

O artigo 244-A do ECA e o gravíssimo erro do STJ

César Danilo Ribeiro de Novais^[1]

Todas as teorias são legítimas e nenhuma tem importância. O que importa é o que se faz com elas. - José Luis Borges

Um dos dizeres forenses (e até populares) é o de que “decisão judicial não se discute, cumpre-se”. Este ditado não passa de uma grande falácia, já que decisão judicial, se equivocada, deve sim ser discutida e, mais, criticada para que num futuro não tão distante seja alterada. Numa democracia, são os questionamentos, as críticas e, principalmente, as ações humanas que alteram o estado das coisas.

Na linha do pensamento Kelseniano, a função do Direito é permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos a não ser por meio dessa forma de controle social. O Direito, portanto, não é um fim mas um meio.

É sabido que o Direito depende de interpretações para seu implemento. Logo, é passível de erro de aplicação, quando mal interpretado. Levando-se em conta que o Direito é instrumento que deve servir à sociedade, já que não existe em si e para si, deve o magistrado estar consciente em relação às consequências de sua decisão.

Percucientemente, Alípio Silveira assim trata o tema: "O juiz, ao aplicar ou adaptar a norma ao caso concreto atenderá ao que pedem a idéia de justiça e a utilidade comum^[2]".

Não por outra razão que a Lei de Introdução ao Código Civil, fixadora de critérios para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, estabelece que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela dirige e às exigências do bem comum. Por corolário, incumbe ao juiz decidir debaixo de uma hermenêutica que melhor atenda à concepção de justiça social.

Isso implica dizer que, ante a enorme importância do Poder Judiciário no contexto político-social do Estado Democrático de Direito, não deve ser bem visto a figura do juiz-burocrata, que vê na magistratura apenas a possibilidade de um bom emprego, com remuneração proeminente e propiciadora de relevo social.

Em decorrência disso que urgente se mostra a figura de um juiz-social, que vê na magistratura a possibilidade de transformar a sociedade, de reafirmar as

[

[

normas constitucionais (direitos e garantias fundamentais) em favor da mesma, que amiúde se vê oprimida pelo desmando e arbitrariedade na seara vertical (Estado-indivíduo) ou horizontal (indivíduo-indivíduo).

Bem entendido, ao analisar a causa, deve o magistrado lançar mão das seguintes indagações: Qual o efeito da interpretação/decisão no âmbito social? Estará a interpretação/decisão propiciando pacificação social? Estará a interpretação/decisão concretizando os direitos fundamentais da sociedade? Estará a interpretação/decisão salvaguardando os valores da República? Enfim, estará a interpretação/decisão garantindo uma vida social mais justa?

Por assim dizer, o Judiciário deve contribuir para solucionar os problemas da sociedade e nunca, em hipótese alguma, agravá-los. Vale dizer, jamais pode ser visto como uma forma organizada de promover injustiças. Não deve ser confundido com o átrio do inferno, descrito na obra de Dante^[3], onde os cidadãos que nele entram devem, obrigatoriamente, deixar fora toda e qualquer esperança.

Fazendo *tabula rasa* dessas premissas básicas de hermenêutica, no dia 17.06.2009, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Recurso Especial n. 820018-MS, acompanhando o voto do relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, manteve decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que rejeitou denúncia de exploração sexual de menores com base em dois fundamentos: primeiro, porque cliente ou usuário de serviço oferecido por prostituta não se enquadra no crime previsto no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente^[4]; e, segundo, porque adolescente-prostituta não pode ser sujeito passivo do referido tipo penal.

Como é facilmente perceptível, os fundamentos que lastreiam a decisão são invertebrados, tornando-a num verdadeiro atentado à lógica, à Constituição Federal, aos Tratados Internacionais e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ora, é fato que "milhões de crianças e adolescentes em todo o mundo são comprados e vendidos como se de objetos se tratassem e são utilizados como escravos sexuais. Há poucas violações dos direitos das crianças e dos adolescentes que sejam tão infames como o abuso e a exploração sexuais".^[5]

Por isso, a Convenção de Viena prevê como direito fundamental integral, indivisível, e integrante dos direitos humanos, o respeito aos direitos das mulheres - crianças, adolescentes ou adultas. De igual forma, a Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ratificada

[

[

[

em 1984, reproduz esses mesmos direitos. Ainda, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, ratificada em 1995, contempla as várias formas de violência contra a mulher (física, moral, sexual, psicológica) e as qualifica como discriminatórias. Não é só: o §4º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 afirma que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Em resumo, tendo em vista que a prostituição infanto-juvenil e a exploração comercial do sexo ignoram e solapam os valores mais caros da pessoa humana em desenvolvimento, é que existe um sistema próprio de Direitos e Instituições com o condão de proteger a criança e o adolescente de forma diferenciada das demais pessoas. Nisto residem os fundamentos dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral vigentes no ordenamento jurídico.

Seguindo essa *ratio* é que o Estatuto da Criança e do Adolescente previu em seu artigo 6º que em sua interpretação serão levados em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ao contrário do que decidiu a 5ª Turma do STJ – por conseguinte, ferindo de morte toda a rede de proteção dos direitos e garantias humanos das crianças e dos adolescentes -, o cliente ocasional pode (deve) sim ser sujeito ativo do crime previsto no artigo 244-A do ECA. Pensamento contrário depõe contra toda a sistemática jurídica de proteção, nacional e internacional, da pessoa em desenvolvimento.

Luciana Bergamo Tchorbadjian, acertadamente, ensina que aquele que submete criança ou adolescente à exploração sexual ou prostituição e o proprietário do estabelecimento em que se verifica tal situação cometem o delito constante no ECA e acrescenta: "[...] Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem. Incide nas penas previstas para este delito tanto aquele que mantém o contato sexual com criança ou adolescente, numa relação mercantilizada, como aquele que, embora não mantendo contato sexual direto com a criança ou o jovem, auferir vantagem com o contato destes com terceiro. Parece-nos que o conceito de exploração sexual, por ser mais amplo, abrange o de prostituição. Submeter a criança ou o adolescente a prostituição nada mais é que explorá-los sexualmente".^[6]

Outra verdade irretorquível é a de que o ordenamento jurídico protetor da pessoa em desenvolvimento não permite que se faça distinção de ser a

vítima prostituta ou recatada. A norma protege todas as crianças e adolescentes sem qualquer distinção (artigo 227 da CF^[7] e artigo 5º do ECA^[8]). Não cabe, portanto, ao intérprete fazê-la.

Por tudo isso, é certo, nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido) que o entendimento do STJ é mais do que equivocado^[9], é teratológico, já que, de acordo com os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral - informadores de toda a sistemática de proteção dos direitos e garantias da criança e do adolescente -, não há espaço para interpretação restritiva do tipo penal residente no artigo 244-A do ECA, pena de aniquilar toda a proteção da pessoa em desenvolvimento.

Torna-se essencial e inexorável, portanto, que haja, com urgência, uma mudança de postura por parte do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema tratado, em homenagem ao combate efetivo da odiosa prática de exploração sexual infanto-juvenil, que aniquila os mais mezinhos direitos humanos das crianças e dos adolescentes no Brasil e mundo afora.

Notas:

^[1] É Promotor de Justiça no Mato Grosso, especialista em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal e editor do blog www.promotordejustica.blogspot.com.

^[2] SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1978, p. 69.

^[3] A Divina Comédia – O Inferno de Dante; “Ali chegamos; e à vista me estorço de gente imersa em fossa: todas esterco, como se humano, a cobrir cara e torso.” Canto XVIII – Inferno, <http://www.overmundo.com.br/overblog/o-inferno-de-dante>.

^[4] Submeter ou explorar menor a prostituição. Pena: reclusão de 4 a 10 anos.

^[5] Carole Bellamy, UNICEF, Dezembro de 2001.

^[6] *In Estatuto da criança e do adolescente comentado - comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 799.

[
[
[
[
[
[
[
[

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

[8] “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos em desenvolvimento.”

[9] Sobre o tema, vale destacar trecho do artigo “Meninas Invisíveis” de autoria da deputada federal Maria de Rosário Nunes no jornal “A Folha de S. Paulo” do dia 23.06.2009: “A decisão do STJ, em si, já é absurda. A possibilidade de criar uma jurisprudência do “liberou geral” é, então, ultrajante. Ela viola os direitos humanos e avilta o espírito da própria lei”.

[

[

[

[