa ciranda nefasta. O indivíduo, tido como explorador sexual de crianças e adolescentes, não deixa de ter praticado contra eles um flagrante abuso dos seus corpos, numa explícita infringência de mínimos padrões éticos regentes da conduta sexual das pessoas maiores.

Porém, com base na experiência empírica, ousamos o seguinte: abuso sexual se configura num violento assédio, direto, onde as partes envolvidas são o ofensor e o ofendido, não existindo, com base na vitimologia, comportamento aglutinador do ato. A predisposição da vítima à ambiência criminógena é nula, senão quase. Por isto mesmo, os elementares exemplos de abuso sexual são o estupro e o atentado violento ao pudor.

A exploração sexual se reveste de uma motivação relativa da vítima para a configuração do ato típico, cabendo ao agente induzir, instigar ou aproveitar-se da conduta vitimológica. Várias inferências subjetivas estão ao redor para a motivação da exploração, desde a miséria até aspectos de cunho psicológicos como a baixa alta estima. Assim, dizemos exploração quando nos referimos à criança ou adolescente prostituído, explorado numa mercancia sexual abissalmente malfazeja para sua (con) formação bio-psico-social.

Juridicamente, prostituição não é infração penal. O maior de dezoito anos tem livre disponibilidade do seu corpo, podendo, se quiser, mercadejá-lo sexualmente. Comete crime o agente que media, favorece, tira proveito, mantém casa de prostituição ou promove o tráfico de mulheres que vão exercer a prostituição aqui ou no estrangeiro.

A exploração sexual infanto-juvenil desenvolve-se por meio de uma tríade de participantes: o explorador, a explorada e o cliente.

Sendo a explorada maior de dezoito, a conduta do cliente é irrelevante penal; as atenções da lei voltam-se unicamente para o explorador.

A explorada, contando com menos de dezoito anos, o panorama jurídico transmuta-se.

Possuindo a menor idade inferior a catorze anos, o cliente que com ela se relacione sexualmente, pode incorrer em crime de estupro ou atentado violento ao pudor por presunção de violência.

A menor possuindo entre dezoito e catorze anos, o cliente pode ser denunciado, analisando-se o caso concreto, por corrupção de menores.

“Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Neste crime, como notado, também está enquadrado os atos explorador.

Os crimes específicos caracterizadores de exploração sexual estão elencados no capítulo V do título VI da parte especial do Código Penal, assim denominado: “do lenocínio e do tráfico de mulheres”.

Existindo mecanismo direto de responsabilização penal pela conduta ilícita de mediar, favorecer, manter casa de prostituição e da prostituição tirar proveito, apenas sendo o cliente punido por via indireta, resta-nos propor que também ele seja considerado agente ativo dos crimes concernentes à prática de exploração sexual, ao menos se cometidos contra crianças e adolescentes.

Bibliografia

- “Igualdade e liberdade”, Noberto Bobbio, Ediouro.
- “Direito Internacional Público”, J.F. Rezek, Saraiva.
- “Teoria Geral do Processo” e “Nulidades no Processo Penal”, Ada P. Grinover e outros, Malheiros.
- “Código Penal Comentado”, Celso Delmanto.
- “Direito Penal”, Damásio de Jesus, Saraiva.
- “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, Paulo Lúcio Nogueira, Saraiva.
- Normativa internacional, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Menores e Código Penal.

As idéias aqui apresentadas são de inteira responsabilidade do autor