DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

A CORTE INTERAMERICANA COMO PARADIGMA DE PROTEÇÃO EFICIENTE



Douglas Lingiardi Strachicini

EdUFMT DIGITAL

DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL:

A CORTE INTERAMERICANA COMO PARADIGMA DE PROTEÇÃO EFICIENTE

Ministério da Educação
Universidade Federal de Mato Grosso

Reitora
Marluce Aparecida Souza e Silva

Vice-Reitor
Silvano Macedo Galvão

Coordenador da Editora Universitária
Osvaldo Rodrigues Junior

Supervisão Técnica
Flavia Abreu Pereira da Silva

Conselho Editorial

Membros
Osvaldo Rodrigues Junior (Presidente - EdUFMT)
Ana Claudia Dantas da Costa (FAGEO - Campus Cuiabá)
Caiubi Emanuel Souza Kuhn (FAENG - Campus de Várzea Grande)
Carla Gabriela Wunsch (FAEN - Campus Cuiabá)
Cassia Regina Primila Cardoso (ICS - Campus de Sinop)
Cassiano Spaziani Pereira (ICAA - Campus de Sinop)
Edvaldo Correa Sotana (IGHD - Campus Cuiabá)
Elisângela Clarete Camili (FAAZ - Campus Cuiabá)
Elisete Duarte (ISC - Campus Cuiabá)
Evaldo Martins Pires (ICNHS - Campus de Sinop)
Evando Carlos Moreira (FEF - Campus Cuiabá)
Felipe Rodolfo de Carvalho (IHGMT - Campus Cuiabá)
Felipe Thomaz Aquino (FCT - Campus de Várzea Grande)
Frederico Jorge Saad Guirra (ICBS - Campus do Araguaia)
Graziele Borges de Oliveira Pena (ICET - Campus do Araguaia)
Irapuan Noce Brazil (IC - Campus Cuiabá)
Jorge Luis Rodriguez Perez (FANUT - Campus Cuiabá)
Kássia Winny Silva (APG - Campus Cuiabá)
Léia de Souza Oliveira (SINTUF - Campus Cuiabá)
Leonardo Pinto de Almeida (IL - Campus Cuiabá)
Luís Antonio Bitante Fernandes (ICHS - Campus do Araguaia)
Mamadu Lamarana Bari (FE - Campus Cuiabá)
Marcos de Almeida Souza (FAVET - Campus Cuiabá)
Maria Corette Pasa (IB - Campus Cuiabá)
Monica Campos da Silva (FACC - Campus Cuiabá)
Neudson Johnson Martinho (FM - Campus Cuiabá)
Ozerina Victor de Oliveira (IE - Campus Cuiabá)
Priscila Stella Nogueira Munhoz (APG - Campus Cuiabá)
Rodolfo Sebastião Estupinãn Allan (ICET - Campus Cuiabá)
Rodrigo Marcos de Jesus (ICHS - Campus Cuiabá)
Romildo Jerônimo Ramos (IF - Campus Cuiabá)
Saul Duarte Tibaldi (FD - Campus Cuiabá)
Teresinha Rodrigues Prada Soares (FCA - Campus Cuiabá)
Zenésio Finger (FENF - Campus Cuiabá)

DOUGLAS LINGIARDI STRACHICINI

DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL:

A CORTE INTERAMERICANA COMO PARADIGMA DE PROTEÇÃO EFICIENTE

EdUFMT DIGITAL
Cuiabá, MT
2025

Copyright © Douglas Lingiardi Strachicini, 2025.

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

A EdUFMT segue o acordo ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor no Brasil, desde 2009.

A aceitação das alterações textuais e de normalização bibliográfica sugeridas pelo revisor é uma decisão do autor/organizador.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S894d

Strachicini, Douglas Lingiardi.
Dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil: A Corte Interamericana como paradigma de proteção eficiente [recurso eletrônico] / Douglas Lingiardi Strachicini. - - Cuiabá-MT: EdUFMT Digital, 2025.
156 p.

ISBN 978-65-5588-174-5

1. Violência sexual. 2. Dignidade sexual. 3. Direito Internacional. 4. Direitos humanos. 5. Corte Interamericana. I. Título

CDU 342.7:343.541:341

Ficha catalográfica elaborada por Douglas Rios (Bibliotecário – CRB1/1610)

Coordenação da EdUFMT: Osvaldo Rodrigues Junior
Supervisão Técnica: Flavia Abreu Pereira da Silva
Revisão Textual e Normalização: Leslie de Almeida Claudio
Diagramação & Projeto Gráfico: Kenny Kendy Kawaguchi

EdUFMT

Editora da Universidade Federal de Mato Grosso
Av. Fernando Corrêa da Costa, 2.367
Boa Esperança. CEP: 78.060 - 900 - Cuiabá, MT.
Contato: www.edufmt.com.br
Fone: (65) 3313-7155

ABEU
Associação Brasileira das Editoras Universitárias

PREFÁCIO

É com grande honra que apresento ao público esta obra essencial, "Dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil: a Corte Interamericana como paradigma de proteção eficiente". Este trabalho, meticulosamente elaborado, oferece uma contribuição inestimável para a compreensão e o aprimoramento da proteção jurídica às vítimas de violência sexual infantojuvenil em nosso país.

A relevância deste livro não pode ser subestimada. Ao mergulhar profundamente na análise dos parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o autor ilumina caminhos para a melhoria do nosso sistema de justiça criminal, destacando como esses padrões podem ser integrados eficazmente para enfrentar crimes que deixam marcas profundas e duradouras nas vidas das vítimas. A obra transcende uma mera revisão normativa, oferecendo uma perspectiva rica e fundamentada sobre a aplicação prática das normas internacionais de direitos humanos em um contexto nacional.

O autor realiza uma abordagem criteriosa, utilizando uma metodologia qualitativa baseada em fontes primárias e secundárias, o que confere ao texto uma solidez teórica e empírica rara em estudos dessa natureza. A análise dos fenômenos de violência sexual contra crianças e adolescentes, as nuances do bem jurídico tutelado e a complexa questão do consentimento são discutidas com clareza e profundidade, proporcionando ao leitor uma visão abrangente e detalhada do tema.

Ademais, a integração do direito internacional dos direitos humanos com o direito penal e processual penal brasileiro é explorada com maestria, revelando como o processo de internacionalização e os mandados de criminalização podem ser utilizados para fortalecer a proteção às vítimas. A teoria dos deveres de proteção e a aplicação do princípio da proporcionalidade são destacados como

pilares fundamentais para uma abordagem eficaz e humanizada na persecução desses crimes.

Especialmente relevante é a discussão sobre o controle de convencionalidade, que emerge como um mecanismo poderoso para a implementação das obrigações processuais penais positivas no Brasil. O autor demonstra como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode e deve influenciar diretamente a atuação dos agentes do sistema de justiça e segurança pública, promovendo uma maior eficácia na investigação e no processamento dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

Este livro é uma leitura indispensável para juristas, acadêmicos, defensores dos direitos humanos e todos aqueles comprometidos com a proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Ele não só amplia o entendimento sobre a aplicação dos padrões internacionais de direitos humanos no contexto brasileiro, mas também inspira a adoção de práticas mais eficazes e justas na luta contra a impunidade e a violação da dignidade humana.

Que esta obra inspire novas pesquisas, políticas públicas e ações concretas que reforcem a justiça e a dignidade em nossa sociedade. É um chamado à ação e um farol de esperança para um futuro em que os direitos das crianças e adolescentes sejam plenamente respeitados e protegidos.

Vladia Maria de Moura Soares
Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP
Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFMT

Sumário

APRESENTAÇÃO *10*

AGRADECIMENTOS *13*

INTRODUÇÃO *14*

O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL *20*

A evolução da tutela jurídica conferida às crianças e aos adolescentes *21*

A evolução da tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes *24*

A evolução da tutela processual penal de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual *28*

As características do bem jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes *35*

A distinção entre presunção de violência e presunção de vulnerabilidade *38*

O consentimento como elemento central nos crimes contra a dignidade sexual *45*

A análise dos índices e dados de pesquisas oficiais sobre crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes *48*

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO PENAL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL *59*

Direitos humanos, direitos fundamentais e o processo de internacionalização do direito penal e processual penal *60*

Consequências do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos sobre o direito penal e processual penal *66*

Os deveres de proteção e a dupla face dos direitos humanos e da proporcionalidade *75*

Proteção constitucional e convencional dos direitos humanos por meio de mandados de criminalização *87*

BASES PARA UMA PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO SISTEMA INTERAMERICANO E NO BRASIL *94*

Breves noções sobre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos *95*

A evolução da jurisprudência da Corte IDH sobre o controle de convencionalidade *97*

Efeitos das decisões da Corte IDH e estândares interpretativos *102*

Controle de convencionalidade como mecanismo de implementação das obrigações penais e processuais penais positivas *111*

CONCLUSÃO *130*

REFERÊNCIAS *135*

APRESENTAÇÃO

Com gratidão e responsabilidade, apresento esta obra, elaborada no intuito de contribuir para o combate aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Este livro buscou responder à questão de como os parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem aprimorar a eficácia do nosso sistema de justiça criminal na luta contra esses crimes tão graves e impactantes. Com um caráter normativo-jurídico e uma abordagem amparada em fontes primárias e secundárias, buscou-se realizar um aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Em um primeiro momento, analisou-se o fenômeno da violência sexual contra crianças e adolescentes em nosso país, destacando a evolução da proteção jurídica e penal conferida a essas vítimas. Uma vez tratadas as particularidades do bem jurídico envolvido nesses crimes, explorou-se a diferença entre presunção de violência e presunção de vulnerabilidade, assim como a discussão sobre o consentimento como um elemento crucial nesses delitos.

Foram apresentados os dados e índices de pesquisas oficiais que refletem a situação atual dessa modalidade delituosa, permitindo um entendimento claro do estado da arte sobre o tema. Também se examinou a influência do direito internacional dos direitos humanos sobre o direito penal e processual penal brasileiro, incluindo o processo de internacionalização e suas consequências.

Nesse contexto, houve um aprofundamento das discussões sobre a teoria dos deveres de proteção, a dupla face da proporcionalidade na tutela dos direitos humanos e fundamentais e sua proteção tanto constitucional quanto convencional, por meio de mandados nacionais e internacionais de criminalização.

As bases para uma proteção penal eficiente contra os crimes sexuais infantojuvenis, no sistema interamericano e no Brasil, foram detalhadamente abordadas. Após uma introdução ao sistema

interamericano de proteção dos direitos humanos, o foco se voltou para a evolução da jurisprudência da Corte IDH sobre o controle de convencionalidade.

Esse desenvolvimento permitiu uma análise sobre os efeitos das decisões do tribunal regional e a constatação de que o controle de convencionalidade atua como um verdadeiro mecanismo de implementação das obrigações processuais penais positivas no sistema de justiça brasileiro. Isso porque se entende que esse mecanismo pode potencializar a eficácia na investigação e no processamento dos crimes que violam a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Inicialmente, realizou-se uma análise da evolução da tutela jurídica conferida a crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais no Brasil, explorando como o sistema legal brasileiro tem respondido a essas questões ao longo do tempo para identificar os desafios e as lacunas que contribuem para a sua impunidade.

Além disso, no aspecto dogmático, foi analisado o bem jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes e o papel central do consentimento nessa forma de criminalidade, encerrando com os dados oficiais destinados a evidenciar se as alterações normativas têm surtido um efeito prático no enfrentamento dessa modalidade delituosa.

Na sequência, discutiu-se a diferenciação terminológica existente entre os direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, cujo aporte teórico se revelou necessário para a devida sistematização das consequências de uma maior interação entre o direito processual penal e o direito penal internos e o direito internacional, por meio do processo de internacionalização dos direitos humanos. Discorreu-se também acerca da importância dos mandados de criminalização para a proteção constitucional e convencional dos direitos humanos e fundamentais.

Após uma breve incursão sobre a formatação do sistema interamericano de direitos humanos, são propostas estratégias e diretrizes para uma proteção penal mais eficiente em relação aos crimes

sexuais envolvendo crianças e adolescentes no Brasil, o que perpassa pela análise do controle de convencionalidade como mecanismo de implementação das obrigações penais e processuais penais positivas, com especial destaque à evolução da sua jurisprudência na Corte IDH e à importância da efetivação de seus estândares interpretativos como mecanismo capaz de elevar a efetividade no sistema de justiça criminal brasileiro.

Desejo que esta obra se torne uma referência indispensável para juristas, acadêmicos e todos aqueles dedicados à proteção dos direitos humanos e fundamentais das crianças e dos adolescentes. Que ela possa inspirar novos estudos e promover ações concretas voltadas a fortalecer a justiça e a dignidade em nossa sociedade.

Douglas Lingiardi Strachicini
Mestre em Direito pelo PPGD/UFMT
Promotor de Justiça Titular do Ministério Público do Estado de Mato Grosso

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela infinita misericórdia e à minha família, pelo amor e apoio, reflexos da graça divina. Meu agradecimento ao Professor Antônio Sergio Cordeiro Piedade, pelo incentivo e sabedoria compartilhados. Aos meus colegas, amigos e todas as pessoas que contribuíram de alguma forma para este trabalho, meu sincero agradecimento, incluindo a Professora Vladia Maria de Moura Soares e aos Professores Carlos Eduardo Souza e Marcelo Antonio Theodoro. Por fim, aos meus filhos Isabela e Felipe, razão da minha existência.

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos humanos, em especial no que tange aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, é uma questão de suma relevância no cenário internacional e nacional. Essa temática transcende as fronteiras geográficas e culturais, abarcando uma preocupação global com a preservação da dignidade, da integridade e do bem-estar de nossa futura geração.

Os crimes que atingem a dignidade sexual de crianças e adolescentes representam uma das violações mais graves de direitos humanos[1], afetando, de maneira profunda, a vida das vítimas e de seus familiares, com repercussões significativas em toda a sociedade. Essas condutas ilícitas demandam uma resposta ampla e eficaz do sistema jurídico, não apenas para punir os perpetradores, mas também para proteger e amparar as vítimas, permitindo-lhes um processo de recuperação com a menor danosidade possível.

A complexidade do tema abordado nesta obra se evidencia por diversos fatores. Primeiramente porque, para determinar se há no Brasil uma proteção penal e processual penal suficiente ao enfrentamento dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, é preciso ter em mente que se trata de uma modalidade de crime caracterizada por um dos mais elevados graus de afetação à dignidade humana. Simultaneamente, não se pode desprezar o foco ora estabelecido em delitos com uma sujeição passiva própria que recai sobre uma das mais vulneráveis parcelas da população brasileira, cuja validação como sendo formada por sujeitos de direitos ocorreu somente há menos de quatro décadas.

1 Nesse sentido, tratando da violência sexual contra meninas e mulheres, *Vide*: SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. A palavra da mulher vítima de violência sexual. *In*: PIMENTEL, Silvia (Coord.). **Estupro:** perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade (Portuguese Edition). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Edição do Kindle. p. 34.

A falta do reconhecimento como sujeitos de direitos, todavia, não significa que crianças e adolescentes deixaram de ser vítimas das mais diversas formas de violência e crimes ao longo da evolução histórica, incluídos aí os delitos violadores de sua dignidade sexual. Isso, ao que consta, ocorre desde os primórdios da humanidade.

É preciso admitir, entretanto, que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acolheu a doutrina da proteção integral em seu artigo 227, e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no ano de 1990, o legislador pátrio passou a reconhecer que crianças e adolescentes possuem uma condição especial peculiar – de pessoas em desenvolvimento – e que, por isso, necessitam de medidas especiais para concretizar essa sua proteção integral.

Inaugurou-se, dessa forma, uma nova ótica projetada sobre a infância e a adolescência, com a adoção da doutrina da proteção integral, que busca a implementação concreta das normas que tenham por finalidade proteger crianças e adolescentes procurando o desenvolvimento de circunstâncias materiais as quais se concretizam por meio de políticas públicas, sejam elas universais, de proteção ou socioeducativas, de acordo com a necessidade delas (Sposato, 2009).

Desse modo, várias formas de violência contra crianças e adolescentes passaram a exigir a proteção do direito penal e foram tipificadas como crimes, seja no Código Penal (CP), seja no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou em outras leis esparsas, como é o caso das Leis Federais nº 13.431/2017 e nº 14.344/2022. Para além disso, esses últimos diplomas normativos ainda reforçaram a necessidade de uma tutela efetiva dos direitos humanos e fundamentais, destacando expressamente que "as crianças e os adolescentes gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana" (Brasil, 2017, art. 2º) e que "a violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos" (Brasil, 2022, art. 3º).

Além desse progresso na seara do direito penal material, também se verificaram avanços na *persecução penal* dos crimes

contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, especialmente em relação ao tratamento dispensado às vítimas. Essa evolução decorreu do reconhecimento de seu papel no processo penal e do necessário reforço nesse tipo de crime, que afeta perenemente as pessoas ofendidas de forma multidisciplinar.

De outro lado, não há como negar que os fenômenos da *globalização* e da *revolução tecnológica* causaram potentes mudanças de velocidade e intensidade nas relações humanas, que alteraram completamente o paradigma da sociedade global do século XXI, de modo que hoje as estatísticas revelam uma realidade bem diferente daquela existente há algumas décadas. Os crimes sexuais dos quais são vítimas as crianças e os adolescentes não são mais vistos como delitos que ocorrem somente em lugares *escuros* e *ermos*. A realidade trazida pelas pesquisas oficiais e pelos balizamentos de dados evidencia que a grande maioria desses delitos ocorrem *dentro de casa*; na maioria das vezes, são praticados por pessoas muito próximas das vítimas e, majoritariamente, contra crianças do sexo feminino.

E, ainda que não seja possível perscrutar as bases de dados oficiais, seria irreal dizer que os delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes já não estejam proliferados na rede mundial de computadores, nos ambientes virtuais das redes sociais e dos aplicativos de plataformizados, nos quais as dimensões de espaço e modo exigem um novo entendimento até de conceitos clássicos como soberania, intimidade e privacidade.

Em um mundo cada vez mais interconectado, prestes a ingressar no segundo quarto do século XXI, observa-se a urgência e a importância do sistema jurídico multinível de proteção para resguardar a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Assim, as estruturas tradicionais dos mais diversos ramos do direito, incluindo o direito penal e o processo penal internos, necessitam *dialogar* e *interagir* permanentemente com as ordens global e regional do direito internacional dos direitos humanos, com o objetivo de promover uma proteção adequada e suficiente.

Essa é a razão pela qual, em termos de proteção regional de direitos humanos, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica –, que assegura um rol de direitos civis e políticos como: a vida, a liberdade, um julgamento justo, a presunção de inocência, à compensação em caso de erro judiciário, à privacidade, à nacionalidade, de participar do governo, à igualdade perante a lei e à proteção judicial.

Assim, como Estado-Parte da CADH, cabe ao Brasil a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades sem qualquer discriminação (Piovesan, 2022, p. 368).

De outro lado, a Convenção Americana, com o intuito de monitorar e implementar tais direitos, estabelece um aparato integrado pela Comissão (CIDH) e pela Corte (Corte IDH) Interamericanas de Direitos Humanos. A primeira tem o dever de fiscalizar, disseminar e acompanhar a prática dos direitos humanos e de garantir que os Estados-Partes da CADH atuem de maneira a tutelar esses direitos. A Corte IDH, por sua vez, figura como um tribunal regional com competência *contenciosa* para o processo internacional de apuração da responsabilidade dos Estados por violações aos direitos humanos.

A contribuição central da Corte IDH é a de *julgar* os casos que constituam graves violações dos direitos humanos, representativos dos principais problemas da região, com o fim de construir parâmetros de interpretação que possam servir de guia para evitar a perpetuação cíclica de tais violações. Em decorrência disso, desenvolveu a teoria do controle de convencionalidade, que foi se aperfeiçoando com o passar dos anos, com a finalidade de fazer com que os integrantes dos sistemas de justiça dos países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) zelassem pela aplicação da Convenção Americana, seguindo o sentido e o alcance interpretativo conferido pelo Tribunal regional.

Atualmente, o controle de convencionalidade constitui o principal instrumento ao alcance dos agentes públicos integrantes

do sistema de justiça e segurança pública para garantirem, a partir dos casos concretos sob sua atuação, a interpretação da Convenção Interamericana e assegurarem a preeminência dos níveis de eficiência do sistema de proteção regional dos direitos humanos no país. Então é preciso perquirir de que maneira os crimes contra a dignidade sexual de pessoas que ainda estão em *peculiar condição de desenvolvimento* podem ser enfrentados, com reais ganhos de eficácia e efetividade na investigação, persecução e eventual condenação daqueles que estejam comprovadamente envolvidos.

Assim, a questão fundamental é: de que forma os parâmetros da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem contribuir para uma maior efetividade no combate aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil? Verifica-se, por conseguinte, se os estândares interpretativos fixados pela CIDH podem contribuir para uma maior eficácia e efetividade na persecução penal dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no contexto brasileiro. Se a implementação desses estândares puder ser viabilizada por meio do exercício do controle de convencionalidade, este atuará como instrumento para a concretização das obrigações processuais penais positivas.

A partir desse panorama, demonstra-se de que maneira o direito internacional dos direitos humanos oferece potencial para aperfeiçoar o sistema de justiça criminal no enfrentamento dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil.

Dessa forma, esta obra baseia-se na análise da Constituição brasileira, de tratados e de convenções de direitos humanos de âmbito global e regional, de leis e de julgados da Corte Interamericana e dos Tribunais Superiores do Brasil, assim como de produções cujos autores lhe conferem o necessário suporte teórico, visando ao conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, além de abordar casos particulares para em seguida alcançar uma questão mais ampla.

O processo de extensiva análise documental, jurisprudencial e de revisão bibliográfica se apoiou em textos legais, artigos científicos, relatórios e outros materiais relacionados à proteção *penal* e *processual penal* nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil para a análise e compreensão das questões relevantes ao tema.

Com a finalidade de contextualizar as questões levantadas no escopo nacional brasileiro, documentos legais, decisões judiciais e relatórios oficiais também fizeram parte do arcabouço analisado no intuito de perscrutar a evolução da tutela jurídica, a jurisprudência da Corte IDH e os dados de estatísticas oficiais sobre crimes contra a dignidade sexual envolvendo crianças e adolescentes.

O FENÔMENO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Neste ponto, a atenção volta-se para a evolução da tutela jurídica, penal e processual penal relacionada ao fenômeno da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil e a respectiva realidade atual dos crimes contra a dignidade sexual infantojuvenil, incluindo os dados oficiais mais recentes.

Em outras palavras, será explorada de forma acurada a evolução da tutela jurídica, penal e processual penal de crianças e adolescentes vítimas de delitos contra sua dignidade sexual, diante do fenômeno alarmante da violência sexual a que estão submetidos no Brasil. A temática, como será constatado, transcende as fronteiras geográficas e socioeconômicas, impactando jovens de diversas localidades e estratos sociais, sendo sua importância inegável, não apenas do ponto de vista da justiça e da ordem social, mas também na defesa dos direitos humanos e fundamentais de uma das parcelas mais vulneráveis da população, com a finalidade de construir uma sociedade verdadeiramente justa, igualitária e solidária.

O foco recai sobre as *múltiplas dimensões* desse fenômeno, a partir do qual se avalia a eficácia das medidas legais e processuais existentes, visando a uma proteção eficiente, que consiga atender ao princípio da *proteção integral*, de que são destinatárias. A violência sexual contra crianças e adolescentes é uma realidade que, muitas vezes, permanece oculta nos recantos da sociedade, no entanto as suas consequências são profundas, duradouras e afetam, além das vítimas, a integridade do sistema de justiça e a saúde da democracia.

Necessário se faz, então, compreender as raízes dessa modalidade de violência, detalhando a evolução da proteção das vítimas infantojuvenis, e averiguar os seguintes aspectos: quais os desafios do sistema de justiça, considerando a questão do consentimento, da presunção de vulnerabilidade e de outros aspectos fundamentais; qual a realidade atual dos crimes contra a dignidade

sexual de crianças e adolescentes tomando por base os dados oficiais mais recentes em âmbito nacional.

A evolução da tutela jurídica conferida às crianças e aos adolescentes

Promover uma proteção jurídica eficiente de crianças e adolescentes sempre foi uma das tarefas mais árduas da humanidade. Até o final do século XIX, elas não possuíam nenhum amparo por parte do Estado e eram consideradas como *coisas*, podendo se afirmar que, perante a lei civil, não havia muita diferença entre uma criança e um cachorro (Saraiva, 2016, p. 29).

Infelizmente, não se trata de uma figura de linguagem. Em 1894, foi a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque[2] que moveu um *habeas corpus* com o objetivo de defender Mary Ellen Wilson, uma menina de 9 anos que era vítima de violência e mantida em cárcere privado por parte dos pais adotivos, Francis Connolly e Mary McCormack[3].

Naquele momento, a sociedade internacional não possuía qualquer preocupação específica com as crianças e não reconhecia necessidade de sua proteção por meio do direito. Todavia, dois eventos alteram esse panorama: (a) o descontentamento da classe operária com as condições de trabalho existentes; e (b) os horrores da Primeira Guerra Mundial (Rossato; Lepore; Cunha, 2018, p. 40). Esses fatores deflagraram, no início do século XX, movimentos sociais em busca de melhores condições laborais, com a redução das jornadas e o estabelecimento de uma idade mínima para o trabalho.

Dessa iniciativa, surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que aprovou duas resoluções com conteúdo protetivo aos interesses de crianças e adolescentes no ano de 1919.

---

2 American Society for the Prevention of Cruelty to Animals (ASPCA).

3 Detalhando o caso: Shelman; Lazoriz, 1999.

Além disso, a associação União Internacional Salve as Crianças[4] atuou firmemente para a elaboração da Declaração de Genebra de 1924 (Carta da Liga sobre as Crianças), primeiro documento internacional com o objetivo de promover a proteção jurídica de crianças, cuja proposta foi apresentada à Assembleia Geral da Liga das Nações.

Em momento posterior à Segunda Guerra Mundial, embalada pela Declaração dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948 e pautada nos princípios da Carta de Genebra, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1959, aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, cujo documento se constituiu um verdadeiro divisor de águas, pois a criança[5] passou a ser vista como *sujeito de direitos*, abandonando-se o conceito de que era *objeto* de proteção.

Não obstante a necessidade de se reconhecer que uma *proteção especial* às crianças foi prevista na Declaração de Genebra (1924) e na Declaração dos Direitos da Criança (1959), efetivamente, em âmbito internacional, a doutrina da proteção integral somente ganhou mais força em 1963, com a realização do Congresso Pan-americano de Mar del Plata, na Argentina, quando a proteção integral foi o tema central dos debates e acabou inserida no artigo 19 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.

Posteriormente, por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, também conhecida como Convenção de Nova Iorque, na esteira da Declaração de 1959, consolidou-se o pensamento de que as crianças devem ser consideradas *sujeitos de direitos* e que fazem *jus* a uma *proteção integral*.

No Brasil, em âmbito Constitucional, a proteção jurídica de crianças e adolescentes seguiu um idêntico caminho. A Constituição

4 L'Union Internationale de Secours aux Enfants.

5 Apenas para lembrar: perante o direito internacional dos direitos humanos, criança é todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 não mencionavam garantias ou qualquer proteção especial à criança e ao adolescente (Liberati, 2012, p. 41). As Constituições de 1934, 1937 e 1946 trouxeram tímidas normas de amparo à infância, sempre dependentes de regulamentação.

Já a Constituição de 1967 acresceu a proibição de trabalho a menores de 12 anos e instituiu o ensino obrigatório e gratuito em estabelecimentos oficiais para a faixa entre 7 e 14 anos, aditada depois pela Emenda Constitucional nº 1/1969 com a garantia de acesso ao ensino de crianças excepcionais (expressão utilizada à época para as crianças com alguma deficiência).

No âmbito infraconstitucional, foi o Decreto Federal nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que criou as primeiras normas de assistência social visando "proteger os menores abandonados e delinquentes" (Brasil, 1923). Posteriormente, o Decreto Federal nº 5.038, de 1º de dezembro de 1926, instituiu o Código de Menores (Brasil, 1926), que foi regulamentado pelo Decreto Federal nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (Brasil, 1927), consolidando as leis de assistência aos menores, cujo instrumento foi denominado de *Código de Mello Mattos*.

Só na segunda metade do século XX é que foi promulgada a Lei Federal nº 6.697/1979, também conhecida como Código de Menores de 1979 (Brasil, 1979). Durante toda essa longa etapa, os atos normativos tratavam dos então chamados menores como objeto de proteção, e não como sujeitos de direitos, seguindo a *doutrina da situação irregular*.

Assim, foi somente com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que o Brasil adotou as diretrizes da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e, influenciado pelos estudos do grupo de trabalho que preparava o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, acabou insculpindo a doutrina da proteção integral no artigo 227, em perfeita integração com o imperativo fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ao ensejo, Emerson Garcia giza que a Constituição Federal de 1988 passou a ser um marco de avanço nas relações do Estado com a pessoa humana, conferindo especial ênfase em relação a crianças e adolescentes, uma vez que eles foram contemplados com um capítulo específico, passando a ser considerados como sujeitos de direitos (Garcia, 2020, p. 376-377).

Menos de dois anos após a promulgação da CF/1988, a Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e materializou as regras para a efetivação da *proteção integral*, estabelecidas sob a premissa de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e devem ser protegidos em sua plenitude. A partir desse momento, desenvolveu-se o mosaico normativo que busca proporcionar a proteção especial (e integral) para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual de crianças e adolescentes no Brasil.

A evolução da tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes

A perspectiva de proteção jurídica apresentada revelou o tardio reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos no Brasil. Nesse contexto, concretizar a proteção dessas pessoas em diversos âmbitos já se mostrava uma tarefa hercúlea, mas se torna mais desafiador quando se considera a necessidade de promover a tutela suficiente desses indivíduos com idade inferior a 18 anos que, de alguma forma, estejam envolvidos em condutas tipificadas como ilícitas e passíveis de reprovação no âmbito da culpabilidade penal, especialmente aquelas que envolvem a violação de sua dignidade sexual.

Para compreender plenamente esse panorama, é essencial fazer uma breve retrospectiva da evolução da proteção *penal* e *processual penal* conferida a crianças e adolescentes no Brasil no contexto das

violações à sua dignidade sexual, a partir do exame da trajetória das leis e dos atos normativos que visavam assegurar a defesa dos direitos desses jovens, identificando marcos importantes e mudanças nas definições legais e nas penalidades associadas a delitos relacionados à dignidade sexual.

Nesse ponto, retomando as concepções dos séculos XVII e XVIII, destaca-se inicialmente a *total ausência* de leis ou atos normativos que tratassem da criminalização de qualquer tipo de violência – não apenas sexual – sofrida por crianças e adolescentes. O direito penal que vigorou no período entre 1603 e 1830 tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino (Pierangelli, 1980, p. 6-8), momento em que crianças eram consideradas animais ou coisas e tinham aproveitada tão somente a sua força de trabalho, especialmente no período escravagista (Bianchini, 2022, p. 25).

Já no início do século XIX, o Código Criminal do Império de 1830 (Brasil, 1830) trouxe alguns tipos penais que tutelavam, embora timidamente, a dignidade sexual de crianças e adolescentes, sendo certo que eles ainda eram tratados como menores, a exemplo dos artigos 219 (estupro), 224 (sedução) e 227 (rapto) (Pierangelli, 1980, p. 167-265). Já o Código Penal de 1890 (Brasil, 1890) previu como crimes os tipos do artigo 266, § único (atentado ao pudor de menor de idade); artigo 267 (defloramento de mulher menor de idade); artigo 270 (rapto) e artigo 277, § único (lenocínio de menores) (Pierangelli, 1980, p. 269-318).

No século XX, a Consolidação das Leis Penais de 1932 (Brasil, 1932) repetiu os tipos do Código de 1890 e, ainda que tenha recebido ajustes e aditamentos para melhor adequação, não houve mudanças relacionadas à melhoria da proteção da dignidade sexual infantojuvenil (Pierangelli, 1980, p. 321-407).

O Código Penal de 1940 (Brasil, 1940), em sua redação original, previa uma agravante genérica no artigo 44, que anunciava tutela de crimes praticados contra crianças no inciso II, alínea *i* (crime

praticado contra criança, velho ou enfermo), que eventualmente poderia incidir quando da prática de tipos penais.

Na parte especial desse instituto, foram previstos os crimes do artigo 213 (estupro – em sua combinação com o artigo 224, alínea a); artigo 214 (atentado violento ao pudor – em sua combinação com o artigo 224, alínea a); artigo 215, § único (posse sexual mediante fraude); artigo 216, § único (atentado ao pudor mediante fraude); artigo 217 (sedução); artigo 218 (corrupção de menores); artigo 227, § 1º (mediação para servir a lascívia de outrem); artigo 228, § 1º (favorecimento da prostituição); artigo 230, § 1º (rufianismo) e artigo 231, § 1º (tráfico de mulheres) (Pierangelli, 1980, p. 410-511).

Com a alteração da Parte Geral do Código Penal de 1984, por meio da Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (Brasil, 1984), a anterior agravante, prevista no artigo 44, foi substituída pela agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea *h* (Brasil, 1940).

É importante registrar que a evolução de proteção se deu em face das peculiaridades de cada momento histórico e à luz do *bem jurídico* objeto da tutela, o que é de fundamental importância, visto que, na atualidade, a tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes em nada se liga ao resguardo da moral ou do pudor público, como já aconteceu outrora.

Os hábitos ligados à sexualidade humana se transformam com o passar do tempo, mas é necessário registrar que o escopo da lei penal é sancionar um dano muito mais relevante do que uma simples transgressão de costumes, como previsto na redação original do Código Penal. Por essa razão é que, na esteira do que leciona Guilherme de Souza Nucci, mostrou-se positiva a reforma do Código Penal, promovida pela Lei Federal nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (Brasil, 2009), ao inserir, no Título VI da Parte Especial do Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual, que abrangem tanto os delitos contra a liberdade sexual (previstos no Título VI – Capítulo I) como os crimes contra vulneráveis (previstos no Título

VI – Capítulo II), em que se incluiu a tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes (Nucci, 2022, p. 9).

Além das previsões constantes do Código Penal, ainda existiram e existem outros delitos previstos na legislação especial, que buscam proteger a dignidade sexual infantojuvenil, destacando-se as previsões da Lei Federal nº 8.069/1990, com os dispositivos iniciais[6] e os decorrentes de atualizações legislativas[7].

Faz-se necessário destacar que, nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, o enfoque da tutela jurídico-penal está sempre vertido sobre a vítima, considerada vulnerável por não ser capaz de exprimir um consentimento válido. Dessa forma, assemelha-se óbvio que as alterações da reforma ocorrida em 2009 não se enquadram dentro de um movimento que possa ser alcunhado de punitivista. Em verdade, o objetivo do legislador foi seguir uma política criminal de proteção às pessoas que ainda estão em situação particular de desenvolvimento e que foram tratadas sem qualquer proteção especial durante a maior parte da história humana.

Dentro dessa perspectiva, foram considerados todos os delitos que possuíssem algum grau de afetação ao bem jurídico da dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil atualmente, especialmente os tipos previstos no artigos 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), além dos previstos nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D da Lei Federal nº 8.069/1990 (ECA).

É preciso salientar que não estão abarcados todos os *crimes contra vulneráveis* previstos no sistema de justiça penal, sendo excluídos os delitos sexuais praticados em face de enfermos, pessoas com deficiência ou de indivíduos que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência a uma agressão de natureza sexual.

6 Tipos penais previstos na redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente.

7 Tipos penais que passaram a integrar o Estatuto da Criança e do Adolescente ao longo do tempo.

No intuito de aprimorar a eficiência e a eficácia na investigação, no processo e no julgamento de crimes que afetem a dignidade sexual de crianças e adolescentes, as questões aqui levantadas não se restringem, portanto, apenas aos delitos acima destacados; compreendem também aqueles que possam ser criados pelo legislador posteriormente, em conformidade com o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

A evolução da tutela processual penal de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual

Em relação à tutela processual penal de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual, também houve uma grande mudança de paradigma relacionada diretamente a dois fatores. O primeiro é a mudança de status jurídico de crianças e adolescentes, que, com a adoção da doutrina da proteção integral, passaram a ser considerados sujeitos de direitos. E o segundo é a recente retomada de alguma importância no papel da vítima, que passou longos anos esquecida no transcurso da persecução penal[8].

Sobre esse último aspecto, não é exagero afirmar que, até na concepção da vitimologia, conforme abordado na sequência, o estudo da vítima e de sua esfera de participação no direito penal e processual penal praticamente não existia[9]. A vítima, por muitos anos, foi excluída da relação processual e tratada como objeto que servia somente para colaborar com a investigação e com a instrução processual. Como destaca Luciane Pötter, ela ficou limitada à condição

8 Ao ensejo, Fabíola Moran descreve que a realidade do direito penal há muitos anos ignora a tríade que compõe a dinâmica estrutural do crime: o agente, sua conduta e a vítima (Moran, 2020, p. 49).

9 Heitor Piedade Júnior aduz que a vítima era *marginalizada* e tratada como *objeto* (Piedade Júnior, 1993, p. 72).

de testemunha-informante, sendo que "todos direcionam o olhar para o delinquente, seus direitos e garantias" (Pötter, 2019, p. 91).

A situação só começou a mudar quando o direito penal, o processual penal, a criminologia e a política criminal passaram a estudar a afetação da vítima de um ilícito penal como fenômeno multidisciplinar, que possuía íntima vinculação a outras áreas do conhecimento. A partir de então, reconheceu-se o potencial científico que se concentrava no estudo do comportamento da pessoa vitimizada, em sua gênese, no seu desenvolvimento e na dinâmica entre o vitimizador (também chamado de vitimário) e sua vítima.

Desenvolveu-se então uma base dogmática com o objetivo de possibilitar condições sociojurídicas para que a vítima superasse o dano sofrido, restituindo-se integralmente, no aspecto material e moral, o seu prejuízo, além de receber a assistência necessária por parte do Estado (Pötter, 2019, p. 92).

Sob essa perspectiva, a ascensão da vitimologia ocorreu com o final da Segunda Guerra Mundial, passando, inclusive, a desfrutar do reconhecimento científico, especialmente após ter se inclinado ao asseguramento de direitos e garantias fundamentais de vítimas penais, incluindo a promoção de sua dignidade (Burke, 2019, p. 71-72). Assim, é possível conceituá-la como uma ciência ligada ao reconhecimento, à proteção e à promoção dos direitos e garantias do ofendido, decorrentes de ato ilícito delituoso, voltadas à sua dignidade e que confiram protagonismo e relevância (Burke, 2019, p. 75).

A partir desses avanços, o estudo da vítima e da vitimização cresceu, destacando-se o advento da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral da ONU, na Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985.

Nesse mesmo ano, a Sociedade Mundial de Vitimologia, que havia sido criada em 1984, foi credenciada como órgão consultivo do sistema onusiano (Jorge, 2015, p. 13). Não se pode deixar de citar os princípios e as diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação

para vítimas de violações e flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário, adotados e proclamados pela Assembleia Geral da ONU na Resolução nº 60/147, de 16 de dezembro de 2005.

Por todos esses fatores, incluindo os números que serão apresentados na sequência, e em razão da exposição midiática[10] daqueles casos paradigmáticos, o legislador brasileiro se viu compelido a promover alterações no direito processual penal nos últimos anos, com a finalidade de incrementar a proteção de crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual.

Sobre isso, destacam-se as alterações causadas pela: (a) Lei Federal nº 13.431/2017, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, tendo por objetivo resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão; (b) Lei Federal nº 13.721/2018, que alterou o Código de Processo Penal para estabelecer que será dada prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher ou violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência; (c) Lei Federal nº 14.245/2021, que alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei Federal nº 9.099/1995, para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer) e, finalmente, (d) Lei Federal nº 14.344/2022, que criou mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, nos termos do § 8º do artigo 226 e do § 4º do artigo 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais, e que alterou o Código Penal, a Lei de

10 Lembrando apenas que não é objeto desta obra o estudo sobre o fenômeno do *populismo penal midiático*. Para um aprofundamento acerca do tema, *Vide*: Gomes; Gazoto, 2016.

Execução Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Crimes Hediondos e a própria Lei Federal nº 13.431/2017.

Tais atos normativos, sem dúvida, introduziram mecanismos e medidas destinados a aprimorar o sistema de justiça e a promover uma tutela mais adequada e eficaz às vítimas do fato criminoso. No entanto, é imprescindível compreender um aspecto crucial relacionado à proteção de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais: a vitimização sequencial, um fenômeno complexo, muitas vezes negligenciado, mas que tem implicações significativas na busca por uma proteção eficiente, na prevenção e no combate à violência sexual.

Em decorrência desse reposicionamento da vítima, a questão da chamada *vitimização sequencial*[11] ou secundária, um dos temas mais relevantes da persecução penal nos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes passou a ser objeto de preocupações e aperfeiçoamento normativo. Nesse contexto, reconhece-se que crianças e adolescentes envolvidos na persecução desses sensíveis delitos, sejam aqueles ocorridos no âmbito intra ou extrafamiliar, devem ser dimensionados como sujeitos que sofreram violação de sua dignidade em uma magnitude que acarreta consequências perenes, colocando em risco seu equilíbrio biopsicossocial de forma duradoura, senão para o resto de suas vidas.

Desse modo, deve-se lembrar que a violência sexual contra crianças e adolescentes é entendida como forma de vitimização primária, enquanto aquela que ocorre no âmbito investigatório, persecutório ou instrutório é a vitimização sequencial ou secundária, que é causada pelo próprio sistema de justiça penal quando vitimiza novamente a criança ou o adolescente.

11 Opta-se pela utilização do termo vitimização *sequencial* por se acreditar ser mais adequado seu uso semântico. Por vezes, a utilização da terminologia *secundária*, ou *terciária*, pode passar a falsa impressão de uma menor relevância dos efeitos dessa vitimização, o que não se apresenta correto, uma vez que muitas crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas podem sofrer uma maior afetação em virtude da vitimização *secundária* à *primária*.

Essa revitimização é a denominada violência institucional, hoje expressamente prevista no artigo 4º, inciso IV, da Lei Federal nº 13.431/2017, que faz das vítimas novamente vítimas, dessa vez do estigma procedimental, que pode dificultar ou até inviabilizar o processo de superação de traumas, provocando sensação de frustração, impotência e desamparo com o sistema de controle social, bem como aumentando o descrédito e a desconfiança nas instituições.

Para reduzir ao máximo os efeitos dessa vitimização sequencial, a já citada Lei Federal nº 13.431/2017 estabeleceu que crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas, serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial, resguardado qualquer contato, ainda que visual, com o acusado. Esse procedimento precisa ocorrer em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade, devendo o depoimento especial reger-se por protocolos e ser realizado, sempre que possível, uma única vez, em sede de medida cautelar de produção antecipada de provas.

Em verdadeiro reforço ao sistema de controle social informal e ao fomentar o desenvolvimento de políticas públicas preventivas, a lei ainda disciplina uma série de direitos e garantias às crianças e aos adolescentes vítimas e testemunhas, bem como uma integração das políticas de atendimento que envolvem o trabalho articulado dos órgãos da saúde, assistência social, educação, justiça e segurança pública.

A evolução da tutela processual relacionada aos delitos ofensores da dignidade sexual de crianças e adolescentes ainda inclui alterações no Código de Processo Penal, como as decorrentes da Lei Federal nº 13.721/2018 e da Lei Federal nº 14.245/2021, que trouxeram a prioridade na realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência contra criança ou adolescente e com a finalidade de coibir a prática de atos atentatórios à dignidade de vítimas e de testemunhas, inclusive por parte dos principais integrantes do sistema de justiça, o que inclui juízes,

promotores, defensores, procuradores, advogados, delegados e membros das forças policiais e de segurança.

Em acréscimo, se a Lei Federal nº 13.431/2017 representou um marco normativo de incremento da proteção persecutória frente à vitimização sequencial, a Lei Federal nº 14.344/2022 veio em seu complemento para promover melhoria no sistema de tutela processual relacionado à proteção contra a vitimização primária de crianças e adolescentes[12]. Nesse sentido, a mencionada lei tratou da assistência multidisciplinar à criança e ao adolescente vítima, incluindo o seu atendimento pela autoridade policial, a previsão de medidas protetivas de urgência em seu favor – e contra o agressor – e dispositivos sobre a proteção do noticiante ou denunciante da violência.

Além de alterações normativas, trazendo novos mecanismos para minorar os efeitos de uma persecução penal na vida daqueles que estão em peculiar situação de desenvolvimento, também é preciso registrar o avanço de consciência no sentido de conferir à vítima criança ou adolescente a valorização como um ser humano dotado de direitos e merecedor de ter sua dignidade respeitada.

Desta feita, e apenas exemplificativamente, na atualidade, não é possível conceber que integrantes do sistema de justiça deixem de (des)considerar elementos existentes na *cultura do estupro*, decorrentes do machismo estrutural, do fenômeno de culpabilização da vítima ou da inversão da culpa, quando se deparam com crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, sejam eles no atendimento, na investigação, na persecução, no julgamento e em eventual execução.

Assim, nos crimes que atingem a dignidade sexual de crianças e adolescentes, como já destacado por César Roberto Bittencourt, é necessário melhorar o processo de investigação, envolvendo terapeutas, assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras,

12 Observe-se que a aprovação de norma protetiva da *vitimização primária* em data posterior somente reforça o argumento da não utilização semântica das formas de vitimização em possível ordem numérica de uma hipotética prioridade.

com a finalidade de auxiliar as vítimas e de facilitar as conversas durante as audiências (Bittencourt, 2017).

Essa questão de melhoria nas investigações e na produção probatória está diretamente ligada a um outro ponto que merece atenção na tutela processual, de forma semelhante ao que ocorre nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra as mulheres, que é o do sopesamento entre a palavra da vítima e a do acusado, especialmente na fase probatória, que traz ao debate de fundo a discussão sobre a tutela da dignidade sexual infantojuvenil em contraposição à presunção de não culpabilidade.

Dentro desse quadrante, para a construção de um direito processual penal que permita um maior acertamento fático, Gregório Assagra Almeida e Rafael de Oliveira Costa apontam como diretrizes fundamentais, dentre outras, a necessidade de ampla interação e integração entre as esferas de atuação na defesa da tutela coletiva (penal e não penal) e a utilização de novos meios de provas (inclusive provas por estatísticas e por amostragem) (Almeida; Costa, 2021, p. 148-149). Tudo isso, enfim, apontando para uma mudança de paradigma em que os integrantes do sistema de justiça criminal deixam de considerar crianças e adolescentes vítimas como simples objetos de investigação ou meios de prova (Jorge, 2005, p. 15) para enxergá-los como pessoas possuidoras de dignidade, a qual deve ser preservada durante a marcha procedimental.

Portanto, à luz das reflexões, torna-se evidente a necessidade de abordar a questão da *vitimização sequencial* (secundária) de forma mais abrangente e sensível, reconhecendo que a violência institucional do sistema processual penal pode agravar o sofrimento das vítimas infantojuvenis. A revitimização não só prejudica o processo de recuperação das vítimas, mas também afeta sua confiança nas instituições de justiça criminal.

Nesse contexto, é fundamental que se adotem medidas práticas para minimizar a revitimização, tais como a preparação adequada das vítimas por profissionais qualificados, a criação de

audiências informais e distintas e o estabelecimento de diretrizes que priorizem o bem-estar das crianças e dos adolescentes envolvidos em casos de violência sexual. Essas medidas são essenciais não apenas para proteger as vítimas, mas também para compreender as características do bem jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, cujo tema será explorado no tópico seguinte.

As características do bem jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes

A análise das normas protetivas de crianças e adolescentes vítimas de delitos contra a dignidade sexual, especialmente sua evolução e produção normativa, pode induzir à conclusão de que a proteção do sistema de justiça criminal é adequada e suficiente no Brasil, contudo não existe uma resposta simples. É que o auferimento da importância do bem jurídico penal nesse tipo de delito, a princípio, acompanha o desenvolvimento da sociedade em suas relações humanas, sopesando-se conforme a evolução dos costumes e tradições que alternam entre uma proteção absoluta ou relativa[13].

É inegável que um crime contra a dignidade sexual de uma criança ou um adolescente atinge um aspecto da dignidade humana, que, tal como exposto por Ingo Wolfgang Sarlet, depois de analisá-la sob diferentes prismas, corresponde:

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

13 Nesse sentido, *Vide*: Nucci, 2022, p. 7.

> a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2011).

Assim, não restam dúvidas que a dignidade humana é tutelada nesses delitos. Contudo, para além de afetar a dignidade humana, é preciso destacar que, por força do princípio da proteção integral, crianças e adolescentes possuem a nota distintiva de estarem em condição peculiar de desenvolvimento, pois se trata de sujeitos de direito que até pouco tempo eram considerados objetos e desmerecedores de qualquer atenção especial.

Com efeito, além da dignidade sexual, deve ser destacada, integrando o bem jurídico penal nesses delitos, a formação moral das crianças e dos adolescentes, de modo que seu amadurecimento sexual necessita da proteção estatal, ao menos em determinadas faixas etárias (Nucci, 2010).

Nesse sentido, cabe destacar que crianças e adolescentes possuem conceitos e opiniões que estão se consolidando, pois sua personalidade ainda está em formação, conforme Sidney Guerra aponta: "crianças e adolescentes são pessoas em processo de desenvolvimento humano, político e social" (Guerra, 2020, p. 325).

Tratando especificamente do estupro de vulneráveis, Cesar Roberto Bittencourt assevera que:

> [...] na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual (Bittencourt, 2017).

Nessa linha de raciocínio, tem-se o magistério de Muñoz Conde, para quem:

> [...] mais que a liberdade do menor ou incapaz, que obviamente não existe nesses casos, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou melhor dito, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que quando seja adulto decida livremente seu comportamento sexual. Em outros termos, nos crimes sexuais que envolvem crianças e adolescentes, mais do que a liberdade sexual, são violadas também a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade em crianças e adolescentes, jovens cujas personalidades ainda se encontram em desenvolvimento, não se pode, consequentemente, falar em 'liberdade sexual' ou autonomia para determinar seu comportamento no âmbito sexual (Conde, 1999, p. 196).

Em verdade, além de proteger a dignidade de crianças e adolescentes, o bem jurídico penal nos crimes que afetam sua dignidade sexual também tem seu foco na *tutela da integridade físico-psíquica* e *moral*. É o mesmo que dizer: crianças e adolescentes possuem direito ao desenvolvimento integral, devendo ter respeitadas as especificidades aludidas no Capítulo II do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata dos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, atualmente previstos entre os artigos 15 e 18-B[14].

Essa proteção a mais, ofertada em favor do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, é exercitável inclusive em face de pais, guardiões, tutores ou agentes do Estado, quando o infante se encontra institucionalizado ou acolhido. Aliás, em decorrência desse direito ao desenvolvimento, a norma que previa a extinção da

14 Em mesmo sentido, e destacando o conteúdo dos arts. 17 e 18, *Vide*: Machado, 2008, p. 147-149.

punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes (antigo artigo 107, inciso VII, do CP), foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 11.106/2005. Afinal, somente uma sociedade marcada por traços de machismo estrutural poderia conceber que o casamento – ou união estável – da vítima com o abusador poderia reparar ou restaurar o desenvolvimento integral da pessoa humana e tornar impunível o responsável pelo ilícito.

Portanto, ao analisar o bem jurídico tutelado nos crimes que afetam a dignidade sexual de crianças e adolescentes, é fundamental compreender que a proteção se estende não apenas à sua dignidade, mas *também* à sua integridade física, psicológica e moral. Essa abordagem é guiada pelo princípio do desenvolvimento integral, que busca garantir que as especificidades e os direitos humanos e fundamentais estabelecidos em sede constitucional bem como internacionalmente sejam respeitados.

Passa-se, então, a retratar a distinção entre presunção de violência e presunção de vulnerabilidade, abordando aspectos cruciais na análise desses crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

A distinção entre presunção de violência e presunção de vulnerabilidade

Um ponto que também não pode deixar de ser analisado quando se trata da proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes diz respeito à alteração promovida pela Lei Federal nº 12.015/2009 em relação ao crime de estupro praticado contra esse grupo. É que a redação anterior previa a possibilidade de ocorrência do estupro (ou atentado violento ao pudor, como previsto na redação original do Código Penal) por meio da utilização de uma norma de extensão que estabelecia uma presunção de violência nas hipóteses

em que o delito era praticado contra vítimas não maiores de 14 anos (artigo 224, alínea *a*, do CP).

Com o objetivo de reduzir as discussões existentes – inclusive no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores – sobre a natureza da presunção de violência (se é absoluta ou relativa) e de garantir maior proteção a essas vítimas, a redação conferida pela Lei Federal nº 12.015/2009 aboliu a presunção de violência e estabeleceu a presunção de vulnerabilidade como critério de política criminal, proibindo a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos (artigo 217-A).

Essa alteração foi importante, pois atuou em consonância com os cânones internacionais de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes e o princípio da proteção integral, estabelecido no artigo 227 da Constituição de 1988 e reafirmado pelo ECA. Isto posto, a vulnerabilidade de crianças e adolescentes decorre do amplo processo histórico, político e social de exclusão pelo qual passaram nos períodos em que sequer eram considerados, equiparados a coisas ou apenas pessoas em situação irregular, bem como em razão das demonstrações científicas de que o desenvolvimento físico-motor e físico-neurológico de crianças e adolescentes ocorre de forma muito específica, envolvendo o desenvolvimento cognitivo e psicológico e a personalidade social.

Entre os dados científicos relevantes que tratam do desenvolvimento humano de crianças e adolescentes, é preciso destacar a teoria dos estágios de desenvolvimento cognitivo, de Jean Piaget, que estabelece o desenvolvimento por etapas, que se seguem mediante gradações sucessivas, cujos experimentos evidenciam que o desenvolvimento lógico humano dura, no mínimo, os 12 primeiros anos de vida (Piaget, 2000).

Assim, é imperioso reconhecer que, no caso dos crimes contra a dignidade sexual cujos sujeitos passivos sejam crianças e adolescentes, é necessária uma leitura atual, à luz do princípio da proteção integral, que possa conferir a real dimensão do bem

jurídico tutelado. Dito de outro modo, a criança ou o adolescente vítima de um ilícito penal dessa magnitude tem a trajetória do seu desenvolvimento interceptada ou refreada. Assim, deixa de haver uma proteção suficiente aos primeiros anos de vida e surge uma enorme gama de implicações socioeconômicas para a própria criança e, além disso, para o próprio desenvolvimento do Estado, bem como lesão aos direitos humanos em sua expressão de direito ao desenvolvimento humano.

Conforme o escólio de Diane Papalia, Sally Wendkos Olds e Ruth Duskin Feldman, pode-se dizer que "o desenvolvimento humano é o estudo da mudança e da estabilidade dos seres humanos ao longo de toda a vida, que procura descrever, explicar, prever e modificar o comportamento". Nesse contexto, eles destacam que o ciclo de desenvolvimento humano pode ser afetado por mudanças quantitativas e qualitativas, assim como pela estabilidade nos domínios físico, cognitivo e psicossocial, sendo correto afirmar que também está sujeito a influências internas e externas (Papalia; Olds, 2006, p. 47).

Dentre essas influências externas ao desenvolvimento, está o fato de ser vítima de um crime sexual, o que leva o ser humano a ser afetado em seus aspectos físico, cognitivo, psicossocial ou mais de um deles ao mesmo tempo (*afetação simultânea*). Nesse contexto, se o ser humano já possui um projeto de desenvolvimento que pode ser afetado pela externalidade de ser vítima de um ilícito penal no curso de sua vida, o que dizer das crianças e dos adolescentes enquanto seres em fase peculiar de desenvolvimento?

Quanto aos possíveis impactos daí decorrentes, é imprescindível valer-se dos estudos trazidos por Helen Bee e Denise Boyde acerca do desenvolvimento neurológico cerebral infantoadolescente. Segundo as pesquisas referenciadas, esse desenvolvimento ocorre não de forma contínua, mas por meio de surtos que variam em função da idade da criança ou do adolescente que estão ligados a pontos específicos do cérebro e a funções cognitivas e psicomotoras (Bee; Boyd, 2011, p. 111-112).

Dentre esses estudos, destaca-se aquele associado a mudanças profundas no córtex pré-frontal (CPF), visto ser responsável pelo processamento executivo que permite crianças e adolescentes a controlarem e organizarem conscientemente seus processos de pensamento (Bee; Boyd, 2011, p. 112).

Assim, ser vítima de um delito dessa natureza inquestionavelmente causa marcas no desenvolvimento de qualquer criança ou adolescente. E, se assim o é, não se pode reconhecer que o bem jurídico penal lesado nesse tipo de delito tenha o mesmo alcance e extensão do que se outra fosse a vítima.

Por outro lado, o fato de o legislador penal ter seguido a política criminal de definir a presunção de vulnerabilidade por meio do critério etário, sendo, desse modo, objetivo, tendente a impedir tergiversações e seguindo a política criminal já desenvolvida pelo Código Penal. O artigo 115, por exemplo, estabelece causas de redução de prazos de prescrição justamente usando o critério da idade (objetivo) e nem por isso os tribunais estão construindo teses para relativizar o tema ou autores estão discorrendo sobre a possibilidade de incidência (ou não) do instituto se o agente tivesse praticado o crime um dia antes ou um dia depois.

A opção do legislador penal foi clara e objetiva ao estabelecer a presunção absoluta de vulnerabilidade. Ainda assim, os órgãos do Poder Judiciário continuaram a prolatar decisões relativizando o que se estabeleceu de forma absoluta, de modo que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, em 25 de outubro de 2017, necessitou editar a Súmula nº 593, que diz:

> [...] o crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (Brasil, 2017).

Além da súmula, as conclusões foram consolidadas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.480.881/PI (Tema 918), no qual se discutia se a aquiescência da vítima menor de 14 anos possui relevância jurídico-penal para afastar a tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 12.015/2009 – estupro de vulnerável. A tese firmada estabeleceu que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (Brasil, 2015).

No mesmo sentido, Renato Marcão e Plínio Gentil destacam que "a lei estabelece um marco objetivo, que é a idade da vítima, impossível de ser superado por avaliações acerca de suas condições pessoais e das circunstâncias do caso" (Marcão; Gentil, 2018, p. 168). Não obstante, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais permaneceram, quase revelando a essência de uma sociedade patriarcal e machista, que ainda possui extrema dificuldade em lidar com normas protetivas que militam em favor de grupos de pessoas marginalizadas em grande parte do processo civilizatório.

Dessa forma, em uma nova tentativa de eliminar as interpretações infraprotetivas, a Lei Federal nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 (Brasil, 2018), mais de nove anos após a reforma nos crimes contra a dignidade sexual (Lei Federal nº 12.015/2009), fez inserir o § 5º ao artigo 217-A do Código Penal, dizendo expressamente que as penas se aplicam independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Em direção similar, o que se observa é que o Brasil tem buscado implementar não apenas uma política de governo, mas uma política de Estado para a proteção da dignidade sexual de

crianças e adolescentes. A utilização do critério da presunção de vulnerabilidade, adotada em 2009, foi ratificada em 2018, em momentos com representantes dos Poderes Executivo e Legislativo diversos, após mais de nove anos de amadurecimento jurisprudencial, evidenciando que a fixação da proteção em razão da idade foi uma eleição político-criminal, que não pode ficar indefinidamente dentro da esfera de discricionariedade do órgão julgador.

Não obstante a clareza da norma e da política criminal adotada, recentemente o eg. STJ manteve posicionamento de rejeição de ação penal pública, gerando questionamentos acerca da eficácia dessas políticas na prática. Esse foi o posicionamento adotado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.977.165/MS, pelo ministro relator Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região) e pelo relator para acórdão ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023.

O caso aborda uma denúncia sobre um crime de estupro de vulnerável praticado por um homem de 19 anos contra uma menina de 12 anos, no qual o juízo de primeiro grau rejeitou a denúncia com base em depoimentos prestados perante a polícia e, portanto, sem que houvesse o contraditório judicial. O eg. TJMS, por sua vez, mandou o processo seguir com base no Tema 918 e na Súmula 593, ambos do STJ, porém a 6ª Turma do STJ deu provimento ao recurso especial para rejeitar a denúncia. Destaque-se que foi a primeira vez que o colegiado aplicou um *distinguishing* (distinção) em relação ao tema e ao enunciado sumular sem permitir sequer a produção de provas.

É que a técnica da distinção, nesse julgado, não foi usada para afastar a condenação que, no caso concreto, pudesse se mostrar mais prejudicial por desestabilizar o núcleo familiar formado entre a vítima e seu suposto agressor. A novidade foi que

venceu a tese da rejeição da denúncia, impedindo qualquer maior esclarecimento fático[15].

O voto condutor, assentando-se nas peculiaridades de a diferença de idade entre a vítima e o acusado ser de apenas seis anos[16] e no fato de que do relacionamento, em tese aprovado pelas famílias, foi gerado um filho, concluiu que o comportamento do denunciado não colocou em risco a sociedade e o bem jurídico protegido pelo artigo 217-A do Código Penal e que não se registraria proveito social com uma possível condenação.

Esse caso, apreciado em meados do ano de 2023, mais de 14 anos após a reforma dos crimes contra a dignidade sexual, 5 anos após o reforço congressual decorrente da Lei Federal nº 13.718/2018 e já com jurisprudência consolidada por meio de Tese e Enunciado de Súmula do próprio STJ, revela o quão refratário está o Poder Judiciário brasileiro em levar a efeito uma proteção suficiente ao atender o princípio da prioridade absoluta e proteger a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Ainda que sejam pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, que não possuem o desenvolvimento biopsíquico necessário para expressar o consentimento válido, crianças e adolescentes têm tido sua vontade considerada autodeterminante para isentar a responsabilidade penal do agressor. Por essa razão, prossegue-se na exposição em detalhes das nuances desse (im)possível ato de autonomia individual e seu impacto no tratamento legal de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil.

---

15 Aliás, o posicionamento adotado pelo STJ no caso apresentado também afronta a garantia constitucional da tutela penal por meio da ação e do processo penal, seguindo as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira (Oliveira, 2009, p. 11-63).

16 Aparentemente, o voto condutor procura "transplantar" no direito brasileiro, com adaptações, a chamada "exceção de Romeu e Julieta", consistente na tese defensiva de que o agente que praticar sexo consensual com uma pessoa menor de 14 anos não deve ser condenado se a diferença entre ele e a vítima não for superior a 5 anos.

O consentimento como elemento central nos crimes contra a dignidade sexual

No âmbito dos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis (previstos no Título VI – Capítulo II), que incluem aqueles em razão da idade (objeto desta obra), um elemento central e incontornável é o consentimento válido. Essa questão se encaixa no cerne dos delitos contra a dignidade sexual em vigor na maioria dos países do mundo, que se concentra na presença ou ausência desse consentimento[17].

Essa impossibilidade está diretamente ligada ao eixo central dos crimes contra a dignidade sexual, que é o consentimento válido. A ausência de consentimento é usualmente expressada pela simples palavra ou gesto de negação (não é não), mas também está presente em hipóteses de emprego de violência, grave ameaça, fraude e delitos, que tenham como sujeitos passivos crianças e adolescentes.

Com efeito, observa-se que, em relação à dignidade sexual, o ponto específico de tutela penal é a coerção não consentida para a prática sexual. Não sem razão, a Lei Federal nº 12.845/2013 (Brasil, 2013) passou a definir violência sexual como qualquer forma de atividade sexual não consentida (artigo 2º). A legislação vai ao encontro do que já preconizava a Organização Mundial da Saúde (OMS), que considera violência sexual qualquer ato consumado ou tentado sem o consentimento da mulher, inclusive o decorrente do temor psicológico (Drezett, 2018, p. 141).

Em se tratando de delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, esse consentimento (concordância ou aquiescência) não é válido ante as normas protetivas previstas na Constituição Federal e no ECA. No mesmo sentido da invalidade, é o escólio de Renato de Mello Jorge Silveira, para quem, em casos

17 Lembrando que também são crimes contra vulneráveis, mas que não estão abrangidos no tema desta obra aqueles praticados contra os enfermos ou deficientes mentais e os que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

nos quais envolvam menores de idade, fica afastada a possibilidade de qualquer anuência por parte da vítima (Silveira, 2008, p. 236).

Tal como leciona Guilherme de Souza Nucci, essa forma de proteção dos interesses de crianças e adolescentes também tutela a sua liberdade sexual, especificando, ainda que de forma inversa, que "os menores têm a liberdade de não ter relações sexuais antes de atingir a maturidade" (Nucci, 2022, p. 10). Também é o ensinamento de Marta de Toledo Machado, que destaca um "dever de abstenção dos adultos de praticar ato sexual de relevo com (ou contra) crianças e adolescentes" (Machado, 2008, p. 168).

Portanto, compreender a dimensão do consentimento nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes é fundamental para uma análise racional desse cenário. A garantia de que os jovens estejam protegidos de qualquer forma de coerção não consentida é o pilar central de nossa legislação e política de proteção da infância e adolescência.

É por essa razão que, atendendo ao princípio da proteção integral, às normas internacionais de proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes e, até mesmo, para colocar um ponto final na cizânia jurisprudencial, que o Poder Legislativo brasileiro – leia-se: o Congresso Nacional[18] – deliberou a aprovação das Leis Federais nº 12.015/2009 e nº 13.718/2018, consolidando a mudança de parâmetro da presunção de violência para presunção de vulnerabilidade, como

18 Nesta senda, é importante destacar as palavras de Luiz Guilherme Marinoni ao tratar do tema dos consensos morais razoáveis e desacordos morais razoáveis. Sustenta o autor que determinadas questões devem ser decididas exclusivamente pelo Parlamento. Embasado pela doutrina de Jeremy Waldron, Marinoni lembra que não é razoável que se pretenda obter consenso sobre questões morais. Nesse aspecto, determinadas questões morais devem ser resolvidas por uma decisão pautada no resultado da votação dos representantes do povo, desde que a decisão parlamentar não negue o consenso moral predominante na sociedade. Assim, sem negar, em qualquer momento, a teoria do controle de constitucionalidade, o autor sustenta que a Corte Constitucional só pode efetivar o controle na hipótese de resistência desrazoável, destituída de justificativa legítima e violadora de direitos fundamentais. (Marinoni, 2022, p. 94-96).

destacado no item precedente, posição que foi assentada pela posterior jurisprudência dos tribunais superiores.

Não é por outro motivo que se entende que a presunção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes tem caráter absoluto, decorrente de um longo processo histórico, cultural e sociológico, que se alia ao desenvolvimento biopsicossocial e que, portanto, não pode ser afastado por ato de suposta aquiescência da vítima – e mesmo de seus representantes – em relação a uma eventual experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Não há que se falar, portanto, em uma relativização da vulnerabilidade, ainda que a vítima confira seu consentimento porque, nessa idade, tal permissão seria viciada e, por consequência, considerada inválida. Logo, mesmo que a vítima tenha experiência sexual anterior, isto é, seja namorada do autor do fato, ainda assim haverá a lesão ao bem jurídico.

Desconsiderar o elemento objetivo – idade – para atingir a dignidade sexual de crianças e adolescentes significa admitir teses que permitem ao órgão julgador algo que não foi lhe conferido pela legislação, que seria a possibilidade de uma avaliação subjetiva sobre a vulnerabilidade da vítima. Se isso ocorrer, desloca-se o centro gravitacional dos crimes contra a dignidade infantojuvenil da vulnerabilidade da vítima para a conduta do acusado, praticamente voltando-se ao período anterior à reforma de 2009.

Assim, nos delitos que ofendem a dignidade sexual de crianças e adolescentes, por força da lei, o consentimento da vítima é irrelevante, seguindo-se a política criminal definida pelo Estado brasileiro. A regra parece bem clara: é vedado o relacionamento sexual de adulto com menor de 14 anos, sendo este um imperativo legal, que não admite a aquiescência de quem não tem maturidade para expressá-la.

Guilherme de Souza Nucci também pontua sobre isso: "[...] o acerto da posição dos tribunais que vedam qualquer análise do comportamento sexual da pessoa menor de 14 anos – se promíscuo

ou não – visto não haver discernimento suficiente para tanto". E ele arremata dizendo que "[...] muitas situações precisam ser tuteladas pelo direito penal, em prol da real proteção à sexualidade das crianças e dos adolescentes" (Nucci, 2022, p. 98).

Admitir o retrocesso nessa seara permitiria o aumento da insegurança jurídica, visto que seria indutora de uma propulsão de todo tipo de argumentação pelos acusados, com o objetivo de demonstrar que a vítima não era concretamente vulnerável. Seria abrir uma porta para o retorno de teses já ultrapassadas, como a exigência de grau de resistência das vítimas crianças e adolescentes, a necessidade da existência de contato físico para a configuração do delito ou, até mesmo, outras de duvidosa constitucionalidade, a exemplo daquela que utilizava a legítima defesa da honra em casos de feminicídio ou de agressão contra mulheres (tese reconhecida como inconstitucional pelo STF, a qual proferiu que seu uso contraria os princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero) (Brasil, 2023).

O entendimento de tais aspectos será ampliado na sequência ao verificar informações baseadas em dados concretos e pesquisas oficiais que retratam a situação atual desses crimes no Brasil. Esses levantamentos são essenciais para direcionar políticas públicas e estratégias de combate a essas violações, sempre com o intuito de assegurar um ambiente seguro e protegido para as crianças e os adolescentes.

A análise dos índices e dados de pesquisas oficiais sobre crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes

Embora se tenha visto a evolução penal e processual na tutela dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, além de importantes elementos decorrentes da reforma do capítulo dos crimes contra a dignidade sexual no Código Penal, a verdade é

que, o ponto nodal diz respeito à constatação sobre a real eficiência dessas alterações. Assim, é preciso responder as seguintes questões: as mudanças legislativas e dogmáticas conseguiram promover uma proteção eficiente a crianças e adolescentes vítimas de crimes contra a dignidade sexual no Brasil? Houve alteração concreta na realidade?

Tais questionamentos justificam uma análise mais depurada sobre os índices e dados resultantes de pesquisas oficiais, que abordam a incidência de crimes sexuais contra crianças e adolescentes no Brasil. Somente uma abordagem detalhada desses dados poderá fornecer um panorama acurado da dimensão desse problema e possibilitará uma compreensão mais robusta das tendências subjacentes e das áreas em que as medidas de intervenção são mais urgentes.

Nesse norte, a ONU estima que aproximadamente 1 bilhão de crianças no mundo são vítimas da violência todos os anos[19], cuja informação consta no *Global Status Report on Preventing Violence against Children 2020*, um relatório publicado de forma conjunta pela OMS, pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) em julho de 2020.

O documento foi compilado com base em uma pesquisa realizada entre 2018 e 2019, com respostas de mais de mil decisores políticos de 155 países, e detalha a situação da violência contra crianças, esclarecendo que quase a metade delas sofre violência física, sexual e psicológica com regularidade. Também é possível se aferir que, em quase 88% dos países pesquisados, existem legislações de proteção aos menores, mas menos da metade (47%) aplica essas leis.

Especificamente sobre a violência sexual, ainda que os dados não indiquem marcadores sociais específicos, o estudo estima que 120 milhões de meninas e jovens tenham sofrido algum tipo antes de completarem 20 anos, acentuadamente em países de menor renda (ONU, 2020). Trata-se de uma situação de alerta, posto

19 Aproximadamente, portanto, 12,5% de toda a população mundial.

que se constata que metade da população infantil do mundo sofre agressões e tem os seus direitos básicos desrespeitados, exatamente na fase mais importante de seu desenvolvimento.

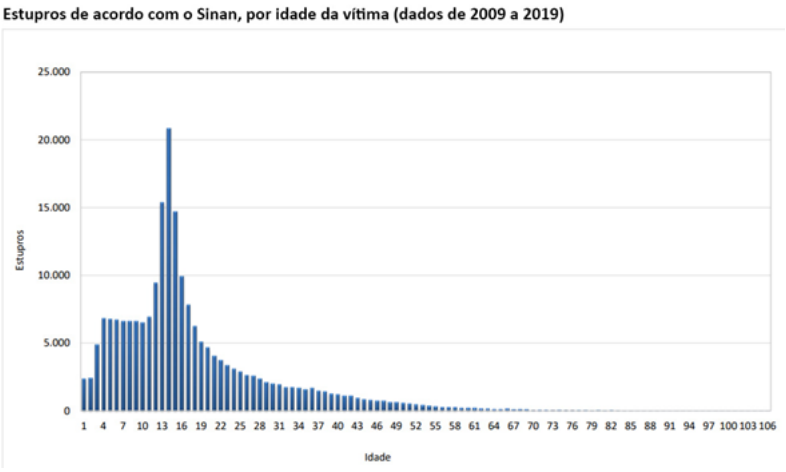
Nesse sentido, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) lançou um estudo alarmante em março do ano de 2023, revelando que o Brasil enfrenta uma crise grave no que diz respeito a crimes sexuais, estimando-se que ocorram cerca de 822 mil casos de estupro no país a cada ano, equivalente a dois casos por minuto (Ipea, 2023). O estudo apontou ainda que a relevância da taxa de atrito é inegável, uma vez que apenas 8,5% dos casos de estupro chegam ao conhecimento da polícia e somente 4,2% são identificados pelo sistema de saúde. Isso significa que a esmagadora maioria das vítimas permanece desamparada e sem justiça (Ipea, 2023).

A situação é extremamente preocupante, pois, além da questão da impunidade, muitas vítimas de estupro enfrentam uma lacuna no atendimento à saúde. As descobertas são embasadas em um estudo fundamentado em dados da Pesquisa Nacional da Saúde do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNS/IBGE) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Ministério da Saúde. O ano de 2019 foi o ponto final de referência para esses dados, diante da dificuldade de coletar outros mais atualizados no período da pandemia de covid-19, vivenciada entre os anos de 2020 e 2022.

Destaca-se que, a partir do ano de 2001, com a implementação da Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências (PNRMAV) (Brasil, 2001), foi iniciado o desenvolvimento de um sistema de notificação compulsória de ocorrências, abrangendo as várias unidades de saúde, que foi gradualmente estruturado e integrado ao Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN).

Assim, ao analisar as informações coletadas pelo SINAN (2021), constata-se que a maioria dos casos de estupro acontece entre adolescente, atingindo seu pico aos 13 anos, conforme evidenciado na imagem a seguir.

Figura 1 – Dados divulgados pelo Sinan (2009–2019)



Fonte: Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde (2021)

Ainda que o gráfico apresente o pico dentro dos limites ora abordados (crianças e adolescentes), é importante destacar que podem existir discrepâncias de subnotificação dentro do SINAN, entre os grupos de maiores e menores de idade, que, de acordo com estudos divulgados pelo Ipea, podem ser atribuídas a algumas razões, das quais duas se referem aos menores de idade.

A primeira delas reside na possibilidade de que essa diferença derive da obrigação de notificação de violências contra crianças e adolescentes (até 19 anos), quando ocorrem em contextos extrafamiliares ou comunitários, enquanto essa obrigatoriedade não se aplica no caso de vítimas maiores de 19 anos[20].

A outra trata do caso das vítimas menores de idade que, além de cuidarem de si mesmas, na medida do possível, frequentemente recebem atenção e cuidado, sobretudo de familiares, e, ao receberem

20 Embora o ECA defina criança na faixa etária de 0 a 11 anos e adolescente na faixa etária de 12 a 18 anos, o Ministério da Saúde adota a faixa etária definida pela OMS, sendo criança a faixa de 0 a 9 anos e adolescentes de 10 a 19 anos (Viana, 2022, p. 2.364).

mais apoio e atenção, pode facilitar a identificação de casos de estupro e, por consequência, levar a uma maior taxa de notificação.

Ao analisar os dados da SINAN, verifica-se um aumento nos casos de estupro até os 13 anos de idade, seguido de uma diminuição contínua até os 70 anos. Contudo, é importante ressaltar que o gráfico serve apenas para ilustração e não proporciona evidências concretas para afirmar a presença ou ausência de uma subnotificação significativa de casos em relação às vítimas adolescentes e crianças das demais faixas etárias.

Ainda sobre a necessidade de contar com maiores estudos e dados sobre a temática, conforme sinalizado por Helder Ferreira e colaboradores, em uma pesquisa divulgada pelo Ipea em 2023, verifica-se que no:

> [...] campo da justiça criminal, temos atualmente [apenas] duas séries temporais nacionais de estupro produzidas a partir dos boletins de ocorrência registrados pelas polícias civis. A primeira é produzida pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp). [...] A segunda base de dados é produzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Ferreira, 2023).

Diante disso, buscou-se verificar, no âmbito das políticas voltadas para crianças e adolescentes, outros sistemas de notificação de violência. No ano de 1997, foi instituído o Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes, que, após a transferência de sua operacionalização para o governo federal, em 2003, foi renomeado como Disque Direitos Humanos, em 2006, sendo posteriormente expandido para incluir outros grupos vulneráveis.

A partir de 2010, o serviço passou a abranger também as pessoas idosas, LGBTQIAP+ e em situação de rua, seguido

pela inclusão de pessoas com deficiência, em 2011, e pessoas em restrição de liberdade, em 2013, entre outros segmentos. Assim, no contexto específico dos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes, a relevância do Disque Direitos Humanos torna-se ainda mais pronunciada.

Ao proporcionar um canal direto para denúncias, o sistema torna-se um aliado crucial na luta contra abusos ocultos e exploração desses grupos vulneráveis. Além disso, sua capacidade de encaminhar vítimas para serviços de apoio e assistência legal desempenha um papel significativo na proteção e na recuperação das vítimas. A mera existência desse sistema também sinaliza um compromisso firme com a promoção de uma cultura de respeito aos direitos humanos e à dignidade, influenciando potencialmente mudanças culturais e legislativas mais amplas.

Outra instância de notificação é o Sistema de Informação para a Infância e a Adolescência (SIPIA), supervisionado pelo governo federal. Esse sistema é responsável por registrar e processar informações referentes à proteção e defesa dos direitos fundamentais estabelecidos no ECA (Brasil, 2022)[21].

Especificamente, o SIPIA abarca denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes, integrando um módulo destinado ao registro de informações por parte dos conselheiros tutelares. No entanto, em consulta ao site da instituição, não foi possível localizar um relatório específico sobre violência sexual contra crianças e adolescentes[22].

Outro dado relevante foi levantado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), que conduziu um levantamento abrangente a partir das denúncias

21 O art. 23, § 5º, diz que cabe ao Poder Executivo Federal instituir e manter o SIPIA.

22 BRASIL. Sistema de Informação para a Infância e Adolescência (SIPIA). Conanda. Busca realizada em: https://sipiact.treina.mdh.gov.br/relatorio/violacoes-por-direito-violado. Acesso em: 17 jul. 2023.

registradas pelo Disque 100 (Disque Direitos Humanos). Durante o ano de 2019 (Brasil, 2019), os dados relacionados às violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes representam cerca de 55% do total de denúncias recebidas, totalizando 86.837, sendo 14% a mais em relação a 2018, que teve um total de 76.216 denúncias (Brasil, 2021).

O relatório do MMFDH fornece uma visão mais detalhada do perfil das vítimas e dos contextos em que a violência ocorre, destacando que, ao traçar um perfil das vítimas de violência sexual entre crianças e adolescentes, o ministério identificou que essas vítimas compartilham, em grande parte, o perfil observado globalmente nas denúncias de abuso, ratificando que esse grupo vulnerável é o mais denunciado, o que impacta significativamente o perfil prevalente.

Já no que diz respeito ao gênero, o levantamento feito em 2019 sinalizou que 55% das vítimas são do sexo feminino, enquanto 45% são do sexo masculino, indicando uma tendência de maior vitimização de crianças e adolescentes do sexo feminino em proporção superior à distribuição populacional.

Quanto à idade das vítimas, o estudo adotou a faixa etária entre 0 e 17 anos. As denúncias de vítimas do sexo masculino estão mais concentradas nas idades de 4 a 7 anos e 8 a 11 anos, o que contrasta com as vítimas do sexo feminino, em que a distribuição é mais uniforme. Vale ressaltar que as vítimas do sexo feminino, especialmente as adolescentes, apresentam uma vitimização mais acentuada, cerca de 1,5 vezes maior do que a dos adolescentes do sexo masculino.

Em relação à escolaridade, a maioria das vítimas possui nível fundamental incompleto, compreendendo 83,8% delas, indicando uma correlação entre o nível de escolaridade e a idade das vítimas. Já quanto à etnia, os dados publicados indicam que a maioria das vítimas é branca (46%) ou parda (42%). Essa distribuição

também segue a tendência da população geral e não demonstra uma vitimização étnica substancialmente diferenciada.

Além disso, no que se refere a crianças e adolescentes portadores de deficiência, as denúncias indicam que 95% das vítimas não possuem deficiência. Entre aqueles com deficiências (5%), mais de 75% são mentais ou intelectuais.

Corroborando com esse número, por sinal, bastante assustador, em outubro de 2021, o Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) lançaram o Panorama da Violência Letal e Sexual contra Crianças e Adolescentes no Brasil (UNICEF, 2021).

Trata-se de uma pesquisa inédita com a análise dos boletins de ocorrência das 27 unidades da Federação, do período entre 2016 e 2020, obtidos mediante o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo FBSP, e por meio da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011). Segundo o levantamento, 35 mil crianças e adolescentes de 0 a 19 anos foram mortos de forma violenta no Brasil, sendo uma média de 7 mil por ano. Além disso, de 2017 a 2020, 180 mil sofreram violência sexual, uma média de 45 mil por ano.

Ainda no mesmo sentido, em novembro de 2021, o FBSP, em parceria com a Fundação José Luiz Emydio Setúbal, publicou o relatório Violência contra Crianças e Adolescentes (2019-2021) (FBSP, 2021). O trabalho é uma compilação das informações de boletins de ocorrência, abrangendo violências letais e não letais contra crianças e adolescentes de 12 unidades da Federação[23], no período entre 2019 e 2021, relativos aos crimes de: maus-tratos (artigo 136 do CP) e artigo 232 do ECA); lesão corporal dolosa em contexto de violência doméstica (artigo 129, §9º, do CP); exploração sexual (artigo 218-B do CP e artigo 244-A do ECA); estupro (inclui estupro de vulnerável

23 Alagoas, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pará, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo.

– artigo 217-A do CP) e mortes violentas intencionais (homicídios dolosos – artigo 121 do CP, feminicídios – § 2º, inciso VI do artigo 121 do CP, latrocínios – § 3° do artigo 157 do CP, lesões corporais seguidas de morte – § 3° do artigo 129 do CP e mortes decorrentes de intervenção policial – artigo 121 e § 3° do artigo 129 do CP), que considerou dados cujos crimes tiveram vítimas de 0 a 17 anos entre 2019 e o primeiro semestre de 2021.

Dos 129.844 registros compilados nas 12 unidades da Federação com vítimas de 0 a 17 anos, 56,6% são de estupro; 21,6% de maus-tratos; 18,1% de lesão corporal dolosa em contexto de violência doméstica; 2,9% de mortes violentas intencionais e 0,8% de exploração sexual. Os dados foram configurados em uma tabela seccionada por faixa etária, utilizando a divisão que segue parcialmente aquela determinada pelo DATASUS, que, por sua vez, segue a determinação da OMS.

Ao potencializar todos esses dados, em 20 de julho de 2023, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) publicou o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, apresentando e analisando os dados de registros da polícia, com números sobre crimes e violência no Brasil. Em relação aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, chama a atenção o aumento nos casos de estupro de vulnerável.

Em 2019, 53,8% da violência sexual foram contra meninas com menos de 13 anos, cujo percentual subiu para 57,9% em 2020 e 58,8% em 2021. Proporcionalmente, o número de casos de estupro de vulnerável aumentou muito mais do que o de estupro comum. O total de casos de estupro aumentou de 43.427 para 45.994, dos quais 61,3% (35.735 casos) foram cometidos contra meninas menores de 13 anos.

Em relação aos dados dos acusados, a proporção segue a mesma das edições anteriores do Anuário. Dessa vez, 95,4% são homens e 82,5% conhecidos da vítima, sendo que 40,8% eram pais ou padrastos; 37,2%, irmãos, primos ou outro parente e 8,7%, avós. O local da violência também permanece inalterado:

76,5% dos estupros acontecem dentro de casa. Em relação ao sexo da vítima, 85,5% são meninas, mas meninos também são vítimas (FBSP, 2023).

Embora o Brasil ainda sofra em decorrência da falta de bancos de dados confiáveis sobre um indicador de apuração de crimes, é fato que a utilização do índice elaborado pelo Instituto Sou da Paz (ISP), *Onde mora a impunidade?* (ISP, 2021), cruzados com elementos constantes do relatório *Justiça em Números* (Brasil, 2021), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível se chegar a duas conclusões: é baixo o índice de elucidação de crimes (o que inclui a violência à dignidade sexual infantojuvenil) e a prestação jurisdicional ainda é excessivamente morosa no sistema de justiça criminal brasileiro.

Isso naturalmente leva ao desprestígio do sistema de justiça e à impunidade, o que alimenta a criminalidade. Consequentemente, a vítima e seus familiares ficam sem uma resposta adequada ao que vivenciaram e os direitos protegidos permanecem absolutamente desguarnecidos diante dessa situação.

A CIDH sublinhou que a impunidade em relação às violações de direitos humanos impacta na avaliação da qualidade da democracia, do Estado de direito e no crescimento de um sentimento de descrença nas instituições de segurança e justiça, afirmando "[...] ser necessário que os Estados tenham o enfrentamento à impunidade em relação a violações de direitos humanos como um eixo central de sua agenda política" (CIDH, 2021, p. 132).

A percepção geral é que o Estado brasileiro está enfrentando dificuldades no combate à violência, com exceção de algumas melhorias pontuais em determinadas regiões e em alguns momentos. Essas deficiências abrangem desde a prevenção do crime, incluindo desigualdades sociais acentuadas, falta de policiamento ostensivo, limitações nas condições materiais de investigação e baixos níveis de escolaridade, até as questões relacionadas aos órgãos responsáveis pela legislação, persecução e julgamento penal. Tais desafios também

se estendem ao sistema de execução penal, que frequentemente é caótico e carece de credibilidade (Coêlho, 2016).

Importa consignar, mais uma vez, a observação feita pela CIDH acerca da impunidade, que "[...] produz uma ação amedrontadora nas pessoas, que passam a não denunciar os crimes sofridos e a continuar experimentando ciclos de violência e manutenção de organizações criminosas" (CIDH, 2023, p. 131).

Diante dos dados e pesquisas oficiais alarmantes, é evidente que a proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil é uma questão urgente. Está claro que o país enfrenta desafios significativos em vários níveis, desde a prevenção da violência até a investigação e punição de crimes dessa natureza. A impunidade persistente não apenas mina a confiança nas instituições de segurança e justiça, mas também perpetua um ciclo de violência, que afeta direta e profundamente a vida de jovens em todo o Brasil.

A seguir será delineado o contexto do direito internacional e de que forma as normas e os tratados internacionais se aplicam à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes em relação à dignidade sexual. A compreensão das obrigações do Brasil perante a comunidade internacional é fundamental para desenvolver políticas e práticas mais eficazes no combate à violência sexual e à impunidade, buscando garantir um ambiente mais seguro e justo para as gerações futuras.

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO PENAL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

Nas páginas a seguir identifica-se o processo de aproximação do direito internacional dos direitos humanos em relação ao direito penal e processual penal, assim como suas consequências, e como a teoria dos deveres de proteção e a dupla face dos direitos humanos e do princípio da proporcionalidade podem contribuir para a definição de estratégias mais eficazes no enfrentamento dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil.

Essa conjuntura é importante para compreender a relevância do contexto internacional na proteção dos direitos humanos e fundamentais, explorando os impactos do direito internacional dos direitos humanos sobre o direito penal e o direito processual penal. Inicialmente, é detalhada a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, considerando o processo de internacionalização do direito penal e processual penal. Em seguida, passa-se à análise das consequências desse fenômeno de internacionalização sobre o ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange à legislação penal e processual penal.

Dentro desse contexto, também se investiga a base teórica dos deveres de proteção, destacando a dupla face dos direitos humanos e do princípio da proporcionalidade. Por fim, foi examinada a proteção dos direitos humanos sob uma perspectiva constitucional e convencional, especialmente por meio dos mandados de criminalização, com a finalidade de compreender as obrigações internacionais do Brasil e seu impacto na proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes e oferecer um panorama ampliado desse complexo cenário jurídico.

Direitos humanos, direitos fundamentais e o processo de internacionalização do direito penal e processual penal

É amplamente difundida a tese da diferenciação terminológica que existe entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Os autores asserem que os *direitos do homem* seriam aqueles aptos à proteção global do ser humano e válidos em todos os tempos, referindo-se a uma visão jusnaturalista dos direitos naturais. Os *direitos fundamentais*, por sua vez, equivaleriam àqueles direitos dos cidadãos que já estão incorporados à ordem interna por meio de sua positivação constitucional. Derradeiramente, os *direitos humanos* seriam aqueles ligados diretamente ao direito internacional, provindo de normas da ordem internacional, do sistema global ou dos sistemas regionais de proteção[24].

Visando enfatizar essa diferenciação, Valério de Oliveira Mazzuoli destaca:

> [...] ambas as expressões analisadas – *direitos do homem* e *direitos fundamentais* – diferem do conceito de "direitos humanos", por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos ("direitos do homem"), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados ("direitos fundamentais"). Assim, quando se fala em "direitos humanos", está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados e declarações ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano da proteção *internacional* (Mazzuoli, 2019, p. 27).

24 Ao ensejo: Canotilho, 2003, p. 393-398; Comparato, 2015, p. 71 e 239; Ramos, 2019, p. 34-40; Sarlet, 2009, p. 27-35; Weis, 2014, p. 23-25; Marmelstein, 2019, p. 24-25.

Essa diferenciação terminológica é tecnicamente perfeita. Todavia, seria muito ingênua uma hermenêutica que levasse a acreditar que essas categorias jurídicas pudessem ser tratadas como compartimentos estanques no descerramento do 1º quarto do século XXI. Isso porque a sociedade internacional passou a ser influenciada pelo processo de globalização, fenômeno que também incidiu diretamente sobre o direito penal e processual penal dos Estados, até então limitados pelos parâmetros da territorialidade, vinculados ao conceito clássico de soberania estatal e materializados em normas incriminadoras referentes exclusivamente às realidades locais[25].

Nesse cenário, o direito penal e o processo penal passam por um processo de internacionalização[26], destacando-se a possibilidade de documentos normativos internacionais desempenharem um papel de referência para a definição de bens e valores objeto de proteção, bem como estabelecerem parâmetros persecutórios de eficiência. Esse reconhecimento decorre do incremento da criminalidade; de novos fenômenos delitivos, como o terrorismo e os tráficos internacionais de drogas, de armas e de seres humanos; da corrupção transnacional e de agendas globais de enfrentamento a delitos que possuem grande grau de afetação à dignidade humana[27].

A esse respeito, leciona Ana Elisa Silva Liberatore Bechara:

> [...] a internacionalização da criminalidade passou a exigir, assim, respostas jurídicas adequadas, revestidas de alcance também

25 Para aprofundamento sobre o processo de globalização, *Vide*: Giddens, 2006; Bauman, 1999.

26 Sobre o processo de internacionalização da criminalidade, *Vide*: Silva Sánchez, 2011, p. 104-125; Giacomolli, 2016.

27 Desde logo deve ficar claro que a presente obra tem como objeto de exame o *Direito Penal e Processual Penal internacionalizado*, considerado no âmbito do fenômeno da globalização. Não se deve confundir esse propósito com o *Direito Penal Internacional* (DPI), relacionado aos crimes contra a humanidade, matéria disciplinada pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), constituído por meio do Estatuto de Roma (ER).

> internacional e caracterizadas pela articulação de interesses e instrumentos de cooperação voltados à eficácia da intervenção penal, sem perder de vista suas funções justificadoras e seus fundamentos de legitimidade material (Bechara, 2022, p. 265-266).

Não sem razão, Joaquim José Gomes Canotilho anota que "um sistema jurídico interno não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional" (Canotilho, 2003, p. 81). Dessa forma, deve se encontrar vinculado a princípios de direito internacional, como o princípio da independência, o princípio da autodeterminação e, em especial, o princípio da observância de direitos humanos.

No mesmo norte, Carlos Weiss ressalta que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi o traço inicial de um sistema jurídico normativo no plano internacional destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, tendo por fundamento a proteção e a promoção da dignidade fundamental do ser humano (Weiss, 2014, p. 26).

Ingo Wolfgang Sarlet também aponta a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, lembrando que a maior parte das constituições Pós-Segunda Guerra se inspirou na Declaração Universal de 1948 e nos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de maneira que o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais está em processo de aproximação e harmonização (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2015, p. 299)[28].

Essa confluência decorre da própria evolução do direito internacional dos direitos humanos (DIDH), que coincide com o período Pós-Segunda Guerra[29] e tem como marco a busca do resgate

28 Esse processo de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional também é descrito por Eugênio Raul Zaffaroni, *Vide*: Zaffaroni, 2021, p. 83.

29 Por essa razão, Valério de Oliveira Mazzuoli diz que se trata do *direito do pós-guerra* (Mazzuoli, 2022, p. 59).

da proteção da dignidade humana, abalada com a revelação dos horrores e atrocidades cometidas pelos nazistas durante o Holocausto. Também é a partir desse momento que se consagra a percepção de que a proteção dos direitos humanos não fica restrita às esferas domésticas, pois possui clara relevância internacional[30].

Dessa forma, a proclamação da Declaração de Direitos Humanos representou um marco em defesa da dignidade humana e abriu caminho para a construção de um mundo comum, assentado em um núcleo de valores fundantes (de que são exemplos: a vida, a integridade, a liberdade, a nacionalidade e o domicílio), que não deve receber proteção insuficiente, sob pena de se normalizar espaços de violação dos direitos humanos.

A proteção desses valores se deu mediante os movimentos simultâneos que ocorreram no âmbito interno dos Estados, pelo constitucionalismo contemporâneo, por meio do qual as nações editaram constituições com alta densidade de direitos e garantias fundamentais, e, no âmbito externo, pela construção do sistema internacional de proteção dos direitos humanos[31].

Assim, o desenvolvimento desse mundo comum fez com que a sociedade internacional se organizasse por meio da Organização das Nações Unidas (ONU) e desse início à edificação de uma normatividade destinada a resguardar e proteger os direitos humanos, formatando um sistema global de proteção. Nos anos que se seguiram, o sistema internacional de direitos humanos ganhou envergadura e força com a implementação dos sistemas regionais, dentre os quais o sistema interamericano de direitos humanos, ao qual o Brasil está submetido.

---

30 Nesse sentido: Piovesan, 2022, p. 219-224.

31 Observa-se, dessa forma, que se desenvolveu um sistema multinível (ou multicêntrico), no qual o direito constitucional e o direito internacional passaram a interagir simultaneamente para resguardar o mesmo valor: a primazia da pessoa humana. Sobre o sistema multinível de proteção, *Vide*: Piovesan; Cruz, 2021, p. 22 e ss.

Para consagrar as previsões do direito internacional dos direitos humanos, acompanhando o aprimoramento das ferramentas de monitoramento e de fiscalização das obrigações assumidas pelos Estados nacionais, foram instituídas as Cortes regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que representam enorme avanço em direção à efetividade dos documentos internacionais. Nesse norte, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos, surge a possibilidade da responsabilização internacional dos Estados, destacando-se que eventuais condenações vão muito além do efeito simbólico, visto que vêm acompanhadas de obrigações de ajuste e de correção dos marcos nacionais de proteção dos direitos humanos.

Acerca dessa maior abertura à jurisprudência das Cortes supranacionais de direitos humanos, Frederico Valdez Pereira apresenta a perspectiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ressaltando a evolução de suas decisões, que passaram da condição de provimentos *meramente declaratórios*, que se resolviam com alocação de despesas monetárias, para decisões *com a eficácia concreta*, capazes de exigir a correção jurídica de situações através de imposições de obrigações destinadas a adequar a própria dinâmica processual (Pereira, 2021, p. 73-79).

Todos esses fatores evidenciam a aproximação existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Aliás, a própria Constituição Brasileira de 1988 já permitia essa convergência quando anunciou, em seu artigo 5º, §2º, que os direitos e as garantias nela expressos não excluíam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte[32].

Posteriormente, mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado o § 3º ao artigo 5º, estabelecendo um

32 Ao tratar do artigo 5º, §2º, Fabíola Moran destaca que a Constituição Federal não encerra um rol taxativo de direitos humanos, os quais podem ser integrados, a qualquer momento, por outros documentos internacionais (Moran, 2020, p. 58).

rito especial de aprovação congressual dos tratados de direitos humanos, com o objetivo de que passassem a ser tratados com equivalência às emendas constitucionais, fato que reforçou o processo de mútua aproximação e inter-relação entre o direito internacional e o direito interno e, consequentemente, entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Reforçando essa relação de simbiose, que não aplica mais a clássica distinção entre ordem interna e ordem internacional, pois estas devem se unir na busca da máxima efetivação da proteção dos direitos fundamentais, Orly Kibrit pontua que "deve ser considerada a prevalência da cidadania transnacional como ponto central da atuação estatal, independentemente da fonte da norma protetiva" (Kibrit, 2018, p. 53).

Além de todos esses argumentos, é de se lembrar que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro daquele ano, permitindo que o sodalício supranacional interviesse em eventuais hipóteses de falhas ou omissão do Estado brasileiro referentes à proteção dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)[33].

Por tal razão, André de Carvalho Ramos anota que a antiga separação entre direitos humanos (de matriz internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais (de matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário) "no tocante aos instrumentos de proteção *fica diluída*, pois os direitos humanos *também* passaram a contar com a proteção judicial internacional" (Ramos, 2022, p. 114).

Em síntese, observa-se que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos, na atualidade, traduzem bens e valores que legitimam a tutela do direito penal com o objetivo de promoção

33 Nesse sentido, segundo o que dispõe o artigo 68, item 1 – Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

da paz social. Dessa forma, não devem ser vistas como noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, como dimensões cada vez mais inter-relacionadas.

Não por outro motivo, destacam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que a base normativa internacional de proteção aos direitos humanos necessita ser considerada em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, não podendo subsistir contradição com eles (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 62).

Assim, o exame da relação entre direitos fundamentais e direitos humanos revela que, nos tempos atuais, ambos se apresentam como pilares que justificam a atuação do direito penal e processual penal, visando à construção de uma sociedade mais justa e comunitariamente pacífica.

Em vez de enxergá-los como conceitos mutuamente excludentes, é fundamental e indispensável compreender que se entrelaçam de maneira crescente. Portanto, a base normativa internacional de proteção dos direitos humanos desempenha um papel crucial na interpretação do direito penal e processual penal interno, evitando contradições entre ambos.

Seguindo essa perspectiva, as consequências do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos sobre o direito penal e processual penal serão abordadas a fim de se aprofundar a compreensão das transformações e dos desafios que esse cenário apresenta.

Consequências do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos sobre o direito penal e processual penal

O fenômeno da aproximação entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito penal e o direito processual penal permite uma visão mais ampla acerca dos bens e valores objeto de proteção nessas searas, assim como sobre os métodos e critérios

adotados com a finalidade de obter a solução mais justa e harmônica para o alcance da almejada paz social.

Embora se constate que o sistema de justiça criminal sempre tenha sido um local mais conservador, pouco propenso a diálogos e interações internacionais, é preciso reconhecer que não passou imune pelo fenômeno da globalização, sendo impactado nos âmbitos transnacional e regional (Machado, 2004, p. 25). O comércio de substâncias entorpecentes, o fluxo fraudulento de capitais do sistema financeiro, o tráfico de pessoas e a lavagem de dinheiro são apenas exemplos de como a criminalidade deixou de ser um fenômeno restrito às fronteiras estatais.

Igual manifestação ocorre em relação aos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Longe de se restringir a um aspecto da criminalidade artesanal, essa modalidade criminal hoje envolve redes de pedofilia e organizações criminosas que atuam por meio do ambiente virtual, em áreas como da pornografia e do turismo sexual infantojuvenil.

Em relação aos abusadores, a visão da intervenção e persecução penal está muito distante da antiga dogmática, a qual pregava que os sistemas penais eram apenas *instrumentos de manutenção e cristalização da desigualdade social*, vistos os inúmeros casos envolvendo pessoas dos mais altos estratos sociais, como médicos, empresários, políticos, juristas, médiuns, líderes religiosos, dirigentes e coordenadores de atividades esportivas e olímpicas, todos economicamente capazes de contratar os melhores profissionais para suas defesas.

Assim, os Estados passaram a ter a necessidade de encontrar outras estratégias de reação e controle diante das novas formas de criminalidade. Nesse novo cenário, a realidade que se limitava a refletir interesses e valores locais cede espaço a uma nova conjuntura permeada por conceitos polissêmicos, todos pressupondo uma certa limitação da soberania estatal, que deixa de ser vista como um princípio absoluto para se sujeitar a algumas restrições em prol da efetividade dos direitos humanos.

Ao analisar esse fenômeno, Andrey Borges de Mendonça anota que, a partir da segunda metade do século XX, ocorreu uma veloz e extensa transformação no contexto internacional, que acabou por repercutir na persecução penal interna. Segundo ele, o crime deixou de ser local e as condutas delitivas passam a ser praticadas em escala internacional, fato que pode abalar a própria estabilidade das nações (Mendonça, 2021, p. 28-29).

Essa nova realidade fez com que os Estados deixassem de ser considerados como única fonte propulsora do direito criminal, ante a crescente proliferação de documentos internacionais, que definem diretrizes no âmbito penal e processual penal e fixam parâmetros para o estabelecimento de novas figuras delituosas.

Sobre o tema, André de Carvalho Ramos assere que:

> [...] vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que *exigem dos Estados* a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica) (Carvalho Ramos, 2006, p. 10).

Um exemplo desse novo cenário pôde ser visto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)[34], que foi explícita em estabelecer mandados de criminalização de condutas de violência

34 Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6.6.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

contra a mulher, como é possível observar em seu artigo 7, item *c*, no qual consta que os Estados-Partes devem se empenhar em "[...] incluir em sua legislação interna normas *penais*, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher" (CIDH, 1995).

Foi em decorrência dessa convenção, a propósito, que o Brasil editou a Lei Federal nº 10.886/2004, que incluiu um tratamento específico no tipo penal da lesão corporal (§ 9º do artigo 129 do Código Penal), incluindo causa de aumento de pena, e, posteriormente, editou a Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que inaugurou um novo momento no tratamento de combate à violência contra as mulheres no Brasil, mediante normas cíveis, penais e processuais.

Evidencia-se, assim, que a internacionalização dos direitos humanos consagra um núcleo indevassável da dignidade humana, que não pode ser transposto. Para além disso, o estabelecimento de sistemas regionalizados, como o interamericano, o europeu e o africano, com órgãos que buscam uniformizar e fiscalizar a aplicação desse novo direito, contribuem para a afirmação da supremacia do valor dos direitos humanos, formando uma base para harmonização dos diferentes sistemas nacionais.

De outro lado, também é possível se notar uma subjetivização do direito em decorrência do maior reconhecimento dos indivíduos perante a comunidade internacional. O ser humano passa a ser visto como sujeito de direitos, que deve receber a devida proteção estatal, sob pena de responsabilização do ente nacional. É dizer: eventuais violações dos direitos humanos não se restringem a um *tema exclusivamente doméstico*, pois também afetam o interesse internacional.

A esse respeito, observa Antonio Enrique Perez Luño:

> [...] esta panorámica quedaría incompleta si no aludiera a uno de los rasgos que más poderosamente han contribuido a caracterizar la actual etapa de positivación de los derechos

> humanos: me refiero al fenómeno de su internacionalización. Se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en canto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una 'cuestión doméstica' de los Estados, sino un problema de relevancia internacional (Luño, 2007, p. 41)[35]

Diante dessa nova realidade do período pós-moderno, faz-se necessária a busca de uma sistematização acerca das consequências dessa maior interação entre o direito interno e o internacional. Nesse norte, dois fenômenos se destacam: (a) o primeiro envolve a harmonização dos padrões punitivos e persecutórios nacionais frente ao paradigma da universalidade dos direitos humanos e (b) o segundo supõe o estabelecimento de agendas de compromissos comuns sobre marcos punitivos entre os Estados nacionais.

Em relação à harmonização dos padrões punitivos e persecutórios nacionais, deve ser destacada a jurisprudência das Cortes regionais de direitos humanos. No sistema interamericano de direitos humanos, é a Corte interamericana que atua nesse sentido, sendo intérprete última da CADH, como será destacado em item específico.

Assim, a análise da jurisprudência da Corte Interamericana revela uma preocupação em conferir *efetividade* diante de violações aos direitos humanos decorrentes da omissão dos Estados em prevenir, criminalizar, investigar e, eventualmente, punir comportamentos

35 No mesmo sentido, *Vide*: Luisi, 1998, p. 75.

ofensivos à dignidade humana, especialmente daquela relacionada aos mais vulneráveis, por serem os que mais sofrem com políticas estatais de exclusão.

Atuando nessa direção, a Corte Interamericana consolidou sua jurisprudência no sentido de reconhecer e fornecer proteção às vítimas, ainda que a Convenção Americana não tenha sido expressa sobre o tema (Fischer; Pereira, 2019, p. 105). Com efeito, a ampliação dos espectros punitivos e persecutórios busca não só assegurar a tutela dos bens jurídicos individuais dos mais expostos às violações de direitos como também promover uma maior igualdade no patamar de tutela conferido a todos indistintamente (Zilli, 2022, p. 58).

Dessa maneira, é possível observar que a jurisprudência da Corte IDH foi estabelecendo estândares de proteção em favor das vítimas, afirmado a titularidade de importantes direitos, dentre os quais se destacam o direito à verdade, que compreende a informação e o esclarecimento dos fatos e das responsabilidades correspondentes; o direito à justiça, que estabelece ao Estado o dever de persecução dos responsáveis por crimes graves, e o direito à reparação, que engloba a restituição plena, a compensação, a reabilitação, a satisfação e a garantia de não repetição[36].

Essa reorientação dos marcos punitivos e persecutórios, caso descumprida por parte dos Estados nacionais, leva à sua responsabilização internacional, que usualmente é seguida da imposição de obrigações persecutórias. Além disso, em regra, a responsabilização vem acompanhada da obrigação de indenização das vítimas, assim como de determinações para readequação de possíveis marcos legais que possam ter sido considerados insuficientes à proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Deve-se registrar, por oportuno, que essa harmonização dos padrões punitivos e persecutórios, implementada pela expansão do

36 Sobre a posição ocupada pelas vítimas no direito internacional dos direitos humanos e sua relação com o processo penal no Brasil, *Vide*: Mazzuoli; Piedade, 2023.

direito internacional dos direitos humanos por meio das Cortes regionais, não possui *lado* na (já) enfastiante batalha entre autores que proclamam a existência de um dualismo entre o garantismo e o punitivismo ou, como prefere dizer Frederico Valdez Pereira, na antiga dicotomia *acusatório-inquisitório* (Pereira, 2021, p. 28).

Essa liberdade permite analisar as decisões das Cortes internacionais, dentro de uma perspectiva imparcial, considerando que elas podem ser demandadas para condenar Estados, tanto por violações de liberdades individuais de investigados e acusados quanto por violações do direito das vítimas a receberem uma prestação jurisdicional devida em relação às agressões sofridas. Destacando esse aspecto, Nereu José Giacomolli afirma que a Corte também faz a verificação sobre o cumprimento dos direitos e garantias processuais, como o direito de defesa, a imparcialidade, a duração razoável do processo, a presunção de não culpabilidade, a publicidade e a igualdade (Giacomolli, 2016, p. 9). A busca do equilíbrio não é uma tarefa fácil, como já advertia Françoise Tulkens, especialmente diante da incompatibilidade da simplificação com as exigências de uma democracia pluralista (Tulkens, 2004, p. 16).

Um exemplo capaz de demonstrar que a harmonização dos padrões punitivos e persecutórios via direito internacional dos direitos humanos não conduz a jurisprudência da Corte Interamericana, a ser alcunhada de *punitivista*, diz respeito à implementação das audiências de custódia. Embora a alteração do artigo 310 do Código de Processo Penal só tenha ocorrido por meio da Lei Federal nº 13.964/2019 (Brasil, 2019), o padrão persecutório já era utilizado desde o advento da Resolução nº 213/2015 (Brasil, 2015), do CNJ, instituído para garantir o direito fundamental de apresentação do preso à autoridade judiciária para deliberação sobre os aspectos materiais e formais da

detenção, previsto na normativa internacional[37] e reforçado pela Corte Interamericana no caso *Tibi vs. Equador (2004)*[38].

Dessa maneira, é de se destacar, conforme Alexandre Rocha Almeida Moraes e Guilherme de Castro Germano, que a atuação do direito internacional dos direitos humanos, ante o direito penal, é *bifronte* porque impõe ao Estado limites de atuação em respeito aos espaços de liberdade do indivíduo (*garantismo negativo*) e, simultaneamente, fixa aos mesmos Estados o impedimento da atuação deficiente na tutela dos direitos humanos (*garantismo positivo*) (Moraes; Germano, 2018, p. 48).

Realizada a análise sobre o fenômeno do efeito harmonizador do direito internacional dos direitos humanos sobre os padrões punitivos e persecutórios dos sistemas jurídicos penais nacionais, resta avaliar a segunda consequência, que está diretamente ligada ao estabelecimento de agendas de compromissos comuns sobre marcos penais entre os Estados nacionais.

A necessidade de definição de agendas internacionais comuns emerge daqueles casos em que o interesse no enfrentamento da criminalidade não está restrito aos limites de um único Estado. Esse espaço, como já destacado, é decorrente: (a) da expansão da criminalidade, que acabou potencializada pela globalização, pela integração regional dos países e pelo incremento da tecnologia digital; (b) do desenvolvimento de novos fenômenos delitivos e (c) da necessidade de enfrentamento a delitos que possuem grande grau de afetação à dignidade humana. Esses pontos dificultadores reduzem a efetividade de uma repressão isolada dos Estados, exigindo o estabelecimento de pautas comuns de enfrentamento e cooperação.

É esse o caso dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, cuja necessidade de efetividade no combate

37 Conforme previsões do artigo 9, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (PIDCP), e artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

38 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Equador*, 2004.

tem a mesma complexidade de novas expressões da criminalidade, como o terrorismo internacional, o tráfico de pessoas, a tortura, as organizações criminosas e do tráfico internacional de drogas[39]. A verdade é que, embora a grande maioria desses delitos possua tipificação nos ordenamentos domésticos, as normativas internacionais são capazes de fixar pautas de efetivação repressiva e obrigações internacionais de aprimoramento dos aparatos legal e institucional.

A uniformidade e a concentração de esforços, sob a forma de obrigações internacionais, sem dúvida, potencializam a eficiência persecutória, sendo esta mais uma consequência da aproximação do direito internacional, do direito penal e processual penal, de modo que os Estados atuam com uma uniformização das respostas punitivas, permitindo ao sistema ganhos em eficiência e efetividade. Um bom exemplo da definição de agendas internacionais é a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU[40].

Nessa perspectiva, o direito penal é uma das ferramentas que o Estado detém para fazer frente aos anseios por harmonia social. No contexto desse debate, é fundamental explorar as obrigações de

39 Não é por outro motivo que Guilherme de Souza Nucci recorda que, atualmente, existem organizações criminosas dedicadas integralmente à pedofilia. O autor referenciado ainda destaca que, na Itália, no ano de 2005, foi descoberta uma rede organizada comercializando filmes pornográficos com crianças asiáticas e que teve estimado seu lucro anual em aproximadamente 280 milhões de dólares (Nucci, 2022, p. 200).

40 A Agenda 2030 da ONU é um plano global para que se atinja, em 2030, um mundo melhor para todos os povos e nações. A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova Iorque, em setembro de 2015, com a participação de 193 Estados-Membros, estabeleceu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O compromisso assumido pelos países com a agenda envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de direito, os direitos humanos e a responsividade das instituições políticas. Destaca-se que, no âmbito do STF, todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral reconhecida estão classificados com o respectivo objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS). Disponível em: https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/. Acesso em: 10 out. 2023.

proteção impostas pelos tratados de direitos humanos e as implicações da dupla face dos direitos humanos e da proporcionalidade.

Serão examinados a seguir, com maior profundidade, os deveres estatais de proteção no âmbito dos direitos humanos e as complexidades da aplicação integral do princípio da proporcionalidade no contexto do direito penal e processual penal.

Os deveres de proteção e a dupla face dos direitos humanos e da proporcionalidade

Dentro da perspectiva da internacionalização dos direitos humanos e fundamentais e sua influência sobre o direito penal e processual penal, para que se possa falar em uma maior eficácia na tutela jurídico penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes no Brasil, mostra-se indispensável o estudo da teoria dos deveres de proteção estatal, e, como consequência, do princípio da proporcionalidade em todas as suas nuances.

Desta forma, os *deveres de proteção*[41] se referem às obrigações do Estado de proteger os direitos humanos e fundamentais dos cidadãos. Essa definição permite afirmar que o dever de proteção estatal não vale somente no sentido clássico, como limite do sistema punitivo (proteção negativa), mas também no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado, para garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Nesse sentido, seguindo a lição de Alessandro Baratta, os deveres de proteção decorrem de uma *política integral de proteção dos direitos* (Baratta, 1999, p. 110). Assim, os direitos humanos e fundamentais são protegidos por meio dos direitos de defesa e, simultaneamente, dos deveres de proteção.

41 Canotilho fala de deveres *de garantia* e *de protecção* do Estado (Canotilho, 2003, p. 1.289).

Ao avaliar esses deveres sob o aspecto da evolução humana, parece lógico concluir que eles surgem quando o Estado assume o monopólio da força em substituição à autodefesa dos particulares. Sobre o ponto, leciona Robert Alexy:

> [...] a ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva (Alexy, 2015, p. 455).

Além disso, é preciso reconhecer que a teoria dos deveres de proteção estatais se consolida quando a dogmática constitucional reconhece a eficácia objetiva dos direitos fundamentais e agrega a estes a função de imperativos de tutela, que exigem uma intervenção ativa dos Estados. É essa intervenção que legitima a restrição de certos direitos individuais em face da liberdade de ação de outros cidadãos ou bens igualmente valorados[42].

Embora seja possível encontrar conexões dessa necessária convivência entre os valores da liberdade e da segurança nas obras de Thomas Hobbes (Hobbes, 2012, p. 136) e do Barão de Montesquieu (Montesquieu, 1996, p. 168), considera-se que o desenvolvimento da teoria que reconhece a eficácia objetiva dos direitos fundamentais ocorreu a partir de decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) sobre o aborto no ano de 1975[43], oportunidade em que reconheceu a inconstitucionalidade da disposição contida na reforma do Código Penal, que autorizava

42 Nesse sentido: Feldens, 2012, p. 88.

43 Ressalte-se que parte da doutrina defende que o desenvolvimento da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais teria ocorrido pela primeira vez através do Caso Lüth (1958). A respeito, *Vide*: Marmelstein, p. 346. O destaque é importante, posto que o argumento está correto. Ocorre que, no Caso do Aborto I (1975), o BVerfG reconheceu primacialmente sua aplicabilidade *no âmbito penal*, enquanto o Caso Lüth (1958) versava matéria não penal.

a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação. Segundo o BVerfG:

> [...] se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas[44].

Ao comentar a decisão do Bundesverfassungsgericht, Luciano Feldens afirma que "não apenas direitos, mas também valores constitucionais fundamentais podem converter-se em bens jurídicos a exigirem proteção por meio de normas penais" (Feldens, 2005, p. 96). Destarte, não sendo viável a proteção de determinados bens jurídicos por mecanismos menos gravosos, pode se falar em legitimação da incidência do direito penal exatamente como ocorre no caso dos delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Assim, ante o reconhecimento da eficácia objetiva dos direitos humanos e fundamentais, os deveres de proteção (imperativos de tutela) autorizam o legislador penal a estabelecer um amparo que esteja entre um limite máximo (Übermassverbot) e um limite mínimo (*Untermassverbot*), conferindo proteção normativa a um direito ou valor fundamental, observado o princípio da proporcionalidade.

Em suma, a teoria dos deveres de proteção afirma que o Estado tem a obrigação de proteger os direitos humanos e fundamentais não apenas contra as suas próprias ações, mas também contra ações de indivíduos ou entidades privadas (Feldens, 2007, p. 221). Essa proteção pode ocorrer inclusive por meio do direito penal, observado o princípio da proporcionalidade, em todos os seus matizes.

---

44 Nesse sentido: Ponte, 2008, p. 165.

O princípio[45] da proporcionalidade é um dos alicerces que sustentam a justiça e a equidade em um sistema jurídico[46]. Apesar de não encontrar previsão expressa na Constituição de 1988, ele pode ser extraído a partir de uma interpretação sistêmica da Lei Maior, bem como da própria estrutura dos direitos fundamentais.

É importante registrar que a noção de proporcionalidade é muitas vezes tratada como sinônimo de razoabilidade[47]. Não obstante, neste trabalho, será seguida a base teórica que trabalha os conceitos separadamente, em que existe uma diferença de origem e estrutura[48]. A razoabilidade decorre da experiência jurídica da Suprema Corte Estadunidense, e a proporcionalidade advém da citada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), possuindo a última uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes[49].

Numa primeira acepção, o princípio da proporcionalidade se desenvolve como instrumento destinado a inibir o excesso em possíveis intervenções do Estado na esfera de vida de seus cidadãos: trata-se da proporcionalidade como proibição de excesso. Assim, os direitos fundamentais atuam como direitos de defesa das pessoas contra as agressões que possam vir a sofrer do poder público e de seus órgãos.

---

45 Embora se conheça a divergência acerca da terminologia mais adequada: *Princípio*, *Regra* ou *Postulado*, Para os objetivos da presente obra, é suficiente identificar a proporcionalidade como um princípio. Para uma análise crítica e mais aprofundada sobre a distinção entre regras, princípios e postulados, *Vide*: Silva, 2002, p. 23-50 e Ávila, 2011, p. 78-84 e 133-135.

46 Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proporcionalidade constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro. *Vide*: Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2015, p. 385-386.

47 Nesse sentido: Barroso, 2020, p. 255 e ss., embora demonstrando a origem distinta da proporcionalidade (na Alemanha) e da razoabilidade (vertente Anglo-Americana) e reconhecendo que o caráter intercambiável dos dois princípios é controverso.

48 Nesse Sentido: Ponte, 2008, p. 81.

49 Nesse Sentido: Silva, 2002, p. 28-31.

Sob essa perspectiva tradicional, o princípio da proporcionalidade somente se aplica quando se estiver diante de situações em que seja possível identificar um meio visando à consecução de determinado fim, em que são avaliados três níveis[50]: (a) o da adequação (ou conformidade), para saber se o meio promove o fim visado; (b) o da necessidade (ou da exigibilidade), a fim de determinar se, entre os meios possíveis, há outros menos restritivos, e (c) o da proporcionalidade em sentido estrito, em que se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, verifica-se se a medida, embora adequada e exigível, supera as desvantagens provocadas pelo emprego do meio[51].

Nesse sentido de proibição de excesso, servindo como direito de defesa frente ao Estado, o princípio da proporcionalidade se desenvolve como valioso instrumento de controle dos atos da Administração Pública na proteção da concretização dos direitos humanos e fundamentais, valorizando a dignidade humana.

Seguindo esse passo é que Ingo Wolfgang Sarlet assere que "o princípio da proporcionalidade atua, nesse plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais" (Sarlet, 2004, p. 98). Discorrendo sobre essa face do princípio da proporcionalidade, relativa à proibição de excesso, Gilmar Ferreira Mendes assenta que:

> [...] a doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve

50 Para José Joaquim Gomes Canotilho, estes níveis são *subprincípios* que compõe a proporcionalidade. Canotilho, 2003, p. 269-270.

51 Virgílio Afonso da Silva adverte que que a análise é feita nesta ordem, pois as sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si, implicando no fato de que nem sempre haverá a análise de todas (Silva, 2002, p. 34).

> a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada (Mendes, 2004, p. 47).

Ocorre que, de forma paralela, especialmente no período histórico posterior à Segunda Grande Guerra, também se desenvolve uma outra acepção do princípio da proporcionalidade, diretamente relacionada a uma nova forma de enxergar a eficácia dos direitos fundamentais. Nessa nova perspectiva, o Estado deixa a função de adversário e passa à função de defensor e promotor desses direitos[52].

Assim, após o advento da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949) e o julgamento do caso *Lüth* pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (1958), é possível constatar que os direitos fundamentais não estavam confinados exclusivamente à aplicação em face do Estado, possuindo também efeitos aos particulares, naquilo que se denomina de eficácia horizontal, assim como eles – os direitos fundamentais – desencadeiam uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de sua concretização e realização, ostentando aquilo que Ingo Wolfgang Sarlet designa de *eficácia dirigente* (Sarlet, 2004, p. 88).

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade não se restringe a impedir interferências excessivas sobre direitos individuais e garantias negativas. Ele também reclama que se realize um controle sobre eventual insuficiência de proteção, que implica na avaliação do nível mínimo necessário para atender a um direito específico e se a proteção desse direito não prejudica em demasia outros direitos contrapostos (Canotilho, 2003, p. 273).

Tal como esclarece Lenio Luiz Streck:

> [...] trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade

52 Gilmar Mendes fala em uma função de *guardião* (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant)*. Nesse sentido: (Mendes; Gonet Branco, 2021)