

O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DIANTE DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF THE CHILD AND ADOLESCENT FAMILY ASSOCIATION BEFORE THE INTRAFAMILIA SEXUAL ABUSE

Maria Aparecida Alkimin¹

Resumo

O presente estudo aborda uma das mais graves violações a direitos humanos da criança e do adolescente que é a violência sexual intrafamiliar. O abuso sexual é uma espécie do gênero violência sexual que compromete o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e seu bem-estar. É um tipo de violência que, muitas vezes, não é visível, padecendo a vítima (criança e adolescente) de um sofrimento intenso e silencioso, que compromete o equilíbrio do seu desenvolvimento físico, psíquico, moral, social e espiritual. Além disso, o abuso sexual abala a estrutura familiar e põe em risco o exercício do direito fundamental à convivência no seio da família natural. Nesse sentido, o assunto merece uma abordagem à luz da preservação do direito fundamental à integridade física e psíquica da criança e do adolescente, bem como à luz do direito fundamental à convivência familiar.

Palavras-chave: Criança. Abuso sexual. Família. Direito Fundamental

Abstract

This study addresses one of the most serious violations of human rights of children and adolescents that is sexual violence within the family. Sexual abuse is one of the genus that sexual violence affects the personality development of children and adolescents and their welfare. It is a type of violence that often is not visible, suffering victims (children and adolescents) of intense suffering and silent, which affects the balance of your physical, mental, moral, social and spiritual. Furthermore, sexual abuse undermines the family structure and jeopardizes the exercise of the fundamental right to living within the natural family. In this sense, the issue deserves a light approach to the preservation of the fundamental right to physical and mental integrity of children and adolescents, as well as the light of the fundamental right to family life.

Keywords: Child. Sexual abuse. Family. Fundamental right

¹ Pós-Doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IUS Gentium Conimbrigae; Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro do Grupo de Pesquisa do Observatório de Violências nas Escolas (UNISAL/UNESCO); Professora Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal –Lorena; Professora da Graduação em Direito do Centro Unisal-Lorena/SP.

Introdução

A temática apresentada no presente artigo científico é de grande relevância social e jurídica, pois envolve uma das piores violações a direitos infanto-juvenis, ou seja, a violência sexual intrafamiliar, em especial, o abuso sexual contra criança e adolescente.

O abuso sexual fere a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima, atinge a sua integridade física e psíquica, sendo certo que interfere, maleficamente, no bem-estar e no desenvolvimento sadio e equilibrado da criança e do adolescente, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico, moral, social, intelectual e espiritual.

As crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais singulares consagrados pela ordem jurídica internacional e nacional, cujos direitos impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de proteção integral e de acordo com o melhor e superior interesse da criança e do adolescente, razão pela qual, a prática do abuso sexual no seio da família impõe a intervenção judicial e não judicial com vistas à efetivação da proteção integral da criança e adolescente vitimados, cuja intervenção deve atentar ao melhor e superior interesse da criança.

Diante da intervenção obrigatória e necessária no caso de abuso sexual intrafamiliar, o direito fundamental à convivência familiar, em especial, no seio da família natural ou biológica, acaba sofrendo interferência Estatal, ficando, dessa forma, ameaçada a sua efetividade.

Trata-se de uma aparente colisão de direitos fundamentais, todavia, sob o aspecto da valoração do bem jurídico violado no caso do abuso sexual contra criança e adolescente, a intervenção judicial e não judicial visa proteger o bem jurídico de valor mais relevante, ou seja, a integridade física e psíquica da criança e do adolescente, em detrimento da convivência familiar que deve ser harmônica e possibilitar à criança e ao adolescente o pleno e sadio desenvolvimento.

1. Os direitos fundamentais infanto-juvenis e os princípios da proteção integral e do melhor interesse

Os direitos fundamentais constituem sustentáculo para concretização dos direitos humanos, despontaram como extensão dos direitos humanos, portanto, indissociáveis da pessoa humana, logo, integram o patrimônio humano e impõe ao Estado o dever de prestação e, concomitantemente, de abstenção.

Uma nova cultura jurídica de valorização da pessoa humana emergiu no período pós-guerra, que constituiu o marco da internacionalização e universalização dos direitos humanos, cuja internacionalização dos direitos humanos, segundo Flávia Piovesan, “...passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.” (PIOVESAN, 2007, p. 119)

A universalização dos direitos humanos estabelece que todo e qualquer cidadão, de qualquer parte do mundo, tem direitos inerentes à condição e dignidade humana, cujos direitos são comuns a todos cidadãos, indissociáveis da condição humana, irrenunciáveis e , embora o reconhecimento desses direitos seja um construído histórico, na verdade, são direitos natos, que integram o simples existir de cada pessoa humana.” (LAFER, 1988, p. 122)

Entretanto, os Direitos Humanos somente se tornaram “direito a algo” (ALEXY, 2009, p. 193-198) a partir do momento que passaram a integrar a ordem jurídica constitucional sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, priorizando como fundamento basilar de todo país onde reina o Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

Segundo Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, concretizam-se como direitos positivos particulares, a partir do momento que as Constituições ratificam e incorporam as declarações internacionais de Direitos, atribuindo-se, assim, o aspecto da positividade a esses direitos humanos e naturais. (BOBBIO, 2004, p. 68)

Enquanto os direitos humanos se constituem em pautas ético-políticas-jurídicas de validade universal e supranacional, portanto, compondo o direito internacional que tutela valores inerentes à pessoa humana e às condições dignas de vida humana, independentemente da ordem jurídica interna a qual esteja a pessoa humana submetida, os direitos fundamentais são manifestações positivas incorporadas ao ordenamento constitucional, produzindo eficácia no plano jurídico de determinado Estado. (GUERRA FILHO, 1997, p.12-13)

Uma vez positivados os direitos humanos sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, a efetivação desses direitos impõe o direito de proteção e o direito de defesa, ou seja, o direito de proteção em matéria de direitos fundamentais impõe uma ação positiva por parte do Estado a fim de que zele pela não intervenção lesiva de terceiro -proteção em face de terceiro-, cuja ação positiva tem por objeto uma ação fática (alguma forma jurídica realizada para a satisfação de direito -“direito a prestações”) ou uma ação normativa (direito do Estado na criação de normas) (ALEXEY, 2009, p. 201-202), enquanto o direito de defesa impõe uma ação negativa, no sentido de que se abstenha de intervir para prejudicar o livre gozo e exercício desses direitos. (ALEXEY, 2009, p. 456)

Canotilho, ao comentar sobre as funções dos direitos fundamentais esclarece que a sua função primária é a “defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do estado” (CANOTILHO, p. 407), e, de acordo com esse raciocínio, os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições Democráticas que exaltaram a dignidade humana como valor primário de toda ordem, correspondem, portanto, a “direitos a prestações”, ou seja, “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). (CANOTILHO, p. 408)

No contínuo processo de construção e reconstrução dos direitos humanos, novos direitos ou novas gerações de direitos surgiram em razão de condições peculiares em que se situam ou se colocam categorias de pessoas, tais como o idoso, o consumidor, a criança e o adolescente etc, sendo que, para concretização dos direitos humanos e fundamentais dessas categorias, surgiu o sistema de especificação de direitos, cujo sistema reconhece, indistintamente, os direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão, entretanto, visando a concretização e efetivação desses direitos, institui proteção jurídico-legal específica, no afã de se estabelecer uma igualdade formal e material entre os diferentes titulares de direitos subjetivos.

A positivação das declarações internacionais sobre direitos humanos não gera a estabilização dos direitos humanos e fundamentais contemplados nas Constituições e documentos internacionais, a valorização da pessoa humana acompanhada da evolução da sociedade, faz com que novos direitos floresçam, pois, segundo Celso Lafer “é difícil atribuir uma dimensão permanente, não variável e absoluta a direitos que se revelaram historicamente relativos”. (LAFER, 1988, p. 124)

Nesse sentido, visando a concretização dos direitos humanos da criança², parcela da população que deve ser considerada sob o aspecto da sua vulnerabilidade, haja vista a condição de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, cuja condição especial da criança, torna-a diferente em relação à população adulta, e é certo que, além dos Direitos Humanos consagrados através da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-Organização Internacional das Nações Unidas-, 1948), possuem Direitos Humanos específicos, considerados *ius singulares* (BOBBIO, 2004, p.34) e consagrados através da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989).

² Nos termos do art. 1º. da Convenção sobre os Direitos da Criança, criança é considerada como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo”

A Convenção sobre os Direitos da Criança é um documento internacional que tem a natureza enunciativa de direitos humanos, sustentados nos princípios basilares da proteção integral e do melhor ou superior interesse da criança, elementares para a concretização dos direitos humanos infanto-juvenis, cujos princípios-regras foram incorporados à ordem jurídica interna do Brasil, conforme se abstrai da leitura do art. 227 da CF/88:

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.

A Constituição do Brasil reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e merecedores de ampla proteção por parte da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade e de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, impondo ao Estado o dever de assegurar por meio de lei e por outros meios os direitos fundamentais consagrados nos documentos internacionais e nacionais, como forma de permitir ou facilitar o pleno desenvolvimento da capacidade física, psíquica, moral, social e espiritual dessas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, tendo como fim precípua a tutela da dignidade da pessoa humana.

Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o Estado e a sociedade devem assegurar, por meio de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e dignidade. (PIOVESAN, 2010, p. 341)

O art. 227 foi regulamentado pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo estatuto enuncia direitos fundamentais especiais da criança e do adolescente, portanto, a criança e o adolescente possui direitos fundamentais previstos em norma internacional, na CF e em estatuto próprio, cujo sistema normativo e protetivo atribui à essa parcela populacional o *status* de sujeitos de direitos, logo, significa que a criança e o adolescente deixaram de ser tratados como objeto passivo de proteção, assumindo, tal como a população adulta, o de *status* titulares de direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica interna e internacional (PEREIRA, 2008, p.20).

É oportuno trazer à baila a lição de Canotilho, no sentido de que o catálogo de direitos fundamentais não se esgotam na Constituição Federal, como é o caso dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, lembrando que se deve considerar em matéria de

direitos fundamentais os chamados “direitos fundamentais dispersos”(CANOTILHO, p. 404), ou sejam, “direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos” (CANOTILHO, p.404-405) e, dentre esses direitos dispersos, pode ser exaltado o direito à convivência familiar, por exemplo.

Toda ordem jurídica interna e internacional de proteção e defesa aos direitos fundamentais infanto-juvenis está assentada nos princípios da proteção integral e do melhor interesse e, nesse sentido o art. 3º. do ECA preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral.

Esse sistema nacional de proteção integral está em consonância com o sistema internacional de proteção à criança traçado pela Declaração sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989) que enuncia a destinação de todas as ações públicas e privadas para atendimento da necessidade de “proteção especial e cuidados especiais”, visando a proteção e desenvolvimento harmonioso, com consideração especial ao “melhor interesse da criança”.(ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, Preâmbulo e art. 3º.)

1.1 O direito fundamental especial à convivência familiar

Dentro do catálogo de direitos fundamentais da criança e do adolescente, merece destaque, como foco da presente pesquisa, o direito fundamental à convivência familiar, cujo direito está declarado no mencionado art. 227 da CF/88, que encontra supedâneo no art. 226 da CF que instituiu a família como base da sociedade, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança que enuncia:

Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade. Reconhecendo que a criança, para o seu desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. (Preâmbulo n. 5 e 6, ONU, 1989)

O direito fundamental à convivência familiar foi regulamentado pelo ECA, que dispôs em seu art. 19 que “toda criança e adolescente tem o direito de ser criado no seio da família”, ressaltando, assim, a importância da vida em família como ambiente natural para o bem-estar e desenvolvimento harmonioso da criança e adolescente.

A família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento pleno da criança e adolescente, e, como bem observa Roberto João Elias, “a família é o *habitat* natural do ser

humano, que, como é notório, é um ser gregário...” (2005, p. 21), trata-se, portanto, a convivência no seio da família de um direito natural, competindo às normas jurídicas conservar esse direito em prol da criança, da própria família e da sociedade (ELIAS, 2005, p. 21). Tania da Silva Pereira, esclarece que “a identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com seu reconhecimento no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo”. (PEREIRA, 2008, p. 20)

A presença da família na vida da criança e do adolescente é elementar para o seu desenvolvimento sadio e equilibrado, tratando de direito fundamental da criança e do adolescente não só a convivência familiar como a comunitária, atribuindo o legislador constitucional (art. 227), assim como o legislador ordinário (ECA Lei n. 8069/90, artigos 19 a 24), grande relevância à convivência e desenvolvimento no seio de uma família, tratando-se, na verdade a família, de um ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que não atingiram a fase adulta, portanto, nada substitui a família na criação do ser humano.

Segundo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a família constitui “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, devendo receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da sociedade” (ONU, 1989).

A convivência familiar tem um aspecto objetivo e um subjetivo. O objetivo significa estar ao lado dos pais e deles receber cuidados impostos por lei (dever jurídico). O aspecto subjetivo equivale ao afeto, carinho e cuidado especial. Com base nesses aspectos e tendo-se em conta o princípio do melhor interesse, “é dever dos pais e responsáveis garantir à criança proteção e cuidados especiais e na falta destes a obrigação é do Estado assegurar que as instituições e serviços de atendimento o façam.” (PEREIRA, 2008, p. 22)

O direito à convivência familiar deve ser entendido e compreendido como convivência harmônica e sadia, como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, em especial das crianças, a fim de garantir-lhes um desenvolvimento sadio, harmonioso e integral, para que se tornem adultos conscientes e responsáveis e uma pessoa humana feliz.

Nesse sentido, à luz do princípio-regra proteção integral, compete à família, à sociedade e ao Estado salvaguardar a integridade física e psíquica da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento, sendo que só serão mantidos no seio da família se observado o sistema de proteção integral e especial e do melhor interesse, logo, todos seus direitos fundamentais devem ser respeitados e promovidos no seio da família, que deverá coloca-los à

salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sob pena de o Estado, através de uma medida protetiva, interferir na convivência familiar e retirar a criança, colocando-a em família substituta ou até mesmo afastamento, compulsoriamente, o agressor ou violador de direitos fundamentais infanto-juvenis.

Logo, a criança e o adolescente devem ser mantidos no seio da família biológica e, somente em casos excepcionais, deverá ser alterado o poder familiar e a criança e adolescente retirados do seio de sua família biológica e encaminhados para uma família substituta, com fundamento no princípio da intervenção estatal para concretização da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.2 A extensão e alcance da expressão “convivência familiar”

O conceito tradicional de família tornou-se fragmentado, ocorreu uma ruptura com o paradigma tradicionalista herdado do Direito Romano, Canônico e do Concílio de Trento que sempre norteou o agregado familiar, cujo conceito tradicionalista tinha um viés patriarcal, ou seja, a família deveria ser constituída através do casamento entre um homem e uma mulher, formando laços de consanguinidade (família biológica).

No mundo contemporâneo há várias formas de formação familiar, tais como família monogâmica, família poligâmica, família nuclear, família extensa, família adotiva, família afetiva, família formada por casal homossexual, família monoparental, família substituta monoparental, família unipessoal, família reconstruída pelo divórcio etc.

É perceptível que as estruturas familiares modernas romperam o paradigma tradicionalista, imperando, modernamente, os laços de afetividade, portanto, a família contemporânea não se pauta apenas em laços de consanguinidade, mas, sobretudo se pauta na socioafetividade. Nesse sentido Tania Pereira da Silva bem coloca que: “A família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros e caberá ao Direito, diante das novas realidades, criar mecanismos de proteção visado especialmente às pessoas em fase de desenvolvimento”. (PEREIRA, 2008, p. 278)

Não importa a forma ou tipo de formação do agregado familiar, o Estado tem o dever prestar assistência (art. 226, CF); o ponto em comum que deve dar reconhecimento às famílias acima é o carinho e a afetividade, logo, pode-se afirmar que os tipos de família do art. 226 da CF são meramente exemplificativos.

Sob essa ótica, qualquer tipo de agregado familiar poderá manter a “posse do estado de filho” em relação à criança e ao adolescente, desde que seus integrantes dirijam à criança

os mesmos cuidados, carinho, educação e formação que devem dar os pais biológicos, ou seja, devem se pautar na paternidade socioafetiva (art. 1605,CC). Nesse sentido disserta Tania da Silva Pereira:

Não se pode afastar do nosso ordenamento jurídico a identificação da “posse de estado” como elemento caracterizador de novas “entidades familiar. A posse do estado de filho caracteriza-se como um conjunto de comportamentos e atitudes que refletem uma relação de afeto com uma pessoa, seja ela criança, jovem ou adulto. (2008, p. 279)

Dessa forma, a posse do estado de filho oferece os parâmetros para o reconhecimento da paternidade, não apenas biológica, como também afetiva.

O que se pode aferir do sistema legal brasileiro insculpido na Constituição Federal e no Código Civil é que a preocupação do legislador foi justamente com o exercício da paternidade responsável (art. 226 da CF), mediante observação do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo-se-lhes assegurar o pleno e harmonioso desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e moral.

O lugar da criança, sem dúvida, é no seio da família natural/biológica (art. 25,ECA), e, analisando os dispositivos do ECA pertinentes, conclui-se que o legislador priorizou a família de sangue, mas colocou em situação de igualdade de tratamento a família substituta, monoparental, formadas por pessoas do mesmo sexo etc, tal como fez com os filhos, vedando a discriminação filhos legítimos, ilegítimos ou legitimados; incestuosos, adulterinos.

Importante ponderar que o legislador trata do “direito à convivência *familiar*”, referindo-se à família natural ou substituta -guarda, adoção ou tutela - e até mesmo a outra forma de formação de agregado familiar, todavia o *modus vivendi* nesse agregado familiar deve ser compatível com os princípios do melhor interesse, da proteção integral e do cuidado especial, enfim, com base o respeito e consideração aos direitos fundamentais infanto-juvenis para a conservação e preservação da dignidade da pessoa humana.

O Cuidado (princípio e norma jurídica) significa garantir às crianças e adolescentes condições de desenvolvimento físico, social, intelectual, moral e psíquico/emocional adequado, que lhes permita, manifestar e vivenciar o sentimento de integrar uma família, praticando o afeto, a confiança, a cumplicidade, solidariedade etc.

Na verdade, o “cuidado” é um princípio implícito ou subprincípio da dignidade humana, segundo Leonardo Boff, o cuidado é “um modo-de-ser-essencial traduzindo-se em atitude afetiva, atenção, zelo, desvelo, envolvimento afetivo com o outro” (BOFF, 2002, p. 33-34). Pode-se afirmar que o cuidado recria um novo conceito de dignidade humana, sempre tendo-se em conta que o Direito cumpre um papel regulador nas relações humanas, e por

extensão abrange a solidariedade que fundamenta o Estado Democrático de Direito e todas as relações sociais e afetivas. (PEREIRA, 2008, p. 48-50)

O macro princípio da solidariedade trouxe inovações para o direito de família, desdobrando-se em vários outros princípios que bifurcam na solidariedade: princípio da convivência familiar, princípio da afetividade, princípio do melhor interesse da criança, princípio da parentalidade responsável etc, e , em especial, o “dever jurídico do cuidado”.

Reforça-se, a família é fator fundamental para o desenvolvimento da personalidade e potencialidades daqueles que a integram; isso significa efeito concreto do princípio da solidariedade. Quando se fala em solidariedade no âmbito da família, não está se referindo a virtude, em especial, mas a dever jurídico.

2.Violência sexual contra a criança e o adolescente: o abuso sexual intrafamiliar

No contexto contemporâneo onde prepondera uma sociedade mundial globalizada, também prepondera as mais diversas formas de violências contra a criança, dentre elas a violência física, psíquica e sexual; a violência na escola; a violência da comunidade, a violência originária da discriminação, da exclusão, além da violência estrutural fruto do desemprego, da fome, da miséria, da precariedade ou falta de educação, saúde, habitação.

Essas multifaces da violência comprometem os princípios e valores proclamados pelos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos infanto-juvenis, dentre eles, a proteção integral, cuidados especiais e o melhor ou superior interesse da criança.

A violência contra a criança constitui pauta de discussões e de adoção de medidas por parte de organismos internacionais, em especial, da ONU (Organização Internacional das Nações Unidas), e, nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança dispõe que:

Os Estados-partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais. (Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 19,I)

Sem embargo da consagração do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, CF), o legislador constituinte dispôs no § 4º. do art. 227 da CF que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e adolescente”.

Visando regulamentar esse imperativo constitucional e de ordem pública, dispõe o art. 5º. do ECA 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”

Segundo dados da UNICEF, mais de 60% das famílias de todo o mundo praticam a violência doméstica contra a criança, cuja violência se classifica em física, psíquica e sexual, sendo que esta última pode absorver as outras duas.

A violência sexual intrafamiliar contra a criança é um fenômeno antigo, porém sempre recorrente e emergente, já que constitui grave violação a Direitos Humanos de grande parte dessa parcela da população vulnerável. Esse assunto não deve ser analisado apenas sob o aspecto da responsabilização penal ou familiar, mas também à luz do melhor ou superior interesse da criança com vistas à proteção integral e garantia do bem-estar infanto-juvenil.

De acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde), caracteriza violência sexual todo ato, tentativa, comentários ou insinuações sexuais não desejados, ações para comercializar ou utilizar, de qualquer modo, a sexualidade de uma pessoa mediante coação por outra pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito.

A violência sexual intrafamiliar na modalidade abuso sexual é uma realidade do ambiente familiar que torna frágil todo o sistema de proteção integral e melhor interesse da criança no que tange ao direito fundamental de convivência familiar, haja vista que deve prevalecer o superior interesse da criança, que é sua integridade física e psíquica.

Entende-se por abuso sexual como sendo a utilização da criança para a obtenção de estimulação e gratificação sexual por parte do adulto, ou mesmo de um adolescente mais velho, pertencente ao meio intrafamiliar e baseado em um relação de poder. A posição indefesa na qual a criança se encontra, assim como o lugar de confiança que o agressor está, por pertencer ao meio familiar, facilita o encobrimento do crime, a persuasão e a intimidação do menor. (ABRAPIA-Associação Brasileira Multiprofissional, 2011, *in* <http://www.slideshare.net/fabiowlademir/manual-sobre-abuso-sexual-abrapia>, acesso em 30/8/2013)

O abuso sexual contra a criança é baseado numa relação de poder e confiança, envolvendo carinho, respeito, afeto, sendo certo que o abusador extravasa os limites da confiança e da respeitabilidade e invade danosamente o universo da integridade física e psíquica da criança que em razão de sua vulnerabilidade não consegue resistir aos ataques do agressor.

A criança é vulnerável ao abuso sexual pelo fato de o abuso ser praticado por alguém bem próximo, normalmente de dentro da família, que inspira confiança e respeito, inclusive, essa relação de confiança dispensa por parte do abusador, via de regra, o uso de violência física, pois a criança é facilmente manipulada.

O abuso sexual intrafamiliar quando praticado por alguém que mantém ligação familiar com a vítima (criança ou adolescente), ou seja, vínculo consanguíneo ou de afinidade, denomina-se incesto. Segundo Tânia da Silva Pereira

Para o Direito, o incesto é a conjunção carnal ou relação sexual entre pessoas ligadas pela consanguinidade ou por afinidade e que têm impedimento para casar. Consideram-se relações incestuosas aquela entre irmãos e a que se dá com um adulto e uma criança/adolescente entre os quais exista um laço familiar. (PEREIRA, 1999, p.37)

O incesto é um fenômeno tão antigo quanto a própria humanidade, sendo que a sociedade, naturalmente, criou uma repulsa a essa prática não somente por razões de ordem biológica, como, principalmente, pelo fato de que cada integrante na família tem seu papel definido, razão pela qual o aspecto cultural impõe um controle da sexualidade no seio da família, e, quando praticado o incesto no meio familiar é considerado como uma psicopatologia, além de ser reprimido pela ordem jurídica quando envolve a prática com criança e adolescente, ou seja, é uma espécie do gênero abuso sexual que encontra tipificação no Código Penal sob o título dos “crimes contra a dignidade sexual.”

Todavia, mesmo diante da repulsa e penalização, o incesto ocorre no ambiente familiar e, segundo dados estatísticos de órgãos brasileiros ligados à proteção, defesa e promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente cerca de 65% a 69% dos casos de abuso sexual na família são cometidos pelo pai biológico; 25% a 29% pelo padrasto, seguindo-se dos irmãos, avô e pai adotivo. Dos casos de abuso sexual, 78% são praticados contra meninas e 22% contra meninos; 56% dos casos são contra crianças e 32% contra adolescentes.

Importante ressaltar que o incesto envolvendo criança e adolescente não se confunde com pedofilia que é classificada pela psiquiatria como uma espécie de perversão ou disfunção sexual, sendo equiparado o pedófilo a um agressor sexual que tem preferência por fazer sexo com crianças. Seu desejo sexual é direcionado exclusivamente à criança; ele precisa fazer sexo frequente com ela. Considerado um transtorno de preferência sexual, é mais comum por por parte de indivíduos mais velhos cuja fantasia ou ato erótico tem como foco criança menores de 12 anos, preferencialmente. (KRETER, 1999, p. 387)

Portanto, uma situação de abuso sexual contra criança e adolescente, do tipo incestuosa, poderá ou não ser praticada por um pedófilo.

3. Consequências e reflexos jurídicos do abuso sexual intrafamiliar

A violência sexual intrafamiliar é uma violência velada, que não apresenta dados estatísticos precisos, pois conta com o pacto do silêncio e a escassez de denúncias. É uma espécie de violência que se apresenta como fenômeno multicausal, razão pela qual essa modalidade de violência contra a criança deve ser analisada sob os diversos aspectos:

a) Aspecto histórico-cultural

Envolve uma relação de poder-submissão inerente à formação da família monogâmica e patriarcal. O homem ocupa posição de poder sobre a mulher e filhos, onde há distribuição desigual de poder entre homem e mulher, entre adulto e criança. Envolve, inclusive, a cultura de alguns países, por exemplo, a permissão do incesto.

b) Aspecto social-econômico

A violência sexual intrafamiliar contra a criança é inerente a todo tipo de agregado familiar. Não é uma violência necessariamente associada à pobreza e baixo nível cultural, embora esteja associada, em proporção maior, à pobreza, exclusão, desemprego, alcoolismo etc, também é praticada em famílias com nível de renda e nível cultural elevados, sendo menos comum a denúncia nesse tipo de agregado familiar.

O aspecto econômico também deve ser considerado como fator de omissão para as denúncias, ou seja, muitas famílias dependem economicamente do agressor, portanto, temem a prisão do agressor e, conseqüentemente, a perda da fonte de manutenção da família.

c) Aspecto comportamental

A pedofilia está associada ao abuso sexual, todavia, deve ser analisada sob a dimensão médica como problema psiquiátrico, bem como sob a dimensão jurídica, haja vista que ofende a integridade, a liberdade sexual e de autodeterminação da vítima, com reflexos nos seus direitos e garantias fundamentais.

3.1 Consequências para a vítima

O abuso sexual envolvendo criança e adolescente, deixa marcas profundas na vítima, gera uma sucessão de traumas que poderão perdurar o resto da vida, principalmente se não houver um tratamento eficiente e a capacidade de resiliência por parte da vítima.

Pode-se afirmar que a violência sexual intrafamiliar, inclusive na espécie abuso sexual, é o mesmo que negar à criança sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento; é levar à coisificação da infância, já que a intenção do abusador é a satisfação de seu desejo ou instinto sexual; é desproteger e não proteger a criança; é contrariar o melhor interesse da criança, enfim, é tornar inócuo todo o sistema de proteção e garantia de direitos, consagrados pelos documentos internacionais e nacionais.

O abuso sexual também pode vir acompanhado de pressão psicológica ou assédio moral, pois, a princípio, o agressor acredita que o bem-querer por parte da criança, a sua capacidade de influenciar a criança e leva-la a crer que o acontecimento é algo normal não trará nenhuma consequência maléfica para si, pois acredita no silêncio da vítima, todavia, há situações em que o agressor perde a confiança na vítima e coloca-se na posição de superioridade e impinge ameaças e até mesmo agride a criança buscando intimidá-la para que não faça a denúncia do abuso sexual.

A situação de abuso acaba impondo à criança o pacto do silêncio, o que intensifica a dor e sofrimento por parte da vítima, que passa a manifestar problemas ligados à saúde física e psíquica, além de manifestar transtorno de comportamento no convívio social e nas relações interpessoais.

Mônica Kreter (1999, p. 395-396), destaque que:

Em meio a este ciclo de horror, preservado por um pacto de silêncio, a vítima se vê completamente desorientada, e algumas consequências começam a ser externalizadas. A curto prazo é possível detectar: distúrbios do sono, ansiedades, medos, problemas somáticos, dissociação, comportamento sexualizado, tendências suicidas, *Desordem de Stress Pós-Traumático* (PTSD) depressão, baixa de autoestima, mau desempenho escolar, enurese noturna, masturbação... a longo prazo verificou-se: o abuso de substâncias químicas, depressão, comportamento agressivo, ansiedade, PTSD crônico, múltiplas personalidades, comportamento suicida, disfunções no comportamento sexual, distúrbios de relacionamento, vergonha/culpa/auto-acusação, baixa auto-estima, somatização e psicossomatização, e maiores probabilidades de cometer agressões sexuais (no caso dos homens) e ter filhos que sejam sexualmente abusados.

Muitas vezes a vítima até pode ter consciência da ilicitude da conduta do abusador, todavia, releva a situação tendo em vista que o abusador é o mantenedor da família, logo, temendo prejudicar toda a estrutura familiar e até mesmo temendo as represálias que poderá sofrer por parte de outros membros da família, a solução que a vítima encontra é o silêncio ou a acomodação à situação.

3.2 Reflexos jurídicos do abuso sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente

Sob a ótica jurídica, a violência sexual intrafamiliar, do tipo abuso sexual, viola documentos internacionais de proteção a direitos humanos da criança, bem como a ordem jurídica constitucional que tutela a dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa humana, e que destinou à criança e ao adolescente todo sistema jurídico-legal de proteção integral, bem como a legislação infraconstitucional que disciplina a proteção integral e o melhor interesse da criança, que é o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa forma, o abuso sexual coloca a criança e o adolescente em situação de risco impondo a destinação de um sistema especial de proteção, através da adoção de medidas repressivas e preventivas.

Como medida repressiva, o Código Penal inseriu o abuso sexual no Capítulo dos Crimes contra a Dignidade Sexual. De acordo com o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90), “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.” (art. 5º.do ECA)

O ECA prevê medidas de proteção diante da ocorrência de ameaça ou de violação a direitos das crianças e adolescentes por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (art. 98,II do ECA), inclusive, o ECA dispõe em seu art. 130 que no caso de abuso sexual intrafamiliar contra criança e adolescente será determinado o afastamento do agressor da moradia.

Visando efetivar a proteção integral à criança impõe-se, no caso de abuso sexual, a intervenção não judicial e judicial.

A intervenção é de ordem pública, visa a garantia, a conservação e a preservação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Nesse sentido, Canotilho esclarece que uma das funções dos direitos fundamentais é a de proteção perante terceiros, impondo ao Estado uma ação positiva que resguarde e tutela esse direito. (CANOTILHO, p. 384-385)

Logo, deve haver intervenção Estatal no caso de abuso sexual, pois há efetiva concretização de ofensa à integridade física e psíquica não caracterizando, portanto, essa intervenção violação a princípios elementares que torneiam a constituição familiar tais como a liberdade e autodeterminação. Na verdade, esses valores cedem ao valor jurídico maior, proteção à integridade física e psíquica, à dignidade pessoal, moral e sexual da criança e do adolescente.

Portanto, o Estado está legitimado a intervir na esfera familiar no caso de desrespeito, ameaça ou lesão a direito fundamental da criança e do adolescente. No caso do abuso sexual o que legitima a intervenção do Estado na esfera familiar é a necessidade de proteção à criança e ao adolescente que correm risco ou há risco concreto de ofensa à sua integridade física e moral.

O art. 24 do ECA, prevê a perda ou a suspensão do pátrio poder que será decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de violação aos direitos e deveres elencados no art. 22 do mesmo estatuto.

Na verdade, o direito fundamental de convivência no seio da família natural só pode ser concretizado desde que os responsáveis cumpram com seus deveres, somente assim o Estado deverá se abster de intervir e interferir.

A intervenção em matéria de abuso sexual contra a criança e adolescente pode ser classificada em intervenção não judiciária e judiciária.

A intervenção não judiciária é exercida através do Conselho Tutelar, órgão ligado ao Poder Executivo, que busca aplicar as medidas de proteção à criança e adolescente em perigo, bem como à sua família sem prejuízo da obrigação de comunicar o Ministério Público e à autoridade policial a despeito do abuso sexual para instauração do devido procedimento judicial penal.

A intervenção judiciária visa a penalização, sem prejuízo da adoção das medidas de natureza civil, tais como afastamento do agente do lar e a ação de suspensão ou destituição do poder familiar.

No Brasil, o abuso sexual constitui violação ao Código Penal, que inseriu o abuso sexual no Capítulo dos Crimes contra a Dignidade Sexual, podendo ensejar a condenação do agressor nas penas previstas para o crime de estupro de vulnerável, quando se tratar de vítima de 14 anos, alienada ou débil mental ou que não puder oferecer resistência (art. 217-A, CP), sendo caso de violência presumida.

Na esfera civil, deverá ser adotada medida de urgência para afastamento liminar do agressor do convívio familiar, além disso, decretar-se-á a suspensão ou perda do poder familiar com fundamento no abuso de autoridade e no descumprimento dos deveres inerentes aos pais no cuidado dos filhos, conforme determina o art. 1.637 do Código Civil.

O parágrafo único do artigo supramencionado, dispõe que a condenação criminal do genitor agressor nas sanções do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal, introduzido pela Lei n. 12.018/2009) também justifica a medida de natureza civil. O art. 1638 do

Código Civil apresenta quatro hipóteses legais para a perda do poder familiar, sendo que o abuso sexual se enquadra perfeitamente nessas hipóteses.

No âmbito da intervenção judiciária o direito de punir do Estado ou de aplicação de sanção de natureza civil em face do agente abusador pode colidir com o melhor interesse da criança vitimada no sentido de:

- a criança não ser obrigada a prestar depoimento; ou
- o depoimento deve ser prestado de forma a não gerar a revitimização ou dano secundário à vítima, logo, a criança deve ser ouvida num ambiente lúdico, na presença de psicólogos e assistentes sociais;
- a possibilidade de a criança opor-se ao prosseguimento do processo;
- o direito de se desenvolver no seio da família natural.

4. Conclusão

A violência sexual intrafamiliar é uma grave violência contra a criança e o adolescente, retira-lhes o direito de ser, pensar e agir como criança, coloca a criança e o adolescente como reféns do medo e do silêncio, prejudicando o seu desenvolvimento e bem-estar.

Essa violência, embora violadora de direitos humanos, com reflexos na esfera pessoal e jurídica da vítima, impõe a adoção de medidas interdisciplinares e abrangendo tanto a vítima como o agressor e o agregado familiar, somente dessa forma é possível um enfrentamento adequado dessa grave mazela que contamina o ambiente familiar e torna inócuo do direito fundamental à convivência familiar.

Devem ser adotadas e aprimoradas novas maneiras de intervir nessa problemática, tanto na esfera legislativa, administrativa e judicial, com envolvimento de outras áreas do conhecimento humano, haja vista que a criminalização ou outra espécie de sanção não é a única solução para a manutenção e preservação da proteção integral e do superior ou melhor interesse da criança.

Urge, portanto, o fortalecimento do sistema de proteção e promoção dos direitos infanto-juvenis, tanto na esfera nacional como internacional, com fiscalização ou monitoramento eficiente das práticas e ações que visem o combate do abuso sexual intrafamiliar e a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Referências

- ABRAPIA-Associação Brasileira Multiprofissional- **Abuso Sexual: Mitos e Realidades**, 3ª. edição ver. ampl. e atual. Brasília: Ed. Agentes & Autores & Associados, 2011, in <http://www.slideshare.net/fabiowlademir/manual-sobre-abuso-sexual-abrapia>, acesso em 30/8/2013.
- ALEXEY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. (5ª. ed. Alemã). São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano-compaixão pela terra**. 8ª. edição. Petrópolis: Vozes, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed., 9ª. reimp. (Manuais Universitários). Coimbra-Portugal: Almedina.
- ELIAS, Roberto João Elias. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. *O princípio do melhor interesse face aos maus-tratos decorrentes do incesto*. In SILVA PEREIRA, Tânia da (coord.) **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar**. 2ª. edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.