

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**DELANE BARROS DE ARRUDA MENDONÇA**

RECIFE  
2007

**DELANE BARROS DE ARRUDA MENDONÇA**

**A PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Ricardo de Brito A. P. de Freitas

RECIFE  
2007

Mendonça, Delane Barros de Arruda

A pedofilia no direito penal brasileiro / Delane  
Barros de Arruda Mendonça. – Recife : O  
Autor, 2007.  
112 fls.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de  
Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia.

1. Bem jurídico - Direito penal - Brasil. 2. Pedofilia -  
Responsabilidade penal - Brasil. 3. Pedofilia -  
Consentimento da vítima - Brasil 4. Pedofilia -  
Constituição de 1988. 5. Pedofilia - Estatuto da Criança e  
do Adolescente - Brasil (1990). 6. Distúrbios  
psicosexuais. 7. Princípio da dignidade da pessoa humana  
- Brasil. 8. Pedofilia - Aspectos jurídicos - Aspectos  
sociais - Brasil. 9. Convenção sobre os Direitos das  
Crianças (1989). 10. Brasil. [Estatuto da Criança e do  
Adolescente (1990)] - Pedofilia. I. Título.

343.62(81)  
345.8102

CDU (2.ed.)  
CDD (22.ed.)

UFPE  
BSCCJ2007-006

**DELANE BARROS DE ARRUDA MENDONÇA.**

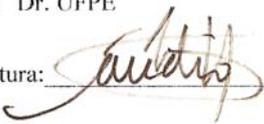
**A PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.  
Área de concentração: Direito Público  
Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professor **Cláudio Roberto Bezerra Cintra Brandão** Dr. UFPE

Julgamento: aprovada Assinatura: 

Professor **Pedro Rubens Ferreira de Oliveira**, Dr. UNICAP

Julgamento: Aprovada Assinatura: 

Professor **Michel Zaidan Filho**, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: 

Recife 18 de janeiro de 2007

Coordenador: Prof<sup>o</sup> Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior**

Dedico este trabalho:

À minha mãe, Terezinha Mendonça, pela firmeza silenciosa e pela marcante presença nos momentos decisivos da minha vida. Aos meus amores, Laiete, Luíza, Laís e Rodrigo, por tudo. Às crianças e aos adolescentes vítimas de crimes sexuais, pelo contínuo aprendizado sobre a condição humana.

Agradeço:

Ao meu pai e aos meus irmãos, pelo apoio incondicional;  
À minha amiga, Janeide Oliveira de Lima, pela generosidade e dedicação na elaboração do projeto para ingresso no Mestrado; ao meu primo José Batista Neto pela ajuda contínua; ao meu orientador, Ricardo de Brito A. P. de Freitas, pela delicadeza e atenção a mim dispensadas; a Deus, pela perseverança.

*"Toda referência ideológica à verdade é parcial. Quando se pretende superá-la, afirmando ideologicamente a verdade absoluta, excede-se o marco das possibilidades humanas. A única forma de não cair no erro é a humildade, ou seja, o reconhecimento da parcialidade de todo conhecimento." ( ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).*

## RESUMO

MENDONÇA, Delane Barros de Arruda. *A pedofilia no direito penal brasileiro*. 2007. 112 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O objetivo deste trabalho é examinar a pedofilia no sistema penal brasileiro. Para tanto, no primeiro capítulo, fez-se necessário investigar um conceito de pedofilia que permitisse compreender suas características em oposição a outros termos que designam, igualmente, atos de violência sexual. Em seguida, enfatizando as teorias psicanalíticas que vislumbram a pedofilia, em interface com doença e perversão, e suscitam o problema do consentimento da criança e do adolescente, procedeu-se à identificação das suas características tal como estas são estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Associação Americana de Psiquiatria (AAP), a fim de mostrar a divergência de diagnósticos. No segundo capítulo, empreende-se uma reflexão entre moral e direito, já que o principal argumento daqueles que defendem a criminalização da pedofilia é de ordem moral, o que nos leva, por seu turno, a fazer uma análise sobre moral e a conduta humana, mais especificamente as diferenças entre direito e moral. Por esse viés, efetua-se uma investigação sobre o bem jurídico objeto do direito penal e as medidas de repressão e prevenção usadas para defendê-lo. No terceiro capítulo, analisa-se a pedofilia sob o ponto de vista legal, à luz da Constituição de 1988 e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Ao final, tendo por fundamento a idéia de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, por se tratarem de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, há a exposição de algumas críticas aos delitos de natureza sexual que estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal Brasileiro, os quais configuram os tipos penais mais controvertidos, propondo alterações possíveis nesses tipos penais.

Palavras-chave: Pedofilia. Moral. Pena.

## RESUMÉ

MENDONÇA, Delane Barros de Arruda. *La pédophilie dans le droit pénal brésilien*. 2007. 112 p. Travail Final de Master – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Le but de ce travail est d'examiner la pédophilie dans le système pénal brésilien. Pour cela, dans le premier chapitre, il a fallu donner un concept de pédophilie qui permettait de comprendre ses caractéristiques en opposition à d'autres termes que désignent, de même, des actes de violence sexuelle. Ensuite, mettant l'accent sur les théories psychanalytiques qui envisagent la pédophilie dans l'interface entre maladie et perversion et soulèvent le problème du consentement de l'enfant et de l'adolescent on a repéré ses caractéristiques tel comme elles sont établies par l'Organisation Mondiale de Santé et l'Association Américaine de Psychiatrie pour montrer la divergence de diagnostic. Dans le deuxième chapitre, on entreprends une réflexion entre morale et droit, puisque le principal argument de ceux que défendent la criminalisation de la pédophilie est d'ordre moral, ce qui, par son tour, nous a amené à faire une analyse sur la morale et la conduite humaine, plus spécifiquement de les différences entre droit et moral. Par ce biais, on entame une investigation sur le bien juridique qui fait l'objet du droit pénal et les mesures de repression et prévention mises en place pour le défendre. Dans le troisième chapitre, on analyse la pédophilie sous le point de vue legal, à la lumière de la Constitution Brésilienne de 1988 et de la Convention International de Droit de l'Enfant et de l'Adolescent. À la fin, ayant pour fondement l'idée que les enfants et les adolescents sont des sujets de droit parce qu'ils sont des êtres en processus de développement, on expose quelques critiques aux délits de nature sexuelle qui sont prévus dans le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent et Code Pénal Brésilien et qui sont les types penaux plus controversés, en proposant des altérations possibles dans ces types pénaux.

Mots-Clé: Pédophilie. Morale. Sanction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1 – CONCEITO DE PEDOFILIA</b> .....	13
1.1 PEDOFILIA.....	13
1.2 DISTINÇÃO ENTRE PEDOFILIA E PEDERASTIA.....	14
1.3 A PEDOFILIA DE ACORDO COM A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA.....	17
1.4 DIAGNÓSTICO DA PEDOFILIA: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS ESPECIALISTAS.....	20
1.5 ENFOQUE DAS TEORIAS PSICANALÍTICAS.....	23
1.6 A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	29
<b>CAPÍTULO 2 – A CONFUSÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO PENAL</b> .....	46
2.1 A CONDENAÇÃO DA PEDOFILIA: EXAMINANDO OS ARGUMENTOS.....	46
2.2 A MORAL E A CONDUTA HUMANA.....	56
2.3 AS DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO E A MORAL.....	64
2.4 O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL.....	70
2.5 A REPRESSÃO E A PREVENÇÃO.....	76
<b>CAPÍTULO 3 – O TRATAMENTO LEGAL DADO AO TEMA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	84
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.....	84
3.2 OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	90
3.3 OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL.....	94
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	106

## INTRODUÇÃO

A pedofilia está ligada a um conceito de cunho psicanalítico definido como uma tendência, uma inclinação de um sujeito a se atrair de forma irresistível por crianças e com elas exercer práticas eróticas.

Para fazer-se alusão às práticas abusivas sexuais contra infantes e jovens, é costume usar-se de modo indiscriminado o vocábulo “pedofilia”, sobretudo porque a linguagem midiática recorre ao termo sempre que noticia tais práticas, em que pese não haver nenhum tipo penal com tal denominação, isto é, não há, em todo o conjunto legislativo penal brasileiro, relativo a tutela de direitos e interesses de menores de dezoito anos, um crime com o *nomen iuris* pedofilia.

A questão é mostrar como a pedofilia é tratada em nosso sistema penal. Para tanto, faz-se indispensável entender suas características em oposição a outros termos designativos da violência sexual contra a criança e o adolescente: estupro, atentado violento ao pudor, abuso sexual e pornografia, dentre outros.

Ao iniciar a discussão a respeito da violência sexual convém problematizar, ainda que rapidamente, os termos violência e sexual.

O termo violência vem do latim *violentia*, o que, nas palavras de Michaud se traduz em violência, caráter violento ou cruel, força. Para ele o verbo *violare* significa tratar com violência, profanar, transgredir.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MICHAUD, Y. *La violence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 45.

A antropóloga brasileira Zaluar afirma que essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. Para ela, é a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento que provoca) que vai caracterizar um ato como violento, percepção essa que varia cultural e historicamente.<sup>2</sup>

Em outras palavras, é possível dizer que existe uma construção histórica e cultural a respeito do que é ou não considerado violência. Entretanto, em se tratando de um tipo de violência específico, a violência sexual, é preciso levar em consideração que existe também uma construção a respeito da sexualidade.

Para Heilborn e Brandão, o debate teórico sobre esse tema encontra-se dividido em duas posições: de um lado, o essencialismo, cuja característica é a convicção em algo inerente à natureza humana, um instinto ou energia sexual que conduz as ações e, de outro, o construtivismo social, que procura problematizar a universalidade desse instinto, contrapondo a idéia de que os contatos corporais entre pessoas – que a sociedade ocidental chama de sexualidade – têm significados radicalmente distintos para as diferentes culturas ou até para diferentes grupos da mesma cultura.<sup>3</sup>

Richard Parker, concordando com essa segunda tendência, acrescenta que a compreensão, surgida nos últimos anos, da sexualidade como socialmente construída tem redirecionado grande parte da atenção da pesquisa antropológica e sociológica não apenas

---

<sup>2</sup> ZALUAR, A. Violência e crime. In: AAVV. *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: Sumaré; Associação Brasileira de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 1999. v. 1, p. 28.

<sup>3</sup> HEILBORN, M. L.; BRANDÃO, E. Introdução: ciências sociais e sexualidade. In: HEILBORN, M. L. (Org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7-17.

para os sistemas sociais e culturais que modelam nossa experiência sexual, mas também para as formas através das quais interpretamos e compreendemos essa experiência.<sup>4</sup>

Assim, estudar a pedofilia significa entender os aspectos mais significantes dessa prática. E, nesses aspectos, estão incluídos, dentre outros, a imagem do agressor (quem pratica) e as razões dadas (o porquê). É essa trama de informações que nos mostra o significado dos crimes.

O primeiro capítulo desta dissertação permeará o conceito de pedofilia, estabelecendo as principais características a ela atribuídas pela Organização Mundial de Saúde e pela Associação Americana de Psiquiatria, mostrando a divergência entre os especialistas no diagnóstico, com o enfoque das teorias psicanalíticas sobre a interface entre a doença e a perversão, culminando na questão do consentimento da criança e do adolescente.

De forma simplificada, a questão que se procura responder é: para além da definição dicionarizada – amor às crianças ou desejo de práticas sexuais e fantasias sexuais com crianças pré-púberes - e daquela atribuída pela psicologia – uma preferência sexual da ordem da parafilia, como é entendido o termo pedofilia?

Indo mais além, no segundo capítulo do trabalho, far-se-á uma reflexão entre a moral e o direito, porquanto o principal argumento utilizado pelos defensores da criminalização da pedofilia é do tipo moralizante, o que conduz a uma análise da moral e da conduta humana, mais especificamente das diferenças entre o direito e a moral, adentrando na

---

<sup>4</sup> PARKER, R. Cultura, economia, política e construção social da sexualidade. In: LOURO, G. L. (Org.). *O corpo educado*: pedagogia da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p. 131-132.

investigação sobre o bem jurídico no direito penal, arrematando com a perspectiva da repressão e da prevenção.

Outro ponto interessante na pesquisa diz respeito ao tratamento legal dado ao tema em nosso ordenamento jurídico, o qual será revelado no terceiro capítulo da dissertação, através da observação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Finalizar-se-á o trabalho com algumas críticas e a propostas de alteração dos tipos penais mais controversos que cuidam de delitos de natureza sexual inscritos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e no Código Penal, trazendo como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, em razão da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

## CAPÍTULO 1 – CONCEITO DE PEDOFILIA

### 1.1 PEDOFILIA

Nada mais oportuno, quanto necessário do que, na abertura da pesquisa proposta, resgatar a etimologia da expressão “pedofilia”. Para tratar o tema com a clareza necessária, melhor será a transcrição direta da fonte: a palavra pedófilo é um composto recente do substantivo *pais* (criança) e do verbo *phileo* (amar). Com esta base, são encontrados dois substantivos em grego antigo: *paidophilos* (amor homossexual e pedagógico de um homem maduro por um menino impúbere) e *paidophilès* (aquele que ama meninos), conforme leciona Binard e Clouard.<sup>5</sup>

As marcas semânticas presentes na formação da palavra convergem para sentidos dúbios ou imprecisos, de forma a se prestarem tanto a processos edificantes, no passado, quanto a práticas eticamente condenáveis em nossa cultura atual.

A investigação científica da pedofilia conduz à apreensão dos aspectos mais significantes dessa prática. E, nesses aspectos, estão incluídos, dentre outros, a imagem do agressor (quem pratica) e as razões dadas (o porquê). É essa trama de informações que nos mostra o significado do crime.

A pedofilia está ligada a um conceito de cunho psicanalítico, definido como uma tendência, uma inclinação de um sujeito a se atrair de forma irresistível por crianças e com elas exercer práticas eróticas.

---

<sup>5</sup> BINARD, L.; CLOUARD, J. *Le drame de la pedophilie*. Paris: Albin Michel, 1997. p. 25-26.

Trata-se de um acontecimento difícil de apreender, suscitando os mais variados questionamentos. A imprecisão do termo pedofilia conduz a uma percepção superficial do fenômeno. A isto se junta uma confusão entre os termos pedofilia e pederastia. Desta feita, a procura de definições precisas sobre cada uma dessas palavras afigura-se essencial.

## 1.2 DISTINÇÃO ENTRE PEDOFILIA E PEDERASTIA

Etimologicamente, “pedofilia” e “pederastia” são termos muito próximos. “Pedofilia” é uma palavra de origem grega que significa: amar as crianças. Em sua acepção original, nada indica a violência, o abuso perpetrado contra os infantes. Por sua vez, “Pederastia” é uma expressão tomada do grego *paiderastês*, leia-se: aquele que ama as crianças e os adolescentes.

Ao se decompor esses dois termos, chega-se às seguintes explicações: “*Pedo*”, a partir do qual foram construídas as expressões “pedofilia” e “pederastia”, é um elemento do grego *païdos*, que significa criança, ou de *paideuein*: ensinar, instruir. A expressão *philos*, que deu o sufixo “*filo*” na expressão pedofilia, e *eran*, a partir do qual formou-se “*erastes*”, que ama, amante, contido em *paiderastes*, são dois termos equivalentes que significam amar. Contudo, amar deve ser entendido no sentido geral, sem conotação precisamente sexual.

O escritor Luis Antonio de Villena<sup>6</sup> discerniu uma ligeira nuance entre estes dois termos, posto que, segundo ele, *philein* seria uma expressão menos forte que *eran*, a qual ele traduziu precisamente por amar com paixão. Dessarte, pode-se afirmar que estas duas expressões são equivalentes do ponto de vista etimológico.

---

<sup>6</sup> VILLENA, L. Antonio. *Retour sur la question de la pédophilie*. Paris: Courrier International, 1997. p. 29.

Na Grécia antiga, *paiderasetes* designava a relação entre o mestre e o aluno, dentro da qual o ato sexual fazia parte da instrução, da educação que o professor dispensava ao pupilo, este último era sempre um adolescente, um jovem e não uma criança. *Erastês* designava a pessoa adulta, o mais velho da dupla homossexual grega, em oposição a *erômenos*, que representava o aprendiz.

Conforme Liliane Binard e Jean-Luc Clouard<sup>7</sup> essa noção seria igualmente traduzida para a pedofilia da seguinte forma: “A pedofilia grega é o amor homossexual e pedagógico de um homem maduro por um garoto imberbe, porquanto, na Grécia antiga, *pais* e *phileo* teriam dado dois substantivos distintos: *paidophilos*, aquele que ama as crianças e *paidophilès*, aquele que ama criança do sexo masculino”.

A evolução desses termos na linguagem corrente trouxe uma notável obscuridade, tanto que a expressão pederastia subsistiu na linguagem para designar, em referência à tradição grega, o amor de um adulto por crianças do sexo masculino. Atualmente, porém, uma similitude de sentidos estabeleceu-se entre pederastia e homossexualidade.

A propósito do nome pederastia, o dicionário de Psicologia Henri Pieron<sup>8</sup>, indica que a expressão remonta a práticas homossexuais do homem adulto com rapazes. Por extensão, qualquer prática homossexual masculina.

O dicionário Houaiss da língua portuguesa<sup>9</sup> traduz a pedofilia como uma “perversão que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído por crianças”, ao passo que o termo “pedófilo” tem como significado “quem sente a impulsão da pedofilia e/ou

---

<sup>7</sup> BINARD, L.; CLOUARD, J. *Le drame de la pedophilie*. Paris: Albin Michel, 1997. p. 25-26.

<sup>8</sup> PIERON, Henri. *Dicionário de psicologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1966.

<sup>9</sup> HOUAISS, Antonio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2164.

a pratica”. A pederastia, por seu turno, é conceituada como “a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem, significando também homossexualidade masculina”.

Vê-se, pois, que a explicação dicionarizada conduz ao entendimento de que para existir a pedofilia basta que haja a pulsão sexual, mais precisamente a vontade, ao passo que a pederastia exige atos executórios para a sua consumação.

A par da confusão entre essas duas noções, é possível a referência à etimologia da expressão, ou seja, a uma acepção neutra do termo, recusando a conotação sexual e negativa atribuída à pedofilia. O radical grego *phile*, constante em um grande número de palavras, tais como filantrópico (homem que ama seus semelhantes) ou filósofo (aquele que ama a sabedoria), é entendido numa acepção positiva.

É inegável que a pedofilia incorporou, no uso, uma conotação sexual. Ela designa, expressamente, na linguagem corrente, a atração sexual de um adulto pelas crianças, significa dizer crianças pré-púberes ou quase na puberdade, sejam meninas ou meninos. Nesse estudo, incluiremos a atração por adolescentes na conceituação da pedofilia.

Vale salientar que essa menção etimológica é uma introdução à matéria de fundamental importância, diga-se, por permitir esclarecer uma das razões pela qual a pedofilia se apresenta como uma noção solta e imprecisa.

### 1.3 A PEDOFILIA DE ACORDO COM A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA

Na classificação internacional de doenças (CIM 10), da Organização Mundial de Saúde (OMS), datada do primeiro trimestre de 1993, a pedofilia é tratada no capítulo “perturbação da preferência sexual”. A pedofilia é definida como uma preferência sexual por crianças geralmente de idade pré-púbere ou no início da puberdade. Conforme o relatório da OMS, certos pedófilos são unicamente atraídos por meninos, outros por meninas e há, ainda, aqueles que não possuem preferência de gênero.

É de se ressaltar que essa perturbação não se verifica com frequência entre as mulheres, o que não quer dizer que não exista pedofilia no universo feminino. Entretanto é de difícil observação tal ocorrência. Segundo estudo elaborado pela Fondation Scelles, instituição francesa com atuação no combate à exploração sexual, estima-se que menos de 10% dos casos de pedofilia sejam atribuídos às mulheres.

Ao analisar o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais<sup>10</sup>, DSM-IV, da Associação Americana de Psiquiatria, no capítulo intitulado “As Parafilias”, tem-se que a característica essencial da pedofilia é uma relação sexual com uma criança pré-púbere, geralmente com a idade de 13 (treze) anos ou menos.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual diagnóstico e estatístico das perturbações mentais DSM-IV*. Masson: [s.n.], 1996. p. 499-500.

<sup>11</sup> As parafilias (do grego *para*) ao lado de *philein* (amar) caracterizam-se: pela presença de fantasias imaginativas sexualmente excitantes, de impulsos sexuais ou de comportamentos que implicam a escolha de objetos não humanos (fetichismo); pelo sofrimento próprio ou do parceiro (masoquismo e sadismo); pela escolha de crianças ou de outras pessoas que não manifestam consentimento (voyeurismo, exibicionismo, pedofilia) cf. FILLLEULE, Renaud; MONTIEL, Catherine. *La pédophilie*. Paris: Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, 1997. p. 7.

O guia da Associação Americana de Psiquiatria estabelece que o pedófilo deve ter a idade de 16 anos ou mais, além de ter pelo menos cinco anos a mais que a criança. Nos casos de pedofilia praticados com pessoas que estão no final da adolescência, a diferença de idade não é tão valorizada e o julgamento clínico levará mais em consideração a maturidade sexual do adolescente que a diferença de idade entre os parceiros.

Ainda de acordo com o estudo da Associação Americana de Psiquiatria, no tocante à média de idade das vítimas, os pedófilos são geralmente atraídos por crianças de uma idade particular. Via de regra, os indivíduos que sentem atração pelo sexo feminino preferem crianças de 10 anos, enquanto aqueles atraídos por meninos preferem, habitualmente, crianças um pouco mais velhas. A pedofilia envolvendo vítimas femininas é relatada com maior frequência do que a pedofilia envolvendo meninos.

As práticas sexuais podem ser exercidas unicamente com crianças do grupo parental do agressor, tais como filhos, enteados, sobrinhos, como também com crianças de outras famílias, geralmente vizinhas. É determinado ainda que certos indivíduos pedófilos são sexualmente atraídos unicamente por crianças (tipo exclusivo), ao passo que outros são, às vezes, atraídos por adultos (tipo não-exclusivo).

No que concerne aos atos cometidos pelos pedófilos que cedem aos seus impulsos com crianças, alguns se limitam a desnudá-las e a olhá-las, a se exhibir eles mesmos, a se masturbar, ou a tocá-las e acariciá-las afetuosamente, chegando outros à conjunção carnal ou à prática de atos libidinosos diversos desta última, bem como à introdução de objetos estranhos na vagina ou no ânus da criança, sem falar na corrente prática de utilizar as imagens das crianças em poses eróticas, através da internet.

De forma simplificada, o multicitado manual da Associação Americana de Psiquiatria acrescenta que a perturbação é iniciada, geralmente, na adolescência. Contudo, certos indivíduos que apresentam a pedofilia não a praticam antes de atingirem a idade madura.

Indo mais além, a frequência do comportamento pedófilo oscila, às vezes, em função do stress psicológico. A evolução é geralmente crônica, em particular para as pessoas atraídas por crianças do sexo masculino. A taxa de recidiva para os indivíduos atraídos por meninos é o dobro daquela concernente às pessoas que preferem as meninas, segundo dados da Associação Americana de Psiquiatria.<sup>12</sup>

Apesar das definições serem sensivelmente idênticas, observam-se algumas especificidades. A definição da Associação Americana de Psiquiatria mostra-se mais completa que a da OMS, posto que se baseia em uma observação mais abrangente. Ela inclui o incesto, ao contrário da OMS. Por outro lado, a definição da OMS exige, claramente, a necessidade de uma noção de duração e repetição dos atos para diagnosticar a pedofilia.

É interessante notar que o título do capítulo que trata da pedofilia evoluiu na amostragem das novas classificações da Organização Mundial de Saúde, ao apresentar uma configuração mais neutra. Em 1965, o capítulo da CIM 8 se intitulava “As Perversões Sexuais”. Na classificação seguinte, a CIM 9 trazia “Os Desvios e Perturbações Sexuais” e, hoje, se intitula: “Perturbações da Preferência Sexual”.

---

<sup>12</sup> ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual diagnóstico e estatístico das perturbações mentais DSM-IV*. Masson: [s.n.], 1996. p. 499-500.

A Associação Americana de Psiquiatra emprega o simples termo “parafilia”, dispensando a noção de perversidade e de perversão.<sup>13</sup>

#### 1.4 DIAGNÓSTICO DA PEDOFILIA: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS ESPECIALISTAS

Renaud Filleule e Catherine Montiel, autores da pesquisa sobre a pedofilia, do “Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure” (IHESI), situado na França, distinguem a pedofilia preferencial, propriamente dita, da pedofilia situacional. Esta última diz respeito aos indivíduos que se aproveitam de uma situação posta, ainda que não tenham tido fantasias anteriormente, ocorrendo, por exemplo, quando uma pessoa, sob o efeito do álcool e sem o domínio das suas faculdades mentais, abusa de uma criança.<sup>14</sup>

Ao discorrer sobre a pedofilia situacional, Kenneth Lanning<sup>15</sup> distingue quatro categorias de indivíduos:

1. O tipo regressivo: esta categoria concerne a indivíduos que têm uma baixa auto-estima e capacidade limitada de estabelecer relações com outras pessoas. Eles prefeririam um parceiro sexual adulto, mas são incapazes de obtê-lo e se utilizam da força para obrigar as crianças a lhes servirem de substitutos. Para a Organização Mundial de Saúde o tipo regressivo faz parte da categoria dos pedófilos.
2. O tipo amoral: as agressões sexuais contra as crianças representam para esses indivíduos um elemento, dentre uma série de outras agressões às pessoas. É suficiente que haja uma

---

<sup>13</sup> Na psiquiatria, a perversão é uma “procura mais ou menos exclusiva do prazer sexual que exclui a relação com um parceiro de idade similar e do sexo oposto”, cf. PEQUENO Dicionário Larousse Ilustrado, 1994.

<sup>14</sup> FILLEULE, Renaud; Montiel, Catherine. *La pédophilie*. Paris: Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure, 2001. p. 8.

<sup>15</sup> LANNING, K. *Child molesters: a behavior analysis*. Virgínia: FBI Academy, 1992. p. 6-10.

ocasião favorável ou uma vítima vulnerável para que ocorra a passagem do desejo ao ato delinqüente.

3. O tipo desprovido de discriminação sexual: são indivíduos que se dispõem a experimentar tudo em matéria sexual e as agressões sexuais contra as crianças podem representar para eles um atrativo pelo inusitado.
4. O tipo inadequado: são indivíduos que apresentam graves problemas mentais ou emocionais. Trata-se, por exemplo, do adolescente isolado socialmente ou dos solitários excêntricos, que, mesmo quando adultos, vivem na casa dos parentes. Neste caso, o interesse sexual por criança, costuma advir da curiosidade, mas também da insegurança que eles apresentam no relacionamento com certos adultos.

O médico psiquiatra Roland Coutanceau<sup>16</sup> estabeleceu uma distinção ao apartar os verdadeiros pedófilos dos indivíduos que cometem esporadicamente atos pedófilos, sem serem exclusivamente atraídos por crianças. O citado autor sublinha que estes últimos podem se sentir atraídos por uma criança pré-púbere, independentemente do gênero, por terem uma potencialidade de se excitarem em uma aventura sexual com um infante. No seu entendimento, eles podem passar ao ato, mas não se enquadram, necessariamente, entre os pedófilos.

Ainda segundo R. Coutanceau, somente deve-se entender como pedofilia os casos em que os indivíduos são atraídos exclusivamente ou preferencialmente por crianças. Na categoria dos verdadeiros pedófilos, distinguem-se os manipuladores e os predadores. Os

---

<sup>16</sup> COUTANCEAU, Roland. Ce qu'est un "vrai pédophile". *Le généraliste*. n. 1711, p. 27, 2003.

primeiros, seduzem e idealizam as crianças, mostram uma sensibilidade e uma afetividade peculiar por elas. Os segundos, recorrem geralmente à violência, ao ameaçarem e agredirem suas vítimas.

Vê-se, pois, que os especialistas estabelecem suas próprias classificações, ao distinguirem, via de regra, os pedófilos de outras categorias de abusadores sexuais. Inexistindo, assim, um consenso sobre as mencionadas classificações.

A discussão se agrava quando se pontua a questão do incesto, porquanto alguns estudiosos entendem esta conduta como espécie de abuso sexual distinto de pedofilia.

Renaud Filleule e Catherine Montiel não assimilam que a pedofilia e o incesto integrem situações semelhantes, ao afirmarem que enquanto a pedofilia se situa em volta do contexto familiar, o incesto se produz na célula da família, destacando, ainda, que a escolha da vítima pelo pedófilo segue critérios de idade e de características psíquicas.<sup>17</sup>

Sob outra perspectiva, Marceline Gabel, Serge Lebovici e Philippe Mazet<sup>18</sup> estabelecem uma similitude entre a pedofilia e o incesto: “Toda conduta sexual entre adultos e crianças, entre pessoas que possuem uma distância de gerações pode ser qualificado como incestuoso. É suficiente que o agressor seja mais velho para ser considerado como um substituto do pai”. Na mesma linha de raciocínio, o psicanalista A. Crivillé explica que todo ato sexual de um adulto com uma criança constitui um projeto incestuoso.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> FILLEULE, Renaud; MONTIEL, Catherine. *La pédophilie*. Paris: Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure, 2001. p. 8.

<sup>18</sup> CRIVILLÉ, A. *Les abus sexuels à l'égard des enfants*: comment en parler. Paris: Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale. [ca. 1997], p. 9.

<sup>19</sup> Idem. *Crianças vítimas de abuso sexual*: nem muito, nem pouco: exatamente o necessário. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 139.

Os autores do número especial sobre a pedofilia e as agressões sexuais d'*Enfance majuscule*, publicado pela Federação dos Comitês Aléxis Danan, consideram igualmente que o incesto faz parte da pedofilia, levando-se em consideração que um grande número de pedófilos são pais incestuosos.<sup>20</sup>

A idéia de um liame entre o incesto e a pedofilia integra o entendimento da Associação Americana de Psiquiatria que explica o incesto como parte da pedofilia. A mencionada associação frisou, na sua definição, que o pedófilo pode limitar sua atividade aos seus próprios filhos, netos e demais parentes próprios. Ela conclui que, após o diagnóstico da pedofilia, o profissional de saúde deve mencionar se a mesma é limitada ao incesto ou não.

### 1.5 ENFOQUE DAS TEORIAS PSICANALÍTICAS

Após a religião ter estabelecido uma certa ordem, no seio da sociedade, em matéria de hábitos sexuais, a ciência sucedeu-lhe com o escopo de designar e explicar os comportamentos normais e anormais. No entanto mostrou dificuldade em definir essa norma, tanto na delimitação precisa do que seja pedofilia, quanto na determinação de suas causas.

É importante frisar que a redução à ordem médica do que se entende por conduta perversa não é um fenômeno nem universal nem atemporal. Pode-se datar, na cultura ocidental e na América do Norte, por volta do fim do séc. XVIII, no momento em que determinadas proibições à referência religiosa pararam de regular a prática e o discurso em uso na sociedade do século das luzes.

---

<sup>20</sup> TOMKIEWICZ, S.; GABEL, Marceline. *Pédophilie et agressions sexuelles, enfance majuscule*. Paris: Fédération des Comitês Alexis Danan, 1997. p. 6.

Assim, a interdição à pedofilia não era mais eficaz no começo do século XX. A religião não funcionava mais como censura, razão pela qual coube à ciência explicar a reprovabilidade desse tipo de comportamento, através das várias correntes científicas.

O psiquiatra alemão Kraft-Ebing, especialista em desvios e perversões sexuais, foi o primeiro a falar de pedofilia erótica. No século XIX, pensava-se que a pedofilia era comum em pessoas degeneradas e que a perversão, em geral, interessava apenas aos psiquiatras, por se tratar de uma disposição inerente e hereditária.<sup>21</sup>

No século XIX, em plena fase anti- iluminista, portanto avessa às idéias de liberdade individual, alguns psicólogos retrocederam em uma explicação de cunho moralista, ao definirem as perversões como toda relação sexual que não se limita à procriação.

O psiquiatra Valentin Magnan estudou o sistema nervoso e definiu o “centro de Budge”, que funciona como um regulador dos órgãos sexuais. O comportamento normal corresponde a um equilíbrio entre a excitação e a inibição, ao passo que nos desviantes um prepondera sobre o outro.<sup>22</sup>

A teoria da sedução, nos moldes como foi elaborada por Freud no início da sua obra (1895-1897), a partir de seu trabalho clínico com pacientes adultos, atribuía à lembrança de cenas reais de sedução, em geral de uma criança e de um adulto, um papel determinante na etiologia das psiconeuroses, ou seja, das patologias nas quais os sintomas do adulto são a

---

<sup>21</sup> Richard Von Kraft-Ebing (1840-1902) publicou importantes trabalhos sobre as perversões sexuais e a criminologia, no Manual de Psiquiatria em 1879, e, sobretudo, em 1886, uma pesquisa intitulada *Psycopathia sexualis* onde se escreve pela primeira vez, de uma maneira clínica e científica, as diversas anomalias sexuais.

<sup>22</sup> FONDATION SCELLES. *La pédophilie*. Paris: Éditions Éres, 2001. p. 30.

expressão simbólica de conflitos infantis (neurose de transferência, histeria, obsessão, neurose de angústia e neuroses ditas narcísicas).

Esquemáticamente, a aludida teoria supõe que o trauma se produza em dois períodos separados pela puberdade:

- o primeiro período é o da sedução propriamente dita. É o acontecimento sexual do ponto de vista do adulto, mas pré-sexual para a criança. Não há, nesse momento, repressão inconsciente para a criança;
- o segundo período é um novo acontecimento, nem sempre de natureza sexual, que faz ressurgir, por associação, a lembrança da cena de sedução anterior. A recordação provoca um afluxo de excitação e por isso é reprimida; é essa própria repressão que, para Freud, está na origem das psiconeuroses.

Freud abandonou a teoria da sedução em 1897. Sua atitude é considerada como um passo decisivo na importância que viriam alcançar as noções de fantasma inconsciente, de realidade psíquica e de sexualidade infantil na teoria psicanalítica.

No entanto, ainda que Freud tenha abandonado a teoria da sedução como peça central das psiconeuroses, nunca deixou de sustentar a existência, a frequência e a realidade das cenas de sedução vividas pelas crianças, de acordo com a crítica de Laplanche e Pontalis<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> LAPLANCHE; PONTALES. *Vocabulaire de la psychanalyse*. Paris: Éres, 1984. p. 438.

Sandor Ferenczi<sup>24</sup>, ao retomar a teoria da sedução em 1933, estabeleceu a importância do trauma e em particular do trauma sexual como fator patogênico: “Mesmo crianças que pertencem a famílias honradas e de tradições puritanas, com mais frequência do que ousaríamos supor, são vítimas de violências e estupros. São os próprios pais em busca de um substituto para sua insatisfação, dessa maneira patológica, ou pessoas de confiança – membros da mesma família (tio, tia, avós), preceptores ou empregados domésticos – que abusam da inocência ou da ignorância das crianças. A objeção, alegando que se trata de fantasmas da própria criança, ou seja mentiras históricas, perde infelizmente sua força, em consequência do número considerável de pacientes em análise que confessam violências que exerceram em crianças”.

A sexualidade infantil foi uma descoberta da psicanálise. Freud a definiu como “tudo que concerne às atividades da primeira infância em busca de gozos localizados que este ou aquele órgão possa proporcionar.”<sup>25</sup>

Os comportamentos da criança descritos por Freud podem ser considerados precursores da sexualidade adulta. Ao estabelecer um elo de similitude entre as práticas perversas dos pacientes adultos e os comportamentos infantis, Freud pôde reconhecer a significação sexual desses comportamentos e qualificar a criança de “perversa polimorfa”.

Os argumentos utilizados para justificar a pedofilia fazem freqüente referência à análise de Freud acerca da sexualidade infantil. Freud explica, em “Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade”, publicado em 1920, que a sexualidade existe em cada criança, além de afirmar que ela não se limita, como nos adultos, à função de reprodução e à satisfação

---

<sup>24</sup> FERENCZI, Sandor. *Psychanalyse IV*. Paris: Payot, 1990. p. 129.

<sup>25</sup> FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1920. p. 98.

obtida dos órgãos genitais, posto que ela é sentida pelo corpo inteiro. Assim, a sexualidade adulta diferencia-se da infantil pela primazia da zona genital, pela escolha de um objeto total, que se traduz em outra pessoa, além da possibilidade de procriar.<sup>26</sup>

A criança, segunda Freud, conhece o prazer sexual no transcorrer dos diferentes estágios de sua evolução (oral, sádico-anal, fálico), através da sucção, do toque, da exploração do corpo, daí o emprego da expressão “perverso polimorfo”.

Os defensores da pedofilia fazem uso do argumento da existência da sexualidade própria da infância para justificar a tese de uma ordem natural, relativa ao direito de gozo que teriam os infantes, a qual é contrariada por leis injustas. Eles reivindicam o direito ao prazer pela criança.

A referência ao rito de iniciação pedagógica da Grécia antiga, notadamente as relações sexuais mantidas entre o preceptor e o pupilo, é utilizada frequentemente para justificar a atuação dos pedófilos. Contudo, não se pode fazer referência a um rito estranho ao contexto cultural que lhe dá sentido. Tais relações tinham um significado preciso e marcavam a passagem da criança à idade adulta, mais precisamente de jovens rapazes adolescentes.

Michel Dorais afirma que a sociedade Grega fundamentou-se em princípios de respeito, nas relações sexuais, e de integridade moral e psíquica de cada um. Segundo o referido autor, as relações sexuais do pedófilo se inscrevem num contexto que não lhe dará

---

<sup>26</sup> FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1920. p. 101-102.

uma significação, motivo pelo qual ele não apresenta remorso dos atos praticados contra as crianças que eles dizem amar.<sup>27</sup>

Gérard Lopez<sup>28</sup> explica que o pedófilo não admite que as leis sejam o espelho da cultura, nem que elas sejam preexistentes ao seu desejo ou seus interesses particulares. Eles repudiam a lei por obrigá-los a dissimular suas práticas sexuais.

É preciso assinalar que boa parte dos estudiosos, que se dedica ao comportamento sexual agressivo, enquadram os pedófilos na categoria dos perversos, entendendo-os detentores de desvio do instinto, dentro da concepção tradicional.

Por sua vez, Balier classificou as condutas pedófilas no rol das psicopatias, ao dizer que “não se trata de psicopatia de descrição clássica, com atuações repetidas e ruidosas, mas de formas de organização psíquica nas quais o ato explode periodicamente, para resolver uma angústia habitualmente contida pela clivagem (dupla personalidade)”.<sup>29</sup>

O referido autor postula que o ato delituoso é vivenciado de modo particular, semelhante a um estado onírico. Quando acontece de algum desses agressores confessá-lo, o seu relato quase sempre apresenta lapsos de memória no seu conteúdo e tudo é descrito como se ele não fosse o autor da ação, mas outro, diferente do seu comportamento habitual.

Balier concorda com Anna Freud e Ferenczi, no que diz respeito à identificação do agressor. Entretanto, ao contrário da complexidade que eles apontam, Balier acredita que o

---

<sup>27</sup> DORAIS, Michel. *La sexualité plurielle*. Montreal: Éditions Pretexte, 1982. p. 39-40.

<sup>28</sup> LOPEZ, Gerard. *Les violences sexuelles sur les enfants*. Paris: PUF, 1997. p. 104.

<sup>29</sup> BALIER, Claude. Psicopatologia dos autores de delitos sexuais contra crianças. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 116.

mecanismo de agressão ocorre no nível “da identificação primária num estágio em que mal se pode falar em ego”.<sup>30</sup>

Pelo que se apreende da visão científica acima demonstrada, tem-se que o exercício da lei é mais do que nunca necessário, porquanto nos pedófilos não existe lei interna, que se traduz na inibição desse desejo sexual com crianças e adolescentes. De fato, no desenvolvimento dos pedófilos, encontra-se dificuldade de identificação com um modelo adulto de comportamento sexual que integre as correntes ternas e agressivas, responsáveis por uma patologia do superego, ou seja, pela fraqueza da autocensura.

Em conclusão, torna-se evidente um profundo desconhecimento do legislador sobre as causas e motivações dos agressores sexuais. Ainda que a psicologia e a medicina ainda não disponham de tratamento para alguns tipos de pedófilos ou indivíduos com anomalias na estrutura do superego, não restam dúvidas sobre a psicopatologia inerente aos agressores sexuais, o que conduz ao entendimento da necessária concomitância da aplicação da pena e do tratamento do psicológico e/ou psiquiátrico dos autores de condutas pedófilas.

## 1.6 A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O objetivo deste tópico é direcionar parte da abordagem à pessoa da vítima, após termos iniciado o trabalho com a conceituação da pedofilia, passando pela análise da sanidade do comportamento dos autores das condutas pedófilas, culminando num dos pontos mais importantes da problemática eleita, qual seja, a capacidade da criança e do adolescente em aceitar ou recusar um “convite” feito por um adulto para jogos e práticas sexuais.

---

<sup>30</sup> BALIER, Claude. Psicopatologia dos autores de delitos sexuais contra crianças. In: GABEL, Marcelline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 116.

Os apologistas da pedofilia costumam afirmar que o livre arbítrio de uma criança não tem menos consistência que o de um adulto. Contraindo-se a esse raciocínio, tem-se que a falta de experiência prévia, a par das reais interrogações sobre seus impulsos sexuais, sem falar na imaturidade biológica, fazem com que a criança não disponha de conhecimentos necessários para apreciar a natureza real das solicitações de uma pessoa maior.

Por se tratar, também, de uma produção social e cultural, não se pode falar em sexualidade sem se falar em cultura. Para Cohen, a sexualidade humana é compreendida como uma somatória entre instinto sexual e pulsão sexual; sendo o instinto definido como “um comportamento hereditário próprio de todos os seres vivos, enquanto a pulsão sexual é caracterizada como uma carga energética que faz com que o indivíduo tenda a determinado fim sexual, que pode ser variável e cujo objeto sexual não está determinado biologicamente”.<sup>31</sup>

O referido autor defende que a transformação dos instintos animais aconteceu com o desenvolvimento sexual do ser humano, por meio das mudanças sociais que foram ocorrendo na história da humanidade. Essas transformações teriam acontecido no final do período neolítico, com a descoberta da paternidade e da agricultura, período em que provavelmente se instaurou o que Freud chamou o tabu do incesto.

Freud, na obra *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*, ao tratar de pré-púberes tomados como objeto sexual, menciona que os indivíduos que têm crianças como objeto constituem casos aberrantes isolados. Ele afirma ser raro que as crianças sejam o único objeto sexual. Encerra por afirmar que: “ordinariamente, só desempenham este papel quando

---

<sup>31</sup> COHEN, C.; FÍGARO, C. J. Crimes relativos ao abuso sexual. In: \_\_\_\_ ; FERRAZ, F. C.; SEGRE, M. *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 147.

um indivíduo, tornado covarde e impotente, se resolve a tais expedientes, ou quando o impulso sexual, sob uma forma das mais imperiosas, não encontra objeto mais apropriado”.<sup>32</sup>

Cohen e Fígaro definiram relação sexual como “um tipo particular de relação social, possuindo limites individuais e sociais. Os parâmetros sociais, dependendo da época e da cultura, sofrem variações, podendo ser aceitos ou não pelos indivíduos”.<sup>33</sup> Muitos conflitos sexuais surgem da não aceitação dos tabus que a sociedade criou sobre a sexualidade humana, gerando uma certa dificuldade para pensarmos sobre o que poderia ser considerado como normal ou como patológico, em uma relação sexual. Assim, as relações humanas são determinadas pela cultura, mas, ao mesmo tempo, o ser humano também interfere e modifica. Portanto, a sexualidade é um conceito cultural dinâmico que está em constante mutação.

Azevedo e Guerra conceituaram abuso-vitimização sexual como: “todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma pessoa menor de dezoito anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter uma estimulação sobre sua pessoa ou outra pessoa”. Tal conceito, apesar de excluir os casos envolvendo adolescentes como autores de atos contra crianças, abarca todos os tipos de abuso sexual contra menores: intra, extrafamiliar e a exploração sexual.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1920. p. 43.

<sup>33</sup> COHEN, C.; FÍGARO, C. J. Crimes relativos ao abuso sexual. In: \_\_\_\_\_; FERRAZ, F. C.; SEGRE, M. *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 149.

<sup>34</sup> AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. Vitimação e vitimização: questões conceituais. In: \_\_\_\_\_. *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu Editora, 1989. p. 42.

Os mesmos autores definiram incesto como: “toda atividade de caráter sexual, implicando uma criança de 0 a 18 anos e um adulto que tenha para com ela, seja uma relação de consanguinidade, afinidade ou de mera responsabilidade”.<sup>35</sup>

Ao se conceituar violência sexual praticada contra menores, não se pode esquecer do envolvimento de adolescentes em abusos sexuais, ante a ocorrência de experiências sexuais entre crianças imaturas e adolescentes, bem como entre crianças mais velhas e adolescentes. Essa categoria inclui todas as experiências entre uma criança de doze anos ou menos e uma outra pessoa com menos de dezoito anos; mas que seja, no mínimo, cinco anos mais velha que a criança. A outra categoria inclui jovens adolescentes que têm experiências sexuais com adultos muito mais velhos; inclui todas as experiências entre adolescentes de treze a dezesseis anos, com adultos legalmente definidos, de acordo com o guia da Associação Americana de Psiquiatria<sup>36</sup>.

Segundo Cohen e Fígaro, “o abuso sexual deve ser entendido como qualquer relacionamento interpessoal, no qual o ato sexual é veiculado sem o consentimento do outro, podendo ocorrer pelo uso da violência física e/ou psicológica”.<sup>37</sup>

Por sua vez, a Abrapia definiu abuso sexual, que se traduz em pedofilia, como: “uma situação em que uma criança ou adolescente é usado para gratificação sexual de um adulto ou mesmo de um adolescente mais velho, baseado em uma relação de poder que pode incluir desde carícias, manipulação da genitália, mama ou ânus, exploração sexual, *voyerismo*,

---

<sup>35</sup> AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. Vitimação e vitimização: questões conceituais. In: \_\_\_\_\_. *Crianças vitimizadas*: a síndrome do pequeno poder. São Paulo: Iglu Editora, 1989. p. 42.

<sup>36</sup> ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual diagnóstico e estatístico das perturbações mentais DSM-IV*. Masson: [s.n.], 1996. p. 499-500.

<sup>37</sup> COHEN, C. *O incesto um desejo*. São Paulo: Casa do Psicólogo Editora, 1993. p. 28.

pornografia e exibicionismo, até o ato sexual com ou sem penetração, com ou sem violência”.<sup>38</sup>

Na mesma esteira de raciocínio, a pesquisadora Heleieth Saffioti conclui que “a preferência por crianças aponta para o abuso sexual enquanto afirmação de poder e não como resultado de uma pulsão sexual irreprímível”.<sup>39</sup> A autora ainda aduz que o agressor não ataca sua vítima em todos os momentos em que experimenta desejo sexual. Este é controlado sempre que testemunhas possam presenciar o fato e até impedir sua realização.

Ao tratar da pedofilia, invoca-se o direito à liberdade sexual, mais precisamente o direito da criança e do adolescente de exercitar suas pulsões ou impulsos de natureza sexual. No entanto, a idéia de liberdade sexual, inegavelmente, se inter-relaciona com a noção de consenso e de dissenso.

Dessa forma, havendo o consenso, o consentimento do agente para dispor de sua liberdade sexual nos limites que lhe aprouver, não há de se falar em crime de natureza sexual. Ao contrário, se tais limites forem ultrapassados, sendo rompida a barreira do aceitável, violada a liberdade de caráter sexual deste agente, ter-se-á delito a ser punido.

Assim, o que se questiona é se uma criança ou um adolescente tem discernimento adequado para emitir uma opinião ou um consentimento dessa ordem. E que valor terá essa aquiescência diante da solicitação argumentada de um adulto. Os argumentos fortes, o desejo

---

<sup>38</sup> ABRÁPIA. *Abuso sexual: mitos e realidade: guia de orientação para a população*. Petrópolis: Autores e Agentes Associados, 1997. p. 6.

<sup>39</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. Agressões sexuais contra crianças e adolescentes no Brasil. In: ROMPENDO O SILÊNCIO: SEMINÁRIO MULTIPROFISSIONAL DE CAPACITAÇÃO SOBRE ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 1997, São Luís. *Anais.....* São Luís: Estação Gráfica Ltda, 1997. p. 37.

de convencer o outro, a manipulação, são facilmente exercidos pelos maiores nessa relação visivelmente assimétrica.

Para compreender melhor a importância da infância e da adolescência na evolução da pessoa, de seu meio-ambiente e das novas gerações, torna-se necessário conhecer as particularidades desses estágios do desenvolvimento humano. Só assim será possível compreender as singularidades dos abusos, além das suas conseqüências naquele que um dia foi objeto de um pedófilo.

Como dito anteriormente, discorrer sobre abusos sexuais de adultos contra crianças nos confronta com uma situação na qual nos deparamos com dois parceiros com funcionamento assimétrico e características físicas, evidentemente, bem diferenciadas. Daí a importância de se aprofundar sobre o desenvolvimento da criança e do adolescente, mormente sobre a sexualidade infantil.

A sexualidade infantil foi uma descoberta da psicanálise. Freud a definiu como tudo que concerne às atividades da primeira infância em busca de gozos localizados que este ou aquele órgão possa proporcionar.<sup>40</sup>

A definição acima ultrapassa a genitalidade. Os componentes da criança descritos por Freud podem ser considerados precursores da sexualidade adulta. Ao estabelecer um elo de similitude entre as práticas perversas dos pacientes adultos e os comportamentos da criança, Freud pôde reconhecer a significação sexual desses comportamentos e qualificar a criança como perversa polimorfa.

---

<sup>40</sup> FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1920. p. 98.

É necessário pontuar, no entanto, que quando Freud descobriu a sexualidade infantil, ele não disse que as crianças faziam sexo. O que ele demonstrou foi que o sentido da sexualidade era tão amplo que até mesmo as crianças o possuíam e o executavam, mesmo sem qualquer registro anterior.

Dessarte, se é essencial reconhecer a existência da sexualidade no adulto, a utilização da mesma palavra em relação à criança induz a uma confusão, pois suscita mais ou menos uma representação da sexualidade da criança muito similar à do adulto. Essa visão adultomórfica deixa pouco espaço para a especificidade do funcionamento da criança.

Por essa razão, alguns estudiosos, a exemplo de Martine Lamour, empregam um termo diferente para tratar da sexualidade da criança, termo que reconheça o aspecto de excitação e prazer a ela ligados. O termo sensualidade é entendido como mais adequado pela citada autora, pois sua conotação traz uma carga menor da sexualidade adulta que o termo erotismo provoca.<sup>41</sup>

Para sublinhar a diferença entre a sexualidade das crianças e a sexualidade adulta, Ferenczi associou a linguagem da paixão à sexualidade adulta e a linguagem da ternura à sexualidade infantil.

Ajuriaguerra pontua que: “o papel que os órgãos genitais desempenham é fruto de um conhecimento, e o valor que lhe é conferido depende muito da influência do meio que favorece ou proíbe; ele se modifica por uma fantasmática infantil precoce”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> LAMOUR, Martine. Os abusos sexuais em crianças pequenas: sedução, culpa, segredo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997, p. 47.

<sup>42</sup> AJURIAGUERRA, J. de. *Manual de psiquiatria infantil*. 2. ed. Paris: Masson Editora, 1985. p. 417.

O referido autor entende que a informação que a criança espera ou que lhe damos não é necessariamente assimilada, isso depende do grau de suas convicções, da necessidade que pode ter de mantê-las e de seu medo de não poder suportar uma explicação. Conforme os níveis evolutivos e a organização pessoal da criança e suas relações com os pais, a realidade pode ser transposta, negada, mitificada, sobretudo porque os problemas com que ela se depara não são apenas fisiológicos e funcionais, mas também, seguindo a mesma linha de Ferenczi, eróticos.

Quanto às seduções incestuosas, Ferenczi concluiu que são produzidas da seguinte maneira: um adulto e uma criança se amam; a criança tem fantasmas lúdicos, como o de desempenhar eventualmente um papel maternal em relação ao adulto. Esse jogo pode ganhar um contorno erótico, mas, não obstante, permanece sempre no nível da ternura. O mesmo não acontece com os adultos que têm predisposições psicopatológicas. Confundem a brincadeira da criança com os desejos de uma pessoa já sexualmente madura e deixam-se envolver em atos sexuais sem pensar nas conseqüências.<sup>43</sup>

Ferenczi descreve o comportamento e os sentimentos da criança depois do abuso sexual: “seu primeiro movimento seria a recusa, o ódio, o nojo, uma resistência violenta”. Essa seria a reação imediata se não fosse inibida por um medo intenso. A criança sente-se física e moralmente indefesa, sua personalidade ainda é muito impotente para que proteste, ainda que em pensamento; a força e a autoridade esmagadora dos adultos a emudecem, e podem até fazê-la perder a consciência. Mas esse medo, quando atinge o ápice, obriga-as a se submeterem automaticamente à vontade do agressor, a adivinhar seu menor desejo, a obedecer esquecendo-se completamente e a identificar-se totalmente com o agressor.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> FERENCZI, Sandór. *Sex in psychoanalysis*. Nova York: Basic Books, 1950. p. 130.

<sup>44</sup> FERENCZI, Sandór. *Sex in psychoanalysis*. Nova York: Basic Books, 1950. p. 130.

Quanto às alterações sofridas na adolescência, a ciência observou se tratar de uma fase bastante delicada para a saúde e para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sendo um período curto, no qual ocorre um acúmulo de novas aquisições, além de mudanças em todas as áreas de sua vida: social, emocional, física, cognitiva e sexual. Por isso, alguns autores defendem a idéia de que a adolescência é um dos períodos de crise, próprio do ciclo vital.<sup>45</sup>

Para que se possa entender a crise da adolescência, é importante desvincular esse termo de qualquer sentido pejorativo. Assim, a etimologia da palavra crise, segundo Osório, advém do grego *Krasis*, significando "...ato ou faculdade de distinguir, escolher, decidir e/ou resolver".

Caplan atribuiu à crise da adolescência a oportunidade de crescimento psicológico ou o perigo de instalação de um distúrbio psíquico permanente. Seu desfecho estará relacionado a um complexo interjogo entre forças endógenas e exógenas: estrutura de personalidade, experiência biopsicossocial passada e influências atuais do meio familiar e social. Admitindo que, na crise, a pessoa é mais suscetível, ele dá ênfase à forte influência que o meio exerce em sua resolução.<sup>46</sup>

Portanto, crise é um período de tensão que deve ser transitório, no qual ocorre um desequilíbrio e requer uma resolução. Os resultados das crises podem ser positivos ou não, dependendo das condições ambientais e dos recursos de cada indivíduo. Nessa fase, há mudanças pessoais, que afetam o indivíduo, seus familiares e sua rede social.

---

<sup>45</sup> OSÓRIO, L. C. *Adolescente hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 14.

<sup>46</sup> CAPLAN, G. *Princípios da psiquiatria preventiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 54.

Seguindo as idéias de Aberastury e Knobel, a adolescência é uma etapa de crise que é essencial para formação da identidade adulta, marcada por sofrimento, contradição e confusão. A adolescência é um período de desequilíbrio e instabilidade, que configura uma “entidade semipatológica”, a qual pode ser denominada de síndrome normal da adolescência. Osório definiu essa etapa como uma crise vital, na qual culmina todo o processo maturativo biopsicossocial do indivíduo.<sup>47</sup>

Nesse sentido, Kalina defendeu ser “um processo complexo que se caracteriza por fenômenos progressivos e regressivos, produzidos de forma simultânea ou alternada, e abarcando todas as áreas da personalidade – corpo, mente e mundo externo”. Ainda segundo o mencionado autor, a adolescência deve ser compreendida como um fenômeno psicológico e social, no qual se observa uma dinâmica psíquica característica do adolescente, que assume formas de expressão diferenciada conforme o ambiente geossocioeconômico. Sua elaboração dependerá das aquisições da personalidade durante essa fase, das características histórico-genéticas e dos meios social e familiar.<sup>48</sup>

De conformidade com o que foi exposto alhures, a adolescência é marcada por acontecimentos psicossociais que acompanham as transformações biológicas ocasionadas pelo advento da puberdade, que terá início com o aparecimento dos pêlos pubianos.

Ana Helena Seixas esclarece que: “Entre o período pré-púbere e o início da puberdade, a maturação neurológica do indivíduo completa-se. Certos centros do sistema nervoso passam a estimular o aumento da produção hormonal, que exercerá sua ação sobre as

---

<sup>47</sup> ABERASTURY, A.; KNOBEL, M. *Adolescência normal*: um enfoque psicanalítico. 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1985. p. 10.

<sup>48</sup> KALINA, Eduardo. *Psicoterapia de adolescentes*: teoria, técnicas e casos clínicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1988. p. 21.

gônadas, determinando o desenvolvimento dos caracteres sexuais”.<sup>49</sup> Dessa forma, observa-se que a adolescência é uma etapa evolutiva, marcada por transformações corporais e também pela maturação neurológica; “que possibilita o desenvolvimento do pensamento abstrato, maior controle motor e aquisição da genitalidade, fazendo com que o indivíduo perceba e se relacione com seus pais, com o mundo e consigo, de maneira diferente”.<sup>50</sup>

A autora acima citada reflete que caso o indivíduo seja chamado a assumir uma identidade adulta de maneira precoce, ele sentirá esse processo ainda mais ameaçador e conflitivo do que já é. Isso pode fazer com que assuma uma personalidade que não foi autenticamente internalizada ao seu ego, haja vista não ter tido oportunidade de experimentar outras identificações. Essa situação possivelmente vai causar prejuízo ao seu desenvolvimento psíquico, já que não teve tempo para internalizar as mudanças ocorridas e resolver essa crise satisfatoriamente.

O indivíduo, na adolescência, está construindo uma identidade própria; e, nessa busca, é importante ressaltar que ele pode experimentar uma enorme multiplicidade de identificações, as quais podem ser contraditórias entre si. Essa instabilidade é esperada, porém cabe ao seu meio ambiente, em especial aos seus pais, estabelecer limites e orientar esse processo investigativo; para que ele seja feito com segurança, sem que o leve a uma situação que possa causar prejuízos permanentes a sua saúde, como por exemplo: uma gravidez indesejada, a exposição a uma situação violenta ou ameaçadora por parte do agressor sexual.

Ademais, como visto anteriormente, vivenciar esse período de grande fragilidade que é a adolescência, uma situação traumática, a exemplo de uma das formas de pedofilia,

---

<sup>49</sup> SEIXAS, Ana Helena. *Abuso sexual na adolescência*. Cadernos Juventude. Disponível <<http://www.adolec.br/bvs/adolec/P/cadernos/capitulo/cap13/cap13.htm>>. p. 5. Acesso em: 20 out. 2006.

<sup>50</sup> SEIXAS, loc. cit.

pode causar uma paralisação no desenvolvimento psíquico, deixando marcas indeléveis para toda sua vida.

Enfim, a adolescência não pode ser compreendida apenas como uma etapa de transição entre a infância e a idade adulta. É uma fase evolutiva com características próprias e uma problemática específica. Essa é uma compreensão emprestada da psicologia evolutiva.

Nos casos em que o abuso sexual ou a denúncia de um abuso extra e/ou intrafamiliar (que aconteceu ou vem acontecendo desde a infância) ocorrer nessa faixa etária, esse fato se somará às dificuldades e aos conflitos da adolescência. Por isso, os casos de pedofilia exigem obrigatoriamente uma intervenção em dois diferentes âmbitos sociais: o legal e o da saúde, que devem acontecer concomitantemente e em constante interação, haja vista o risco elevado às integridades física e psíquica das vítimas.

Por outro lado, é bem verdade que a nossa cultura e o nosso ordenamento reconhecem a fragilidade da pessoa nesse período de desenvolvimento, tanto que a capacidade civil quanto a responsabilidade penal somente são reconhecidas a partir do marco etário dos dezoito anos.

No que toca às conseqüências constatadas nas vítimas de atos pedófilos, a curto e a longo prazo, vale esclarecer que foram objeto de inúmeras pesquisas epidemiológicas, a maior parte retrospectiva. Duas pesquisas estão inseridas no obra “Crianças Vítimas de Abuso

Sexual”, no capítulo de autoria de Michele Rouyer, ambas publicadas no jornal *Child Abuse and Neglect*<sup>51</sup>.

Em uma pesquisa canadense de Ontário, envolvendo 125 crianças com menos de seis anos de idade, hospitalizadas por abuso sexual, a proporção de meninas é de 3,3 para cada menino; 60% sofreram violências sexuais no seio da família, dois terços das crianças examinadas manifestaram reações psicossomáticas e desordens de comportamento: pesadelos, medos, angústias; 18% apresentavam anomalias do comportamento sexual; masturbação excessiva, objetos introduzidos na vagina e ânus, comportamento de sedução, pedido de estimulação sexual, conhecimento da sexualidade adulta inadaptado para sua idade.<sup>52</sup>

Um estudo americano da Universidade de Portland (Arizona) comparou 202 crianças, de menos de sete anos, divididas em três grupos: 1) vítimas de violências sexuais; 2) violências físicas; 3) de problemas psiquiátricos diversos. Todos passaram por consulta no setor de saúde mental. Os sintomas eram sensivelmente equivalentes nos três grupos, à exceção dos comportamentos sexuais inadequados que foram registrados com significativa frequência no primeiro grupo e mostraram-se idênticos aos descritos pela equipe de pesquisa canadense.<sup>53</sup>

Na França, V. Courtecuisse e sua equipe especializaram-se no acolhimento de adolescentes vítimas de abusos sexuais. De uma série de trinta adolescentes vítimas de incesto, 22 tentaram uma vez o suicídio; foram constatados estados depressivos, dificuldades

---

<sup>51</sup> ROUYER, Michele. As crianças vítimas, consequências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 62-63.

<sup>52</sup> ROUYER, loc. cit.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 62.

acentuadas no desenvolvimento escolar, fugas, anorexia, distúrbios sem substrato orgânico que causavam sérios problemas físicos, além de toxicomania.<sup>54</sup>

Não há estudos prospectivos sobre as conseqüências que os menores vítimas de pedofilia enfrentarão na idade adulta. Só os relatos cada vez mais freqüentes de adultos que sofreram abusos na infância e, sobretudo, vítimas de incesto, permite dizer que as reações podem ser tardias e se manifestam em distúrbios da sexualidade e da parentalidade.

As conseqüências dos atos pedófilos dependem de numerosos fatores que se intrinacam. Não é possível falar de trauma infligido à criança sem pensar no contexto no qual ele ocorre, ou seja, a situação da criança na sua família e, em segundo plano, o impacto que o abuso terá após a revelação, as reações do círculo dos conhecidos, as decisões sociais, médicas e judiciárias que intervirão no caso. A idade e a maturidade fisiológica e psicológica da vítima determinam conseqüências variáveis, segundo V. H. Gijseghem, professor da Univesidade de Montreal: “quanto mais cedo ocorreu o incesto, maior o risco de que as feridas sejam irreversíveis, particularmente ao nível da identidade”.<sup>55</sup>

É de se ressaltar que o elo que une a criança e aquele que abusou dela é também fator determinante. Na maior parte dos casos, o incesto tem conseqüências mais graves, pois provoca nas crianças uma confusão em relação às imagens parentais: o pai deixa de desempenhar um papel protetor e representante da lei enquanto a debilidade da mãe, omissa, torna-se evidente. Os abusos sexuais cometidos pelo irmão mais velho com os outros irmãos,

---

<sup>54</sup> ROUYER, Michele. As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 63.

<sup>55</sup> Ibidem. p. 64.

quando houver grande diferença de idade, ou por um adulto investido de papel educativo, trazem conseqüências que os aproximam do incesto, segundo Michele Rouyer.<sup>56</sup>

Ainda segundo essa pesquisadora, o exibicionismo praticado por um desconhecido, de forma isolada, é o mais freqüente abuso sexual de que são vítimas as crianças em idade escolar. Porém, será diminuta a ressonância dessa experiência na evolução da criança se esta foi advertida preventivamente por seus pais e se pôde falar de imediato sobre o ocorrido.

Em outro registro, é preciso considerar como abuso sexual a participação de crianças e adolescentes em fotos ou em filmes pornográficos. Essa modalidade de pedofilia tem efeito perverso devido ao prazer narcísico que despertam na criança. Por outro lado, as gratificações sob a forma de dinheiro ou presentes associam a sexualidade, sob a sua forma mais degradante, ao interesse imediato.

Quando a pedofilia é revelada, a maneira como a criança ou o adolescente está cercada irá determinar sua reação. Além disso, se ela não estiver preparada, as investigações médicas e judiciais às quais deve se submeter podem produzir um novo trauma.

Melanie Klein afirma que experiências emocionais muito precoces na vida de uma criança podem interferir no seu desenvolvimento intelectual. Tal entendimento foi ratificado no trabalho desenvolvido por Santuza Cavalini, durante 11 anos, no estado de São Paulo, ao

---

<sup>56</sup> ROUYER, Michele. As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 64.

investigar a interferência de uma situação de abuso sexual na capacidade da criança utilizar seus recursos intelectuais, situação que foi denominada de inibição intelectual.<sup>57</sup>

Observa-se, ainda, que os abusos sexuais que, em geral, acontecem durante a adolescência provocam sintomas de início mais ativos e intensos, como tentativa de suicídio e fuga. São possíveis causas de anorexia grave e de dores abdominais agudas.<sup>58</sup>

Summit descreveu a síndrome de acomodação da criança vítima de abusos sexuais, ao observar que se o diagnóstico de abuso sexual não foi feito, e se as pessoas não acreditam na criança, os distúrbios são mais discretos. Nessas circunstâncias, a criança costuma aprender a aceitar a situação e sobreviver a ela, sob risco de que as conseqüências só se manifestem mais tarde na forma de graves problemas de personalidade.<sup>59</sup>

Michele Rouyer afirma que quando uma criança tem oportunidade de revelar o que lhe aconteceu, recebendo apoio e tratamento adequado, as manifestações mais notórias desaparecem; ela reencontra o interesse pelos outros e pela brincadeira, mas a angústia toma forma de neurose e com diversas fobias: medo do escuro, da solidão, afastamento das pessoas do mesmo sexo do agressor.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> KLEIN, Melanie. *Contribuições à psicanálise*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 35; CAVALINI, Santuza Fernandes Silveira. Diagnóstico psicológico: a inibição intelectual vista sob a ótica de uma situação de abuso sexual. *Revista de Psicologia Clínica do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC-RJ*. Rio de Janeiro: v. 15, n. 2, p. 122, 2003,

<sup>58</sup> ROUYER, Michele. As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 64.

<sup>59</sup> SUMMIT, R. *A summary of the literature on child sexual abuse and exploitation: an introduction*. 1983. The child sexual abuse accommodation syndrome, in DONNELLY, A.C.; OATES, K. (Eds.), *Classic Papers in Child Abuse*, Sage Publications, Thousand Oaks, CA, 2000, p. 155-171. Disponível em: <<http://www.ispcan.org/Resources/Literature%20Search%20Project.htm>>. Acesso em 27.08.2006.

<sup>60</sup> ROUYER, loc. cit.

A autora acima aponta que, entre adolescentes, detecta-se a agressão sexual sobre outras crianças, especialmente nos casos de meninos que sofreram agressões sexuais na pré-adolescência. Entre as meninas, assiste-se sobretudo à repetição do que sofreram, através da provocação dessas situações com um comportamento de sedução. Nos casos mais perversos observa-se a ninfomania e a prostituição.

Paradoxalmente, é no momento da revelação que se produzem graves descompensações: tentativas de suicídio, fugas, prostituição, toxicomania ou manifestações psicóticas. Tais perturbações também se manifestam no momento em que se rompem os elos pedófilos fora da família, quando estes são descobertos ou quando a relação cessa porque a criança cresceu.

Por fim, resta esclarecer que essas descrições de seqüelas são incompletas, pois muitos casos não são denunciados. Contudo, não se pode deixar de mencionar o incesto mãe-filho, o qual é a forma de incesto mais secreta, além de devastadora, pois supõe que o filho supere o horror do sexo da mãe e se mostre ativo no coito; é quase sempre pela psicose do filho que o incesto é revelado, segundo estudo de Lebovici.<sup>61</sup>

Enfim, as conseqüências acima tratadas, comuns às crianças e aos adolescentes impúberes vítimas de atos pedófilos, conduzem ao entendimento de que estes não possuem amadurecimento biológico necessário, discernimento psíquico adequado, tampouco experiências interpessoais e sociais suficientes para consentir na prática de jogos e relações sexuais, sobretudo pela condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento que ostentam.

---

<sup>61</sup> LEBOVICI, Sérgio. *O bebê, a mãe e o psicanalista*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987. p. 216.

## CAPÍTULO 2 – A CONFUSÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO

### 2.1 CONDENAÇÃO DA PEDOFILIA: EXAMINANDO OS ARGUMENTOS

Ao tratar do universo dos crimes de natureza sexual, mais precisamente das condutas pedófilas, faz-se necessária uma reflexão sobre a moral e o direito, porquanto o principal argumento utilizado pelos defensores da criminalização da pedofilia é do tipo moralizante. A pedofilia, como conduta reprovável, deve ser punida por constituir uma ameaça à moralidade e aos bons costumes da nossa sociedade atual. Segundo os defensores desse argumento, toda sociedade tem o direito de defender o seu *modus vivendi*, sobretudo contra as condutas que possam ameaçar a sua própria existência como sociedade.

Contudo o principal problema desse tipo de argumento encontra-se no fato de que é extremamente difícil descobrir se a posição moral de uma comunidade é legítima ou se ela está fundada em uma mistura de preconceitos, suposições factuais desprovidas de fundamento ou meras aversões pessoais.

Alf Ross defende que “a tendência do direito para uma racionalização sob a forma de conceitos só é obtível às expensas do desejo moral de alcançar soluções adequadas aos casos concretos”. Nesta medida, portanto, o direito e a moral se encontram em perpétuo e indissolúvel conflito.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977. p. 63.

Ao tratar de direito e moral, Kant não os isola, mas submete a efetividade do direito a padrões morais suprapositivos. Longe de ver o direito livre da moral, Kant assegura à última uma inequívoca primazia normativa.<sup>63</sup>

A doutrina do direito de Kant remete a uma auto-aplicação sensível da razão (fato da razão), tendo a liberdade como *ratio essendi* da lei moral e esta como *ratio cognoscendi* daquela. O que se questiona é se a base metafísica do direito em Kant se adequaria aos momentos atuais.

José N. Heck, ao analisar a contribuição de Kant no campo da relação dialética entre o direito e a moral, conclui que ele separa nitidamente o que é de direito daquilo que diz respeito ao justo e ao injusto. O primeiro bloco aborda a *quaestio facti*, a saber, “o que as leis em certo lugar e em certa época dizem ou disseram”, já o segundo trata do “critério universal pelo qual se pode conhecer a rigor tanto o justo quanto o injusto”.<sup>64</sup>

Na ciência Kantiana do direito, o conceito moral de direito equivale ao critério de saber o que é justo e injusto, de modo que o direito positivo e o princípio jusnaturalista encontram-se sob o domínio da moral. Por ser genuinamente prática, a moral exerce um papel crítico-normativo sobre o direito, essencialmente metafísico-teórico. Em suma, a possibilidade de haver obrigações jurídicas se deve, em Kant, ao fato de haver uma efetiva obrigatoriedade moral.

Sob outra perspectiva, Boix Reig entende que não há mais sentido em se ter a moral como elemento de suporte a bens jurídicos. Em verdade, o referido autor afirma que

---

<sup>63</sup> KANT, Immanuel. *Princípios fundamentais da metafísica da moral*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1965. p. 25-26.

<sup>64</sup> HECK, José N. *Direito e moral*: duas lições sobre Kant. Goiânia: UFG, 2000. p.22.

“não cabe duvidar que uma concepção autocrática do Estado leve à inarredável confusão entre Direito e Moral, coincidindo esta com o próprio poder político dominante, instrumentalizando a norma jurídica em efeitos moralizantes”. Para ele, em um Estado de Direito, a norma tem função claramente diferenciada da moral. Para o referido autor, não mais vivenciamos os tempos de Kant, quando a moral, imperativo categórico à época, reinava absoluta.<sup>65</sup>

Acerca da questão, a hipótese de Piaget consiste em admitir que se as avaliações morais estão ligadas às relações pessoais, as avaliações jurídicas são, ao contrário, aquelas fixadas pelo mecanismo das relações transpessoais. O “reconhecimento” de um direito seria assim um respeito tornado transpessoal, e é desta generalização que procederia o caráter substituível das pessoas nas relações jurídicas.

Assim, o direito constituiria o conjunto das relações normativas transpessoais da sociedade, enquanto a moral seria o conjunto das relações normativas pessoais.

Mas resta um ponto essencial a assinalar. Se a oposição do pessoal insubstituível ao transpessoal substituível constitui talvez critério bem definido, ele não exclui em nada as influências mútuas possíveis do direito sobre a moral, nem da moral sobre o direito. As primeiras são bem claras: elas se manifestam pela tendência ao legalismo que observamos em Kant e que encontramos em cada moralista, desde que se procure fazer entrar num quadro muito geral sua experiência do universal compreendido no sentido da coerência interna necessária. Quanto aos efeitos da vida moral sobre o direito, eles são sensíveis, principalmente no domínio penal e nas tendências tão sistemáticas à individualização da penalidade e à invocação das circunstâncias atenuantes.

---

<sup>65</sup> BOIX REIG, Javier. *De la protección da la moral a la tutela penal de la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 11.

Por outro lado, é evidente que, se o direito e a moral se distinguem um do outro, nas sociedades civilizadas, segundo critério que fomos levados a escolher, segue que, nas sociedades ditas “primitivas”, estes dois sistemas de normas estarão muito mais próximos um do outro do que no nosso caso, porque as relações pessoais e transpessoais são muito menos diferenciadas umas das outras nas sociedades segmentadas, e de menor densidade, em relação às sociedades densas e populosas como as nossas.

Com efeito, as normas “primitivas” são muito mais legalistas do que as modernas, inversamente, o direito primitivo permanece impregnado de muito mais elementos místicos e de respeito moral do que aquele que se dissocia em técnicas independentes.

É preciso ainda anotar que nas sociedades pouco densas, nas quais os membros do clã formam uma grande família onde todos se conhecem individualmente, as relações transpessoais serão muito menos dissociadas psicologicamente das relações pessoais que nas sociedades populosas e diferenciadas. Dessa forma, a regra de direito será tanto menos distinta da regra moral e o reconhecimento da ordem jurídica não se dissociará jamais completamente do “respeito” da ordem pessoal dos ancestrais, dos antigos, ou dos chefes que são seus agentes. É porque moral, direito e religião formam, a princípio, uma totalidade complexa, na qual somente nuances asseguram a diferenciação.

Na realidade, o aumento em volume e densidade das sociedades, a divisão econômica do trabalho e a diferenciação psicológica dos indivíduos, conseqüências inerentes a esse crescimento, resultam no fato da oposição entre as relações pessoais e transpessoais tornar-se cada vez maior. Para Piaget, nesta seqüência, “o reconhecimento jurídico ou respeito tornado transpessoal se dissocia do respeito moral, logo que o direito se dissocia da moral e

que ambos se dissociam do seu tronco comum, a religião, que é a generalização, no plano sobrenatural das relações pessoais fundamentais”.<sup>66</sup>

A respeito da justificativa e importância da moral noutros tempos, é sabido que a passagem de preceito moral à categoria de preceito jurídico confere-lhe maior força de incidência pelo coeficiente de força ou violência que se lhe adita: a passagem de um preceito religioso à categoria de jurídico leva daquele a este o coeficiente de estabilidade que existe na religião e será menos retocável, menos derogável, nesse ponto, o texto legal. Além da estabilidade específica da norma jurídica, haverá o *plus* do coeficiente específico dos tipos penais, dando pista valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido.

Sob a perspectiva do direito penal, o princípio axiológico da separação entre direito e moral veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou perigosos. Impõe-se, ainda, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de atos, atitude ou conduta não lesiva a terceiros.

Para Ferrajoli, a confusão entre direito e moral não favorece o primeiro, do qual esta solicita a invasão totalitária, a prevaricação inquisitória e a arbitrariedade decisionista, tampouco auxilia a moral, que é tanto mais autêntica quanto menos fica confiada a medidas coercitivas.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Piaget, Jean. As relações entre a moral e o direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e direito*: leituras básicas de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 177.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372.

Disso deriva uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado. O primeiro limite se expressa na máxima economia na configuração dos delitos, porquanto uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa. A intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. Para Beccaria, “todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico”.<sup>68</sup>

Michel Foucault, ao discorrer sobre a história da sexualidade, no volume sobre “a vontade de saber”, pontua que o discurso sobre a repressão moderna ao sexo se sustenta em cauções históricas e políticas, pondo a origem da repressão no século XII, coincidindo com o desenvolvimento do capitalismo. Para o citado autor, se o sexo é reprimido com tanto rigor, é por ser incompatível com uma colocação no trabalho, geral e intensa; na época em que se explora sistematicamente a força de trabalho, não se poderia tolerar que ela fosse dissipar-se nos prazeres, salvo naqueles, reduzidos ao mínimo, que lhe permitissem reproduzir-se. E a causa do sexo - de sua liberdade, do seu conhecimento e do direito de falar dele – encontra-se, com toda legitimidade, ligada às honras de uma causa política.<sup>69</sup>

De acordo com o pensamento liberal clássico, as proibições e os castigos são um mal artificial ou contra a natureza, e conclui justificando-as apenas pela necessidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que

---

<sup>68</sup> BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milão: Arnoldo Mondadori, 2001. p. 12.

<sup>69</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006. v. 1, p. 12-13.

comportam, suportam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

O segundo limite deriva por impor a secularização do direito e sua separação da moral, da consideração utilitarista da necessidade penal como tutela de bens fundamentais não garantidos de outra forma. Além disso, explicita-se no princípio da lesividade, ou seja, a absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos.

Em verdade, clara é a diferenciação entre as teses tradicionais e modernas quanto à percepção desta influência moral no Direito Penal, mais precisamente no Direito Penal sexual. De modo simplista, as teses tradicionais defendem uma (pseudo) proteção da moral sexual social, outorgando ao direito repressivo, o condão de Cérbero<sup>70</sup> da sociedade. Pretendem, também, a proteção de valores éticos sociais.

Por seu turno, as teses modernas defendem a separação entre direito e moral. Com essa visão, conseguir-se-ia a edificação de um direito penal sexual mais coerente com o contexto vigente.

No que se refere aos pressupostos desse almejado moderno Direito Penal sexual, conclui-se que ele deveria buscar a proteção de bem jurídico definido, delimitável (como a liberdade de autodeterminação sexual). Deveria, também, combater o conceito de nocividade social, restringindo-se, unicamente, a um mínimo indispensável, garantindo, pois, a esfera íntima, sendo descabida a intromissão do Estado nas relações de adultos dotados de plena

---

<sup>70</sup> Na Grécia antiga, cão tricéfalo, guardião dos infernos, cf. HOUAISS, Antonio, *Dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001. p. 676.

capacidade de autodeterminação. Justifica-se, porém, a intervenção estatal nos casos de práticas sexuais envolvendo adultos e menores, posto que estes últimos não possuem tal capacidade, haja vista a condição que ostentam de pessoas em peculiar fase de amadurecimento biopsicossocial.

Historicamente, a legislação estrangeira preocupou-se com os bens a serem protegidos pelo Direito Penal sexual. Da honestidade à moralidade pública, da proteção do desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes ao conceito de conduta sexual, dos bons costumes, enfim, à proteção da liberdade sexual, muito caminhou a doutrina por uma correta delimitação da objetividade jurídica.

Ademais, é inegável a influência cristã no direito penal e o conteúdo mítico da sexualidade, além de toda trama psicológica que dificulta o trato de tais questões, sempre permeado pelo pacto do silêncio. Na atualidade, dificilmente estas justificativas imporiam aspectos exclusivamente morais a serem aplicados pela lei penal.

Foucault remonta ao final do século XVIII, para indicar os três grandes códigos explícitos – além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião – que regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito.<sup>71</sup>

O grande avanço percebido na evolução do direito penal sexual reside justamente no fato de se haver prescindido da carga moralizante que comportavam os delitos dessa ordem, informando melhor o conteúdo e sentido de seus tipos penais, dando mesmo pista

---

<sup>71</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006. v. 1, p. 44.

valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido. A isso se percebe, claramente, quando se tem, a partir da recente Lei nº. 11.106/05 a redução da punibilidade no âmbito sexual, sobretudo por debelar tipos penais obsoletos, tais como o crime de sedução, rapto violento ou mediante fraude, além do rapto consensual.

É bem verdade que apreciar a legitimidade de uma determinada posição moral em uma sociedade democrática é uma tarefa complexa, daí a importância deste tópico. Essa questão vem sendo discutida por importantes filósofos contemporâneos, como Habermas<sup>72</sup> e Alexy<sup>73</sup>, entre outros. Sem aprofundar a questão, convém lembrar que tanto Habermas quanto Alexy pensam o conceito de legitimidade em termos de um discurso racional governado por certos procedimentos capazes de justificar certas escolhas coletivas. Esses procedimentos conectam-se com a idéia de direitos fundamentais, os quais funcionariam como uma espécie de *mínimo moral comum* que ofereceria limites ao conteúdo de uma determinada posição moral.

Uma das principais características das sociedades democráticas contemporâneas é o fato delas prescindirem do compromisso com uma moralidade essencial ou substancial, em favor de uma pluralidade de códigos morais e de concepções distintas do bem em que estão assentadas as formas particulares de existência de cada grupo ou comunidade.

Essa fragmentação moral, além de produzir grande desorientação, gera também enormes suspeitas quanto à legitimidade de determinadas políticas públicas moralizantes. Afinal de contas, não é missão fácil para o Estado coerentemente coibir determinados comportamentos desviantes, sobretudo aqueles que estão ligados à sexualidade humana.

---

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Para Rabenhorst, “a inexistência de uma moralidade essencial não anula o postulado de um mínimo moral comum sem o qual a própria democracia se encontraria numa situação paradoxal”. Para o autor, é exatamente esse mínimo moral, consignado na idéia de direitos fundamentais, que possibilita o pluralismo moral e a tolerância recíproca”.<sup>74</sup>

Essa idéia é imprescindível para compreender, sob a ótica jurídica, um grave problema que afeta as sociedades contemporâneas, a saber, o crescimento da difusão de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, sobretudo na internet, além de outras práticas que configuram a pedofilia.

É importante repisar, porém, que a liberdade sexual está inserida no rol de liberdades pessoais de que cada indivíduo dispõe em uma sociedade democrática. Por isso, todas as práticas sexuais mantidas, de forma privada, por seres humanos adultos, com consentimento mútuo, devem ser respeitadas. Por razões óbvias, essa permissividade sexual não inclui formas extremas de parafilia, como é o caso da pedofilia.

Mais do que tudo, é a dignidade da pessoa humana que deve ser tutelada. Protegida constitucionalmente, a dignidade engloba diversas facetas, dentre as quais a sexual. Não se trata aqui de entendimento moral. A quebra da possibilidade de autodeterminação sexual, como nos casos dos comportamentos pedófilos, inflige, ao violado, imposição que lhe ataca íntima e socialmente. É inadmissível, numa sociedade democrática, ataques dessa ordem, sendo justificável, para a prevenção e a repressão da violência, a intervenção estatal.

---

<sup>74</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 63.

Dessa forma, na esteira dessas idéias orientadoras, apartadas de argumentos tão somente moralizantes, talvez se possa intentar uma nova ótica penal sexual, desvinculada de anacrônicas tendências e interpretações, bem como diminuir lacunas e contradições legais, buscando como guia as regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, com especial atenção aos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta que regem o trato com a infância e a adolescência.

## 2.2 A MORAL E A CONDUTA HUMANA

Após o exame dos questionamentos anteriormente expendidos, insta enfrentar a confusão entre a moral e a conduta humana, sobretudo na seara das condutas pedófilas. Antes, no entanto, convém conceituar, delimitar e, por fim, visualizar o entrelaçamento de ambas.

A moral é um sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade, de tal maneira que estas normas, dotadas de um caráter histórico e social, sejam acatadas livre e conscientemente, por uma convicção íntima, e não de uma maneira mecânica, externa ou impessoal.

No tocante à distinção entre moral e moralidade, pode-se dizer que a moral designaria o conjunto dos princípios, normas ou imperativos de uma época ou de uma sociedade determinada, ao passo que a moralidade se referiria ao conjunto de relações efetivas ou atos concretos que adquirem um significado moral com respeito à moral vigente. A moral estaria em plano ideal; a moralidade, no plano real. A moralidade seria um componente efetivo das relações humanas concretas (entre os indivíduos e a comunidade). Constituiria um

tipo específico de comportamento dos homens e, como tal, faria parte da sua existência individual e coletiva.

A moral tende a transformar-se em moralidade devido à exigência de realização que está na essência do próprio normativo; já a moralidade é a moral em ação, a moral prática e praticada. Dessa forma, tendo-se em consideração que as duas esferas são permeáveis entre si, crê-se ser melhor empregar um termo só – o de moral, como se faz tradicionalmente – ao invés de dois.

Por outro lado, a moral possui, em sua essência, uma qualidade social. Isso significa que se manifesta somente na sociedade, respondendo às suas necessidades e cumprindo uma função nela determinada. É necessário reconhecer o caráter histórico da moral e do progresso moral.

Sanchez afirma que uma mudança radical da estrutura social provoca uma mudança fundamental de moral. Entretanto a sociedade não se sustenta independentemente dos homens concretos que a compõem, ela não existe em si e por si. É possível inferir que a sociedade se compõe dos homens e não existe independentemente dos indivíduos reais. Uma série de relações sociais incide em cada pessoa, e a própria maneira delas afirmarem, em cada época e em cada sociedade, suas individualidades, têm caráter social. Há múltiplos padrões que, em cada sociedade, modelam o comportamento individual, sobretudo no campo da sexualidade. Tais padrões variam de uma sociedade para outra e, por isso, não faz sentido falar de uma individualidade radical ou de uma moral sexual própria, fora das relações que os indivíduos vivenciam na sociedade.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> SANCHEZ, Adolfo Vazquez. *Ética*. 16. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1996, p. 53.

Cláudio Souto pontua que, através da história, é possível observar os homens formando grupos e o viver em grupo exige um mínimo de comportamento influenciado e controlado pelas diversas relações sociais. A pressão dos indivíduos sobre os outros, no sentido de serem evitadas condutas consideradas anti-sociais para o grupo, não se trata de característica exclusiva das sociedades existentes atualmente. Uma análise do passado dos diversos povos revelará, sobremaneira, a existência de regras aceitas e não aceitas, de castigos e punições. Mas o saber científico especificamente concentrado no assunto não chega a somar um século.<sup>76</sup>

Dessa feita, a relativa carência de pesquisas empíricas no sentido de averiguar a importância do controle social para a organização das sociedades e também para delimitar o seu conceito, parece ser a maior lacuna neste campo do estudo do comportamento humano.

O saber científico sobre o controle social ainda se encontra em seus primórdios. Sendo esta a grande área de estudo do comportamento humano normatizado, estará, por exemplo, intimamente ligada ao saber jurídico científico-substantivo, que ainda se começa a fazer.

Na realidade, a moral, como forma de comportamento humano, possui também um caráter social, pois é característica de um indivíduo que se comporta como um ser social. Essa sociabilidade revela alguns aspectos fundamentais da qualidade social da moral.

Primeiro, cada pessoa, comportando-se moralmente, se sujeita a determinados princípios, valores ou normas morais. Entretanto os indivíduos pertencem a uma época

---

<sup>76</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*: uma visão substantiva. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 153.

determinada e a uma determinada comunidade humana (tribo, classe, nação, sociedade em seu conjunto, dentre outros). Nesta comunidade, têm-se como válidos certos princípios, normas ou valores, e, ainda que se apresentem sob uma formulação geral ou abstrata (válidos para todos os tempos e para o homem em geral), tratam-se de princípios e normas que valem segundo o tipo de relação social dominante. Ao indivíduo como tal não é dado inventá-los, nem modificá-los de acordo com uma exigência pessoal. Depara-se com o normativo como algo já estabelecido e aceito por determinado meio social, sem que haja a possibilidade de criarem-se novas normas segundo as quais poderia se pautar a conduta, nem tampouco modificar as existentes.

Para Korbin, nessa perspectiva, os fatos que têm lugar no curso de vida de um indivíduo, em sua família ou comunidade, vinculam-se, ainda que parcialmente, ao contexto cultural mais amplo que envolve pessoas, casas e bairros. Dessa forma, os valores e normas sociais podem contribuir para a aceitação ou mesmo para a tolerância do abuso sexual contra crianças.<sup>77</sup>

Assim, essa sujeição da pessoa a normas estabelecidas pela comunidade traduz o caráter social da moral. Pode-se citar como exemplo algumas tribos africanas em que a iniciação sexual das meninas é feita por familiares. Nos anos 70 do século passado, alguns pesquisadores tomaram conhecimento de que meninas de Karoo, pequena cidade da África do Sul, ao completarem cinco ou seis anos de idade, eram iniciadas sexualmente pelos irmãos, parentes ou pelos próprios pais.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> KORBIN. Child abuse and neglect: the cultural contexte. In: HELFER, R. E.; KEMPE, R. S. (Ed.). *The battered child*. Chicago, 1988. p. 67.

<sup>78</sup> LEVETT, A. A study of childhood sexual abuse among south África university womens students. *South Africa Journal of Psychology*. Capetown, p. 122, 1989.

Aos olhos dessas meninas, a iniciação sexual equivale a um reconhecimento da própria existência como sujeito, e abre-lhes o acesso a um conjunto de bens e favores pessoais antes inatingíveis. Suprimir essa prática significa, para elas, tolher o acesso aos favores recebidos e mesmo ao mundo adulto.

Na Austrália, os aborígenes da Nova Zelândia possuem uma tradição de iniciarem suas crianças sexualmente aos 12 (doze) anos de idade.

Outro exemplo a ser analisado é o do Sri Lanka, ilha vizinha à Índia, que se tornou conhecido na Europa pela exploração sexual de crianças por pedófilos de toda parte do mundo. No século passado, nos anos 70 e 80, o governo local estimulou o turismo e foram construídos diversos hotéis de luxo em áreas de praia. Em 1980, o turismo se tornou a principal captação de renda exterior do país. Atrelada à indústria do turismo, cresceu exacerbadamente a prostituição infantil e a exploração comercial da sexualidade sobretudo de meninos, cuja idade varia de oito a quatorze anos, os quais são atraídos à prostituição pela expectativa de dinheiro rápido e fácil, segundo Maureen Seneviratne.<sup>79</sup>

No Brasil, apesar do art. 227, § 4º, da Constituição Federal prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, dados do recente relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que investigou tal exploração, trazem o número de 554 (quinhentos e cinquenta e quatro) denúncias sobre violência sexual praticada contra crianças e adolescentes em nosso país, coletados espontaneamente durante os

---

<sup>79</sup> SENEVIRATNE, Maureen. Abuso e exploração sexual de crianças no Sri Lanka. In: *Inocência em perigo: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na internet*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. p. 52-53.

trabalhos da aludida comissão, no período compreendido entre 12/06/2003 e 13/07/2004, evidenciando a “ponta do iceberg” dessa grave e pouco debelada problemática.<sup>80</sup>

Diante desses exemplos, infere-se que, apesar dos contrastes culturais, a questão que se põe é que o comportamento moral ultrapassa o comportamento de indivíduos para o de grupos sociais humanos.

Portanto, quando se trata de uma conduta de um indivíduo, não se está diante de uma conduta rigorosamente individual que afete exclusivamente a ele. Cuida-se de uma conduta que tem conseqüências para os demais e que, por esta razão, é objeto de sua aprovação ou reprovação. Por exemplo, na cultura ocidental, o fato de uma pessoa realizar a sua concupiscência, os seus desejos de jogos e práticas sexuais com uma criança ou um adolescente, significa que ele saiu da esfera da sua individualidade e penetrou no universo de outrem que, no mais das vezes, sucumbe a tais práticas de forma não deliberada, nada livre, tampouco consciente.

Ademais, ainda que a moral mude historicamente, e que uma mesma norma moral possa apresentar um conteúdo diferente em distintos contextos sociais, a função social da moral é a mesma: regular as ações dos indivíduos nas suas relações mútuas, ou as do indivíduo com a comunidade, visando a preservar a sociedade no seu conjunto ou a integridade de um grupo social dentro da multicitada perspectiva do mínimo moral comum, em preservação dos direitos considerados fundamentais.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Senado Federal. *Relatório Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre exploração sexual de crianças no Brasil*. Brasília: Editora do Senado, 2004. p. 10-21.

Assim, a moral cumpre uma função social bem definida: contribuir para que os atos dos indivíduos ou de um grupo social desenvolvam-se de maneira vantajosa para toda a sociedade ou para uma parcela desta.

Em suma, a moral implica que as pessoas se harmonizem voluntariamente, de uma maneira consciente e livre, seus interesses pessoais com os interesses coletivos de determinado grupo social ou da sociedade inteira.

Sob outro prisma, é necessário reconhecer que o indivíduo se comporta moralmente no quadro de certas relações e condições sociais determinadas que ele não escolheu, e dentro também de um sistema de princípios, valores e normas morais que não inventou, mas que recebe socialmente e segundo o qual regula as suas relações com os demais ou com a comunidade inteira.

Por sua vez, o ato moral supõe um sujeito real dotado de consciência moral, isto é, da capacidade de interiorizar as normas ou regras de ação estabelecidas pela comunidade e de atuar de acordo com elas. A consciência moral é, por um lado, consciência do fim desejado, dos meios adequados para realizá-lo e do resultado possível; mas é, ao mesmo tempo, decisão de realizar o fim escolhido, pois a sua execução se apresenta como uma exigência ou um dever.

Sanchez Vasquez entende que o motivo não basta para caracterizar o ato moral, porque o sujeito pode não reconhecê-lo claramente, ou até ser inconsciente. Contudo, em muitas ocasiões, é preciso tê-lo em conta, já que dois motivos opostos podem conduzir a um

mesmo ato moral. Nesse caso, não é indiferente, quando se qualifica o ato moral, que o motivo seja a generosidade, a inveja ou o egoísmo.<sup>81</sup>

Muitas vezes, o centro de gravidade do ato moral se desloca para a intenção com que se realiza ou para o fim desejado. Entretanto não é admissível que se fale de intenções ou de fins bons em si mesmos, independentemente de sua realização, porque, sendo a antecipação ideal de um resultado, a prova ou a validade das boas intenções deve ser procurada nos resultados.

Ademais, a experiência histórica e a vida cotidiana estão repletas de resultados - moralmente reprováveis - que foram alcançados com as melhores intenções e com os meios mais discutíveis, a exemplo do nazismo e do facismo. As intenções não se podem salvar moralmente porque não se pode isolá-las dos meios e dos resultados. O agente moral deve responder não só por aquilo que projeta ou propõe realizar, mas também pelos meios empregados e pelos resultados obtidos.

Além do mais, o ato moral, como ato de um sujeito real que pertence a uma comunidade humana, historicamente determinada, não pode ser qualificado senão em relação com o código moral que nela vigora. Os estudos transculturais consideram que a definição do que é “bom” ou “mau” para a criança, mais especificamente do que deve ser juridicamente tutelado, depende basicamente dos padrões culturais nos quais a família e a criança estão inseridas.

---

<sup>81</sup> SANCHEZ, Adolfo Vazquez. *Ética*. 16. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1996. p. 64.

A partir dessa consideração, fundada especialmente na antropologia, diferenças culturais passaram a ser tomadas em consideração no interior dos modelos teóricos de análise da violência contra a criança e o adolescente.

Por fim, Korbin propõe que abuso e negligência sejam definidos como o “dano para a criança que resulta diretamente de uma ação proscribida que se deve prevenir”. Para o autor, esta definição serve a dois propósitos: distingue o ato pedófilo e a negligência de outros problemas sociais, econômicos e de saúde que afetam igualmente a criança e a família, ao mesmo tempo em que se aplica ao elenco de situações que variam na dependência do contexto social e cultural nas diversas nações e comunidades.<sup>82</sup>

### 2.3 AS DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO E A MORAL

Neste tópico serão traçadas as diferenças mais evidentes entre o Direito e a Moral, partindo do pressuposto de que, entre as formas de comportamento humano, o direito é o que mais intimamente se relaciona com a moral, porquanto os dois estão sujeitos a normas que regulamentam as relações dos homens.

Pode-se dizer que a moral e o direito têm em comum uma série de características essenciais e, ao mesmo tempo, diferenciam-se por outros traços específicos.

A seguir, convém observar os elementos comuns a ambas as formas de comportamento:

---

<sup>82</sup> KORBIN, J. E. Child abuse and neglect: the cultural context. In: HELFER, R. E.; KEMPE, R. S. (Ed). *The battered child*. Chicago: Un. Chicago Press, 1988. p. 68

- 1) O direito e a moral regulamentam as relações de uns homens com outros por meio de normas; postulam, portanto, uma conduta obrigatória e devida.
- 2) As normas jurídicas e morais têm a forma de imperativos; conseqüentemente, acarretam a exigência de que se cumpram, isto é, de que os indivíduos se comportem necessariamente de uma maneira previamente determinada.
- 3) O direito e a moral respondem a uma mesma necessidade social: regulamentar as relações dos homens visando a garantir certa coesão social.
- 4) A moral e o direito mudam quando muda historicamente o conteúdo da sua função social, ou seja, quando se opera uma mudança radical no sistema político-social. Por isto, estas formas de comportamento humano têm caráter histórico. Assim como varia a moral de uma época para outra, ou de uma sociedade para outra, varia também o direito.

No que toca às diferenças entre o direito e a moral, observa-se que:

- 1) As normas morais se cumprem através da convicção íntima dos indivíduos e, portanto, exigem uma adesão íntima a tais normas. Assim, pode-se falar na interioridade da vida moral. As normas jurídicas não exigem tal convicção ou adesão interna. O sujeito deve cumprir a norma jurídica, ainda que não esteja convencido de que é justa, e, por conseguinte, ainda que não adira intimamente a ela. Pode-se falar, por isso, da exterioridade do direito. O importante, no caso, é que a norma se cumpra, seja qual for a atitude do sujeito, voluntária ou forçada, com respeito a seu cumprimento.
- 2) A coação se exerce de maneira diferente na moral e no direito: é fundamentalmente interna na primeira e externa no segundo. Significa que o cumprimento das normas morais não é garantido por um dispositivo exterior coercitivo que possa prescindir da vontade. O direito, pelo contrário, exige tal dispositivo, isto é, um organismo estatal

capaz de impor a observância da norma jurídica ou de obrigar a pessoa a comportar-se de certa maneira, ainda que esse não concorde intimamente.

- 3) As normas morais não se encontram codificadas formal e oficialmente, ao passo que as segundas gozam desta expressão formal e oficial em forma de códigos, leis e diversos outros atos do Estado.
- 4) A esfera da moral é mais ampla que a do direito. A moral atinge todos os tipos de relações entre os homens e as suas várias formas de comportamento (político, artístico, econômico, etc...). O direito, pelo contrário, regulamenta as relações humanas mais vitais para o Estado, para as classes dominantes ou para a sociedade em seu conjunto.
- 5) A moral manifesta-se historicamente desde que o homem existe como ser social e, portanto, a sociedade dividida em classes e a organização do Estado. Considerando que a moral não exige a coação estatal, pode existir antes da organização do Estado. O direito, ao contrário, por depender necessariamente de um dispositivo coercitivo externo de natureza estatal, encontra-se ligado ao aparecimento do Estado.
- 6) A distinta relação da moral e do direito com o Estado explica, por sua vez, a distinta situação de ambas as formas de comportamento humano numa mesma sociedade. Dado que a moral não depende necessariamente do Estado, pode-se verificar numa mesma sociedade uma moral que se harmoniza com o poder estatal vigente e uma moral que entra em contradição com ele. Não se dá o mesmo com o direito, porque, como depende necessariamente do Estado, existe somente um direito ou sistema jurídico único para toda a sociedade, ainda que este direito não conte com o apoio moral de todos os seus membros.
- 7) O campo do direito e da moral, assim como sua relação, possui um caráter histórico. A esfera da moral se amplia às custas do direito, porquanto os homens observam as regras fundamentais da convivência voluntariamente, sem necessidade de coação. A passagem

para uma organização social superior acarreta a substituição de certo comportamento jurídico por outro, moral. De fato, quando a pessoa regula as suas relações com os demais não sob a ameaça de uma pena ou pela pressão da coação externa, mas pela íntima convicção de que deve agir assim, pode-se afirmar que nos encontramos diante de uma forma de comportamento moral mais elevada. Vê-se, assim, que as relações entre o direito e a moral, historicamente mutáveis, revelam tanto o nível alcançado pelo progresso espiritual da humanidade, quanto o progresso político-social que o torna possível.

Ao diferenciar o direito da moral, Roxin assinala que o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos, porquanto “a moral, ainda que se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico. Se uma ação não afeta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tampouco pode escandalizar o sentimento de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de proteção no sentido atrás exposto. Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal”.<sup>83</sup>

A índole moral, a imoralidade enfim, de um determinado comportamento humano somente deve interessar ao direito penal, quando, para além disso, encerre violação particularmente grave de bem jurídico alheio. Enfim, a só ofensa a preceitos morais, a só imoralidade por si só, sem essa gravosa repercussão sobre interesse juridicamente protegido, é penalmente irrelevante; deve escapar à atuação do sistema de justiça penal, como instância subsidiária de regulação de conflitos, mesmo porque o direito não cria valores, tão só consagra e legitima aqueles que medram no organismo social.

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 29-30.

Paulo de Souza Queiroz afirma que o direito penal, que é uma parte do direito, não aspira, quando castiga essas condutas, a moralizar os cidadãos. Sua função é bem menos ambiciosa: pretende unicamente evitar as conseqüências perturbadoras da paz que tais condutas produzem na ordem social exterior.<sup>84</sup>

Pode-se dizer, portanto, que há imoralidades toleráveis, penalmente indiferentes, e há as intoleráveis, em face dos danos sociais que produzem e sobretudo por isso, dignas de assumir significado penal. A imoralidade, enfim, é condição necessária, porém jamais condição por si suficiente para justificar politicamente a intervenção coativa do Estado na vida dos cidadãos.

Para Baratta, o sistema penal não está adequado a proporcionar a mais eficaz defesa dos direitos humanos, porquanto a sua intervenção está estruturalmente limitada a uma resposta aos conflitos, no modo e no lugar, do sistema social em que ele se manifesta, vale dizer, uma resposta às conseqüências e não às causas.<sup>85</sup>

Nos casos dos crimes de natureza sexual, a preservação da norma moral como tal, não é missão do direito penal levando-se em consideração que este, especificamente, deve limitar-se à proteção das crianças e dos adolescentes e dos incapazes em geral, com o escopo de evitar coações ou prejuízo na intimidade das pessoas. Trata-se da proteção àqueles a quem falem discernimento e capacidade de autodeterminação, pois não há cuidar, aí, realmente, de autonomia de vontade.

---

<sup>84</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 121.

<sup>85</sup> BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto a los derechos humanos en la lei penal. *Revista del Instituto de Ciências Penales Y Crimológicas de la Universidad Externado de Colômbia*, v. 9, n. 31, p. 108, 1987.

Não se presta, enfim, o direito penal atuando subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle social, à correção de imoralidades, por mais escandalosos que se apresentem tais fatos, máxime se ocorrem entre pessoas adultas, privadamente. O direito penal não pode pretender – tais domínios lhes são estranhos- infundir virtudes ou valores aos seus destinatários, não obstante haja de concorrer para a viabilização de uma convivência minimamente pacífica entre os homens, contramotivando-os, por meio da ameaça e da execução de penas.

A exigência, como pressuposto político-jurídico, de ser lesivo o comportamento para poder assumir significação penal segue-se à distinção entre direito e moral, uma vez que não sendo tarefa do direito infundir valores morais aos seus destinatários, mas a só proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, por meio da cominação e execução de penas, caber-lhe-á, por consequência, exclusivamente, a disciplina das ações humanas exteriores ofensivas desses bens, sempre que delas resultem ou possam resultar, concretamente, danos a terceiros. Trata-se do princípio da lesividade.

O princípio da lesividade, segundo Ferrajoli, cuida da minimização das proibições legais. É idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade e fiabilidade. Isso porque o direito penal é um remédio extremo, devendo ficar privados de qualquer relevância jurídica os delitos de mera desobediência, restando degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas; os fatos, enfim, que não lesionem bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 479.

Segundo Paulo de Souza Queiroz, liberdade é poder fazer tudo que não prejudica aos demais.<sup>87</sup> A intervenção penal somente deve existir quando o indivíduo, transcendendo a sua esfera de livre atuação, os lindes de sua própria liberdade, vem de encontro à liberdade do outro, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse particularmente relevante e merecedor de proteção penal, notadamente nas ocorrências de práticas pedófilas, quando a capacidade de autodeterminação e o amadurecimento biopsicossocial das crianças e dos adolescentes ainda não completaram seu ciclo natural.

De tudo isso resulta que a intervenção penal deve existir quando se trate de dano ou perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada caso concreto.

Por fim, a moral e o direito possuem elementos comuns e mostram, por sua vez, diferenças essenciais, mas estas relações, que ao mesmo tempo configuram-se de caráter histórico, baseiam-se na natureza do direito como comportamento humano sancionado pelo Estado e na natureza da moral como comportamento que não exige esta sanção estatal e se apóia exclusivamente na autoridade da comunidade, expressa em normas e acatada voluntariamente.

#### 2.4 O BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL

Após a análise da confusão entre moral e direito neste trabalho, como ponto fulcral da discussão sobre a pedofilia, será interessante verter o enfoque deste tópico às teorias

---

<sup>87</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 25.

do bem jurídico, que já contam com mais de um século de existência, sobretudo porque, como afirmava Von Liszt, “bem jurídico e norma são dois conceitos fundamentais do Direito”.<sup>88</sup>

Da observação crítica das normas penais que tratam das condutas pedófilas, torna-se evidente que a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana não constituem os bens jurídicos tutelados pelo legislador de 1940, no Título que trata dos crimes contra os costumes. Para ele, a proteção penal da autodeterminação da pessoa ocorre de forma secundária, indireta, pois o principal bem jurídico tutelado é o pudor público. Este deve ser apreciado, segundo Bento de Faria, não se tendo em vista “a sensação ou a suscetibilidade do sentimento individual, mas a moralidade pública e os bons costumes, isto é, a opinião comum sobre a obscenidade. Trata-se, portanto, de pudor público”.<sup>89</sup>

No mesmo sentido conservador é o entendimento de Magalhães Noronha, para quem a liberdade sexual, apesar de ser um bem jurídico individual, “interessa à coletividade, por ser necessário à moralidade pública”.<sup>90</sup>

É de se destacar que a seleção dos bens jurídicos que devem ser objeto de proteção penal nos casos de pedofilia está necessariamente vinculada ao texto constitucional.

O bem jurídico é um dos temas centrais no debate contemporâneo sobre a teoria do delito e da pena. Os doutrinadores sintetizam a evolução histórica do conceito, assim como as incidências e dificuldades dogmáticas relativas ao bem jurídico.

---

<sup>88</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madri: [19--], t. 2, p. 7.

<sup>89</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*: comentado. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 6, p. 18.

<sup>90</sup> NORONHA, Edgar de Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 107.

A expressão bem jurídico tem sido utilizada pelo direito penal moderno por mais de um século, porém suas raízes podem ser encontradas na obra que dá início a sua humanização: *De los delitos y de las penas*, escrita em 1764, por Cesare Beccaria. Este conceito tem um papel importantíssimo para se alcançar um direito penal humanitário.

Castillo e Pavajeau propõem a necessária legitimação doutrinária de bem jurídico, mais estritamente a concepção doutrinária de bem jurídico. Requer-se, desse modo, introduzir precisões que não dependam da subjetividade da doutrina e do legislador, haja vista que só por esta via pode cumprir o bem jurídico seu papel limitador do poder punitivo do Estado, configurador das suas categorias dogmáticas e de instrumento de crítica da legislação positiva.<sup>91</sup>

Apesar do postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico, onde reina grande controvérsia. Aliás, a falta de clareza do seu significado encontra correspondência na ausência de precisão de seu conceito.

Assim, com base na mais pura tradição neokantiana, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico como valor cultural, entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

---

<sup>91</sup> CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colômbia*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. p. 9.

De outro lado, numa visão objetivista, Welzel considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”. E que a missão do Direito Penal vem a ser a tutela desses bens mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.<sup>92</sup> De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social.

Segundo a concepção de Welzel, acerca dos valores ético-sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí, ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado. Para o citado autor, o que faz o direito penal é estabilizar esses valores ético-sociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção dos bens jurídicos. Somente respeitando esses limites podem ser justificadas as proibições que impõe o Direito Penal e se pode esperar que seja ele o que a teoria da prevenção geral positiva pretende.

Por sua vez, Munoz Conde conceitua os bens jurídicos como “os pressupostos de que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social”.<sup>93</sup>

Roxin destaca-se como um dos ideólogos da definição de bem jurídico numa perspectiva social. Segundo o referido doutrinador, o Estado não pode ter a função de realizar fins divinos ou transcendentais, porém de garantir aos indivíduos as condições de existência que satisfaçam as suas necessidades vitais. Ele pontua que bem jurídico é o bem ideal que se

---

<sup>92</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Bustos Ramírez e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 15.

<sup>93</sup> MUNOZ CONDE, F. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 48.

incorpora no objeto de ataque concreto. Para ele, são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente.<sup>94</sup>

Por seu turno, Zaffaroni considera que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.<sup>95</sup>

Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que o pudor público é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente o pudor público, e sim o direito a dispor do pudor, assim como o bem jurídico não é a honra, mas o direito a dispor da própria honra.

Ainda segundo o entendimento de Zaffaroni, o “ente” que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que a afetam não é a “coisa em si mesma”, mas a “relação de disponibilidade” do titular com a coisa, ou seja, os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.<sup>96</sup>

Essa divergência de opiniões entre os autores no que tange à definição de bem jurídico faz-se presente também na doutrina pátria.

---

<sup>94</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993. p. 27-28.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 462.

<sup>96</sup> *Ibidem*. p. 463.

Aníbal Bruno destaca que os bens jurídicos “são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura”.<sup>97</sup>

Por sua vez, Assis Toledo destaca que os bens jurídicos “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.<sup>98</sup>

Para Fragoso, “o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão”. No entendimento do penalista, é o bem humano ou a vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito. É, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, a cuja preservação é disposta a norma.<sup>99</sup>

Noronha define bem jurídico como “o bem-interesse protegido pela norma penal”. E, finalmente, afirma-se que, dogmaticamente, o bem jurídico extrapola a seara individual para a seara social. Nesse enfoque, a contraposição do individual e do social, ora considerando o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerando a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não aprofunda, em seus devidos termos, a unidade dialética do individual e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. 1, p. 31.

<sup>98</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 16.

<sup>99</sup> FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 277-278.

<sup>100</sup> NORONHA, Edgar de Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 112.

Everardo Luna argumenta que o bem jurídico esgota a essência do crime, e, no conceito de bem, estão os elementos referentes à qualidade da ação e do sujeito. Para o referido autor, o bem satisfaz uma necessidade humana.

Numa visão bem atual e aprofundada, Cláudio Brandão invoca a legitimidade do direito penal, a partir do momento em que este se revestiu da função de proteger os bens jurídicos, além de definir bem jurídico como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade. Ainda em suas lições, Brandão salienta que “outrora o Direito Penal já foi considerado como instrumento do arbítrio estatal, mas, quando esse ramo do ordenamento jurídico se voltou para a tutela dos referidos bens jurídicos, ele rompeu com o seu passado nebuloso”.<sup>101</sup>

Por fim, para que o papel do bem jurídico alcance sua função de legitimar a intervenção penal, faz-se necessário interpretá-lo à luz da sociedade. A idéia de bem jurídico não é desvinculada da idéia de valor, visto que o bem jurídico é reconhecidamente o valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguardar as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano.

## 2.5. A REPRESSÃO E A PREVENÇÃO

Historicamente, a repressão às condutas tidas como ilícitas estão previstas nas sanções que são impostas pelo conjunto normativo em vigor em cada ordenamento jurídico. Assim, retomando a discussão sobre o limite entre doença e perversão, na conduta do pedófilo, abrir-se-á o debate sobre qual o melhor tratamento jurídico a ser dispensado aos

---

<sup>101</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8-10.

autores das práticas pedófilas. No que pertine à prevenção, tentar-se-á evidenciar os estudos já realizados e as medidas adotadas no combate à pedofilia, incluindo-se a pedofilia na Internet.

Para Claude Balier, torna-se imprescindível aos praticantes de atos pedófilos a aplicação da pena, incluindo-se o exercício da lei no seu sentido mais amplo, pois para essas pessoas não existe lei interna. “No desenvolvimento dos pedófilos observa-se uma dificuldade de identificação com um modelo adulto de comportamento sexual, constituindo uma patologia do superego”, que se traduz na ausência de freios internos.<sup>102</sup>

No tocante ao acompanhamento terapêutico, o mesmo autor pontua que o acesso a uma relação autêntica ao longo de uma psicoterapia é difícil. Somente uma parcela dos pedófilos coloca-se em situação de aliança terapêutica. A outra não abandona a idéia de que as práticas sexuais com crianças e adolescentes são boas para eles, incluindo-se relações incestuosas com os próprios filhos.

No que se refere ao uso da lei, é de se reconhecer uma evolução das idéias, haja vista que as crianças e os adolescentes, com o advento da atual Constituição Federal e da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passaram da condição de objeto para o de sujeito de direitos. Entretanto contradições entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda existem, sem falar nas lacunas normativas existentes quando se trata da repressão a esse gênero de crime.

Por outro lado, há uma crescente conscientização acerca dos direitos da infância e juventude. Cada vez menos, educadores, médicos e operadores do direito se protegem por trás

---

<sup>102</sup> BALIER, Claude. As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 115.

do medo de expor e desorganizar completamente uma família para não admitir o incesto e as demais formas de pedofilia, além de se perceber uma melhor escuta das queixas e sinais de abusos expostos pelas vítimas, com o encaminhamento adequado aos casos.

Na tentativa de coibir as práticas pedófilas por indivíduos condenados por crimes sexuais, há a possibilidade da castração química, com fundamento na tese de uma exclusiva predisposição constitucional que acarrete a pedofilia, sem levar em conta os aspectos psicológicos e sociais que também determinam tais comportamentos.

Na imensa maioria dos ordenamentos jurídicos em vigor, a pena privativa de liberdade é aplicada, de forma exclusiva, com o intuito de ressocializar o agressor e impedir a reincidência. Entretanto necessário se faz levar em consideração que a sanção dirige-se a pessoas que, precisamente, têm perturbações graves ao nível da instância moral (o superego), e cujas motivações estão profundamente dissimuladas no psiquismo.

Assim, conclui-se que o encarceramento, por si só, não inibe o pedófilo de modo a evitar a recidiva, embora seja necessário. Em termos de resultados concretos, é ilusório querer substituir o exercício da lei por uma intervenção médica. Quando falta a interiorização dessa instância moral, é realmente preciso que haja um quadro externo que o represente. Consequentemente, um tratamento terapêutico deverá ser realizado concomitantemente à prisão.

Claude Balier entende que para os encarcerados: “É preciso que haja no local, pelo menos no período diurno, uma equipe psiquiátrica que possa utilizar modos variados de abordagem dos cuidados numa unidade especializada”.<sup>103</sup>

No que atine à prevenção propriamente dita, mais precisamente à situação das vítimas antes das agressões, Bernard Bouhet, Dominique Pérard e Michel Zorman, após pesquisa realizada na França, apontam que as crianças pouco vigiadas, deixadas por sua própria conta e/ou que têm carências emocionais e afetivas, são mais vulneráveis e constituem provavelmente o alvo preferido dos autores de abusos, por meio de um complexo jogo de interação entre as necessidades afetivas às vezes sedutoras da criança e as pulsões e desejos do autor do abuso sexual.<sup>104</sup>

Por outro lado, os estudos epidemiológicos sobre os abusos sexuais perpetrados contra crianças e adolescentes revelaram um fenômeno social e mediram sua importância por meio de um retrato que, embora descreva certas particularidades, é insuficiente para compreender a dinâmica e a complexidade desse fenômeno. A isso corresponde uma primeira abordagem preventiva, que visa ajudar as crianças a evitar o abuso ou resistir a ele e, também, a revelá-lo.

Na seqüência, e numa perspectiva a longo prazo, surge o problema de uma prevenção primária na raiz dos fenômenos. Trata-se de intervir nos fatores determinantes que fazem com que os indivíduos se tornem autores de abusos sexuais, incluindo-se os pais incestuosos. As práticas pedófilas sofridas pelas crianças não podem ser isoladas das sevícias

---

<sup>103</sup> BALIER, Claude. As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 115.

<sup>104</sup> BOUHET, Bernard; PÉRARD, Dominique; ZORMAN, Michel. A extensão do problema: da importância dos abusos sexuais na França. In: GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997. p. 41.

e negligências das quais são elas vítimas. Por outro lado, tudo leva a crer que existe, igualmente nesse domínio, uma lógica de reprodução, haja vista a considerável quantidade de pedófilos que confessam terem sido vítimas de abusos sexuais na infância.

Com o objetivo de influir sobre esse quadro e reduzir significativamente semelhantes condutas em relação às crianças e aos adolescentes, são imprescindíveis prevenções diversificadas, haja vista as marcas indeléveis que as vítimas de pedofilia carregam pelo resto da existência.

Os questionamentos que surgem dizem respeito ao momento da vida e em que espaço social é preciso intervir, além das estratégias que facilitem o rompimento da lógica da reprodução.

Por sua vez, o estudo do fenômeno e a melhoria dos instrumentos de observação, bem como o desenvolvimento de ações de prevenção, devem colocar-se em uma perspectiva coerente, contínua e de longo prazo.

Na nossa época, a da atual Convenção dos Direitos da Criança, é também a pobreza e o abandono que expõem o menor carente a andar sem perspectiva e a curvar-se às exigências sexuais dos adultos, como se pode observar do Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre “Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes” no Brasil.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> BRASIL. Senado Federal. *Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças no Brasil*. Brasília: Editora do Senado, 2004.

Com freqüência, nos casos de pedofilia, ocorre um liame entre o sistema de atenção à saúde e o sistema de justiça, porquanto envolvem situações-limite, que implicam em risco elevado às integridades física e psíquica do menor. A intervenção dos dois diferentes âmbitos sociais: o legal e o da saúde, devem acontecer concomitantemente e em constante interação. Desse modo, o sistema de saúde deve criar instrumentos de comunicação interinstitucional que garantam a segurança da criança e do adolescente, sem se envolver nos trâmites periciais. Obviamente, o médico que trata da vítima de abuso sexual não poderá atuar como perito no procedimento criminal relativo ao caso.

Não se pretende com isso defender uma postura omissa frente a situações de risco, mas salientar os cuidados na relação do profissional com a vítima. Assim, cada caso deve ser avaliado de forma singular para que seja determinada uma linha de conduta. Em se tratando de uma situação de risco, a equipe médica deve criar estratégias para incentivar a busca de uma ajuda legal. Todavia, nem sempre esse trabalho vai resultar em uma ação e, quando o risco for iminente, será necessário que a equipe de saúde interaja com o sistema de justiça.

Por outro lado, a denúncia feita pelo corpo médico poderá dificultar a continuidade do tratamento e poderá ser insuficiente para a aplicação de medidas legais, pois a família poderá negar as acusações. Contudo, continuar um tratamento sem um acompanhamento da Justiça, em situações de alto risco, seria ineficiente, pois permitiria que a situação de violência se repetisse.

Ana Helena Seixas adverte que, em algumas condutas pedófilas, apesar das conseqüências mais graves e demoradas a se tratar sejam as seqüelas psicológicas, muitas vezes, é importante uma intervenção médica de urgência para tratar possíveis traumatismos

genitais e órgãos vizinhos (bexiga, reto). Outra função importante do acompanhamento médico é a evolução da Aids e de outras doenças sexualmente transmissíveis. É possível ainda realizar o aborto nos casos de violência sexual presumida.<sup>106</sup>

Para os profissionais que enfrentam cotidianamente as conseqüências, o abuso sexual de crianças e adolescentes é um campo minado de complexidade, do ponto de vista pessoal e profissional, um desafio às tradicionais estruturas de cooperação. Como um problema multidisciplinar genuíno e genérico, requer a estreita cooperação de uma ampla gama de diferentes profissionais com diferentes tarefas. Como um problema legal e terapêutico, requer, por parte de todos os profissionais envolvidos, o conhecimento dos aspectos criminais e de proteção da criança, assim como dos aspectos psicológicos.

Sob a perspectiva da prevenção, a regra básica é impedir que a criança e o adolescente assumam precocemente responsabilidades próprias do mundo adulto, por exemplo, através de uma gravidez indesejada ou da entrada prematura no mercado de trabalho. Quando esse tipo de situação se impõe, mais do que estabelecer regras que impeçam essa ocorrência mórbida, é necessário que não se deixe de incentivá-los a participar de atividades em grupo: de lazer, esportivas e comunitárias. Essas atividades devem ser propiciadas durante toda a infância e a adolescência, buscando despertar neles o respeito ao próprio corpo e ao corpo do outro e elevar seu comprometimento com as questões sociais, aumentando sua auto-estima, o que poderá ajudá-lo a ter uma percepção maior das situações de risco e, assim, evitá-las.

---

<sup>106</sup> SEIXAS, Ana Helena. *Abuso sexual na adolescência*. Cadernos Juventude. Disponível em: <<http://www.adolec.br/bvs/adolec/P/cadernos/capitulo/cap13/cap13.htm>>. p. 12. Acesso em: 20 out. 2006.

Conforme determinação da NOB – SUS 1/96 (Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde), a atenção à saúde compreende três grandes campos: da assistência (em que as atividades são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domicílio); das intervenções ambientais (incluindo as relações humanas e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho) e o das políticas externas ao setor de saúde (interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação e ao lazer).

Por fim, embora usualmente a atenção à saúde não se realize nesses três campos, no caso do abuso sexual na adolescência, a atenção integral deveria ocorrer em toda a sua amplitude, dada a complexidade e a gravidade da questão, a qual constitui um problema de saúde pública.

## **CAPÍTULO 3 - O TRATAMENTO LEGAL DADO À PEDOFILIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Esse capítulo contém uma análise dos tipos penais mais controversos que tratam de delitos de natureza sexual inscritos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de uma explanação sobre a doutrina da proteção integral prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988, inspirada na normativa internacional e materializada em tratados e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, trazendo como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito ao romper com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

### **3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA**

A criança e o adolescente, por serem pessoas em desenvolvimento, devem receber proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado. Essa é hoje uma compreensão universal e uma conquista histórica da humanidade que, no Brasil, foi incorporada à ordem jurídica com a adoção do art. 227 da Constituição Federal, o qual preceitua: “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 liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A concepção de direitos humanos parte do princípio de que a dignidade é inerente a toda pessoa e seus direitos são iguais e inalienáveis. Entre a idéia e a realização prática desse conceito está a luta pela efetividade dos direitos reconhecidos a todos os seres humanos e, no caso, da proteção integral devida à criança e ao adolescente.

Historicamente, violência e sexualidade são categorias construídas conforme relações culturais e sociais específicas, e referem-se às formas assumidas pelo sistema de parentesco. Embora a violência sexual tenha sempre existido, em maior ou menor grau, pode-se afirmar que houve a prevalência na história humana de uma interdição moral ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Assim, inobstante a pedofilia sempre tenha existido, nunca foi de fato institucionalizada, isto é, nunca foi considerada admissível com o propósito de regularizar as relações entre as esferas social e sexual.

Essa interdição moral, tratada no segundo capítulo deste trabalho, coloca-se como um mecanismo de proteção das crianças em relação aos adultos. Quando ocorre, a pedofilia aparece ao abrigo das relações desiguais, assimétricas, sendo tolerada de acordo com o poder do explorador.

É de se ressaltar que a ocorrência de relações desiguais de poder é fundamental para se entender o fenômeno que consiste no ato ou jogo sexual a que o adulto submete a criança ou o adolescente, com ou sem consentimento da vítima, para estimular-se ou satisfazer-se, impondo-se pela força física, pela ameaça ou pela sedução com palavras ou mediante oferta de presentes.

As práticas pedófilas ocorrem em todas as classes sociais e geralmente é praticado por pessoas da família ou muito próximas a ela, como exemplo, tem-se os dados da Gerência de Polícia da Criança e do Adolescente de Pernambuco, relativos à violência sexual contra crianças e adolescentes, ocorridas na região metropolitana do Recife, no período de janeiro a maio de 2005, segundo a qual 302 (trezentos e duas) crianças e adolescentes foram vítimas de crimes sexuais praticados por conhecidos, ou seja, pessoas que gozam da confiabilidade da vítima e da sua família sem qualquer relação de parentesco com as mesmas, além de pais, padrastos e outros parentes.<sup>107</sup>

<b>CRIME POR AGRESSOR</b>	<b>Conhecido</b>	<b>Desconhecido</b>	<b>Pai</b>	<b>Padrasto</b>	<b>Tio (a)</b>	<b>Mãe</b>	<b>TOTAL</b>
Atentado Violento ao Pudor	89	17	17	5	3		131
Ato Obsceno	5						5
Corrupção de Menores	77	3				1	81
Estupro	64	9	2				75
Favorecimento à Prostituição	11						11
Rapto Consensual	12						12
Sedução	10						10
Tentativa de Estupro	6	2					8
<b>TOTAL</b>	<b>274</b>	<b>31</b>	<b>19</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>1</b>	<b>333</b>

No apogeu no século XX, na chamada “Era dos Direitos”, essa interdição moral foi codificada, produzindo normas jurídicas e penas correspondentes para coibir a exploração

<sup>107</sup> Fonte: UNIAT/GPCA

sexual, sobretudo a partir dos anos 80 do citado século. Desde então, sucederam-se marcos importantes que ajudaram a consolidar princípios e a mobilizar governos e vários setores sociais para promoção da proteção integral dessas pessoas em desenvolvimento.

É neste período que se desvela a realidade, afirmando-se a noção de que a violência sexual, em que pese ocorrer no espaço privado, exige a responsabilidade pública para o seu enfrentamento.

Como foi dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 incorporou, em seu art. 227, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral à Infância, a qual vinha sendo debatida nas reuniões e estudos das Nações Unidas. Pela primeira vez na história do País, a criança e o adolescente são tratados pela lei como prioridade absoluta.

Essa doutrina jurídica gerou, em nível internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, concluída em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990. Esta Convenção consolidou universalmente a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, tendo sido ratificada pela quase totalidade dos países, computando o maior número de adesões a um acordo internacional já existente. Apenas dois países não ratificaram essa convenção: a Somália e os Estados Unidos da América.

O texto da Convenção, em seu art. 1º, considera como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade e engloba todas as esferas dos direitos humanos: civil, político, social e cultural. No art. 34, a Convenção estabelece o compromisso dos Estados partes em proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual, devendo

adotar medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral necessárias para impedir a exploração sexual:

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabeleceu ainda, em seu art. 43, a criação de um comitê para os Direitos da Criança com a função de monitorar a aplicação dos dispositivos da Convenção em todos os países signatários. De acordo com o conteúdo da norma, Estados Partes assumem o compromisso de apresentar relatórios periódicos sobre as medidas que tenham adotado para tornar efetivos os direitos reconhecidos. Foi criada também a figura do relator especial sobre tráfico de crianças, prostituição e pornografia do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU.

Na contramão dos avanços legais de diversos países e do tratamento internacional que vem sendo dado ao reconhecimento da necessidade de proteção integral de crianças e adolescentes, a exploração sexual aparece como um fenômeno generalizado e crescente, adquirindo a forma de um comércio no mercado do sexo. O processo de globalização constrói uma nova forma de desenvolvimento tecnológico e de relacionamento, povos e gerações, sem que um sistema de garantias tenha sido igualmente globalizado.

Segundo o relatório da pesquisa nacional sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes (PESTRAF), realizada em 2002, a globalização influencia a questão do tráfico para fins sexuais.<sup>108</sup>

Enquanto a sociedade internacional se mobilizava para o enfrentamento da exploração sexual, as agências especializadas da ONU também passaram a dar maior atenção

---

<sup>108</sup> Brasil. Senado Federal. *Pesquisa nacional sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/senador/patriciasaboyagomes/sala/Disc\\_externos/Palestra%20Explora%C3%A7%C3%A3o%20Sexual%20Curta%20Canoa.ppt](http://www.senado.gov.br/web/senador/patriciasaboyagomes/sala/Disc_externos/Palestra%20Explora%C3%A7%C3%A3o%20Sexual%20Curta%20Canoa.ppt)>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ao problema. A Organização Internacional do Trabalho, por exemplo, aprovou em 1999, a Convenção 182 sobre as piores formas de trabalho infantil, incluindo a exploração sexual entre elas. Desde então, a OIT colocou-se como um novo parceiro nessa luta, implementando importantes programas de enfrentamento nos mais diversos locais em todo o mundo.

A comunidade internacional também avançou na luta contra a exploração sexual de crianças e adolescentes com a adoção, em maio de 2000, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, conhecido como Protocolo de Palermo. O Brasil concluiu seu processo de ratificação desse protocolo no mês de abril de 2004.

Além de preconizar, em seu art. 1º, que “todos os Estados Partes proibirão a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil”, o Protocolo de Palermo estabelece vários compromissos que deverão ser assumidos pelos signatários, tanto em termos de medidas coercitivas, como de preventivas. Destaque-se o art. 9º que engloba várias medidas de proteção de crianças e adolescentes.<sup>109</sup>

No Brasil, a luta pela proteção integral de crianças e adolescentes tem como marco fundamental a aprovação da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamentou o art. 227, da Constituição Federal. Trata-se de legislação que atinge cerca de quarenta por cento da população brasileira (os menores de 18 anos). De conformidade com o que preceitua o art. 2º do Estatuto da Criança e

---

<sup>109</sup> Brasil. Senado Federal. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Criada por meio do Requerimento nº 02, de 2003-CN, com a finalidade "investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil". Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/patriciasaboyagomes/publicacoes/CPMI%20-%20Explora%E7%E3o%20Sexual%20-%20Completo.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

do Adolescente, considera-se criança a pessoa entre 0 e 12 anos de idade, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos.

### 3.2 OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A legislação federal brasileira atinente aos crimes praticados contra crianças e adolescentes exige uma reflexão científica, portanto mais aprofundada, haja vista a forma como o próprio constituinte originário enfrentou a questão infanto-juvenil, concedendo a esta parcela da sociedade proteção integral e prioridade absoluta frente à garantia dos direitos fundamentais. Destacam-se, então, o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à liberdade e à dignidade. Todos estes direitos reverberam no sistema penal positivado para proteger, diretamente, infantes e jovens.

Os tipos penais que apontam tais ofensas estão descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Penal e em leis esparsas de natureza penal.

Verifica-se que essa profusão legislativa não raro provoca uma dificuldade para os operadores do direito a partir mesmo da identificação adequada do comportamento antijurídico com o tipo penal previsto pelo legislador, porquanto muitas das condutas que vulneram a integridade corporal e psíquica de crianças e jovens resultam em conflito ou concurso aparente de normas.

Assim, faz-se necessário discernir toda estrutura normativa, isto é, analisar a *ratio* legislativa. Isto significa apreender o sistema normativo em seus meios e fins, ou seja,

dissecar todas as elementares das figuras típicas, para se enquadrar com absoluta segurança cada prática criminosa, diante da justa e indispensável resposta estatal às ofensas perpetradas contra um segmento de vítimas essencialmente hipossuficientes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, constitui-se num marco histórico quando se cuida da proteção das pessoas menores de 18 (dezoito) anos de idade, porém a evolução da sociedade, em sua complexa dinâmica, exige permanente aperfeiçoamento das regras que o compõem.

De início, é de se ressaltar a relevância e a gravidade da conduta de fotografar crianças e adolescentes em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Portanto, faz-se imprescindível uma comparação entre a redação original do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a alteração trazida no referido dispositivo pela Lei nº. 10.764, de 12 de novembro de 2003.

Redação anterior:

*Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão, de um a quatro anos.*

Redação em vigor após a edição da Lei nº. 10.764, de 2003:

*Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet,*

*fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:*

*Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*

*§ 1º Incorre na mesma pena quem:*

- I- agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;*
- II- assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo;*
- III- assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.*

*§ 2º A pena é de reclusão, de 3(três) a 8 (oito) anos:*

- I- Se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função;*
- II- Se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.*

Da análise do artigo acima, percebem-se as várias alterações introduzidas pela Lei nº. 10.764/2003: ampliação dos verbos típicos (apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar); ampliação do objeto material da ação (fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescente); previsão de formas equiparáveis (art. 241, § 1º, I, II e III); além da previsão de formas qualificadas do crime (art. 241, § 2º, I e II).

Nota-se, ainda, que a redação original trazia o verbo fotografar, ao passo que a Lei nº. 10.764, de 2003, adotou a fórmula “produzir (...) fotografias”, gerando questionamento acerca da equivalência das expressões, posto que fotografar pode não coincidir com produzir

fotografias, mormente porque, em matéria penal, a interpretação da norma, ainda que orientada por critérios teleológicos, deve encontrar pleno amparo na narração lingüística do tipo penal.

A título de exemplo, imagine-se que um pedófilo fotografava adolescentes em cena pornográfica, quando foi preso em flagrante delito. De acordo com a redação original do art. 241, do ECA, não há dúvida quanto à responsabilidade penal, sendo o crime consumado, uma vez que a ação típica esgotava-se em “fotografar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente”. Contudo a nova redação do dispositivo deixa margem a interpretações ambíguas. Na hipótese em comento, o acusado responderia apenas por tentativa, porquanto não concluiu a ação por circunstâncias alheias a sua vontade.

A expressão “produzir fotografias” permite a interpretação de que o desvalor jurídico-penal incide sobre a produção de fotos, ou seja, sobre o produto acabado. Assim, cria-se a possibilidade do acento recair sobre a fotografia enquanto produto físico.

Com o intuito de elidir interpretações que coloquem em dúvida a relevância penal da conduta de “fotografar” crianças e adolescentes nas circunstâncias descritas no art. 241 do E.C.A, seria importante a reformulação do tipo penal, acrescentando, ao mesmo tempo, o verbo “filmar”.

Outra alteração necessária, proposta no relatório da CPMI sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes, concerne ao artigo 250, que dispõe:

*Art. 250. Hospedar criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável ou sem autorização escrita destes, ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congênere:*

*Pena – multa de dez a cinquenta salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.*

Tais estabelecimentos, via de regra, constituem pontos de prostituição infanto-juvenil, razão pela qual merecem uma repressão mais severa, que poderia culminar na alteração da norma para acrescentar pena de fechamento definitivo.

### 3.3 OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL

Acerca do Código Penal em vigor pairam concepções características da época do exercício autoritário de poder, a primeira metade dos anos 40 do século passado, e de padrão insuficiente para a prevenção e a repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida.

Nesse contexto evidencia-se mais do que sua existência cronológica, o que torna o Código de 1940 descompassado com a realidade fática e com a fundamentação de legitimidade jurídico-penal possibilitada pela Constituição Federal de 1988, é sua opção ideológica, a política criminal por ela abraçada. Como as normas jurídicas são também meios para a consecução de objetivos políticos, o estatuto repressivo brasileiro reflete uma ordem constitucional outorgada em período de exceção, e carrega, inevitavelmente, matizações

inerentes ao regime antidemocrático existente quando de seu nascedouro, matizes estas que se revelam, no âmbito da sexualidade, nos delitos contra os costumes.

Ademais, algumas normas penais, além de desatualizadas quanto a termos e enfoques, não atendem a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são perpetrados contra crianças e adolescentes. Nesse caso, observa-se descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

A Lei nº. 11.106/2005 que reformulou parcialmente os delitos sexuais dispostos no Código Penal Brasileiro não alterou a rubrica do Título VI deste diploma, mantendo a indicação geral do tema ali tratado, de igual modo como fez o legislador de 1940: “Dos Delitos contra os Costumes”.

O projeto da mencionada lei não tratou sobre a modificação do título, nem o fizeram os substitutivos da deputada Laura Carneiro e do deputado Luiz Antônio Fleury Filho.

Somente no Senado Federal é que a alteração foi suscitada pela senadora Serys Slhessarenko, que em seu relatório sugeriu a mudança do Título VI do Código Penal para uma nova nomenclatura: “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. No entanto, encaminhado o relatório do Senado na forma de substitutivo para a Câmara dos Deputados, houve uma omissão nesta Casa Legislativa, no tocante à alteração proposta pela senadora no Título VI do

Código Penal, permanecendo o anacrônico termo “costumes” para designar o multicitado Título.

Saliente-se que dentro da acepção de “costumes” tem-se a tutela da moralidade pública sexual, bons costumes e pudor público. É dessa perspectiva que necessita ser apreendida a concepção de liberdade sexual no contexto do Código de 1940, para que se determine o real sentido dos tipos penais inscritos no multicitado Título VI.

Torna-se translúcido que a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana não constituem os bens jurídicos tutelados pelo legislador de 1940, em se tratando dos crimes contra os costumes. Para ele, a proteção penal da autodeterminação da pessoa ocorre de forma secundária, indireta, pois o principal bem jurídico tutelado é o pudor público. Este deve ser apreciado, segundo Bento de Faria, não se tendo em vista “a sensação ou a suscetibilidade do sentimento individual, mas a moralidade pública e os bons costumes, isto é, a opinião comum sobre a obscenidade. Trata-se, portanto, de pudor público”.<sup>110</sup>

No mesmo passo segue o entendimento de Magalhães Noronha, para quem a liberdade sexual, apesar de ser um bem jurídico individual, “interessa à coletividade, por ser necessário à moralidade pública”.<sup>111</sup>

É de se salientar que a escolha dos bens jurídicos que devem ser objeto de proteção penal nos casos de pedofilia está necessariamente vinculada ao texto constitucional. As leis penais servem à Constituição Federal, porquanto cumprem funções constitucionais,

---

<sup>110</sup> FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*: comentado. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 6, p. 18.

<sup>111</sup> NORONHA, Edgar de Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 107.

razão porque somente valem e obrigam quando e enquanto a isso se prestam, ou seja, sempre que respondam, funcionalmente, aos mandamentos, princípios e normas funcionais fundamentais

Ressalte-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, encontra-se estritamente vinculada ao livre desenvolvimento da personalidade, mais precisamente à liberdade sexual das pessoas, sobretudo em se tratando de crianças e adolescentes, de modo que esse princípio passa a ocupar o ponto fulcral na discussão de todo o organograma punitivo. É em torno desse bem jurídico básico que deve ser armada a tessitura de incriminações e penas.

Para Cláudio Brandão, “o conceito de dignidade da pessoa humana expressa a idéia de que a pessoa humana deve ser respeitada enquanto tal, independente de qual seja sua condição pessoal ou social, independente de ser ou não cidadão, de ter ou não direitos políticos ou de qualquer ordem”.<sup>112</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana não se trata de um mero princípio declaratório, solene e vazio, mas constitui em viga mestra do arcabouço jurídico brasileiro, porquanto confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais. Este postulado tem de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre). Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como uma esfera

---

<sup>112</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41.

constitutiva da República Brasileira, visto que esse postulado espelha um reflexo por todos os direitos e garantias fundamentais, como observa Canotilho.<sup>113</sup>

Portanto, se o princípio da dignidade humana funciona como suporte de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, o legislador, notadamente o legislador penal, não pode deixar de observar, em sua ação, tal postulado; ao contrário, deve a ele vincular-se, haja vista que a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos.

No que toca à aceção de liberdade sexual apresentada neste trabalho amolda-se harmoniosamente à proposição político-criminal construída por Figueiredo Dias, segundo a qual, “em caso algum constitui crime a atividade ou conduta sexual entre adultos, desde que exista o consentimento dos participantes, e que a prática sexual aconteça em um âmbito privado”.<sup>114</sup> Esta proposição, compartilhada por Alberto da Silva Franco é “própria de um Estado de Direito Democrático, laico e pluralista, e apresenta-se como uma concepção que vê como função exclusiva do direito penal a proteção subsidiária de bens jurídicos”.<sup>115</sup>

Para Tadeu Antônio Dix Silva, a liberdade sexual, assim demarcada, tem simetria com as idéias do anteprojeto de 1994, onde nitidamente se esposava a compreensão de que esta liberdade deveria ser inserida no regime geral de proteção da liberdade pessoal, decorrendo daí duas outras questões: inicialmente, a que diz respeito à necessidade de separação entre os crimes contra a liberdade sexual e os delitos sexuais praticados contra

---

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 219.

<sup>114</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Comentário coimbrense do código penal*. Coimbra: Coimbra, 1999. pt. esp., t. 1, arts. 131-201, p. 441-443.

<sup>115</sup> FRANCO, Alberto da Silva. Crimes contra os costumes. In: \_\_\_\_\_; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, pt. esp., p. 3059-3310.

menores. “Com relação a estes, é evidente neles que o desvalor das condutas realizadas deve ser considerado em relação à precocidade do ato sexual na medida em que é idôneo a prejudicar o normal desenvolvimento e a maturação da personalidade do menor”.<sup>116</sup>

À vista das considerações acima expendidas, conclui-se que a liberdade sexual necessariamente deveria consistir no *nomen juris* que viesse a ser destinado ao título concernente à tutela dos delitos sexuais perpetrados contra infantes e adolescentes. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção da legislação penal brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção.

A Lei nº. 11.106, de 28 de março de 2005, atendeu em parte, com caráter de reforma pontual, às demandas de *lege ferenda* da doutrina e da jurisprudência brasileiras, que preconizavam a necessidade de reforma dos denominados Crimes Contra os Costumes.

É de reconhecida valia a opção político-criminal descriminalizadora dos delitos de sedução (art. 217), raptos consensuais (art. 220), adultério (art. 240), e da revogação da causa de aumento de pena em razão de ser o agente casado (art. 226, III), assim como a transmutação do delito de rapto violento ou mediante fraude (art. 219) para um crime contra a liberdade individual (art. 148, § 1º, V), do qual pode figurar como vítima qualquer pessoa.

---

<sup>116</sup> SILVA, Tadeu A. Dix. *Crimes sexuais*. São Paulo: Mizuno, 2005. p. 71.

No que tange à manutenção do delito contido no art. 215, do Código Penal, observa-se tão-somente a retirada do vocábulo honesta na posse sexual mediante fraude, embora pudesse ter sido colocado o termo “alguém” em lugar de “mulher”, ampliando a possibilidade de punição e acompanhando o atual estágio dos costumes da sociedade no cenário sexual, permitindo a viabilização da hipótese de ser o homem possuído sexualmente, mediante fraude, por uma mulher.

Aliás, essa modificação foi introduzida no contexto do art. 216 e, incompreensivelmente, negada no antedito art. 215. Assim, quanto à substituição do sujeito passivo do atentado ao pudor fraudulento, previsto no art. 216, do Código Penal, vê-se que passa a ser agora qualquer pessoa, em substituição a mulher honesta, harmonizando-se com as críticas feitas pela doutrina e jurisprudência diante do anacronismo do conceito.

É de se ressaltar a criação pela nova lei de duas figuras delitivas: tráfico internacional de pessoas (art. 231) e tráfico interno de pessoas (art. 231-A), cujos *caput* se coadunam com a proteção integral constitucionalmente assegurada também a crianças masculinas, que sempre foram utilizadas neste censurável mercado humano e anteriormente eram excluídas.

Por outro lado, há um equívoco de formulação evidente na definição de estupro, insculpido no art. 213 do Código Penal, o qual não foi modificado pela Lei nº. 11. 106/2005, cabendo uma alteração a fim de que a expressão “mulher” contida no tipo seja substituída por “alguém”, de modo que se corrija a restrição do crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, entendido pela jurisprudência como sendo a cópula vaginal. Ao contrário, esse crime poderia envolver a prática de outros atos libidinosos. Isso significa que os atuais

crimes de estupro e atentado violento ao pudor estariam reunidos em um só tipo penal, com a denominação de estupro.

Por essas considerações, convém remeter aos ensinamentos de Zaffaroni, que propugna a introdução de reformas legais, precisando que a mesma escala penal de estupro da mulher é aplicável à violação do homem – assim como ao coito anal e oral, além da introdução de objetos por via vaginal ou retal.<sup>117</sup>

Vale evidenciar, também, a omissão no que tange à causa de aumento de pena se a vítima for menor de 18 anos no crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A. Tal reflexão tem dois motivos. O primeiro cinge-se ao fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite o trabalho para adolescentes, de conformidade com o art. 60 da Lei nº. 8.069/90, o que poderia colocá-los na situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional. O segundo afigura-se diante da situação irregular do trabalho infantil, quando é preciso assegurar proteção aos menores envolvidos e punir com mais razão os autores dessa situação irregular cumulada com assédio sexual.

Quanto ao feitiço legislativo do art. 218, do Código Penal, que trata da conduta de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, destaca-se a presença da elementar etária. Há no enunciado, por si, um prejuízo à proteção integral, principalmente de criança, visto que o sujeito que corrompe ou facilita a corrupção de alguém com menos de 14 (quatorze) anos é posto fora do alcance da norma, não ficando o comportamento subsumido ao crime de corrupção de menores, sob o formato do Código Penal, devido ao princípio da legalidade, que rechaça a interpretação analógica.

---

<sup>117</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée (Org.). *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 36-37.

Do exposto, surge a necessidade de se alterar o limite etário inscrito no tipo penal acima referenciado. Assim, o formato do art. 218 prefalado está em contraposição ao próprio art. 224, alínea “a”, do Código Penal, que trata da presunção da violência da ação criminosa na hipótese de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos.

No que concerne ao art. 225 do Código Penal, que trata da ação penal nos crimes de natureza sexual, vê-se a necessidade de modificação, para que a ação penal seja pública em qualquer circunstância. Indubitavelmente, a eficácia na proteção da liberdade sexual da pessoa e, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente são questões de interesse público, de ordem pública, não merecendo ser hipótese de ação penal privada e passível das correlatas possibilidades de renúncia e de perdão de quem tem qualidade para representá-los. Na prática forense, as qualidades da ação penal privada, nos casos de violação de criança ou adolescente, têm contribuído para resguardar cumplicidades, intimidar e, conseqüentemente, consagrar a impunidade.

Outra inclusão cabível no capítulo IV, do Título VI, do Diploma Penal, mais especificamente em seu art. 226, diz respeito à possibilidade de aumentar a pena quando da violência sexual resultar a gravidez da vítima, o que se aproxima conceitualmente do crime contra a humanidade ou crime de guerra de gravidez forçada.

É de se ressaltar, ainda, a necessária imprescritibilidade dos crimes sexuais quando praticados de forma generalizada ou sistemática. Em verdade, trata-se de incorporar ao ordenamento brasileiro a concepção de crimes contra a humanidade já consagrada pelo direito internacional.

De acordo com o relatório final da CPMI sobre a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no Brasil, a jurisprudência internacional, principalmente dos tribunais internacionais *ad hoc* para a Ex- Iugoslávia e Ruanda, bem como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, consagrou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.<sup>118</sup> Entendem-se por crimes contra a humanidade atos atentatórios aos direitos humanos quando se cometam por atos múltiplos (crime generalizado) ou façam parte do plano político estatal ou de outra organização não-estatal, legalizada ou não (crime sistemático). Entre as violações aos direitos humanos que caracterizam os crimes contra a humanidade estão as de índole sexual, como exemplifica o art. 7º, § 1º, alínea “g”, do Estatuto de Roma:

*Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável.*

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade incorpora-se ao ordenamento interno pelos Tratados ratificados pelo Brasil, como o Estatuto de Roma ou outros Tratados que impõem aos Estados a postura de julgar ou extraditar os que incorram na prática desses crimes, como é o caso da Convenção da ONU sobre a tortura. Um dos canais de recepção constitucional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, que determina a inclusão do disposto nos Tratados Internacionais para garantir a proteção aos direitos fundamentais.

Assim, tem-se a possibilidade de se considerar crimes contra a humanidade, se praticados de modo generalizado ou sistemático, o estupro, o atentado violento ao pudor, o

---

<sup>118</sup> BRASIL. Senado Federal. *Relatório Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças no Brasil*. Brasília: Editora do Senado, 2004, p. 294.

favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, além do tráfico internacional e interno de pessoas.

Diante das lacunas e dos anacronismos acima expostos, conclui-se que a proteção integral e a prioridade absoluta não se concretizarão sem que as condutas que vulneram os direitos infanto-juvenis sofram uma criminalização dotada de feição técnica, que permita um correto enquadramento pelo operador jurídico.

A deficiente formulação normativa conduz a que os tipos penais não concretizem as metas estabelecidas nos princípios constitucionais.

Tais princípios, inobstante a envergadura natural e necessária que possuem, não têm força para fragilizar ou fazer prostrar os princípios penais da legalidade, anterioridade e da taxatividade, ainda que com o objetivo de se proteger integral e aprioristicamente infantes e jovens.

O reclamo por normas bem elaboradas finda por ser materializado no direito positivo. Para reforçar esta linha de pensamento, chama-se aqui a conclusão de Eugênio R. Zaffaroni, de que a consciência jurídica universal se acha plasmada em instrumentos positivos que fazem parte do direito interno e suas normas permitem uma reelaboração teórica do saber penal que as abarque e incorpore os dados reais.<sup>119</sup>

Em arremate, a busca do aperfeiçoamento das normas que tutelam direta e objetivamente elementares direitos das crianças e dos adolescentes não resvala para a quebra

---

<sup>119</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 81.

do princípio da intervenção mínima do direito penal. Tem por finalidade, sim, a perseguição da eficácia de princípios constitucionais que, de forma privilegiada, amparam seres em formação.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Livros

ADORNO, Sérgio. Violência, ficção e realidade. In: SOUZA, M. W. (Org.). *Sujeito, o lado oculto do receptor*. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 181-188.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual diagnóstico e estatístico das perturbações mentais DSM-IV*. Masson: [s.n.], 1996.

AZEVEDO, M. A. *Pele de asno não é só história*: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família. São Paulo: Roca, 1988.

\_\_\_\_\_. *Violência doméstica na infância e na adolescência*. São Paulo: Robe, 1994.

\_\_\_\_\_. *Infância e violência doméstica*: fronteiras do conhecimento. São Paulo: Cortez, 1997.

\_\_\_\_\_. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BADINTER, Elisabeth. *L'amour em plus*. Paris: Flammarion, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINARD, Liliane; CLOUARD, Jean-Luc. *Le drame de la pédophilie*: état des lieux: protection des enfants. Paris: Albin Michel, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos. Brasília: Polis, 1989.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t.1.

CAMARGO, Luís Antônio Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1988.

CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Bien jurídico y derechos fundamentales*: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - D'vinni Editorial Ltda., 1996.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1971.

COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

COHEN, C. *Incesto e psicopatologia forense: um estudo de medicina social*. São Paulo: Instituto de Psicologia, 2000.

CRIVILLÉ, A. *Les abus sexuels à l'égard des enfants: comment parler*. Paris: Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale, [s.d.], p. 9.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Comentário conimbricense do código penal*. Coimbra: Coimbra, 1999. pt. esp., t. 1, arts. 131-201.

\_\_\_\_\_. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DORAIS, Michel. *La sexualité plurielle*. Montreal: Éditions Pretexte, 1982. p. 39-40.

DOTTI, René Ariel. *O incesto*. Curitiba: Ghignone, 1976.

DULCE, Maria José Farinas. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid: Dykinson, 1997.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro: comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 6.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal: parte geral*. Lisboa: Editorial Verbo, 1982.

FILLEULE, R.; MONTIEL, C. *La pédophilie*. Paris: Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Interieure, 1997.

FONDATION SCELLES. *La pédophilie*. Paris: Éres, 2001.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: Bushatsky, 1961.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto da Silva. Crimes contra os costumes. In: \_\_\_\_\_; STOCO, Rui (Orgs.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, pt. esp.

FREITAS, Ricardo de Brito de Albuquerque Pontes. *Razão e sensibilidade*: fundamentos do direito penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

FURNISS, T. *Abuso sexual da criança*: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GABEL, Marceline (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, V. N. de A. *Violência de pais contra filhos*: procuram-se vítimas. São Paulo: Cortez, 1985.

HABIGZANG, Luísa; CAMINHA, Renato M. *Abuso sexual contra crianças e adolescentes*: conceituação e intervenção clínica. São Paulo: Casa do Psicólogo Livraria e Editora, 2004.

HAZEU, Marcel. *Direitos sexuais da criança e do adolescente*: uma visão interdisciplinar para o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. Manaus: Sagrada Família, 2004.

HEILBORN, M. L.; BRANDÃO, E. Introdução: ciências sociais e sexualidade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Sexualidade*: o olhar das ciências sociais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

HELPER, R. E.; KEMPE, R. S. (Ed.). *The battered child*. Chicago: Un. Chicago Press, 1988.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003.

KANT, Immanuel. *Princípios fundamentais da metafísica da moral*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1965. p. 25-26.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

- LANNING, K. *Child molesters: a behavior analysis*. Virgínia: FBI Academy, 1992. p. 6-10.
- LAPLANCHE E PONTALES. *Vocabulaire de la psychanalyse*. Paris: 1984. p. 438.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Madri: [19--], t. 2.
- LOPEZ, GERARD. *Les violences sexuelles sur les enfants*. Paris: PUF, 1997, p. 104.
- LORENZI, M. *Prostituição infantil no Brasil e outras infâmias*. Porto Alegre: Tchê, 1987.
- MARQUES, M. A. *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.
- MASSON, J. M. *Atentado à verdade: a supressão da teoria da sedução por Freud*. Rio de Janeiro: Olímpio, 1984.
- MICHAUD, Y. *La violence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- MUNOZ CONDE, F. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Cargraphics, 2001.
- NORONHA, Edgar de Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PANDJIARJIAN, Valéria et al. *Estupro crime ou cortesia?: abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- PARKER, R. Cultura, economia, política e construção social da sexualidade. In: LOURO, G. L. (Org.). *O corpo educado: pedagogia da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.
- PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia*. São Paulo: Vale do Mogi, 2004.
- PIERON, Henri, *Dicionário de psicologia*. Rio de Janeiro: Globo, 1966.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- PRIORI, Mary Del. *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- REICH, Wilhelm. *A irrupção da moral sexual repressiva*. Porto: Ed. Publicações Escorpião, 1974.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1993.
- SILVA, Tadeu A. Dix. *Crimes sexuais*. São Paulo: Mizuno, 2005.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980.
- SPRANDEL, Márcia Anita. *A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*. Paraguai: OIT, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- TOMKIEWICZ, S.; GABEL, Marceline. *Pédophilie et agressions sexuelles, enfance majeure*. Paris: Fédération des Comités Alexis Danan, 1997.
- VAINFAS, R. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Bustos Ramírez e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal: estudio preliminar de M. Jiménez Redondo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- \_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZALUAR, A. Violência e crime. In: AAVV. *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: Sumaré; Associação Brasileira de Pós-Graduação em Ciências Sociais, 1999, v. 1.

## 2. Artigos

ALVES, Léo da Silva. Pedofilia: crime hediondo de jaleco e batina. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, p. 12-17, 2002.

BATISTA, Nilo. Tobias Pedófilo. *Boletim IBCCrim*. n. 124, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.136, 1997.

BRUNO, Aníbal. Antijuridicidade. *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*. Recife, n. 3, 1954.

CAMINHA, Renato M. Abuso sexual: sugestões e orientações jurídicas, médicas e psicológicas. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 30, p. 39, 1994.

CAVALINI, Santuza Fernandes Silveira. Diagnóstico psicológico: a inibição intelectual vista sob a ótica de uma situação de abuso sexual. *Revista de Psicologia Clínica do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC-RJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 121-127, 2003.

COUTANCEAU, Roland. Ce qu'est un "vrai pédophile". *Le Généraliste*. Paris, n.1711, p. 47, 2003.

LANDINI, Tatiana Savoia. Pedófilo, quem és? a pedofilia na mídia impressa. *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 19, p. 273-282, 2003.

LEVETT, A. A study of childhood sexual abuse among south África university womens students. *South Africa Journal of Psychology*. Capetown, p. 122, 1989.

LYRA, Romero Lallemand. O Ministério Público e o enfrentamento dos crimes de informática. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 249-255, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pedofilia na internet e o estatuto da criança e do adolescente. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 15, p. 429, 2002.

SARMATZ, Leandro. Inocência roubada: sexo com crianças é um caso de política. *Revista Superinteressante*. São Paulo, maio, p. 39-46, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. *Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo, n. 33, jan./mar., 2001.

### 3. Monografias

CARVALHO, Elizabeth da Costa. *O agressor do abuso sexual, a função paterna e a perversão*. 2005. Monografia (Graduação) - Faculdade Franssinetti do Recife, Departamento de Psicologia, Recife, 2005.

REIS, Tânia Maria Lins. *Pedofilia: mitos e verdades*. 2005. Monografia (Graduação) - Faculdade Franssinetti do Recife, Departamento de Psicologia, Recife, 2005.