



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE DIREITO

**ABUSO SEXUAL DE MENOR INTRAFAMILIAR: A REGULAMENTAÇÃO
DO ART. 227, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

PATRÍCIA RAQUEL VIEIRA

GOIANÉSIA-GO

2017

PATRÍCIA RAQUEL VIEIRA

**ABUSO SEXUAL DE MENOR INTRAFAMILIAR: A REGULAMENTAÇÃO
DO ART. 227, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Artigo Científico apresentado junto ao
Curso de Direito da FACEG -
Faculdade Evangélica de Goianésia,
como exigência parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Mestre Cristiane
Ingrid de Souza Bonfim

GOIANÉSIA-GO

2017

PATRÍCIA RAQUEL VIEIRA

**ABUSO SEXUAL DE MENOR INTRAFAMILIAR: A REGULAMENTAÇÃO
DO ART. 227, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Goianésia, Goiás, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor / FACEG

Professor Orientador

NOTA

Professor(a):

/FACEG

NOTA

Professor(a):

/FACEG

NOTA

ABUSO SEXUAL DE MENOR INTRAFAMILIAR: A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 227, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PATRÍCIA RAQUEL VIEIRA

Resumo: Esta pesquisa tem como tema o abuso sexual de menor que ocorre no âmbito familiar, e, a respectiva regulamentação normativa em atendimento ao disposto no art. 227, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Partindo da compreensão da implantação da doutrina da proteção integral, pela Constituição Federal de 1988, a pesquisa segue tratando sobre o direito à convivência familiar, das crianças e adolescentes, e, por fim, verificando o posicionamento normativo sobre o abuso sexual intrafamiliar contra os menores. A problematização que se buscou responder foi: qual o posicionamento jurídico que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que disciplina a doutrina da proteção integral de seus tutelados no Estado brasileiro, a respeito dos casos em que há abuso sexual de crianças e adolescentes no seio familiar? O objetivo geral foi esclarecer sobre o posicionamento jurídico que consta no ECA, que disciplina a doutrina da proteção integral de seus tutelados no Estado brasileiro, a respeito dos casos em que há abuso sexual de crianças e adolescentes no círculo familiar. A metodologia aplicada é pesquisa bibliográfica. Constatou-se que, em atendimento ao § 4º, do art. 227, da Constituição Federal de 1988, o ECA apresenta medidas que devem ser aplicadas de forma emergencial, prezando pelo melhor interesse do menor e pelo devido processo legal, antes de acarretar em maiores prejuízos ao direito à convivência familiar. Já o Código Penal, é que trata das penas quando de abuso sexual intrafamiliar.

Palavras-Chave: Abuso Sexual Intrafamiliar. Crianças e Adolescentes. Doutrina da Proteção Integral. Direito à Convivência Familiar.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se propõe a agregar e examinar os elementos necessários à compreensão do abuso sexual de menores que ocorre dentro do âmbito das famílias, especificamente, como o Direito trata essa questão. Com efeito, a possibilidade de abuso sexual, seja em qualquer condição, já é algo inadmissível e que deve ser reprimido. Ao se falar que a vítima é menor de idade, e que sofre esse tipo de abuso no próprio seio familiar o cenário torna-se ainda mais preocupante, pois justamente aqueles que deveriam proteger as crianças e os adolescentes são os próprios agressores.

Nesse aspecto, o Direito ocupa um papel essencial, especialmente, nas últimas décadas. Conforme as lições de Araújo e Nunes Júnior (2014), crianças e

adolescentes sequer eram sujeitos de direitos até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A referida norma inovou significativamente ao buscar assegurar a efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes com “absoluta prioridade”, como dispõe o *caput* do seu art. 227 (BRASIL, 2017, *online*), a partir da implementação da Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina da Proteção Integral, acolhida pela Constituição da República de 1988, e disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem por base princípios que visam orientar a aplicação do Direito de modo a oferecer efetiva proteção aos seus tutelados, em todos os sentidos. Isso envolve, por exemplo, o auxílio às famílias, a tutela coletiva das crianças e adolescentes, e a previsão de condutas consideradas como crimes quando realizadas contra esses sujeitos. Dessa forma, a Doutrina da Proteção Integral estabelece instrumentos jurídicos que visam a real proteção das crianças e dos adolescentes.

A partir disso, esta pesquisa demonstra como a Doutrina da Proteção Integral se posiciona quando crianças e adolescentes são abusadas dentro do núcleo familiar, valendo-se, especialmente, das disposições constitucionais vigentes e também do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A indagação que se busca responder é: qual o posicionamento jurídico que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que disciplina a Doutrina da Proteção Integral de seus tutelados no Estado brasileiro, a respeito dos casos em que há abuso sexual de crianças e adolescentes no seio familiar?

O objetivo geral da pesquisa é esclarecer sobre o posicionamento jurídico que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina a Doutrina da Proteção Integral de seus tutelados no Estado brasileiro, a respeito dos casos em que há abuso sexual de crianças e adolescentes no círculo familiar. Os objetivos específicos são: compreender a Doutrina da Proteção Integral, destinada às crianças e aos adolescentes, implantada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos aspectos gerais relacionados à proteção de seus tutelados, sobretudo, quanto à regulamentação do direito fundamental à convivência familiar; investigar a perspectiva jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente referente à possibilidade de abuso sexual intrafamiliar das crianças e dos adolescentes, bem

como, o conteúdo correlato no Código Penal brasileiro, que atende ao disposto no art. 227, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Para isso, necessário se faz a realização de pesquisas que possibilitem esclarecer sobre o assunto, inclusive, de forma clara, sem se abster do aspecto científico que qualifica este estudo. Logo, a metodologia que adotada é a pesquisa bibliográfica, valendo-se da linha dedutiva. As abordagens são descritiva, explicativa e analítica, buscando apresentar resultados objetivos e de compreensão tanto para a comunidade jurídica como à sociedade de forma geral.

A presente pesquisa é dividida em três partes. A primeira parte abordada os principais pontos sobre o posicionamento constitucional brasileiro acerca das crianças e dos adolescentes, em especial, o que se refere à doutrina da proteção integral implantada pela Carta Política de 1988. Leva-se em consideração, nesse ponto da pesquisa, que até o advento da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos, sob à égide da doutrina da situação irregular.

A segunda parte da pesquisa busca esclarecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com vistas à proteção a ser dirigida aos seus tutelados e o direito à convivência familiar. O assunto é abordado de modo a demonstrar a relevância do direito à convivência familiar em face ao melhor interesse da criança e do adolescente, em consonância à doutrina da proteção integral.

A terceira parte, por fim, cuida da análise do tratamento jurídico brasileiro destinado aos casos de abuso sexual intrafamiliar. Assim, são consideradas as disposições normativas da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, do Código Penal brasileiro, bem como o posicionamento doutrinário a respeito do tema.

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A IMPLANTAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO BRASIL

A perspectiva jurídica quanto à proteção às crianças e aos adolescentes no Brasil têm como verdadeiro marco a promulgação da Constituição da República

Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, conforme as colocações de Ramidoff (2010). O referido documento normativo realizou verdadeira quebra de paradigmas em diversos aspectos, inclusive, no que se refere aos menores de dezoito anos. A partir disso, neste primeiro momento da pesquisa são abordados os principais pontos sobre o posicionamento constitucional brasileiro acerca das crianças e dos adolescentes, em especial, o que se refere à doutrina da proteção integral implantada pela Carta Política de 1988.

Queiroz (1987), em obra produzida anteriormente ao advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em período ainda em transição do regime ditatorial militar para o democrático, apresenta pontos significativos sobre como era a visão jurídica sobre as crianças e os adolescentes. Segundo esse autor, foi apenas na década de 60, do último século, que no Brasil surgiu um Estatuto de “problema social” submetido aos “preceitos da ideologia de segurança nacional”, que seria a Política Nacional do Bem-Estar do Menor-PNBM (QUEIROZ, 1987, p. 32). Esse Estatuto foi introduzido na ordem jurídica brasileira por meio da Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964, e que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FEBEM).

Logo, percebe-se que as crianças e os adolescentes, nesse período, eram vistos como verdadeiro problema de segurança nacional do País, embora a nomenclatura do referido Estatuto sugerisse uma preocupação com os menores e seu bem-estar, e não um entrave ao desenvolvimento nacional na ordem da segurança. Não obstante, o mesmo autor acrescenta:

A PNBM apresenta-se veiculando a ideia de necessidade da prevenção e do controle do problema do menor em geral. Como salienta Paul Singer, a finalidade dos serviços de controle está em desenvolver técnicas possíveis para evitar que qualquer contradição (entre sociedade e Estado) se agudize. Portanto, sejam elas no plano econômico, social ou político, desde que ameacem o chamado mundo das mercadorias, dentro da ordem devem ser acionados os mecanismos de prevenção e controle (preventivos, punitivos ou repressivos), objetivando recolocar o indivíduo numa situação de ajustamento (QUEIROZ, 1987, p. 33).

Como se nota, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor-PNBM, que embora sua nomenclatura buscasse passar a ideia de bem-estar ao menor, na verdade era uma medida que dispunha sobre controle e prevenção daquele ‘problema’. Ou seja, tal Estatuto tinha por prioridade a existência de mecanismos

que buscavam o domínio de uma classe de pessoas, crianças e adolescentes, que pudessem representar algum tipo de perigo à sociedade, inclusive quanto aos riscos ao 'mundo das mercadorias', como se esses sujeitos não fossem merecedores de qualquer direito como os demais.

De acordo com Almeida e Almeida (2010, p. 07), a Política Nacional do Bem-Estar do Menor “era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas”, fossem essas de qualquer origem, “mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional”” (ALMEIDA E ALMEIDA, 2010, p. 07).

Com efeito, é lícito dizer que, nesse tempo, a ótica jurídica não era favorável às crianças e aos adolescentes, e menos ainda, ao se tratar daqueles que precisavam de efetiva proteção. O que se observa é um contexto onde crianças e adolescentes nada mais eram consideradas do que obstáculos ao próprio País, os quais o regime militar buscava controlar sem resguardar qualquer prerrogativa.

Nesse cenário, avultam-se as explicações de Nogueira Neto (2009, p. 16):

Todo o Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atendendo ao que é contingente e conjuntural do tempo e espaço em que o poder político e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele – poder político – se institucionalizou. Para se entender o Direito não basta conhecer e interpretar a norma jurídica, em si. É preciso se conhecer e entender minimamente esse jogo político e econômico e os seus discursos justificadores. O poder político-econômico que cria o Direito o faz necessariamente privilegiando um ou alguns segmentos sociais em detrimento de outros. Mas o faz também na justa medida que o equilíbrio de forças socialmente contrapostas possibilita.

A partir dessas colocações é lícito dizer que, se por um lado o Direito é formado conforme a incidência de realidades e valores sociais quanto ao tempo e ao espaço, por outro lado, não se pode desconsiderar o fator político que influencia a criação das normas. Ocorre que para se compreender o Direito e seu posicionamento sobre as matérias é preciso considerar todo o contexto do jogo político e econômico, bem como, a força do próprio poder de um lado, e do outro, a força dos oprimidos. De tal modo, o Direito tende a favorecer uns em detrimentos de outros, sendo estes, em sua maioria, os mais fracos.

Dessa forma, tem-se que a ditadura militar é caracterizada pela opressão de tudo e todos que lhes vai contra, e nesse contexto, poucos são os que se engajam a se rebelarem na defesa de seus interesses. Ressalta-se que se isso é um quadro natural para a situação ditatorial. Contudo, ao se falar em crianças e adolescentes, não há comparação entre as forças desses sujeitos e o poder inerente aos militares, como problema de segurança nacional, já colocado, crianças e adolescentes sequer eram considerados sujeitos de direitos.

Ainda sob a égide da ditadura militar, vigorou o Código de Menores, instituído pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. A leitura dessa norma demonstra que suas disposições são direcionadas ao menor em situação irregular, como preceitua o seu art. 1º. Já o art. 2º, descreve quais são os menores que se enquadram nessa situação irregular, como os autores de infrações penais, as vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável, os privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, e, a lei fala ainda daqueles que estivessem em “perigo moral”, ou seja, contrários aos bons costumes (BRASIL, 2017, *online*).

Portanto, o Código de Menores, que estava em vigor à época da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando se reinstaurou a democracia, trazia disposições sobre o tratamento a ser destinados aos menores em situação irregular, todos da mesma forma, tivessem sido eles abandonados, sofrendo maus tratos, ou, em conflito com a lei.

Foi nesse contexto, então, que adveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre a qual Firmo (2007, p. 07-08) tece as seguintes considerações:

Essa Constituição consubstancia-se numa nova ordem constitucional, que formaliza o pacto político-social da “Nova República”, ou seja, do novo período que haveria de ser democrático e social conforme prometido por Tancredo Neves e como ele mesmo o denominou. Foi também chamada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia nacional Constituinte, de “Constituição Cidadã”, porque se volta decisivamente para a plena realização da cidadania. [...] Por ser a Constituição de um Estado a Lei Maior, à qual todas as demais se vinculam, aquelas conquistas constitucionais deverão se estender a todo o ordenamento jurídico, para que uma nova realidade se dê nos diversos setores da relação povo-Estado.

É possível dizer que a nova ordem constitucional que foi implantada no Brasil, e ainda em vigor, inovou significativamente o posicionamento do Estado com relação ao povo, voltando-se para o âmbito democrático e social. Essa nova Carta Política, sendo aquela de maior hierarquia, busca a efetivação da cidadania de todos, de modo que o restante do conjunto normativo deve ser compatível aos seus comandos. Assim, pressupõe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seja a base principal da ordem jurídica, e, como ela é firmada em preceitos voltados à materialização da cidadania, as demais normas nela se amparam para tal realização.

Tavares (2012) remete ao art. 1º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que institui a cidadania como um dos fundamentos do Estado, e, ao art. 205, para dar uma dimensão sobre o que isso significa. De acordo com os termos do art. 205, da referida norma, a educação é direito de todos e dever “do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 2017, *online*). Isso significa que crianças e adolescentes têm o direito à educação a fim de que possam ter condições de pleno desenvolvimento a ponto de conseguir exercer sua cidadania, e, qualificação para a vida profissional. Não obstante, o autor acrescenta:

Frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988 coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos e, acrescente-se, ao movimento da máxima efetividade dos referidos direitos. Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a vedação absoluta no ser considerado estar o indivíduo a serviço do Estado, ou o indivíduo como instrumento do Estado. Aqui, o conceito se justapõe à tutela derivada da própria dignidade da pessoa humana [...]. A partir da HANNA ARENDT ficou também consagrada a ideia de que a cidadania é o direito a ter direitos, é, pois, a representação da pertença de um indivíduo a uma determinada ordem jurídica qualificada (no sentido de humanizada) que lhe garante a posição de sujeito de direitos.

Em consonância a essa citação, a cidadania significa o direito de ter direitos. Esse é o núcleo de tal preceito acolhido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e seguido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, destaca-se, que o direito de ter direitos exige que isso se dê em efetividade máxima, bem como, altera-se a relação entre Estado e indivíduo,

que antes era este a serviço daquele, e com as novas perspectivas passou a ser o contrário. Além disso, vem à cidadania se aliar ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde o Direito se humaniza e assegura direitos a todos.

Nesse aspecto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, inserida na ordem jurídica brasileira por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, em seu Preâmbulo denota à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, nos quais se reconhece que “que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza”, como é o caso da idade ou qualquer outra condição (BRASIL, 2017, *online*). Logo, tem-se que os direitos atribuídos pela ordem jurídica não podem ser restritos a essa ou aquela pessoa, mas a todos, sendo esse o posicionamento dos tratados internacionais nos quais o Brasil faz parte.

Quando se fala em ‘todos’, tem que se considerar que há pessoas com as mais variadas características e aspectos que podem ser colocadas em categorias. Por exemplo, há homens e mulheres, crianças, adolescentes, adultos e idosos, pessoas com deficiência e outras sem, e assim por diante. Logo, ainda que todos sejam destinatários dos mesmos direitos, cada grupo desses possui condições diferentes de exercício. Ou seja, pessoas com deficiência não têm as mesmas condições de usufruir seus direitos da mesma forma que aquelas que não têm nenhuma deficiência, assim como, crianças e adolescentes não têm as mesmas condições que os adultos, muitas vezes, não só pelo próprio estado de pessoa em desenvolvimento, mas até por incapacidade legal para tanto.

Diante disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, especificamente, sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, modificando de maneira radical o posicionamento jurídico brasileiro a respeito do assunto. Nesse sentido, destacam-se os seguintes termos desse documento:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

[...] (BRASIL, 2017, *online*).

Percebe-se que o caput do art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece uma série de direitos voltados às crianças e aos adolescentes, isso em absoluta prioridade. De tal modo, é possível dizer que passou a ser reconhecido que esses sujeitos possuem sim seus direitos, e mais que isso, que todos, Estado, família e sociedade, devem proporcionar, prioritariamente, o exercício dos mesmos. Além disso, a Carta Política em vigor no Estado brasileiro determina a devida proteção que as crianças e os adolescentes carecem, inclusive, quanto ao abuso, à violência e à exploração sexual, com severa punição de quem viola esse comando.

De acordo com Nascimento (2004) os fundamentos da proteção especial que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destina às crianças e aos adolescentes são de ordem fisiológica, cultural e moral. O fundamento de ordem fisiológica seria aquele que reconhece a necessidade de proteção quanto ao desenvolvimento físico normal, “sem os inconvenientes das atividades insalubres, perigosas, penosas e noturnas” (NASCIMENTO, 2004, p.19), bem como, a todo fator que possa causar prejuízos ao desenvolvimento físico. A ordem cultural se refere à garantia de instrução adequada, abrangendo a educação. O fundamento moral se justifica na busca de afastar seus tutelados de ambientes imorais que possam interferir na sua formação, de modo a proporcionar condições de um desenvolvimento moral condizente com a vida em sociedade. No que tange ao fundamento da segurança, diferentemente da ordem anterior, é no sentido de assegurar segurança às crianças e aos adolescentes, o que inclui os riscos de acidente de trabalho, por exemplo, já que são pessoas que na maioria dos casos não possuem condições de defesa própria.

Sobre as disposições do caput do art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Nucci (2014) entende ter sido eleita a Doutrina da Proteção Integral das crianças e dos adolescentes, e explica sobre isso da seguinte forma:

A proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrear ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada

na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentado e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária. (NUCCI, 2014, p. 16).

Conforme leciona o autor supracitado, a Doutrina da Proteção Integral representa uma ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana, instituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 1º, III. A concepção dessa doutrina enseja que não exista qualquer obstáculo que possa impedir ou dificultar que as crianças e os adolescentes possam usufruir seus direitos, de forma que se configura numa hiperdignificação da vida desses sujeitos. Além disso, tem-se que a Doutrina da Proteção Integral ultrapassa a previsão de direitos de forma abstrata, exigindo que as medidas necessárias sejam tomadas para a materialização desses direitos, ou seja, que se consolidem na vida das crianças e dos adolescentes.

No mesmo sentido, Tavares (2012, p. 596) afirma que a Doutrina da Proteção Integral “insere-se no contexto da dignidade da pessoa humana o reconhecimento da especial qualidade das pessoas em desenvolvimento, vale dizer, das crianças e dos adolescentes”. Isso significa que se reconhece que a criança e o adolescente ainda se encontram em formação, em desenvolvimento, o que reflete numa qualidade especial que exige uma proteção maior do que às outras pessoas. O mesmo autor ainda remete à Declaração de Genebra, de 1924 e à Declaração Universal dos Direitos da Criança, da ONU, de 1959, como documentos internacionais que já dispunham sobre a proteção especial a ser dedicada às crianças e aos adolescentes.

Ishida (2010, p. 02), por seu turno, informa que a implantação da Doutrina da Proteção Integral, implantada pelo *caput* do art. 227, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente”. Para esse autor, trata-se de uma alteração de modelos ou forma de atuação, a partir da ideia de ‘prioridade absoluta’, bem como de impor isso como responsabilidade da família, do Estado e da sociedade.

Não obstante, Almeida e Almeida (2010, p. 14) observam:

A conjuntura político-social vivida nos anos 80 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da

pressão de organismos sociais nacionais e internacionais levaram o legislador constituinte a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita co-gestão e coresponsabilidade. Apesar do artigo 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral. A nova lei, como não poderia deixar de ser *ab initio* estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É lícito afirmar que a Doutrina da Proteção Integral implantada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em consonância à ordem internacional dos Direitos Humanos, é resultado do contexto inerente à realidade daquele período, quando da noção de situação irregular do Código de Menores. A Doutrina da Proteção Integral assegura direitos específicos das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade, e, de responsabilidade e gestão da família, do Estado e da sociedade. Ademais, tal preceito constitucional veio a ser regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, voltando-se a estabelecer disposições inerentes a essa proteção especial de seus tutelados, a fim de respeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento desses sujeitos e materializar o ideal apregoado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo assim, a pesquisa segue sua linha de raciocínio tratando na sua segunda parte sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com vistas à proteção a ser dirigida aos seus tutelados e o direito à convivência familiar.

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A PROTEÇÃO DOS MENORES DE DEZOITO ANOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Como visto na primeira parte desta pesquisa, a Constituição Federal, de 1988, inovou significativamente acerca da proteção dirigida às crianças e aos

adolescentes no Estado Brasileiro. Sendo a referida norma a de maior hierarquia e de observância obrigatória pelas demais, como lecionam Mendes e Branco (2012), houve a necessidade da criação de uma norma infraconstitucional capaz de regulamentar os comandos constitucionais quanto ao assunto. Dessa forma, esta parte do presente artigo científico busca esclarecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com vistas à proteção a ser dirigida aos seus tutelados e o direito à convivência familiar.

O Direito ocupa um papel imprescindível para a sociedade, pois busca assegurar a ordem social de modo a estabelecer regras de convivência (BASTOS, 2004). Trata-se de um instrumento pelo qual o Estado impõe limites às condutas, estabelece deveres e obrigações, e, prevê direitos aos seus membros. Ademais, Bonavides (2000, p. 47) assevera que “quem elucidar o direito como norma elucidará o Estado. A força coercitiva deste nada mais significa que o grau de eficácia da regra de direito, ou seja, da norma jurídica”. Logo, esclarecendo como o Direito trata certa questão, fica evidenciado como o Estado entende e aplica seu poder sobre a mesma.

Nesse cenário, avultam-se as considerações de Riezo (2000, p. 33) sobre as inovações introduzidas pelo ECA, que teve por foco a regulamentação dos preceitos constitucionais acerca desses sujeitos:

Outra mudança, digna de louvor, foi a doutrina perfilhada pelo ECA, substituindo a “Proteção ao Menor em Situação Irregular” pela “Proteção Integral”, espelhada em seus arts. 1º e 3º, encampando, desta forma, a Declaração Universal sobre os Direitos da Criança (1959) e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - ONU (1989), passando a criança e o adolescente, a partir de então, a merecer especial atenção, no que tange, por exemplo, ao instituto da guarda, e não apenas em casos de abandono ou cometimento de conduta anti-social, mas sempre que necessitá-la.

A citação supra demonstra que a perspectiva do Estado brasileiro sobre as crianças e adolescentes, seguindo a tendência dos tratados internacionais correlatos, mudou significativamente com a regulamentação da Doutrina da Proteção Integral por meio do ECA. Até o advento desse Estatuto vigorava um posicionamento jurídico que só se manifestava em casos de abandono ou cometimento de conduta antissocial do menor de dezoito anos. A nova ordem trouxe uma ideia oposta a essa: crianças e adolescentes são dignos de especial atenção de todos, família, Estado e sociedade, à luz da Doutrina da Proteção Integral.

Considerando que o ECA regulamenta os comandos constitucionais acerca das crianças e dos adolescentes, destacam-se as seguintes colocações:

O termo "estatuto" foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional. (AMIN, 2010, p. 09, *apud* BARROS, 2015, p. 25).

Por certo, o ECA apresenta um conjunto de disposições voltado para a concretização do exercício de direitos fundamentais pelas crianças e pelos adolescentes. Tanto que o autor supracitado fala na existência de um microsistema específico para a real tutela dos sujeitos destinatários de sua proteção, contendo regras de direito material, processual, administrativo, princípios, política legislativa, enfim, os instrumentos normativos necessários para o fiel cumprimento da Doutrina da Proteção Integral instaurada constitucionalmente.

Com efeito, a previsão de direitos voltados para as crianças e os adolescentes no âmbito constitucional não significa que os mesmos possam ter aplicação imediata sem que exista uma regulamentação específica no plano infraconstitucional. Dessa forma, o ECA dispõe sobre matérias que buscam viabilizar as condições favoráveis para garantir a proteção dos sujeitos tutelados por ele, as crianças e os adolescentes.

Não obstante, destacam-se termos dos arts. 226, *caput*, e, 227, *caput* e § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, e em vigor no Estado brasileiro. De acordo com tais dispositivos constitucionais entende-se que o Estado brasileiro reconhece a necessidade de proteção das suas crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, bem como, destina especial proteção à família. Não obstante, essa proteção é dever tanto da família, como do Estado e da sociedade, e envolve a garantia de exercício de direitos como à dignidade, à vida e à convivência familiar e comunitária às crianças e aos adolescentes. Além disso, a Constituição da República, de 1988, estabelece que

deve haver severa punição aos casos de o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.

Segundo Silva (2013, p. 860) “a família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança, do adolescente”, de modo que ainda “postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança, do adolescente e do jovem”. Ou seja, ainda que a Constituição de 1988 se disponha a oferecer proteção especial às famílias, estas também possuem deveres essenciais, dentre os quais se ressalta a proteção das crianças e dos adolescentes, com possibilidade de severa punição aos casos de abuso, violência e exploração sexual.

Não obstante, cumpre salientar as considerações de Garcez (2011, p. 77) sobre a proteção integral às crianças e aos adolescentes atribuída e regulamentada pelo Estatuto:

A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, enraizada no atual Estatuto, dispõe que os menores em geral deverão ser tutelados e assistidos, com prioridade, no tocante aos seus direitos fundamentais. O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente guarda ligação essencial com o artigo 1º da mesma lei, pois, assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana aos menores, confirma-lhes a tutela legal devida e os coloca como sujeitos ativos, credores da prestação integral que lhes é devida. Mais claro ainda é o art. 4º, caput, quando observa que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e o Poder Público assegurar... . [...] Se, de um lado, o preceito escolhe a família, a comunidade e a sociedade em geral e o Poder Público para sujeitos passivos, todos devedores da prestação de proteção integral, de outro lado, coloca definitivamente a criança, o adolescente e o menor de vinte e um anos de idade como sujeitos ativos, credores daquela prestação.

Em observância a essas colocações, é possível dizer que o ECA, reconhecendo a vulnerabilidade dos sujeitos por ele tutelados, atribui à família, à comunidade e à sociedade em geral e ao Poder Público o dever de assegurar-lhes, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da pessoa humana. Ou seja, a norma estabelece os deveres do polo dessa relação que possui capacidade para promover os direitos das crianças e dos adolescentes como determina a Doutrina da Proteção Integral, apregoada constitucionalmente.

O caput do art. 7º, do ECA preceitua que “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais

públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 2017, *online*). Com efeito, percebe-se que a legislação infraconstitucional que disciplina os direitos das crianças e dos adolescentes objetiva a proteção desses sujeitos de modo a permitir que o nascimento e desenvolvimento desses sejam de forma sadia e harmoniosa, em condições revestidas de dignidade. Além disso, o ECA reconhece, em seu art. 6º, “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (BRASIL, 2017, *online*).

Desse modo, tem-se que as prestações destinadas às crianças e aos adolescentes envolvem não apenas a proteção que esses sujeitos carecem, mas também, a efetivação de seus direitos. Contudo, ressalta-se que embora a Doutrina da Proteção Integral estabelecer todos, família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público, como devedores das prestações correlatas, é na família onde as crianças e os adolescentes estão mais próximos, e, por isso, ela se revela como principal responsável nessa tarefa. Tanto o é, que a Constituição Federal, em seu art. 227, e o ECA, arts. 4º, 19 e ss., estabelecem o direito à convivência familiar a esses sujeitos.

Cabe Destacar que o art. 19, do ECA, dispõe sobre o direito à convivência familiar, e, também comunitária. Tal direito é preceituado nos seguintes termos do Estatuto: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 2017, *online*). Isso significa que não basta estar a criança ou o adolescente no âmbito do seio familiar, pois, a norma exige que essa convivência, assim como a convivência comunitária, se caracteriza pelo ambiente que possa assegurar o pleno desenvolvimento desses sujeitos.

Segundo Barros (2015, p. 44), “O direito à família é, pois, um direito natural, inato à própria existência humana”. Para essa autora, a perspectiva lançada sobre o direito à convivência familiar advém da própria natureza humana, se consubstanciando num direito natural de todas as crianças e adolescentes. Ademais, a autora esclarece sobre as disposições do art. 19, do ECA, de forma que se destaca o seguinte trecho de suas lições:

O critério fundamental para verificação dessa questão é o do melhor interesse da criança ou do adolescente, ou seja, deve-se analisar no caso concreto qual família, a natural ou a substituta, tem condições de proporcionar o ambiente mais adequado para o desenvolvimento sadio e completo da criança ou adolescente. A prioridade legal é da família natural, pois a criança tem oportunidade de conviver com seus genitores, irmãos e avós. Por isso, antes de se optar por uma família substituta, é preciso esgotar as possibilidades de manutenção da criança em sua família natural. Daí se falar na prática forense na necessidade de trabalhar a família, através de apoio psicológico, médico e profissional aos familiares naturais da criança ou do adolescente. (BARROS, 2015, p. 46).

O que se percebe na citação em análise é que o direito à convivência familiar, assegurado às crianças e aos adolescentes, tem por premissa garantir o meio ambiente adequado para o pleno desenvolvimento desses sujeitos, isso em observância ao melhor interesse do menor. Assim, a lei entende que o melhor ambiente para as crianças e os adolescentes é no seio da família natural, pois nela se encontram os laços afetivos que partem do fato de que todo indivíduo nasce, cresce e se desenvolve junto à família, que por sua vez lhe presta assistência e os cuidados necessários nessa fase de desenvolvimento. Por conta disso, o legislador pressupõe que a primeira opção a família natural será, em primeiro plano, a que terá maiores condições de satisfazer o melhor interesse das pessoas protegidas pelo ECA, inclusive, de modo que, quando necessário, deve o Judiciário intervir nesse âmbito em apoio à família.

Considerando, então, que a família, natural ou substituta, é a prioridade, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, pressupõe-se que nela os mesmos serão protegidos, bem como, seus direitos assegurados. Nesse escopo, o final do *caput* do art. 227, da Constituição Federal de 1988, preceitua que os menores devem estar a “salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 2017, *online*). Logo, é possível dizer que a criança e o adolescente estarão resguardados de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, isso, com a proteção da família que deve ser direcionada a esses sujeitos.

Em consonância aos comandos constitucionais já referidos, em especial o final do *caput* do art. 227, e seu § 4º, o art. 5º, do ECA, instituído por meio da Lei nº 8.069, de 1990, dispõe que:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 2017, *online*).

O dispositivo legal em comento demonstra que a norma protetiva e regulamentadora dos direitos das crianças e dos adolescentes prevê que os atos de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra seus tutelados deverá ser punido conforme a lei, seja pela ação ou pela omissão do respectivo agente. O teor desses comandos legais, ressalta-se, não difere a pessoa do agente quanto a isso, abrangendo tanto as pessoas que compõem o grupo familiar como as que não são membros da família da criança e do adolescente.

Acontece que muitas vezes é dentro do próprio ambiente familiar que a criança e o adolescente sofrem abusos e violências. Embora seja na família em que esses vulneráveis, em condição peculiar de desenvolvimento, supostamente deveriam receber ampla proteção, não são raros os casos que isso ocorre de forma oposta, em prejuízo dos direitos fundamentais assegurados a tais vítimas.

Dessa forma, a próxima parte desta pesquisa se volta para compreensão do posicionamento jurídico brasileiro quanto à possibilidade de ocorrência do abuso sexual de crianças e adolescentes no seio do âmbito familiar. Para tanto, serão verificadas as disposições correlatas ao tema no ECA, como também no Código Penal brasileiro.

3. O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CORRELATO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, QUE ATENDE NO DISPOSTO NO ART. 227, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988

Esta terceira e última parte da pesquisa tem como objeto de estudo o abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes: correlato no Código Penal brasileiro, que atende no disposto no art. 227, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Trata-se, também, das perspectivas, presentes no referido dispositivo constitucional, sobre a repressão e combate à todas as formas de violência contra as crianças e aos adolescentes.

Prevê o § 4º, do art. 227, da Constituição Federal de 1988, que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do

adolescente” (BRASIL, 2017, *online*). Tal comando constitucional demonstra a preocupação da proteção a ser direcionada às crianças e aos adolescentes contra a violência, inclusive, quando esta se manifesta por meio de abusos e exploração sexual. Ademais, tem-se que o dispositivo constitucional em análise dá ordem para que o legislador infraconstitucional estipule punições severas em face ao seu descumprimento.

De acordo com Tavares (2012), a diferenciação na proteção das crianças e dos adolescentes nesse aspecto se deve ao fato desses sujeitos se encontrarem em uma situação de vulnerabilidade, com base no fato de que se encontram em desenvolvimento físico e psíquico. Além disso, o mesmo autor discorre:

Pretende-se assegurar a essa categoria de pessoas todos os direitos que são assegurados aos adultos, tais como a vida, a igualdade, a privacidade, e outros, mas com especial atenção o que revela que a expressão designa um conjunto de direitos “comuns” que devem ser encarados por uma perspectiva nova ou diferenciada, porque só assim se atenderá à dignidade da pessoa humana em desenvolvimento. Se houvesse a inserção dos menores no mesmo nível de tratamento dispensado às demais pessoas, haveria um completo desrespeito à sua natureza peculiar e ao princípio da dignidade da pessoa humana, que obriga a considerar as peculiaridades próprias da natureza do ser humano em desenvolvimento (do menor). É por esse motivo que a Constituição fala de um “direito a proteção especial” (art. 227, § 3º), “legislação tutelar específica” (art. 227, § 3º, IV), e deixa certa, em inúmeras passagens, a preocupação em diferenciar a tutela dos menores da tutela em geral, quanto aos direitos a todos assegurados.

Considerando que a noção de dignidade da pessoa humana esteja vinculada a todos os indivíduos, crianças e adolescentes também participam dessa prerrogativa. Para tanto, necessário se faz compreender as peculiaridades desses sujeitos, de modo que seja possível assegurar a eles os mesmos direitos dos adultos, e mesmas condições de exercício desses direitos. Assim sendo, o nível de tratamento, e proteção a ser destinado às crianças e aos adolescentes, diante da intrínseca situação peculiar de desenvolvimento e vulnerabilidade, deve ser mais incisivo, com punibilidades a violações de seus direitos mais severas, bem como, exige-se que medidas preventivas sejam implantadas.

Esse entendimento corrobora com o disposto no art. 4º, do ECA, de que “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos” correlatos e também de sua dignidade (BRASIL, 2017, *online*). E, por certo, a coibição da violência,

inclusive a que se expressa por meio do abuso sexual intrafamiliar, é também de absoluta prioridade e de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado.

Todavia, a análise das disposições constantes no ECA, acerca da possibilidade abuso sexual de seus tutelados, demonstra que sua regulamentação é bastante limitada. Fala-se, por exemplo, em “medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual”, no § 2º, do art. 101; em “medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum”, quando o abuso é realizado pelos pais ou responsável, no art. 130; e também, em crimes voltados para a pornografia infantil ou para o sexo explícito envolvendo menores, sua difusão, e outras condutas relacionadas no art. 240 e ss., do ECA.

Além disso, ressalta-se o § 2º, do art. 101, do ECA, que trata das medidas de proteção quando dos casos de abuso sexual intrafamiliar:

Art. 101 [...]

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.
[...] (BRASIL, 2017, *online*).

Os termos que compõem as disposições do ECA em exame demonstram que o entendimento do legislador infraconstitucional é que quando há a possibilidade da criança ou do adolescente estar sofrendo abuso sexual intrafamiliar, de início, devem ser aplicadas as medidas emergenciais, tais como: “orientação, apoio e acompanhamento temporários” (art. 101, II, do ECA); “inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente” (art. 101, IV, do ECA); “requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial” (art. 101, V, do ECA); “acolhimento institucional” (art. 101, VII, do ECA); “colocação em família substituta” (art. 101, V, do ECA), entre outros.

Não obstante, ressalta-se que o art. 100, do ECA, apresenta uma série de princípios que devem ser atendidos na aplicação das medidas de proteção emergências apontadas, dentre as quais se avulta o princípio disposto no inciso X, desse dispositivo: o princípio da prevalência da família. De acordo com o próprio

ECA, esse princípio determina que “na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa”, ou, se for o caso, “que promovam a sua integração em família substituta” (BRASIL, 2017, *online*). Ou seja, há o entendimento de que o direito à convivência familiar deve ser preservado, ainda que no seio de uma família substituta.

Barros (2015, p. 197), por seu turno, esclarece que “a medida de proteção é aplicável a criança ou adolescente, sempre que verificada hipótese de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos”. Desse modo, pode-se dizer que as medidas emergenciais, que podem ser aplicadas quando de casos que envolvem abuso sexual de crianças e adolescentes no âmbito familiar, possuem o intuito de assegurar a proteção desses sujeitos mesmo diante da mera hipótese de que isso esteja acontecendo.

Dessa forma, e ainda considerando as disposições do § 2º, do art. 101, do ECA, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, para os casos de abuso sexual intrafamiliar, somente pode ocorrer por ato de competência exclusiva da autoridade judiciária. Isso, após a devida deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, que inicie o devido procedimento judicial.

Nesse procedimento, observa-se, deve assegurar à família ou responsáveis pelo menor que configure como vítima do abuso sexual intrafamiliar, contencioso, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Por conseguinte, é possível depreender que o legislador foi, nesse caso, cauteloso, na medida em que não se pode haver uma repressão, inclusive que venha a prejudicar direitos das crianças e dos adolescentes, como o da convivência familiar, sem que ocorra o devido processo legal para tanto, isso com todas as garantias e direitos que são intrínsecos a qualquer demanda judicial.

Não obstante, Nucci (2014, p. 138) observa que:

se ele é vítima de abuso sexual em sua família natural, nesse lugar não pode permanecer em hipótese alguma. Com ou sem o seu consentimento, será retirado do convívio com o algoz e colocado, ao menos, em abrigo. Entretanto, sabe-se não ser o abrigamento a mais adequada forma de criação, educação e desenvolvimento geral do menor; ele necessita de uma família substituta, ainda que não tenha maturidade suficiente para enxergar isso.

Os casos que envolvem o abuso sexual de crianças e adolescentes no âmbito familiar são bastante complexos, inclusive, devido ao fato de que esses sujeitos nem sempre conseguem compreender a gravidade dos fatos, visto a sua condição peculiar de desenvolvimento e incompletude da maturidade. Segundo as colocações de Nucci (2014) em exame, independente de haver ou não o entendimento do menor, vítima de abuso sexual intrafamiliar, é imprescindível o afastamento do mesmo do convívio com o agressor, seja com a colocação em família substituta, o que para o autor é preferível, seja com a sua colocação em um abrigo.

Nesse contexto, cumpre apresentar as considerações de Nucci (2014, p. 370) de que quando

há a exploração sexual, enfim, a preservação dos vínculos ou a reintegração familiar tem limites; tais balizas concentram-se na segurança e boa criação dos infantes e jovens. Ser pai ou mãe biológico não confere a ninguém, de qualquer classe social, o direito de abandonar os filhos, maltratá-los, explorá-los, machucá-los, transformando a sua vida num eternizado sofrimento. Portanto, há casos em que a própria visita dos pais é vedada pela autoridade judiciária e o menor fica preservado, seja em família acolhedora, seja no abrigo.

Com efeito, em detrimento do direito à convivência familiar, é possível, juridicamente, que o agressor sexual, membro da família do menor vítima de abusos, seja impedido, até mesmo, de visita-lo, seja em abrigo ou família substituta, enfatizando a necessidade de proteção dessa vítima. Destarte, o fato de haver vínculos biológicos de pai ou mãe não confere direito algum ao cometimento de abuso, inclusive sexual. Na verdade, seriam os genitores os primeiros a protegerem seus filhos desse tipo de ameaça, porém, há casos em que os filhos devem ser protegidos dos próprios pais.

É preciso considerar, que para os casos de abuso intrafamiliar de menores, independentemente da medida que se aplique, a vítima terá prejuízos além da própria agressão. Isso porque, o afastamento da família natural, sobretudo com relação ao agressor, é extremamente importante para que os fatos não voltem a se repetir, entre outras situações, como a cobrança e não aceitação pelos demais membros da família e, até da sociedade. Por certo, o menor que sofre abuso sexual, intrafamiliar ou não, deve ser visto como uma vítima, cabendo a todos, família, sociedade e Estado, buscar a reparação do mal sofrido de todas as formas

possíveis, visando proporcionar condições para que as sequelas desse fato não sejam ainda maiores.

Não se esquecendo que o § 4º, do art. 227, da Constituição Federal de 1988, determina que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (BRASIL, 2017, *online*), o Direito Penal atual tem buscado assegurar a efetividade desse comando fundamental. Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, em seu art. 217-A, estabelece como crime o estupro de vulnerável, sendo este caracterizado pela realização da conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”, com pena cominada de “reclusão, de oito a quinze anos” (BRASIL, 2017, *online*). Além disso, Greco (2015) aduz que o estupro de vulnerável é classificado como crime hediondo, nos termos da Lei nº 8.072 de 1990. Observa-se, então, que o crime de estupro de vulnerável não se trata apenas da conjunção carnal, mas também outros meios de abuso sexual cometidos contra menores de quatorze anos de ambos os sexos.

Ressalta-se que o estupro de vulnerável, conforme os §§ 3º e 4º, do art. 217-A, do Código Penal brasileiro, apresentam formas qualificadas desse crime, com penas ainda mais severas. É o caso da possibilidade da conduta resultar em lesão corporal de natureza grave, com pena de “reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos”, e, quando da conduta resulta a morte da vítima, com pena de “reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos” (BRASIL, 2017, *online*).

Conforme elucida Gonçalves (2016), quando o ato sexual for realizado com menor acima de quatorze anos, não há de se falar em estupro de vulnerável, considerando que nesse crime a violência se presume pelo fator biológico da idade. Por outro lado, Greco (2015) entende que no caso do estupro de vulnerável o tipo penal não engloba a ideia de violência presumida, pois, para ele, trata-se, simplesmente, de proibição da realização de quais atos sexuais praticados com menores de quatorze anos.

Assim, os atos sexuais praticados com menores com idade a partir de quatorze anos, caso tenham sido realizados com o seu consentimento, é fato atípico. Contudo, se não houve consentimento, o crime que se enquadra nessa hipótese é o previsto no art. 213, § 1º, do Código Penal brasileiro, isto é, qualifica-se a conduta como estupro, nos mesmos moldes de quando se trata de uma pessoa adulta que tenha sofrido lesão corporal grave devido ao estupro.

Além disso, de acordo com Código Penal brasileiro, também é crime “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem” (art. 218, do Código Penal); “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem” (art. 218-A, do Código Penal); e “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos” (art. 218-B, do Código Penal).

Ressaltam-se, ainda, as seguintes disposições do estatuto penal em vigor no Estado brasileiro relacionadas aos crimes expostos:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – **de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;** (BRASIL, 2017, *online*) (grifo nosso).

Verifica-se que o legislador infraconstitucional entendeu, por maior proteção às crianças e aos adolescentes, que os crimes que envolvem abuso sexual de menores, quando no seio do âmbito familiar, as penas devem ser mais severas, do que em outras situações. Greco (2015, p. 592), por seu turno, leciona sobre tal previsão legal que “a relação de parentesco ou de autoridade tem o condão de fazer com que a pena seja especialmente aumentada, levando-se a efeito, assim, maior juízo de reprovação sobre as pessoas elencadas pelo inciso II do art. 226”, do Código Penal brasileiro.

Destarte, se o legislador infraconstitucional entende que a prática de atos sexuais com menores de quatorze anos é crime, com respectiva previsão de repressão severa quando praticado por qualquer pessoa, mais drástica ainda deve ser a pena aplicada aos que, devido ao vínculo de parentesco ou posição de responsabilidade, deveriam proteger essas vítimas, e não eles mesmos praticarem o abuso.

No que se refere ao art. 213, § 1º, do Código Penal brasileiro, já mencionado, cumpre salientar que o entendimento desta pesquisa é de que, na falta do consentimento do menor acima dos quatorze anos de idade, para a prática de atos sexuais, a punição é semelhante aos casos de estupro de uma pessoa adulta,

com lesão corporal de natureza grave como resultado da conduta. Nesses casos, a pena prevista é a de “reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos” (BRASIL, 2017, *online*).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, norma de maior supremacia na ordem jurídica brasileira, não distingue a idade do menor para a punição severa que se determina, art. 227, § 4º, quanto ao abuso sexual de crianças e adolescentes. De fato, ainda que a vítima desse crime seja maior de quatorze anos, à luz da doutrina da proteção integral, cuida-se de uma pessoa vulnerável, em situação peculiar em desenvolvimento, a qual deve ser protegida com mais veemência do que as pessoas adultas, independentemente de ter mais ou menos de quatorze anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se na realização desta pesquisa que durante a maior parte da história jurídica brasileira, crianças e adolescentes sequer eram considerados como sujeitos de direitos. Isso porque, foi somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, que esse grupo de indivíduos teve reconhecidos seus direitos, com absoluta prioridade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Não só isso, mas a nova Carta constitucional também implantou a doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes.

Acerca da doutrina da proteção integral, constatou-se que essa apregoa que crianças e adolescentes, devido à condição de vulnerabilidade inerente à situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, carece de proteção não apenas da família, mas também por parte da sociedade e do Estado. De fato, tratam-se de pessoas que ainda se encontram em formação, nos mais diversos aspectos, e, como tal, devem ser protegidas e terem seus direitos assegurados com absoluta prioridade, em prol da formação da sociedade futura. Assim, em 13 de julho de 1990, surgiu a Lei nº 8.069, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a regulamentar a doutrina da proteção integral.

Dentre os direitos fundamentais assegurados às crianças e aos adolescentes, no art. 227, da Constituição Federal de 1988, encontra-se o direito à

convivência familiar. Segundo as perspectivas desse direito, o ambiente familiar, cercado de amor e cooperação, é o meio mais adequado para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, considerando o melhor interesse desses. O direito à convivência familiar é disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de modo a estabelecer comandos que busquem a sua concretização.

No entanto, ainda que o seio familiar seja considerado o meio mais propício para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, há situações em que membros da própria família violam seus direitos, a partir de abusos e violências de toda ordem. Dentre as formas de violência que podem ocorrer no âmbito familiar contra crianças e adolescentes está o abuso sexual, o qual esta pesquisa manteve como foco.

A realização desta pesquisa permitiu vislumbrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 4º, reconhecendo a vulnerabilidade dos menores de dezoito anos, com base na doutrina da proteção integral, determinou que a legislação infraconstitucional viesse a punir severamente os abusos e violências praticados contra as crianças e os adolescentes, inclusive, na esfera sexual.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a possibilidade de abuso sexual intrafamiliar contra seus tutelados, apresenta medidas protetivas que podem ser aplicadas de forma emergencial. Contudo, tem-se na Lei que o direito à convivência familiar não pode ser abstraído sem fundamentação que o justifique. Logo, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, para os casos de abuso sexual intrafamiliar, somente pode ocorrer por ato de competência exclusiva da autoridade judiciária, observando os critérios do devido processo legal.

Não obstante, averiguou-se que a punição severa, determinada pela Constituição Federal de 1988, para quem pratique abuso sexual contra criança e adolescente, é estabelecida pelo Código Penal brasileiro. Assim, o art. 217-A, da norma penal, prevê como crime o estupro de vulnerável, compreendendo como tipo a conjunção carnal e o ato libidinoso cometido contra esses sujeitos que sejam menores de quatorze anos, com pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, na sua forma simples. De quatorze a dezoito anos de idade do menor, quando o ato sexual é cometido sem o consentimento do mesmo, configura-se o crime de estupro, previsto no art. 213, § 1º, com pena de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. No

entanto, quando o abuso sexual contra crianças e adolescentes ocorra no âmbito familiar, dispõe o art. 226, do Código Penal brasileiro, que a pena deve ser aumentada de sua metade.

Diante disso, é lícito dizer que o posicionamento jurídico que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que disciplina a doutrina da proteção integral de seus tutelados no Estado brasileiro, a respeito dos casos em que há abuso sexual de crianças e adolescentes no seio familiar, é o de que essas vítimas devem ser protegidas, com absoluta prioridade, inclusive, quando os agressores tiverem vínculos de parentesco com as vítimas.

O referido Estatuto apresenta medidas que devem ser aplicadas de forma emergencial, prezando pelo melhor interesse do menor e pelo devido processo legal, antes de acarretar em maiores prejuízos ao direito à convivência familiar. Além disso, a punição que a Constituição Federal de 1988 impõe ao agressor sexual de menores de dezoito anos é regulamentada pelo Código Penal, determinando-a ainda mais severa quando os abusos são cometidos no âmbito intrafamiliar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8069/90**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed., rev., ampl. e atual. GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 20 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.513, de 1º de Dezembro de 1964.** Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 20 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 de maio de 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política.** 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARCEZ, Sergio Matheus. **O Novo Direito da Criança e do Adolescente.** 2. ed. Campinas: Alínea, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. 12ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Doutrina e Jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **A educação e o Trabalho do Adolescente.** Curitiba: Juruá, 2004.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. Avaliando 18 anos de Vigência de uma Lei de Promoção e Proteção de Direitos Humanos Geracionais da Infância e Juventude, no Brasil. Tendências e Desafios. In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. **Cadernos de Direitos da Criança e do Adolescente** - 4. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Em Busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

QUEIROZ, José J. **O Mundo do Menor Infrator**. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1987.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Socioeducativas**. 2ª ed. rev. e atual. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

RIEZO, Barbosa. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.