

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARIA DA GRAÇA BLACENE LISBOA

PEDOFILIA UM OLHAR INTERDISCIPLINAR

Porto Alegre

2012

MARIA DA GRAÇA BLACENE LISBOA

PEDOFILIA UM OLHAR INTERDISCIPLINAR

Dissertação de Mestrado para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Porto Alegre

2012

L769p Lisboa, Maria da Graça Blacene
Pedofilia um olhar interdisciplinar. / Maria da Graça Blacene
Lisboa. – Porto Alegre, 2012.
119 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade
de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

1. Direito Penal. 2. Pedofilia – Aspectos Jurídicos. 3.
Culpabilidade. 4. Medida de Segurança . I. Cataldo Neto, Alfredo.
II. Título.

CDD 341.5

Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594

MARIA DA GRAÇA BLACENE LISBOA

PEDOFILIA UM OLHAR INTERDISCIPLINAR

Dissertação de Mestrado para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Prof. Dra. Marli Marlene Moraes da Costa

Dedico este trabalho aos meus queridos filhos Patrícia, Dimitrius e Suelen, razão da minha vida e aos meus netos Ruan e Tomaz, que lembrando o menino Jesus, vieram encher de luz meu lar e meu viver.

AGRADECIMENTOS

“Na procura de Deus é Ele quem se adianta e vem ao nosso encontro”. Santo Agostinho.

Agradeço primeiro e antes de tudo à Deus, porque enquanto eu O procurava Ele veio ao meu encontro.

Ao meu companheiro de jornada Alceu Lisboa da Silva, que ao longo de 41 anos vem acompanhando meu crescimento e nos últimos dois anos, sem reclamar, soube aceitar minhas ausências não só física.

Ao meu orientador, querido professor Alfredo Cataldo Neto, pela paciência, respeito e por todo o conhecimento transmitido e principalmente por não ter desistido de mim.

À professora Dra. Lisieux Elaine de Borba Telles por me encorajar, com sua leitura dedicada e as correções necessárias na realização do trabalho, me alentando e me deixando mais confiante.

À professora Ruth Gauer, que a despeito de todo seu conhecimento, muito sabiamente fala a linguagem dos mestrandos.

A todos aqueles que de alguma forma tenham contribuído para a realização deste trabalho.

Aos funcionários da secretaria Raquel, Marcia, Vitor, Claudia.

À minha sócia Mariana Dibe, que me deu suporte nos trabalhos profissionais, para que eu pudesse ausentar-me.

Aos colegas de curso especialmente à Marina Ghiggi, por sua juventude e garra

Aos demais professores

Agradeço à minha nora Liziane Deeke, que me deu o Ruan e o Tomaz.

A covardia coloca a questão: 'É seguro?'
O comodismo coloca a questão: 'É popular?'
A etiqueta coloca a questão: 'é elegante?'
Mas a consciência coloca a questão, 'É correto?'
E chega uma altura em que temos de tomar uma posição
que não é segura, não é elegante, não é popular, mas o
temos de fazer porque a nossa consciência nos diz que é
essa a atitude correta.

Martin Luther King

O mundo é perigoso não por causa daqueles que fazem o
mal, mas por causa daqueles que veem e deixam o mal
ser feito.
Albert Einstein

...Somos herdeiros, mais do que nunca, daquela herança
que reflete a ousadia dos que um dia disseram
não à escravidão, daqueles que ousaram combater uma
das formas mais perversas de violação de todos os
direitos
que existiu na sociedade brasileira, e lutaram, se
associaram e se articularam para libertar um grupo de
brasileiros que, pelo motivo de ter uma cor de pele
diferente,
era sacrificado como nós já conhecemos.
Nós também somos herdeiros de todas aquelas mulheres
que teimaram um dia em dizer que queriam votar
neste país e que não queriam ser discriminadas porque
elas tinham uma condição sexual diferente da condição
do homem.
E nós somos herdeiros daqueles meninos e meninas que
ao longo destes 500 anos vêm resistindo e lutando só
para sobreviver, só para poder acordar todo dia e ter um
prato de comida, ter uma casa para viver, uma roupa
para vestir e sonhar por freqüentar oito anos de escola.
E nós somos, hoje, os operadores desta herança histórica
de luta e resistência neste país¹.

Cláudio Augusto Vieira da Silva
Presidente do CONANDA

¹ Trecho do pronunciamento do presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente CONANDA, Sr. Cláudio Augusto Vieira, na abertura do Encontro Nacional de Entidades realizado em Brasília de 12 a 14 de Julho de 2000.

RESUMO

A presente Dissertação elaborada para conclusão do curso de Pós-Graduação - Stricto Sensu - Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, tem por objeto o estudo da Pedofilia lançando um olhar interdisciplinar. O objetivo compreende a avaliação do fenômeno no campo do Direito Penal e Processual Penal, da Psicologia, da Psicoterapia e da Medicina mais especificamente da Psiquiatria. Parte da compreensão da história do delito e o direito de punir. Busca identificar culpabilidade no conceito de crime e enfrenta os crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. Não havendo no Direito Penal, a conduta típica da Pedofilia, havendo a necessidade de empregar ao padrão pedófilo os crimes que poderão ser imputados aos agressores sexuais pelos atos praticados contra suas vítimas. Compreende a investigação a figura do pedófilo, pretendendo discorrer sobre a Pedofilia no ordenamento jurídico brasileiro, a ausência do tipo penal e seu possível enquadramento nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Inclui-se nesta investigação os crimes envolvendo Pedofilia pela Internet e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por tratar-se de tema bastante recorrente importante trazer a reflexão conforme vem sendo tratada na atualidade. Além disso, busca o presente estudo adentrar acerca da culpabilidade inserida no conceito brasileiro de crime, e uma vez que faz parte do crime a culpabilidade, imprescindível adentrar na imputabilidade, inimputabilidade ou ainda semi-imputabilidade do agente pedófilo. A pesquisa abrange doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e medida de segurança, além de incluir o tratamento dispensado ao pedófilo. Conclui-se não haver na atualidade estudos e pesquisas conclusivas sobre o tema, e nem ao menos o seu enfrentamento científico e jurídico é pacífico, de modo que é imprescindível uma releitura quanto à penalidade aplicada ao pedófilo por questão de justiça para com as crianças.

Palavras chaves: Crimes sexuais. Agressores sexuais. Criança e adolescente.

ABSTRACT

This dissertation prepared for completion of the course Postgraduate - stricto sensu - Master in Criminal Science, Faculty of Law, Catholic University of Rio Grande do Sul, has for its object the study of launching an interdisciplinary Pedophilia. The goal includes the evaluation of the phenomenon in the field of Criminal Law and Criminal Procedure, Psychology, Psychotherapy and more specifically of Medicine Psychiatry. Part of understanding the history of crime and the right to punish. It seeks to identify the concept of guilt and faces criminal sexual crimes against children and adolescents. Absence of the Penal Law, behavior typical of pedophilia, there is a need to employ the standard pedophile crimes that could be attributed to offenders for acts committed against their victims. Includes research the figure of the pedophile, intending to discuss the legal Brazilian Pedophilia in the absence of a criminal offense and its possible inclusion in the sex crimes against children and adolescents. Included in this research pedophilia crimes involving the Internet and the Statute of Children and Adolescents. Because it is important to bring recurring theme that reflection has been treated as today. In addition, this study seeks to enter on the concept of guilt entered Brazilian crime, and you see a crime that is part of the guilt, enter the necessary accountability, incapacity or semi-imputability agent pedophile. The survey covers mental illness, incomplete or delayed mental development measure, and includes the handling of the pedophile. It is concluded that there currently conclusive studies and research on the subject, and not only their scientific and legal confrontation is peaceful, so it is essential as a rereading penalty imposed by the pedophile issue of justice for children.

Key words: Sex crimes. Sex offenders. Child and adolescent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 PEDOFILIA: CRIME OU DOENÇA	11
1.1 O delito, a história e o direito de punir	16
1.2 Crime e culpabilidade	24
1.3 Os crimes sexuais.....	35
1.4 Pedófilo e pedofilia	41
2.48 PEDOFILIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	48
2.1 A pedofilia na internet e o Estatuto da Criança e do Adolescente	65
2.2 A ausência de tipo penal para pedofilia	72
2.3 Medida de Segurança.....	75
2.4 Pedofilia na atualidade.....	78
3 IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE PENAL.....	81
3.1 Imputabilidade.....	81
3.2 Causas de Exclusão da Imputabilidade	82
3.3 Potencial conhecimento da ilicitude e o poder de auto determinar-se	87
3.4 Causas legais de exculpação	90
3.5 Causas supralegais de exculpação	92
3.6 Inimputabilidade.....	95
3.7 Critérios de diagnósticos das parafilias.....	97
3.7.1 Causas das parafilias.....	104
3.8 Pedófilos predadores.....	108
3.8.1 Tratamento, castração física e química	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

O presente ensaio consiste em analisar Pedofilia no campo do Direito, especialmente o Direito Penal, enquadrando o pedófilo nos tipos penais em que pode ser incriminado pela prática pedófila e naqueles em que não o será pela não existência do delito. O estudo tem abordagem interdisciplinar abrangendo a Medicina no campo da Psiquiatria em que trata do fenômeno da Pedofilia dentro das *parafilias*.

A análise parte da compreensão do delito, sua história e o direito de punir, buscando ainda identificar a culpabilidade inserida no conceito de crime. E como não poderia deixar de ser busca-se o enfrentamento dos crimes sexuais e suas características visto que Pedofilia não é termo jurídico, havendo portanto a necessidade de empregar ao padrão pedófilo os crimes que poderão ser imputados aos agressores pelos atos praticados contra as vítimas crianças ou adolescentes.

Compreende o presente estudo, a figura do pedófilo e da pedofilia. Pretende a dissertação discorrer sobre a Pedofilia no ordenamento jurídico Brasileiro, e a ausência do tipo penal para pedofilia e seu enquadramento nos crimes sexuais; Incluindo aqueles envolvendo pedofilia pela Internet aplicando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, busca o presente estudo adentrar acerca da culpabilidade inserida no conceito brasileiro de crime, e uma vez que faz parte do crime a culpabilidade, imprescindível penetrar na imputabilidade, inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente pedófilo.

A análise abarca doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado aqueles considerados inimputáveis e que serão submetidos à medida de segurança, além de incluir o tratamento dispensado ao pedófilo.

Imputar significa atribuir a responsabilidade a alguém, e em Direito Penal, para que alguém seja responsável penalmente por um determinado delito são necessárias três condições básicas: 1) ter praticado o delito; 2) à época ter tido entendimento do caráter criminoso da ação; 3) à época ter sido livre para escolher entre praticar e não praticar.

Encerra-se com as considerações finais, onde se apresenta pontos não conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a desconstrução do social pela delinquência/crime e da reconstrução deste, pelo direito, com análise do fenômeno da Pedofilia à luz do direito Penal e Processual Penal, da medicina em especial a Psiquiatria, a Psicologia e a Psicanálise.

O estudo da linha de pesquisa da Criminologia consiste em uma releitura de Pedofilia, sob a ótica do direito, da psicologia e da medicina do ponto vista da psiquiatria. A pesquisa levou em conta um acervo bibliográfico que permitiu a utilização das obras citadas nas referências bibliográficas, artigos e sites além da internet, que tratam do pedófilo e da pedofilia. O problema consiste em identificar o grande número de crianças e adolescente vitimadas e (re)vitimadas na sociedade sem identificação e punição do agressor.

A hipótese apresentada não diz respeito a criação de lei para enquadrar o pedófilo porque já o é pelas leis atuais brasileiras, consiste em identificar e restringir a área de atuação, aplicando penas restritivas de direito que impeçam o pedófilo de trabalhar ou praticar qualquer atividade laboral, social ou familiar que envolva crianças ou adolescentes.

1 PEDOFILIA: CRIME OU DOENÇA

O termo Pedofilia é um conceito da área da psiquiatria que define uma desordem mental no indivíduo. É resultado da história pessoal e de todo um contexto social. Na verdade trata-se de um transtorno sexual, agrupado dentro das parafilias. Parafilias são variações do impulso sexual que acabam por culminar em anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos. As atividades parafílicas envolvem objetos não humanos, atividades ou situações incomuns, sofrimento ou humilhação próprios ou do parceiro, atividades com crianças ou outras pessoas sem o seu consentimento, sendo por isso muitas vezes interpretados como “desvios sexuais”².

A psiquiatria define Pedofilia como uma parafilia em que a preferência sexual predominante do indivíduo é por crianças. O foco parafílico na pedofilia envolve atividade sexual com uma criança pré-púbere (13 anos ou menos), sendo que o indivíduo com pedofilia deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos 5 anos mais velho que a criança³.

Quando o distúrbio ocorre no final da adolescência, não se especifica uma diferença etária precisa, cabendo um julgamento clínico a partir da maturidade sexual da criança e da diferença de idade. Enquanto alguns pedófilos preferem meninos (atração sexual por homens), outros preferem meninas (atração sexual por mulheres) e outros ainda não fazem distinção por sexo (atração por ambos os sexos). Quando a atração é por meninas há uma preferência por crianças de aproximadamente 10 anos e esse é o tipo mais comum de pedofilia relatada

² CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel; FURTADO, Nina Rosa (org). *Psiquiatria para Estudantes de Medicina*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 489.

³ Ibid. p. 493

cl clinicamente. Por outro lado, a atração por meninos manifesta-se com crianças com idades um pouco mais elevadas⁴.

Para o direito, pedofilia será crime se o portador do transtorno, saindo da ideação, praticar de qualquer forma, a ofensa contra a criança ou adolescente. Frise-se que para haver crime na esfera do direito penal é necessário que o *iter crimines* tenha iniciado não havendo que se falar em delito na fase da cogitação.

Assim, mesmo que o pedófilo tenha um comportamento recorrente pela vida inteira, fantasiando, pensando no ato sexual com uma criança, se não concretizar tal ato, não descaracteriza a pedofilia, mas não comete crime, porque para o direito penal não há que se falar em crime na fase da ideação. Como visto, o pedófilo só será criminoso se partir para a concreção, quer dizer que também responderá pela tentativa, devendo no caso ser investigado todo o *iter crimines*, o percurso criminoso.

No entanto, existem diferenças entre um pedófilo e um molestatador de crianças, sob a ótica da psiquiatria e da psicologia forense, quer dizer entre aquele indivíduo que comete o abuso ou mais corretamente falando agride a criança ou adolescente, perpetrando o ato sexual ou molestado-a de qualquer modo, caracteriza o crime sexual contra a criança, a ser apurado, mas não necessariamente caracteriza pedofilia. Pedofilia é a preferência sexual por crianças. Ela está citada na Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID 10 nos capítulos dos Transtornos de preferência sexual, codificada como F 65.4. Cabe aqui ressaltar que a presença de um delito sexual contra criança não é sinônimo de Pedofilia, muitos portadores de Transtorno anti-social de personalidade maltratam meninos e meninas em suas vastas “carreiras criminais”⁵.

⁴ Ibid. p. 493.

⁵ TELLES, Lisieux Elaine de Borba. Um olhar psiquiátrico sobre delitos sexuais. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **Violência Sexual Intrafamiliar**. Delfos, Pelotas RS, 2008.

A pedofilia (também chamada de *paedophilia erotica* ou pedosexualidade) é a perversão sexual⁶, na qual atração sexual de um indivíduo adulto está dirigida primariamente para crianças pré-púberes. A palavra pedofilia vem do grego οφιλια < παις (que significa "criança") e φιλια ('amizade'; 'afinidade'; 'amor', 'afeição', 'atração'; 'atração ou afinidade patológica por'; 'tendência patológica' - segundo o Dicionário Aurélio).

Alguns indivíduos sentem atração exclusiva por crianças, sendo essa dita pedofilia Tipo Exclusiva. Quando além da atração por crianças os indivíduos também sentem atração por adultos a pedofilia é dita Tipo Não-Exclusiva.⁷

Conforme Kaplan⁸ trata-se de um distúrbio inserido no grupo das parafilias:

PARAFILIAS. As parafilias são transtornos sexuais caracterizados por fantasias sexuais especializadas e intensas necessidades e práticas que, em geral, são de natureza repetitiva e angustiam a pessoa. A fantasia especial, com seus componentes conscientes e inconscientes, constitui o elemento patognomônico, sendo a excitação sexual e o orgasmo fenômenos associados. A influência da fantasia e suas manifestações comportamentais estendem-se além da esfera sexual, invadindo toda a vida da pessoa. As principais funções do comportamento sexual para os seres humanos consistem em auxiliar na formação de vínculos, expressar e melhorar o amor entre as pessoas e para fins de procriação. As parafilias representam um comportamento divergente, no sentido de serem escondidos, por seus participantes, parecerem excluir ou prejudicar outros e perturbarem o potencial para os vínculos entre as pessoas. A excitação parafílica pode ser temporária em algumas pessoas que agem segundo seus impulsos, apenas durante períodos de estresse ou conflito. As principais categorias de parafilias na quarta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) são: exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, pedofilia, masoquismo sexual, sadismo sexual, voyeurismo, fetichismo transvéstico, e uma categoria separada para outras parafilias sem outra especificação (SOE) (por ex., zoofilia). Uma determinada pessoa pode ter múltiplos transtornos parafílicos.

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio - Século XXI**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

⁷ CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel; FURTADO, Nina Rosa (org). **Psiquiatria para Estudantes de Medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 493.

⁸ KAPLAN, Harold I. **Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 7 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003. p.635.

Pedofilia, de acordo com o DSM IV TR (2002, p.545), envolve um impulso ou excitação sexual recorrente e intenso de um adulto ou adolescente, por crianças de 13 (treze) anos de idade ou menos, persistindo por, no mínimo, 6 (seis) meses. O indivíduo classificado como pedófilo deve ter, no mínimo 16 (dezesesseis) anos de idade e ser, pelo menos 5 (cinco) anos mais velho do que a vítima. O diagnóstico não se aplica, quando se trata de um indivíduo no final da adolescência envolvido em um relacionamento sexual contínuo com alguém de 12 (doze) ou 13 (treze) anos. Os pedófilos podem limitar sua atividade a despir e observar a criança, exhibir-se, masturbar-se na presença dela, tocá-la ou afagá-la. Outros realizam sexo oral na criança, penetração (de vagina, boca ou ânus) com seus dedos, objetos estranhos ou seus próprios genitais (pênis). Algumas atividades são limitadas aos filhos adotivos ou parentes dos pedófilos, enquanto outros fazem vítimas exclusivamente fora de sua família. Para ocultar tais atividades, pode ocorrer ameaça à criança, estabelecimento de uma relação de confiança com a mãe da criança, tráfico de crianças, adoção de crianças e muitos outros meios incluindo atender às vontades da criança para obter o afeto, interesse e lealdade infantil, evitando a denúncia. Há o desenvolvimento de técnicas elaboradas manipulativas e bem estabelecidas para atrair a criança à interação sexual.

A pedofilia geralmente tem início na adolescência, mas também pode surgir na meia idade. Essas atividades muitas vezes são explicadas por racionalização intelectual (p.ex., tais atividades possuem valor educativo para as crianças). O curso em geral é crônico e com fortes elementos compulsivos, especialmente na atração exclusiva por meninos, a qual tem uma taxa de recidiva duas vezes maior que a atração exclusiva por meninas.⁹

Na atualidade é pública e presente a atuação dos pedófilos na caça às suas vítimas.

⁹ CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel; FURTADO, Nina Rosa (org). **Psiquiatria para Estudantes de Medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

Alguns filmes conhecidos servem para ilustrar a questão, como na obra americana Felicidade¹⁰, na dinamarquesa Festa de Família¹¹, na inglesa Zona de Conflito¹², e na clássica Bela da Tarde¹³ e em tantas outras que demonstram com propriedade esta realidade trágica em que vivemos no século XXI.

O escritor russo Vladimir Nabokov, autor do romance “Lolita”, em 1959, cuja obra acena um padrasto pedófilo que seduz uma garota de 12 anos, (“Lolita, luz da minha vida, fogo de minha paixão, meu pecado, minha alma”), passou à posteridade como o ícone da sedução e da tentação, ganhando, inclusive, as telas dos cinemas.

E visto de maneira bem diferente, Eugenio Chipkevitch, médico pediatra, especialista no tratamento de adolescentes. Inicialmente, havia sido condenado a 124 anos de prisão em regime integralmente fechado, mas foi atendido na apelação. O Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena para 114 anos, a ser cumprida ainda em regime integralmente fechado, residente no Brasil que sedava e mantinha relações íntimas com seus jovens pacientes. Era celebrado na mídia e visto como uma autoridade no “tratamento de jovens”.

Os registros de pedofilia são tão antigos quanto a humanidade. Desde pinturas pré-históricas datadas de 10.000 anos atrás, relatos de filósofos como

¹⁰ Neste filme são retratadas as atividades pedófilas de um médico famoso, abusando dos colegas do seu filho de dez anos de idade. (HAPPINESS. Direção e Produção: Todd Solondz. Intérpretes: Jane Adams, Philip Seymour Hoffman, Lara Flynn Boyle, Cynthia Stevenson. New Jersey: Killer Films, 1998. 1 DVD (120 min.). Versão do título em português: Felicidade).

¹¹ Ocorre uma denúncia à família pelo filho mais velho, que o patriarca, abusou sexualmente dele e de sua irmã, esta que em consequência se matou. (THE CELEBRATION. Direção: Thomas Vinterberg. Produção: Brigitte Hald. Intérpretes: Ulrich Thomsen, Henning Moritzen, Thomas Bo Larsen, Paprika Steen. Dinamarca: October Films, 1998. 1 DVD (106 min.). Versão do título em português: Festa de Família).

¹² Conta o caso de uma adolescente de classe média é abusada pelo pai durante anos. (THE WAR Zone. Direção: Tim Roth. Roteiro: Alexander Stuart. Produção: Sarah Radclyffe e Dixie Linder. Intérpretes: Ray Winstone, Tilda Swinton, Lara Belmont, Freddie Cunliffe, Megan Thorp, Kate Ashfield, Colin Farrell. Inglaterra: Lot 47 Films, 2001. 1 DVD (99 min.). Versão do título em português: Zona de Conflito).

¹³ A pedófila da dramatização, Catherine Deneuve, apresenta grave distúrbio da sexualidade, com comportamento sado-masoquista, por consequência de abuso sexual sofrido na infância. (BELLE de Jour. Direção: Luis Buñuel. Intérpretes: Jean Sorel, Michel Piccoli, Catherine Deneuve, Geneviève Page. Produção: Robert Hakim, Raymond Hakim, Henri Baum. França: [s.], 1967. 1 DVD (120 min.). Versão do título em português: A Bela da Tarde).

Platão, gueixas japonesas e casamentos de meninas de até 11 anos na Índia, é assunto controverso e cultural¹⁴.

Apesar dos inúmeros avanços científicos e de apelidarmos de tecnológicos, em termos sociais, muitas decisões judiciais, hoje especialmente em direito penal, quando se referem aos delinquentes sexuais, longe estão de expressarem a inteligência que corresponda aos referidos progressos, sendo que muitas levam a crer que ainda vivemos em estágio de primitivismo jurídico.

Frequentemente, quando na mídia surge a notícia de um caso de pedofilia, os agentes responsáveis pela persecução penal, invariavelmente, têm em si uma sentença condenatória previamente elaborada. Assim, não por acaso, quando o advogado de defesa do “suposto” agressor, requer que seu cliente seja submetido ao exame psiquiátrico, tem seus pedidos indeferidos por alguns juízes e promotores, sob o argumento de que se trata de meros artifícios para retardar o andamento processual ou transformar o suposto réu em “vítima”. O fato torna-se mais grave quando, da leitura do processo duvida-se que o psiquiatra forense emite seu parecer como o resultado técnico, do seu conhecimento científico, mas muitas vezes parece revestido das convicções ideológicas, religiosas e morais. Parece mais ser consequência do sentimento pessoal, antipatia pelo acusado periciando. Sendo o conhecimento ideologizado, pois a ciência é ideológica, embora negado por alguns. Reside aí, no entanto, a grande diferença entre um profissional comum o profissional perito do juízo, sendo deste a presunção de que seja isento, imparcial, confiável.

1.1 O delito, a história e o direito de punir

O crime é um fato tão antigo quanto o homem e preocupa sobremaneira a humanidade. E por causar desassossego, estudos e pesquisas através dos tempos, vem sendo realizadas sobre este fenômeno social. Escolas foram fundadas, teorias

¹⁴ SERAFIN, Antonio de Pádua. Pedofilia: da fantasia ao comportamento sexual violento. P. 2

elaboradas e correntes de pensamentos surgiram para explicar, dissecar, entender o crime, o criminoso e a criminalidade.

Segundo Carlos Alberto Elbert,¹⁵ a investigação criminológica começa - como tudo na ciência - em busca de um conhecimento racional e fundamentado. É difícil afirmar que uma disciplina nasça repentinamente, por obra de um iluminado ou de uma publicação específica. Parece mais lógico seguir algumas linhas evolutivas do pensamento e da busca até desembocar em um resultado sólido, forjado com contribuições múltiplas.

Por esse motivo, pode dizer-se que a busca de conhecimento científico sobre o fenômeno criminal, se originou por meio de três circunstâncias que habitualmente acompanham o processo de investigação: o questionamento das ideias antes dominantes, a crítica à situação reinante, e a necessidade crescente de comprovação que se afirmava com o paradigma de ciência do século XIX. Nesse passo continua Elbert o exame das três circunstâncias.

Conforme os estudos de Elbert, a primeira circunstância que acompanhava o processo investigatório era o questionamento às ideias dominantes à época, que embasavam a sociedade pré-moderna e começam no século XVI, com as publicações da obra *Utopia*, de Thomas Morus¹⁶, na referida invenção, Morus insurgiu-se contra a sociedade inglesa, contra a ganância e o egoísmo dos ricos, contra a crueldade com que se condenavam os pobres ladrões necessitados. A interrogação central de suas investigações sobre o sistema penal consistia em querer resposta quanto à justiça assim entendida naquele momento era a melhor que poderiam ter. Negava-se aquele autor a reconhecer a autoridade do rei Henrique VIII, Thomas Morus morreu decapitado em 1535. Em “*Utopia*”, Morus nos apresenta uma ilha imaginária onde todos vivem em harmonia e trabalham em favor do bem comum.

¹⁵ ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶ MORUS, Thomas. **A Utopia**. São Paulo: L&PM, 1997. p.81.

Desde então, o termo “utopia” está associado à fantasia, sonho, fortuna e bem estar, que são aspectos formadores do ambiente utópico onde se desenvolveu a sociedade utopiana, no país chamado Utopia ou Ilha da Utopia que era dominada pelo rei Utopus:¹⁷ “Os habitantes da Utopia aplicam aqui o princípio da posse comum. Para abolir a idéia da propriedade individual e absoluta, trocam de casa a cada dez anos e tiram a sorte da que lhes deve caber na partilha”.

Assim, o primeiro trabalho considerado importante, nesta seara é a obra de Thomas Morus, Utopia, de 1516, considerado, por todo exposto como precursor do desenvolvimento científico do tema relativo ao crime e ao criminoso.

A segunda circunstância mencionada na mesma obra de Elbert¹⁸, consiste na crítica à situação dos sistemas processuais, incluindo o sistema de sanções, com a obra de Cesare Bonesana e, posteriormente, Marques de Beccaria¹⁹ como marcos principais.

Como visto, a obra anterior é considerada pioneira no desenvolvimento científico do tema relativo ao crime e ao criminoso. Beccaria, preocupa-se com a prevenção dos crimes, e assim diz:

É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada , procurar impedir o mal em vez de repará-lo , pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem – estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.²⁰

Por último, a necessidade crescente de comprovação que se afirmava com o paradigma da ciência do século XIX, com as obras de dois ingleses: John Howard e

¹⁷ MORUS, Thomas. A utopia, 1997. São Paulo. P.81

¹⁸ ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.101.

Jeremy Bentham. De acordo com Elbert: John Howard realizou uma minuciosa análise e descrição das prisões da Escócia e Gales, um verdadeiro clássico da investigação penalógica. Graças às suas investigações sobre essas prisões, atualmente é possível conhecer o universo carcerário do século XVIII (1726-1790).²¹

E sobre Jeremy Bentham²² o autor afirma:

Jeremy Bentham influenciou muito na reforma penal inglesa do século XIX e em outras legislações, como a francesa. Sua obra fundamental é teórica, mas sua criação do panóptico é um achado que alcançou a universalidade. Este sistema de construção de penitenciárias seguiu sendo aplicada após início do século XX em muitos países e consiste, como sabemos, em um centro de controle por observação sobre as alas radicais das prisões. Bentham é um dos utilitaristas mais representativos, defendendo que a pena, para justificar-se, deve ter uma finalidade útil. (1748-1832).

Desde a antiguidade, a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos aos condenados e não guardava proporção entre a conduta delitiva e a punição, prevalecendo sempre o interesse do mais forte. A partir do século XIX as punições deixaram de ter como alvo o corpo do indivíduo e passaram a contar com “sofrimentos mais sutis”.

Na história da criminologia autores como Beccaria passam a demonstrar que o objetivo da pena não é atormentar o acusado e sim impedir que ele reincida e que sirva de exemplo para que outros não venham a delinquir. Tais punições, pouco a pouco, deixaram de ser uma grande encenação, pois a certeza de ser punido era o que devia desviar o homem do crime e não o abominável teatro.

Relata Foucault:²³ “Assim surge o castigo, em que o corpo é colocado em um sistema de coação e privação, de obrigações e interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena”.

²¹ ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 42

²² Ibid., p.45.

Uma equipe se responsabiliza de aplicar no “paciente” injeções de tranquilizantes, tirando a vida com penas isentas de dor. Assim, tem-se a supressão do espetáculo e a anulação da dor, como a guilhotina que suprime a vida, da mesma forma que a prisão suprime a liberdade. Mesmo que não se recorra aos castigos violentos ou sangrentos, mesmo com métodos “suaves” de corrigir, é sempre do corpo que se trata, ele se constitui um elemento que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu.

No passado, o crime atacava o soberano, indo além da vítima imediata, pois a força da lei era a força do príncipe. Assim, o castigo reparava o dano, o direito de punir tinha um aspecto do direito que teria o soberano de guerrear com seus inimigos. A reforma do modelo primitivo de punições teve o objetivo de fazer da punição uma função regular, co-extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor, talvez com uma severidade atenuada, mas com universalidade e necessidade, inserindo o poder de punir no corpo social. O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade, até porque os delitos já não eram mais os mesmos.

Em 1876 um médico e cientista italiano chamado Cesare Lombroso²⁴ escreveu sua primeira obra relacionada à criminologia, a qual buscou dar respostas às causas do crime, direcionando-as ao próprio criminoso. Ensina-nos Andrade²⁵ sobre os estudos de Lombroso:

Partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do criminoso e valendo-se do método de investigação e análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação) procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões *sobretudo* do sul da Itália, pesquisa na qual contou com o auxílio de FERRI, quem sugeriu, inclusive, a denominação "criminoso nato". Procurou desta forma individualizar nos criminosos e doentes apenas anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas vistas como

²³FOULCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 26.ed Petrópolis: Vozes,. 2002. p.14.

²⁴ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, 1995. p. 25.

constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinqüente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes.

No início, os estudos do criminoso relacionavam-no com um selvagem, o que mereceu críticas e fez com que a tese fosse revista.

Henrique Ferri²⁶ em 1931, admitiu três causas ligadas à etiologia do crime: “individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social)”, ampliando os estudos lombrosianos sobre a criminalidade. Com tais apontamentos, Ferri sustentava que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas o resultado previsível determinado por estas causas que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos.

O estudo do crime nunca parou no tempo, são constantes as reflexões acerca do conceito e das causas que ensejam o comportamento criminoso. A exposição de motivos do Código Penal Brasileiro declara que todo crime é o resultado de uma ação ou omissão que se consideram criminosas e, para o serem, devem produzir algum dano efetivo ou potencial, lesão ou perigo de lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado.

Para o Direito Penal, não há crime sem lei anterior que o defina, este é o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). O Código Penal vigente, com suas alterações oriundas da Lei nº 7.209/84 que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, não define o que é "crime", embora o fizessem algumas de nossas legislações penais antigas.

O Código Criminal do Império de 1830 determinava em seu artigo 2º, parágrafo 1º: Julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrária às leis penais. E, o Código Penal Republicano de 1890 assim se manifestava em seu artigo 7º: Crime é a violação imputável e culposa da lei penal.

²⁶ FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1931. p.44-45, 49, 80.

Assim, sob o aspecto formal, Fragoso²⁷ dispõe que crime é “toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”. Quanto ao conceito material, crime é a ação ou omissão que, ao juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal. Ao que se relaciona ao conceito analítico de crime, Fragoso²⁸ ensina que o crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houver culpabilidade.

Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena. Não há unanimidade entre os doutrinadores com relação à pacificação do conceito de crime.

Ensina Leal²⁹:

Cabe assinalar que a dogmática jurídico penal não conseguiu chegar a um conceito substancial e geral de crime, baseado na idéia de que este constitui uma conduta indiscutivelmente repugnante, pernicioso ou perigoso para toda a ordem social. Estudos criminológicos demonstram que, numa sociedade dividida em classes sociais, com situações e interesses divergentes e até antagônicos, não pode haver unanimidade em torno dos valores ético culturais padronizadores das formas de conduta social. Para muitos indivíduos marginalizados do processo social, tais valores podem ser encarados com certa dose de indiferença ou como contrários aos valores praticados por seu grupo social e que são a expressão de uma particular contracultura. Outros estudos, invertendo os enfoques, procuram demonstrar que o crime não passa de um rótulo que o poder estabelecido atribui a certas condutas, selecionadas segundo os interesses da ideologia dominante, em certo momento histórico.

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p,148-149.

²⁸ Ibid. p.156.

²⁹ LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38.

O crime, como visto, há muito que faz parte da realidade e do convívio social, não pode ser, portanto destacado e isolado. O conceito de crime não é único, imutável, estático no tempo e no espaço, assim, é estabelecido nas mais diversas áreas de estudo, de maneira que o ponto comum é a conduta reprovável de um ser social, levando em conta a época vivida.

Os crimes sexuais estão dentre os crimes mais reprováveis para a sociedade, causam espécie, quer dizer estranheza, desagradável surpresa, além de grande impacto nas pessoas, considerados como violação direta primeiro à dignidade da pessoa humana e às boas regras de convivência. Neste tipo de delito, é comum que o povo queira externar seus instintos primitivos e punir os delinquentes/agressores de maneira cruel e primitiva, como forma de expressar a indignação querendo na maior parte das vezes “fazer justiça com as próprias mãos”, não sendo a maneira mais adequada de solução do problema, se assim o fosse estar-se-ia ressuscitando o instituto do “olho por olho dente por dente”.

As dificuldades encontradas quando advogados são chamados a atuar na defesa técnica de acusados “supostos” agressores sexuais ou pedófilos são muitas, e bem maiores do que quando a acusação recai em outros tipos de delitos como estelionato, furto, roubo e etc...

Apesar de encontrar-se anais antigos que tratam de pedofilia, o assunto é tratado como proibido, embora o grande número de registros de crianças e adolescentes abusados e ainda que se tenha conhecimento que é bem maior que sequer registra a ocorrência, e embora a discussão seja necessária para ao menos amenizar. Pois muito bem. Sendo pedofilia conceituada como doença, ou não, é certo que a prática sofreu e ainda sofre variações quanto à censurabilidade, levando a crer que ela, ainda que mereça maior dedicação científica e respostas eficazes juridicamente, é relativizada no tempo e no espaço. O que significa dizer, dependente de como a sociedade local trata o tema. Tanto é assim que relatos históricos dão conta do quanto pedofilia já foi tolerada, assim como a escravidão e a submissão de mulheres no mundo no passado e ainda hoje.

1.2 Crime e culpabilidade

A teoria geral do delito – crime é a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito e quais as características que deve ter qualquer delito³⁰, que atenda a um propósito essencialmente prático – consiste em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência do delito em cada caso concreto.

De acordo com o conceito analítico³¹ delito é uma conduta típica ou tipicidade (gênero de conduta que merece a reprovação penal – enquadramento em uma descrição legal), ilícita ou antijurídica (contrariedade à ordem jurídica – inexistência de permissão) e culpabilidade (esta conduta seja reprovável ao autor, que reúne as condições para receber o juízo de culpabilidade, de quem possa se exigir outro tipo de conduta e possa agir de outra maneira, que não seja a contrária ao direito).

A culpabilidade constitui o mais importante elemento da teoria do crime, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, se o homem esteve presente em toda a teoria do delito, na culpabilidade, o enfrentamos mais do que nunca-. Von Litz,³² destaca que “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”. E nesse ponto percebe-se que é a relação de culpabilidade que indicará o fundamento do castigo estatal e a sua própria correspondência com a finalidade, ou seja, a harmonização do sistema jurídico-penal.

A implicação do reconhecimento da culpabilidade e do avanço do seu conceito, principalmente no que diz respeito às garantias individuais do homem, torna-se evidente, ao relembra-se a legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a. C.)³³ “se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto, mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto”.

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2009.

³¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.1, t.2, p. 24

³² LIZT, Fran Von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Réus, 1927. t.2, p. 375.

³³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 102.

Como observa Nilo Batista³⁴ a responsabilidade penal estava associada a um fato objetivo e ultrapassava a pessoa de quem houvesse determinado o fato, sendo, portanto, uma responsabilidade objetiva e difusa.

Hoje já é abandonada essa responsabilidade objetiva, necessitando à imposição da pena a presença da culpabilidade (reprovação), no dizer de Aníbal Bruno “a pena pôs-se em relação com a vontade do agente, tornando-se o justo castigo do seu comportamento culpável”.

Já não bastava a realização prática, externa, do fato criminoso, com o seu resultado de dano ou de perigo: a esta realização externa devia corresponder um ato interno de vontade, que fizesse do agente a causa moral do resultado. Operou-se desse modo, a subjetivação do conceito de crime, juntando-se um complemento psicológico ao conteúdo da ação. Daí resultou o princípio de que não há pena sem a culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica.

O brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine culpa*, traduz bem a impossibilidade de se falar em crime, sem culpa, no entanto, também se reconhece a dificuldade de conceituar a culpabilidade, bem como, definir os elementos que a compõe.

Francisco Muñoz Conde³⁵ apresenta três concepções dentre as várias existentes, como sendo as principais sobre o conceito de culpabilidade: “psicológica (relação psíquica entre o autor e o fato), psicológica-normativa (reprovabilidade por ausência de causas de inexigibilidade de conduta diversa) e normativa pura (juízo de censura pela realização do injusto típico)”.

Juarez Cirino dos Santos, sustenta ser o princípio da alteridade o fundamento material da responsabilidade social.³⁶ Para ele, ao invés de se ter a

³⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 102.

³⁵ MUÑOZ. CONDE, Francisco **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 126.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.286-287

liberdade como fundamento absoluto da responsabilização e conseqüente censurabilidade, deve-se considerar o fato de que vivemos em sociedade, em constante integração com o outro. Necessário, portanto, a introjeção dessa diretriz e desse ideal como atributo balizador de nossas condutas e as conseqüentes análises que delas se originam.

Os elementos estruturantes da culpabilidade são:

- a) imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, que pode ser determinada pela idade, doenças, anomalias e demais fatores bio-psicológicos;
- b) potencial conhecimento da ilicitude, fundamento pelo qual se verifica a possibilidade de (des)conhecimento do agente acerca da antijuridicidade da conduta praticada;
- c) exigibilidade de conduta diversa, na qual se analisa a possibilidade real que o agente detinha de agir em conformidade com o ordenamento jurídico.

Imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, é importante sempre ter-se em mente a complexidade inerente à constituição do homem, suas relações sociais e os demais aspectos que circundam as interações humanas. Nesse sentido, a verificação, nos casos concretos, de que um homem possui possibilidade de compreender a atitude realizada, bem como determinar-se diante dela, é tarefa de extrema complexidade, eis que, conforme ensina Hans Welzel, “tal coisa não se estabelece mediante nenhum juízo geral sobre sua natureza, mas sim por meio de um juízo existencial que pronuncia uma afirmação sobre a realidade individual”.³⁷

Da mesma forma, Welzel atenta para a impossibilidade de objetivização da subjetividade do homem, que não pode ser compreendida em sua totalidade, de

³⁷ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p.233.

modo que o estabelecimento de um juízo de imputabilidade consiste em “um ato puramente existencial, e na verdade, ‘comunicativo’: é o reconhecimento do outro como tu, como sujeito igual, acessível a uma determinação plena de sentido e, portanto, igualmente responsável como o sou eu mesmo”.³⁸ Entende-se que o conceito de imputabilidade possa ser compreendido pelos ideais do livre arbítrio e liberdade individual, levando-se em conta os planos intelectual – possibilidade de compreensão do fato – e volitivo – capacidade de determinar sua vontade de acordo com essa compreensão.

Contudo, não se pode ignorar diversos outros fatores determinantes na formação do sujeito (processos de interação social, fatores psíquicos e sócio-culturais), os quais podem influenciar na atribuição de um juízo de culpa a uma pessoa determinada em relação à um fato concreto.³⁹

O Código Penal Brasileiro contempla algumas hipóteses expressas em que ocorre a exclusão da imputabilidade. Dentre elas, elenca-se:

Doença mental⁴⁰ - paralisia cerebral progressiva, esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia grave, demência senil, paranóia - desenvolvimento mental incompleto ou retardado⁴¹, são exemplos - oligofrenias, idiotia, imbecilidade, debilidade mental, psicopatia, surdo-mudez (surdo-mudo não educado), silvícola não integrado. Tais patologias podem determinar a incapacidade de compreender o injusto do fato, ou de agir conforme essa compreensão⁴². As doenças mentais estão expressamente tipificadas no artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

A menoridade, também implica em exclusão da culpabilidade, no ponto aplica-se o critério biológico, utilizando-se a idade do agente como fator de inimputabilidade absoluta. Expressamente contemplada no artigo 27 do mesmo

³⁸ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 234.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p137-138.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1. p. 406.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis, loc cit.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

diploma legal. Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Exclui-se também a culpabilidade nos casos de embriaguez completa, como descrito no artigo 28 do Código Penal Brasileiro. Vale referir também a existência do artigo 45 da Lei 11.343/2006, o qual atesta a possibilidade de exclusão de culpabilidade nos casos de força maior, caso fortuito ou dependência pelo uso de substâncias entorpecentes.

Ainda, não se obsta o conhecimento específico de causas de redução de culpabilidade, decorrente de caso fortuito ou força maior., contudo, estas serão objeto de análise neste trabalho, no capítulo que trata da imputabilidade e inimputabilidade penal.

Entretanto, Silva⁴³ tratando da culpabilidade como requisito estrutural do crime, explica que diferentemente da maioria dos autores que contribuíram para a formação doutrinária sob a égide da Parte Geral original do Código Penal de 1940, Nelson Hungria⁴⁴ incluía a punibilidade no conceito analítico de delito, mas isso em nada alterava a concepção de culpabilidade no contexto da visão causal naturalista então vigente. Para ele, o crime constituía-se em fato típico, injurídico⁴⁵, culpável e punível. Por outro lado, os principais autores que se ocuparam em comentar o Código nos primeiros anos de vigência do estatuto substantivo viam no crime o comportamento humano voluntário, típico, ilícito (antijurídico) e culpável. O mesmo ocorre com autores mais recentes.

Esse entendimento corresponde às lições de Aníbal Bruno⁴⁶, José Frederico Marques⁴⁷, E. Magalhães Noronha⁴⁸, Manoel Pedro Pimentel⁴⁹, Heleno Cláudio

⁴³SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁴⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v1. t. 2.

⁴⁵Expressão que penalista utilizava como sinônimo de ilicitude ou antijuridicidade.

⁴⁶BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1.

⁴⁷MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

⁴⁸NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

⁴⁹PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

Fragoso⁵⁰, Luiz Luisi⁵¹, Paulo José da Costa Jr⁵²., João Mestieri⁵³, Juarez Tavares⁵⁴, Miguel Reale Júnior⁵⁵, Juarez Cinino dos Santos⁵⁶, Luiz Régis Prado⁵⁷, Cezar Bitencourt⁵⁸, Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁹, José Henrique Pierangeli⁶⁰, André Callegari⁶¹, Cláudio Brandão⁶², Paulo Queiroz⁶³, Ângelo Ilha da Silva⁶⁴, Fernando Galvão e Rogério Greco⁶⁵, dentre outros.

Os autores dos primeiros anos de vigência do nosso Código Penal consideravam a culpabilidade como requisito do delito por verdadeira imposição lógica da concepção causal naturalista do fato punível, visto que o crime era dividido em parte objetiva, que compreendia o tipo penal e a ilicitude ou antijuridicidade, e em parte subjetiva, correspondente à culpabilidade. Essa idéia fica evidente em Nelson Hungria:⁶⁶ “O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime [...]”. No entanto, apesar de o tipo penal constituir, inicialmente, *tão somente* o aspecto objetivo do delito, após a descoberta de elementos subjetivos do tipo e também de elementos normativos em alguns tipos incriminadores, a doutrina adepta do naturalismo causal passou a admitir a existência de tipos com tais elementos, os quais não eram puramente descritivos, ao que se convencionou denominar de tipos

⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

⁵¹ LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987

⁵² COSTA JUNIOR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

⁵³ MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999

⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 4. ed. Rio de Janeiro: ICPC/ Lúmen Júris, 2005

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

⁵⁸ BITENCURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal Brasileira. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídicos- Penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶¹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁶² BRANDÃO, Cláudio. **Tória Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁴ O presente ponto, sobre o conceito de crime e enquadramento sistemático da culpabilidade, constitui essencialmente reprodução do artigo jurídico A Culpabilidade como Requisito de crime, a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, da lavra do autor deste livro Ângelo Roberto Ilha da Silva, com as devidas adaptações, publicado na Revista da Ajuris nº 105, de março de 2007, p.49-62; leia-se também do autor referido Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição, p.129 e ss.

⁶⁵ GALVÃO, Fernando; Greco, Rogério. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v 1. t. 2, p.9.

anormais, porquanto, consoante lição de Aníbal Bruno,⁶⁷ o “tipo é por definição a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime” [...]. E, mais: “Vemos, então, em certas construções de tipo elementos normativos, que implicam uma consideração do ilícito, e ao lado de elementos puramente objetivos, que pertencem também à culpabilidade”.

Por sua vez, asseverava Magalhães Noronha:⁶⁸ “São esses elementos que dão estrutura aos tipos de mera descrição objetiva, tipos *normais*, consoante Asúa. Outros elementos, entretanto, existem que, às vezes, aparecem, tirando ao tipo sua característica objetiva e descritiva. São elementos subjetivos do injusto e normativos, que informam os tipos *anormais*, ainda segundo o mesmo autor”. Em suma: para os causalistas, a culpabilidade era o “lado” subjetivo do delito, estando o dolo e a culpa nela compreendidos. Dessa forma, mostra-se inimaginável o delito sem culpabilidade, pois isso significaria conceber o delito sem dolo e culpa.

Como se vê, para os autores causalistas, a culpabilidade é a própria essência subjetiva do delito, não sendo possível haver crime sem culpabilidade, a menos que se admitisse crime sem dolo ou culpa. Como ilustres remanescentes da concepção causal naturalista do delito, estão Paulo José da Costa Jr. E José Cirilo Vargas. Com efeito, escreve o primeiro:

“São três, conseqüentemente, os elementos da culpabilidade: a) como pressuposto, a imputabilidade, que possibilita ao agente saber que o fato que pratica é contrário ao dever; b) o elemento psicológico-normativo, que estabelece o nexos entre a conduta e o evento, sob forma de dolo ou de culpa; c) a exigibilidade, nas circunstâncias concretas que rodeiam e condicionam o fato, de um comportamento conforme o dever”.⁶⁹

⁶⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 343.

⁶⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1, p.96.

⁶⁹ COSTA JUNIOR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.,p.170.

A posição do segundo autor também é clara: “Continuamos acreditando no dogma causal”.⁷⁰

Ou ainda:

“Não receando, de modo algum, eventual confronto com a modernidade, e tampouco correr o risco de ter de pagar o preço da imprecisão científica, avaliamos, tal como o fizemos desde o final dos anos 70, em trabalho acadêmico, que a ação é um movimento corporal voluntário que pode, ou não, provocar uma modificação do mundo exterior. Estamos, evidentemente, sujeitos às maiores críticas, mas não ficamos a cavaleiro de nenhuma delas. O conceito adotado afasta-se da teoria finalista, por prescindir de uma específica finalidade. Esta, a nosso ver, existe em qualquer ação”.⁷¹

Mas, de fato, tal entendimento, pelo menos no atual estágio doutrinário brasileiro, não tem reunido adeptos.

Como já se alertou, para o sistema causal-naturalista, a culpabilidade constituía elemento indispensável à configuração delituosa. Parte da doutrina atual, no entanto, vislumbra no crime apenas o fato típico e ilícito (ou antijurídico), sendo que tal conclusão só foi possível, após o advento do finalismo, mas cumpre fixar que a *retirada da culpabilidade do conceito dogmático de delito não é consequência inelutável do finalismo*.

Assim, *há autores finalistas que mantêm a culpabilidade como requisito do crime* – e que constituem a maioria, como citado no ponto anterior - , *assim como há um setor doutrinário dentro finalismo que nega o fato de a culpabilidade constituir requisito do fato-crime* (entre os principais estão René Ariel Dotti, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Walter Coelho, Luiz Flávio Gomes, sendo também o entendimento esposado por Celso Delmanto, entendimento devidamente mantido pelos coautores e atualizadores de seu conhecido Código Penal Comentado).⁷²

⁷⁰ VARGAS, José Cirilo de. Instituições de Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. 1, p.8.

⁷¹ Ibid., p. 160-161.

⁷² Confira-se: DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 6º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.19: “Assim, presente um fato típico e antijurídico (tipicidade + antijuridicidade ou ilicitude), teremos um crime, mas a

Portanto, semelhante entendimento se restringe a um setor da doutrina brasileira, havendo também autores estrangeiros – ainda que não constitua corrente expressiva – que, ao que parece, também partilha desse entendimento, como Juan Bustos Ramírez e Hernan Hormazábal Malarée. Para eles,

“La evolución que há ido teniendo El injusto, sobre todo a partir de La concepción de este como injusto personal com La teoria final de la acción, donde há quedado perfectamente delimitado lo subjetivo referido a La acción com sede em La tipicidade de lo subjetivo referido al sujeto com sede em La culpabilidad se puede seguir sosteniendo que este elemento constituya una cualidad e La acción Del sujeto. Hoy resulta mucho más coherente sostener que La culpabilidad constituya una teoria aparte que há de dar La teoria penal a La pregunta de por qué se Le há exigir responsabilidad o si se Le puede exigir responsabilidad penal a esa persona concreta por La comisión Del injusto em El cual há sido identificado como autor”.⁷³

Os principais argumentos para retirar-se a culpabilidade do conceito de crime. Segundo Damásio E. de Jesus,⁷⁴ quando o Código Penal se refere à ilicitude empregada expressões como “não há crime” (art. 23, *caput*), “não se pune o aborto” (art. 128, *caput*), “não constituem injúria ou difamação punível” (art. 142, *caput*), “não constitui crime” (art. 150, parágrafo 3º), ao passo que, segundo ainda o autor, quando o estatuto substantivo que se referir à culpabilidade, emprega expressões tais como “é isento de pena” (art. 26, *caput*, e 28, parágrafo 1º), “só é punível o autor da coação ou da ordem” (art. 22, in *fine*, pelo que se entende que “não é punível o autor do fato”). Em suma: seriam expressões relativas ao crime quando se tratasse de ilicitude (ou antijuridicidade) e expressões relativas à pena quando a referência fosse a culpabilidade.

Em raciocínio idêntico, Luiz Flávio Gomes⁷⁵ também salienta que a culpabilidade não pertence à estrutura do crime, constituindo, isso sim, “um dos fundamentos indeclináveis da pena e, desse modo, faz o elo de ligação entre o

aplicação de pena ainda ficará condicionada à culpabilidade, que é a reprovação ao agente pela contradição entre sua vontade e a vontade da lei”.

⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 2004. p.68.

⁷⁴ JESUS, Damasio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 28. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005. p.455.

⁷⁵ GOMES, Luiz Flavio. **Direito Penal**: parte geral -teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.345.

crime e a pena”. Por sua vez, René Ariel Dotti⁷⁶ ressalta “a opinião pessoal a qual o delito se aperfeiçoa com a ação típica e ilícita e que a culpabilidade, como juízo de reprovação *post factum*, é um pressuposto da pena”.

É de se mencionar, ademais, a posição de Walter Coelho,⁷⁷ para quem “ o crime se concretiza, em verdade, apenas com a *ação humana típica e ilícita*, pois a ‘culpabilidade’ não é necessária à caracterização do ilícito penal.

Deve ainda ser citada a irrestrita e inexpugnável afirmação de Julio Fabbrini Mirabete,⁷⁸ a sugerir que os finalistas, genericamente – o que não é o caso -, teriam retirado a culpabilidade do conceito de crime: “A culpabilidade, tida como componente do crime pelos doutrinadores causalistas, é conceituada pela teoria finalista da ação como reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico”.

Como se vê, as ponderações dessa corrente podem ser resumidas nas seguintes conclusões:

- a) quando o Código Penal quer referir-se à culpabilidade utiliza a fórmula “é isento de pena”, ou outra semelhante;
- b) a culpabilidade constitui (mero) pressuposto de pena;
- c) o próprio Hans Welzel teria retirado a culpabilidade da estrutura do delito.

Cumprido analisar-se ainda tratando de culpabilidade, alguns conceitos da dogmática penal brasileira. O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável.

Portanto, para que haja crime é necessário que existam todos seus elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

⁷⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 301.

⁷⁷ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. V.1, p.34.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: atlas, 2006. p;98.

A tipicidade é um juízo de adequação de um fato humano com a norma do direito.

A antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a tipicidade como a antijuridicidade referem-se ao fato do homem são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato.

A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato.⁷⁹

Este conceito de culpabilidade é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigido que o fizesse.⁸⁰

Nesta última parte do conceito de culpabilidade, observa-se que para que a mesma se perfaça, é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao direito.

Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação.

Por conta da relevância da culpabilidade, é através dela que se atribui a consequência do crime, ou seja, a pena.

Assim, a pena é proporcional à culpa. Segundo Ferrajoli⁸¹, o significado jurídico do conceito de culpabilidade pode decompor-se em três elementos, que constituem condições subjetivas da responsabilidade no modelo penal garantista, que são:

⁷⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 2009.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón**. 4.ed. Madri: Trotta, 2000.

- a) relação de causalidade, que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito;
- b) a imputabilidade penal ou capacidade penal, que designa uma condição psicofísica do réu consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer;
- c) a intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito, que designa a consciência e contato do delito.

Pode-se falar em culpabilidade com base neste último elemento, para referir-se tanto a intencionalidade do delito, como a culpabilidade em sentido estrito.

Vale ressaltar que a culpabilidade é distinta da responsabilidade, pois, entende-se com essa apenas a relação entre a sanção imposta como consequência do delito cometido.

1.3 Os crimes sexuais

Para melhor enfrentar as questões sociais referentes aos delitos em geral, é importante analisar os crimes contra a dignidade sexual e suas modalidades, por previsão expressa do texto constitucional e das leis substantivas e adjetivas que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal de 1988 buscando acompanhar a evolução social e procurando seguir as tendências mundiais de proteção das crianças e dos adolescentes, destinou no seu corpo, o capítulo VII, para a promoção e a preservação dos direitos dos direitos da criança do adolescente e dos idosos, convocando a família, o Estado e a sociedade civil a dispensar a esses grupos de uma maneira muito especial, buscando assim resguardar a dignidade humana de seus membros e protegê-los de qualquer espécie de violência que venha a afetar o seu desenvolvimento físico, psíquico e moral.

Existem várias categorias distintas de abuso sexual, quais sejam, de acordo com o Código Penal Brasileiro em vigor com as atualizações introduzidas pela Lei 12.015 de 2009: o Estupro, a Violação Sexual Mediante Fraude, o Assédio Sexual, o Estupro de Vulnerável, Satisfação de Lascívia mediante presença de criança ou adolescente, Favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável e a Exploração Sexual Profissional. As causas de ocorrência dos atos praticados, no que tange a estas categorias, são variáveis e na maioria dos casos há necessidade de tratamento tanto dos abusadores, quanto das vítimas.

Não é raro ocorrer que a vítima se torne um futuro abusador e, para isto, não há que se distinguir classes sociais, raças e níveis educacionais, pois os abusadores podem estar em toda parte, o tempo todo, muitas vezes atuando como pessoas acima de qualquer suspeita. Com relação a crianças e adolescentes, é importante destacar o entendimento de Nogueira, pois para ele os abusos contra as crianças e adolescentes podem ocorrer com a privação de alimentos, abrigo, vestimentas, amor parental, humilhações psicológicas, bem como através de incidentes de maltrato físico, seja por espancamento, aprisionamento ou agressão sexual⁸².

O objetivo da psiquiatria forense é análise dos relacionamentos sexuais considerados como criminosos. As parafilias serão objeto de análise de psiquiatria forense somente quando exigirem a participação de pessoas sem o seu consentimento. Muitas pessoas classificadas dentro do quadro das parafilias podem não praticar crimes sexuais, desde que o fim de suas pulsões não seja a imposição de seus desejos ao outro, sem que este entenda o que está acontecendo e possa não permitir o ato parafílico⁸³.

⁸² Trata-se de toda situação em que um adulto utilizar uma criança ou adolescente para satisfazer seu prazer sexual, com ou sem contato físico. (NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011.)

⁸³ TELLES, L.E.B. Pedofilia. In : SOUZA, C. A. C; CARDOSO, R.G. **Psiquiatria Forense** : 80 anos de Prática Institucional. Porto Alegre: [s.n], 2006.

O abuso sexual contra a criança caracteriza-se pelo não consentimento desta na relação sexual com o adulto, sendo presumido pela lei penal a violência, sempre que perpetrado em desfavor de menor de 14 anos, pelo simples fato que a lei substantiva civil considera-a totalmente incapaz de exercer os atos de consentimento de vontade. As formas mais comuns de agressão sexual contra crianças relatadas por especialistas que trabalham com a psicoterapia nos casos de abuso são as carícias, o contato com a genitália, a masturbação e a relação sexual vaginal, anal ou oral, podendo ainda ocorrer o contato físico do agente com a boca, peitos, ou qualquer outra parte do corpo da criança ou adolescente⁸⁴.

Quando não ocorre efetivamente o contato físico, outros comportamentos podem ser considerados, como o exibicionismo genital, a masturbação diante da vítima, a tomada de fotos sexualmente sugestivas e a invasão da privacidade do menor⁸⁵. O abuso sexual de menores, na doutrina de Norte⁸⁶, compreende a categoria que trata da Pedofilia, incluindo a exposição de fotografias pornográficas através a internet e a pornografia infantil propriamente dita, desmembrando-se em sensoriais, por estimulação e por realização.

A maior parte das ocorrências de abuso sexual acontece no seio familiar, é o que se chama de Abuso Sexual Intrafamiliar ou Incesto. Nestes casos, o abusador pode ser o pai, um irmão, um primo, ou seja, pessoas com relação de consanguinidade com a criança. Ocorre também quando não existe nenhum grau de parentesco com a vítima, podendo ser um abusador o padrasto, o namorado da mãe da criança ou um amigo muito íntimo da família, enfim, todos aqueles que têm um certo convívio com a criança a ponto de manter laços afetivos. Ballone⁸⁷ informa que a agressão sexual pode ocorrer fora da residência familiar, como por

⁸⁴ NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011.

⁸⁵ NOGUEIRA, loc cit.

⁸⁶ NORTE, Marcos Lago. **Abuso sexual e pedofilia são a mesma coisa?**. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020421/col_rdp_210402.htm>. Acesso em: 09 maio 2011.

⁸⁷ BALLONE, G J. **Abuso Sexual Infantil**. Disponível em: < [http:// virtualpsy. locaweb.com.br/index.php?art=48&sec=19](http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=48&sec=19)>. Acesso em: 09 maio 2011

exemplo, na casa de um amigo da família ou de pessoa que tome conta da criança, na casa do vizinho, de um professor ou mesmo por um desconhecido.

Ao analisar psicologicamente a questão do Abuso Sexual Intrafamiliar, há que se registrar a complexidade do tratamento, pois normalmente a criança é internada com o intuito de restar protegida, mesmo quando também é espancada fisicamente. A família se divide entre os que acusam o abusador e os que acusam a vítima, culpando esta pela participação e provocação do abuso.

Não existia no Brasil um número telefônico nacional até que por forte pressão internacional o Ministério da Justiça do então governo Fernando Henrique, decidiu criar em 1997, em parceria com a ONG Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA), o primeiro Disque Denúncia em nível nacional. O objetivo era receber, registrar, encaminhar e acompanhar denúncias de todo o país de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. O número 0800990500 , com o apoio do Instituto Brasileiro do Turismo- EMBRATUR foi intensamente divulgado em todo o país. Muitas ONGS foram mobilizadas. Muitos treinamentos foram feitos. Nos estados e nos municípios faziam parte de um sistema integrado, ONGS, o Programa Sentinela do governo federal, conselhos tutelares, delegacias e Ministério Público.

Em abril de 2003 o governo decidiu assumir o Disque Denúncia. Surgiu então o tel. 100. Foi decidido não só atender denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes que era o objetivo inicial, específico, como deve ser e é na maioria países, mas toda forma de violência contra crianças e adolescentes. Agigantou-se equivocadamente um programa que perdeu a sua especificidade e sua retaguarda de proteção à criança e ao adolescente. Ainda não há conselhos tutelares em todo o país como determina a lei e muitos, se não a maioria, trabalham sem recursos humanos e materiais. O Programa Sentinela deixou de crescer e caiu na obscuridade.

A reportagem de O Globo⁸⁸ mostra que a maioria das denúncias ou desapareceram, ou foram arquivadas ou estavam paradas. É desalentador. As denúncias feitas pela reportagem merecem explicações. A matéria merece ser aprofundada. Mas nada disso pode desestimular a denúncia, primeiro passo para a proteção de crianças e adolescentes. Corrigidas as falhas o tel. 100 é uma arma indispensável para a defesa dos direitos de vítimas de abuso e exploração sexual e a punição dos agressores.

A Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência – ABRAPIA- implantou, desenvolveu e operacionalizou um sistema de recebimento de denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes através do telefone 0800 99 0500⁸⁹, nacional e gratuito.

Seja qual for o número de ocorrências que se encontre nas estatísticas, deve-se ter em mente, que esse número pode ser bem maior, pois muitos destes casos não são reportados, tendo em vista que a maioria das vítimas além de sentir-se constrangida, tem muita dificuldade de comunicar ou relatar à alguém o que se passou com elas.

Cezar Roberto Bittencourt comenta sobre esta dificuldade⁹⁰:

Muitas pessoas tem dificuldade de comunicar possíveis casos de abuso sexual às autoridades. No entanto, as consequências de não notificar o abuso sexual podem ser fatais. Um outro fator que atrapalha a denúncia é a descrença nas possíveis soluções, pois, na prática, nem todos os casos são legalmente comprováveis em razão de não existir uma estrutura judicial e policial satisfatória, sob o ponto de vista da investigação. A Constituição Federal, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de abuso sexual e determinam penalidades, não apenas para os que praticam o ato, mas também, para aqueles que se omitem. A Constituição Federal de 1988 estabelece no seu artigo 227 – É dever

⁸⁸ O Globo de 24 de agosto de 2011 disponível em www.observatoriodainfancia.com.br

⁸⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. **Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**. Disponível em: http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=169. Acesso em: 29 jun. 2011.

⁹⁰ Bittencourt, Cezar Roberto. Lições de direito penal. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, p. 62.

da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...) Parágrafo 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Segundo o autor a principal causa dos maus tratos e abuso sexual na infância ocorre exatamente pelo medo que as pessoas têm de denunciarem o autor dos maus tratos e abuso sexual. Mesmo com acompanhamento psiquiátrico, as vítimas deste tipo de abuso sexual ficam com graves sequelas emocionais, psíquicas e sociais. O dano emocional e psicológico decorrente dessas desagradáveis experiências, pode ser devastador.⁹¹

Com essa agressão sexual o bem estar da criança ou adolescente é violado, circunstância que requer uma resposta ampla e abrangente do sistema legal, articulada e coordenada com a estrutura social concebida para proteger as crianças vítimas e corrigir os agressores e abusadores⁹².

Atualmente o abuso sexual de menores é um crime cada vez mais no centro das preocupações da sociedade. Odiados pelo cidadão comum, alguns pedófilos, chegam a acreditar que estão a fazer bem às crianças. A medicina já oferece tratamentos que, embora não tenham eficácia garantida, ajudam a diminuir a reincidência. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a pedofilia como um desvio da sexualidade caracterizado pela atração de um adulto por crianças que ainda não atingiram a puberdade.

Psiquiatras alertam que nem todos os agressores sexuais de menores são pedófilos e que nem todos os pedófilos cometem crimes.

⁹¹ BALLONE, GJ. **Abuso Sexual Infantil**. Disponível em: < [http:// virtualpsy. locaweb.com.br/ index.php?art=48&sec=19](http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=48&sec=19)>. Acesso em: 09 maio 2011.

⁹² ANTUNES, Ferreira. A investigação criminal do abuso sexual de menores : conferência internacional : conclusões. **Sub Judice – Justiça e Sociedade**, Coimbra , n. 26, p. 45-49, 2003. Disponível em:< http://209.85.215.104/search?q= cache:VercDfrCW_UJ :www.policiajudiciaria.pt/hm/noticias/conclusões>. Acesso em 09 set 2011.

1.4 Pedófilo e pedofilia

Pedófilo é um indivíduo que aparenta normalidade no meio profissional e na sociedade em geral, que para atender seus impulsos pode atuar na própria família ou na sociedade. Alguns psicólogos analisam que se trata de um adulto sexualmente atraído pelas crianças e que as deseja⁹³.

Não há um perfil exato para o pedófilo. Os atos de pedofilia são majoritariamente cometidos por adultos que se encontram no meio em que vive a criança: seja este familiar, escolar, educativo ou recreativo. Assim, pode-se considerar que os pedófilos podem ser ocasionais, habituais, perversos, sádicos ou violentos⁹⁴.

Existe até, em certos casos, uma forma padrão de atuação; primeiro há uma busca de oportunidades para aproximar-se da criança quando ela estiver sozinha, depois vêm os subornos, a promessa de recompensa caso ela coopere com seus desejos e as ameaças se houver recusa. O segundo passo são as carícias e os atos libidinosos que podem culminar ou não com o ato sexual. Por fim resta o pedido de segredo para que não o denuncie⁹⁵.

Costuma ser uma pessoa acima de qualquer suspeita aos olhos da sociedade, o que facilita a sua atuação. Geralmente ele não pratica atos de violência física contra a criança. Age de forma sedutora, conquistando a confiança da criança. Mas pode tornar-se violento e até matar suas vítimas. Os pedófilos também se constituem em um grupo heterogêneo quanto as suas preferências, práticas e críticas em relação ao problema. Muitos indivíduos com esse transtorno afirmam que

⁹³ LAURO FILHO, Monteiro. **Sobre a pedofilia** Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

⁹⁴ ANTUNES, Ferreira. A investigação criminal do abuso sexual de menores : conferência internacional : conclusões. **Sub judice – Justiça e Sociedade**, Coimbra , n. 26, p. 45-49, 2003. Disponível em:< [http://209.85.215.104/search?q= cache:VercDfrCW_UJ :www.policiajudiciaria.pt/htm/noticias/conclusões](http://209.85.215.104/search?q=cache:VercDfrCW_UJ :www.policiajudiciaria.pt/htm/noticias/conclusões)>. Acesso em 09 set 2011.

⁹⁵ NORTE, Marcos Lago. **Abuso sexual e pedofilia são a mesma coisa?**. Disponível em:<http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020421/col_rdp_210402.htm>. Acesso em: 09 maio 2011.

o comportamento não lhes causa sofrimento e que seu único problema é a reação das outras pessoas a seu comportamento. Outros relatam extrema culpa, vergonha e depressão por pensarem, e sentirem tais impulsos, buscando formas de evitar tais condutas⁹⁶.

O pedófilo assumido, ou não, busca a parceria da criança seduzindo-a e ameaçando-a veladamente. O abuso pode durar anos, somente cessando quando a pessoa já é adulta e se liberta daquela relação patológica⁹⁷.

A personalidade do pedófilo é preservada nas demais áreas, característica que poderia lhe fazer uma pessoa comum, ou seja, aquele que pode ter uma profissão e até ser destaque nela, pode ter uma família e até ser repressor e moralista, pode ter bom acervo intelectual, enfim, aos olhos sociais e familiares⁹⁸.

Lencarelli considera que para o pedófilo, enganar é tão excitante quanto a própria prática do abuso. Pode esconder-se na pele de cordeiro, ou se fazendo autoritário e moralista, mas isto não passa de um artifício a serviço da sua perversão. Ele necessita da fantasia de poder sobre sua vítima, usa das sensações despertadas no corpo da criança ou adolescente para subjugar-lá, incentivando a decorrente culpa que surge na vítima⁹⁹. A agressão pode ser fluente, mas na maioria das vezes, ele usa do constrangimento silencioso da ameaça verbal ou apenas velada. Inseguro, ele tem muito medo e sempre vai negar o abuso quando for denunciado ou descoberto¹⁰⁰. Há que se observar alguns dados relacionados por Nogueira¹⁰¹ que demonstram a não obrigatoriedade de relacionar o transtorno parafílico, que é a pedofilia, com os delitos sexuais: Estatisticamente 80 a 90% dos

⁹⁶ TELLES, Lisieux Elaine de Borba. Um olhar psiquiátrico sobre delitos sexuais. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **Violência Sexual Intrafamiliar**. Delfos, Pelotas RS, 2008.

⁹⁷ MONTEIRO FILHO, Lauro. **Sobre a pedofilia** Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

⁹⁸ LENCARELLI, Ana Maria Brayner. **O perfil psicológico do abusador sexual de crianças**. Disponível em: <<http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador.htm>>. Acesso em: 09 maio 2010.

⁹⁹ LENCARELLI, loc cit.

¹⁰⁰ LENCARELLI, loc cit.

¹⁰¹ NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011.

contraventores sexuais não apresentam nenhum sinal de alienação mental, portanto, são juridicamente imputáveis.

Assim, pode-se afirmar a inclinação cultural tradicional de se correlacionar, obrigatoriamente, o delito sexual com doença mental deve ser desacreditada, não se pode generalizar que o agressor sexual atua impelido por fortes e incontroláveis impulsos e desejos sexuais para esse crime. Há sempre que se levar em conta que o abuso sexual em grande escala é praticado por abusador não pedófilo.

É sempre bom sublinhar a ausência de doença mental em grande parte dos agressores sexuais, mas não por todos. O que se observa em alguns casos, são indivíduos com condutas aprendidas ou estimuladas pelo livre arbítrio. O pedófilo procura, frequentemente, a situação de exercer a função de substituto paternal para ter condições de praticar sua perversão. Para alguns autores o distúrbio é compulsivo: ele vai repetir e repetir seu comportamento abusivo, como o mais forte dos vícios. Nenhuma promessa de mudança de seu comportamento pode ser cumprida por ele, pois ele é dependente do abuso.

O grande e irreversível dano causado pela atuação do pedófilo é à mente da criança, que é invadida pela concretização das fantasias sexuais próprias da infância e que deveriam permanecer em seu imaginário.

Esta concretização precoce pode explicar a evolução da condição de abusado para abusador; o menor fica aprisionado nesta prática infantil do sexo e suas numerosas implicações psicológicas adoecedoras, e apenas muda de lado quando se torna adulto, permanecendo, assim, na cena sexual infantil traumática¹⁰².

O pedófilo criminoso, pelo seu caráter compulsivo e obsessivo, tende a continuar a sua atuação, quando libertado, após cumprir penas que geralmente

¹⁰² LENCARELLI, Ana Maria Brayner. **O perfil psicológico do abusador sexual de crianças**. Disponível em: <[http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador .htm](http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador.htm)>. Acesso em: 09 maio 2010.

variam de 4 a 10 anos de reclusão. A melhor maneira de evitar que crianças continuem a ser abusadas por pedófilos é estarem todos bem informados para prevenir e proteger seus filhos, pois somente a aplicação da lei não é suficiente para o combate da violência sexual¹⁰³.

O Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais¹⁰⁴, trás que o foco parafílico da Pedofilia envolve atividade sexual com uma criança pré-púbere¹⁰⁵, sendo que se presume ter o pedófilo, no mínimo, cinco anos a mais que a criança.

Na grande maioria dos casos de pedofilia os agentes são do sexo masculino, muitos deles casados, que se sentem incapazes de obter satisfação sexual com uma pessoa adulta, seja homem ou mulher. Este indivíduo geralmente é de personalidade tímida, portador de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual saudável com qualquer outra pessoa¹⁰⁶.

Os indivíduos com esta psicopatologia geralmente relatam uma atração por crianças de uma determinada faixa etária, sejam elas meninos ou meninas, ou, em alguns casos, ambos. Na preferência pelo sexo feminino¹⁰⁷, a vítima possui uns dez anos de idade, enquanto do sexo masculino, os pedófilos preferem crianças um pouco mais velhas. Dentre os casos conhecidos, o envolvimento com vítimas femininas é de maior frequência.

O desenvolvimento do distúrbio pedófilo em geral é crônico, especialmente nos indivíduos atraídos por meninos. A taxa de recidiva para indivíduos com Pedofilia envolvendo uma preferência pelo sexo masculino é aproximadamente o

¹⁰³ MONTEIRO FILHO, Lauro. **Sobre a pedofilia** Disponível em:

<http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

¹⁰⁴ DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

¹⁰⁵ Na maioria dos casos, estas crianças e adolescentes têm treze anos ou menos (DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.p.500).

¹⁰⁶ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Pedofilia na Internet**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/m2-pedofilial.html>>. Acesso em: 09 maio 2008..

¹⁰⁷ Preferência mais frequente nos casos de Pedofilia. (NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011)

dobro daquela para a preferência pelo sexo feminino.¹⁰⁸ Ressalte-se que a mesma conclusão foi colhida pela obra CATALDO, GAUER, FURTADO (org). *Psiquiatria para estudantes de medicina*, ver nota 9, página 14.

Segundo os manuais, a atração sexual compulsiva pode ser de tipo exclusivo ou não exclusivo, sendo que as atividades sexuais são geralmente explicadas com desculpas ou racionalizações de que possuem valor educativo para a criança.

O transtorno parafílico geralmente começa na adolescência, embora alguns indivíduos com pedofilia relatem não terem sentido atração por crianças até a meia idade. A frequência do comportamento pedófilo costuma fluir de acordo com o estresse psicossocial.¹⁰⁹

Para os portadores do distúrbio de Pedofilia no final da adolescência, não há uma estatística precisa quanto à diferença etária entre o pedófilo e a vítima, pois é preciso levar em conta tanto a maturidade sexual da criança quanto a diferença de idade. Alguns adolescentes com este mal preferem meninos, outros meninas, e o restante são excitados tanto por meninos quanto por meninas. Os indivíduos podem limitar suas atividades a seus próprios filhos ou parentes, ou vitimar crianças de fora de suas famílias. Algumas pessoas ameaçam a criança para evitar a revelação de seus atos.¹¹⁰

Outros indivíduos, particularmente aqueles que vitimam crianças com frequência, desenvolvem técnicas complicadas para obterem acesso a elas, que podem incluir a obtenção da confiança da mãe, casar-se com uma mulher que tenha

¹⁰⁸ NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011.

¹⁰⁹ TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias, CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p.391

¹¹⁰ TABORDA, loc cit.

uma criança atraente, traficar crianças com outros pedófilos, em casos raros, adotar menores de países não-industrializados ou raptá-los¹¹¹.

No Brasil, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos vem realizando alguns trabalhos de forma eficaz para combater a exploração sexual de crianças. Através de telefonemas¹¹² gratuitos para a central desta Secretaria, a população pode denunciar, em anonimato, ocorrências que envolvam casos de Pedofilia. Este trabalho possibilita um mapeamento da situação em que acontece a atuação dos Pedófilos, facilitando suas buscas pelos investigadores¹¹³.

O serviço de denúncia via telefone permitiu que os investigadores compreendessem as seguintes formulações¹¹⁴: o turismo sexual corresponde a menos de 6% das denúncias; a região Sudeste é responsável por quase 50% das ligações; em 14% dos casos a família é a intermediária para que ocorram as atuações pedófilas. Depois de elaboradas formalmente as ocorrências via telefone, estas são repassadas para as entidades de todo o país. A mesma pessoa que denuncia alerta o suspeito das investigações policiais, sendo uma das razões porque poucos resultados concretos são obtidos através destas diligências¹¹⁵.

O Ministério da Justiça, através da ABRAPIA e de inúmeras outras instituições de todo o país, está envolvido em um intenso trabalho de sensibilização e mobilização da mídia e da população em geral.

Pretende o Ministério da Justiça, ao empenhar-se no tema da pedofilia, a capacitação de profissionais e o monitoramento das denúncias, para se chegar à

¹¹¹ DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

¹¹² O telefone 0800-990-500 é colocado à disposição.

¹¹³ MONTEIRO FILHO, Lauro . Sobre a pedofilia Disponível em:

<http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

¹¹⁴ Ibid., p.5

¹¹⁵ Ibid., p.2.

proteção das crianças e dos adolescentes e à punição dos agentes pedófilos e agressores¹¹⁶.

O uso da Internet para divulgação da pornografia com crianças e adolescentes por pessoas da classe média tem sido denunciado em vários Estados Brasileiros e o combate à Pedofilia é um desafio para todos os países.

¹¹⁶ MONTEIRO FILHO, Lauro . Sobre a pedofilia Disponível em:
<http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

2 PEDOFILIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹⁷ preconiza em seu artigo 226, parágrafo 8º, que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Impondo expressamente ao Estado a responsabilidade de assegurar à assistência à família e, criando mecanismos para proibir a violência no âmbito de suas relações domésticas, incluindo o abuso sexual, no âmbito dessas relações.

Como já tratado, no artigo 227, da Constituição Federal, É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E o parágrafo quarto, do mesmo artigo prevê que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Além desta disposição genérica, é necessário analisar o constante nos dispositivos específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do Código Penal Brasileiro, com as devidas atualizações.

A lei brasileira, ao contrário de outros países, não possui o tipo penal “pedofilia”. Porém é possível seu enquadramento, como contato sexual entre crianças e adolescentes com adultos, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nos artigos 213 e 214 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com as agravantes do artigo 224 do mesmo diploma a pena pode chegar a até 10 anos.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun 2011.

Em 07.08.2009, entrou em vigor a Lei 12.015, trazendo em seu bojo algumas modificações nos artigos que a seguir serão transcritos:

Anteriormente à presente lei, o artigo 213, do Código Penal, que trata do Estupro, assim estava redigido: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

E o artigo 214 do mesmo código -Atentado violento ao pudor - assim se expressava: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Com o advento da lei em comento, o artigo 213 do Código Penal, passou a tratar tanto do Estupro quanto do atentado violento ao pudor no mesmo tipo, como se transcreve a seguir: Estupro - artigo 213, do Código Penal - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Importante aqui destacar que a referida lei alterou o próprio *nomem iuris* do Título VI do Código Penal, na medida em que passou a prever “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”, e não mais como antes “*Dos crimes contra os costumes*”.

A alteração no Título anotado, acontece em face do bem jurídico a ser protegido, que no caso é a integridade coletiva, abrangendo a dignidade, das vítimas dos crimes elencados, onde o legislador não pretendeu preservar os costumes e a moralidade pública.

Com a modificação a lei vigente passou a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de

ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no artigo 213 do Código Penal, por uma só vez, ficando afastado o concurso de crimes.

Este é o entendimento adotado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme o Informativo 422, que ora se reproduz:

(...) Registrou-se, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, havia fértil discussão acerca da possibilidade de reconhecer a existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando o ato libidinoso constituísse preparação à prática do delito de estupro, por caracterizar o chamado prelúdio do coito (*praeludia coiti*), ou de determinar se tal situação configuraria concurso material sob o fundamento de que seriam crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. A Turma concedeu a ordem ao fundamento de que, com a inovação do Código Penal introduzida pela Lei n. 12.015/2009 no título referente aos hoje denominados “crimes contra a dignidade sexual”, especificamente em relação à redação conferida ao art. 213 do referido diploma legal, tal discussão perdeu o sentido. Assim, diante dessa constatação, a Turma assentou que, caso o agente pratique estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto e contra a mesma vítima, esse fato constitui um crime único, em virtude de que a figura do atentado violento ao pudor não mais constitui um tipo penal autônomo, ao revés, a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal também constitui estupro. (...) Todavia, registrou-se também que a prática de outro ato libidinoso não restará impune, mesmo que praticado nas mesmas circunstâncias e contra a mesma pessoa, uma vez que caberá ao julgador distinguir, quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para fixação da pena-base, uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo, pois haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjunção carnal e, também, ao coito anal ou qualquer outro ato reputado libidinoso. (...) - HC 144.870-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 9/2/2010¹¹⁸.

Adotado o posicionamento acima exposto, de ser o tipo penal misto alternativo, resta configurado o crime único, e, a prática de mais de uma conduta disposta no tipo, acarreta em lei penal mais benéfica, devendo a mesma retroagir diante da redação do artigo quinto, inciso XL da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e artigo segundo, parágrafo único do Código Penal Brasileiro.

¹¹⁸ <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901594505&pv=000000000000>
em 27/5/2012 23:38:51

Violação sexual mediante fraude, antes da Lei 12.015/09, assim era disposto no Código Penal: Posse sexual mediante fraude. Artigo 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude, esta redação foi dada pela Lei nº 11.106, de 2005- Pena - reclusão, de um a três anos.

Atentado ao pudor mediante fraude. Artigo 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos. Esta era a transcrição antes da nova lei.

Antes da lei. Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Com o advento da Lei 12015/09, restou assim a descrição do tipo: Violação sexual mediante fraude: Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa

O artigo supra já havia sido alterado pela Lei 11.106/05, que, excluiu a elementar "honesta" do tipo penal. Isto porque a redação original previa como sujeito passivo a mulher honesta. Agora, corrige-se outra injustiça, ao possibilitar que não apenas a mulher como também o homem possa ser sujeito passivo deste crime. Como no crime de estupro, o legislador unificou os crimes de posse sexual mediante fraude com o atentado violento ao pudor mediante fraude, que passa a denominação de violação sexual mediante fraude. E, o legislador resolveu também aumentar a pena, cominando pena de reclusão de dois a seis anos.

Assédio sexual: Artigo. 216-A. O artigo 216, do Código Penal, foi revogado, tendo sido substituído pelo 216 A, que trata do Assedio Sexual, ao qual foi acrescido o parágrafo segundo, que prevê aumento de pena de até um terço, se a vítima for menor de 18 anos. O assedio sexual foi trazido pela Lei 10.224 de 2001.

O sujeito ativo do crime de assédio sexual, pode ser homem ou mulher, porém tem que ser superior hierárquico ou ter ascendência na relação de trabalho. A alteração limitou o acréscimo do aumento de pena em até um terço, quando na situação do parágrafo segundo do artigo 216 A, a vítima for menor de 18 anos, procurando proteger o adolescente.

Crimes sexuais contra vulnerável. O artigo 217-A do Código Penal - trata do estupro praticado contra menor de 14 anos. Inserido no capítulo II do título VI, agora sob o *nomen juris* dos crimes sexuais contra vulnerável. A vulnerabilidade decorre da idade da vítima – menor de 14 anos. O legislador considera que a pessoa nesse estágio de desenvolvimento, não tem a maturidade sexual, não podendo haver consentimento da vítima.

O legislador entendeu que a vontade do menor de 14 anos não é válida, não havendo neste tipo penal elementar de violência ou grave ameaça. Antes do advento desta lei, se exigia a elementar embora se presumisse a sua existência - artigo 224, "a", do Código Penal. Não obstante as últimas posições do Supremo Tribunal Federal - STF tenham sido de que a referida presunção era absoluta, permanecia divergência jurisprudencial, e inúmeros julgados consideravam relativa a presunção. A doutrina também predominava a relatividade da presunção. A discussão deixa de existir, porque o legislador não mais exige a elementar "grave ameaça ou violência", no caso do sujeito passivo ser menor de 14 anos, tendo então revogado todo o artigo. 224 do Código Penal, e criado o novo tipo com *nomen juris* - estupro de vulnerável.

Com o advento da mesma Lei 12.015 de 2009, o crime de corrupção de menores do artigo 218 do Código Penal, sofreu profunda alteração nas suas elementares, que mais o aproximou do crime ainda em vigor, do artigo 227, parágrafo primeiro, parte inicial, do Código Penal. O sujeito passivo do crime do novo artigo 218, é o menor de 14 anos, enquanto, na norma citada do 227, o sujeito passivo é a pessoa maior de 14 e menor de 18. A conduta, no entanto é a mesma, consiste em induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem.

Sobre a ação penal, trata o artigo 225 do Código Penal, com as alterações da lei nova, esclarecendo que nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. E no parágrafo único, concluiu. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Esse artigo sofreu importante modificação, de sorte que, diferente de como era tratado antes, não há mais nos crimes contra a dignidade sexual, qualquer hipótese de ação penal privada. Agora, seja qual for o crime, a instauração do processo será feita através de ação pública, incondicionada ou condicionada à representação em alguns casos. Já estava ultrapassada a ideia de que para preservar a imagem da vítima dos crimes sexuais, ficava a *persecutio criminis*, dependendo da vontade daquela, que em muitos casos, por vergonha ou outra razão desconhecida não processava o autor do delito. A gravidade desses delitos, impõe resposta do Estado, sendo interesse deste a apuração dos fatos criminosos e consequente aplicação do *jus puniendi*. A impunidade é sem dúvida o maior estímulo à reincidência criminosa. Além de gerar maior sofrimento das vítimas da ocorrência e outras que serão vitimadas em face da reiteração delituosa.

Apesar das inúmeras modificações a omissão da vítima ainda pode obstar a apuração dos crimes previstos no capítulo I, quando não atinja pessoa menor de 18 anos ou vulnerável. Se a vítima não quiser representar o Ministério Público não poderá promover a ação penal apesar de ser pública, porque condicionada à representação. Em princípio são de ação penal pública condicionada à representação os crimes do artigo 213, caput, 215 e 216-A, caput. Mas, se a vítima da violência sexual for menor de 18 anos, a ação será pública incondicionada. No crimes de estupro e de assédio sexual, o fato da vítima ser menor de 18 anos, já está prevista no parágrafo 1º, do artigo 213 e parágrafo 2º do artigo 216-A, todos do Código penal, com as devidas alterações.

Lenocínio e o tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Artigo 228 do Código Penal. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo 1º. Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

A prostituição em si, não constitui ilícito penal no Brasil. Pune-se as pessoas que contribuem para o seu exercício. O artigo 228 trouxe pequeno acréscimo para constar além do favorecimento da prostituição, o termo "ou outra forma de exploração sexual." O tipo penal, acrescentou essa nova expressão, bem como, um novo verbo no núcleo, dificultar. A pena cominada ficou sendo a mesma, privativa de liberdade, mas incluiu a pena de multa.

O parágrafo primeiro trata de crime qualificado e próprio, só pode ser praticado pelas pessoas ali elencadas. Ao se comparar o rol das pessoas agora enumeradas, com as que constavam no parágrafo primeiro do artigo 227 a que referia o antigo parágrafo primeiro do artigo 228, percebe-se modificações, como a exclusão do descendente da vítima e a inclusão do preceptor ou empregador dela. Após a enumeração das pessoas que podem ser sujeito ativo do delito na forma qualificada, o legislador usou uma expressão genérica, "ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância." A pena permaneceu a mesma, três a oito anos, e, diferente do *caput*, não incluiu a pena de multa, mas se a finalidade do ato foi o lucro se aplicará a multa, por força do comando do parágrafo terceiro, do artigo 228 que se manteve.

A alteração que merece destaque é a exclusão da vítima maior de 14 e menor de 18 anos, do elenco acima apontado. Isto porque se a vítima estiver nesta faixa etária, incorrerá o agente no tipo penal do artigo 218-B, que trata do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, cuja pena é mais elevada.

O parágrafo segundo do artigo 228, não sofreu alteração. Trata-se de um tipo qualificado quando houver emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Casa de prostituição - Artigo 229 do Código Penal. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

A modificação neste artigo foi a substituição no tipo penal, da expressão "casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso", por "estabelecimento em que ocorra exploração sexual". A pena não permanece a mesma de antes. A alteração não trouxe consequências jurídicas, persistindo a dificuldade em se provar que o local é destinado à exploração sexual. A dificuldade consiste no fato de que em geral esses locais, apresentam shows que podem ser eróticos, serviços de bar, de massagem, dentre outras atividades.

Rufianismo. Artigo 230 do Código Penal. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Rufião é aquele que vive da prostituição alheia, participando diretamente dos seus lucros, ou se fazendo sustentar por quem a exerce, e proxeneta é aquele que pratica o lenocínio intermediando encontros amorosos, obtendo ou não lucro.

O parágrafo primeiro do artigo, assim restou após a nova lei. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo segundo. Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

O caput desse artigo 230 teve sua redação original mantida, porém modificou-se a redação dos §1º e 2º.

O parágrafo primeiro do artigo 230, trata-se de um crime qualificado e próprio. O sujeito ativo somente pode ser uma das pessoas ali elencadas. A pena mais elevada se justifica pelo fato da vítima ser menor de 18 e maior de 14, ou porque o agente consta do rol exemplificativo ou se enquadra na situação genérica de garantidor, por tem um dever de cuidado, proteção ou vigilância. O legislador apenas acrescentou algumas pessoas que não constavam na redação original, como o padrasto, a madrasta. Todavia, foi suprimido o descendente deste rol, ao passo que foi incluído o enteado. A pena manteve-se de três a seis anos.

O parágrafo segundo, traz outro tipo qualificado, acrescentando outras hipóteses que qualificam o rufianismo, além da violência ou grave ameaça, inseriu a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima. O preceito secundário teve sua redação alterada, de sorte apenas a ser excluída a pena de multa, possibilitando, a cumulatividade com a pena correspondente a violência, como já fazia a norma anterior.

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual: Artigo 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

O parágrafo primeiro disciplina que incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

O parágrafo segundo por sua vez prescreve que a pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Parágrafo terceiro, disciplina que se

o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Nosso Código Penal que é de 1940, em sua redação original, previa no artigo 231 o tráfico de mulheres que, com a Lei 11.106 de 2005, passou a ter dupla tipificação – tráfico internacional de pessoas - artigo 231 e tráfico interno de pessoas - artigo 231-A. Essa modificação legislativa, permitiu que além das mulheres, também os homens passassem a ter a proteção penal, com a tutela da moralidade sexual e da própria dignidade humana. É mais comum o tráfico de mulheres, mas tem se tornado mais frequente o tráfico de homens - travestis, heterossexuais, bissexuais e homossexuais. O delito pode ser para que alguém venha do exterior para ser explorado sexualmente no Brasil, ou que saia daqui para ser explorado no exterior, a última hipótese é mais comum, pois os brasileiros são atraídos pela melhor qualidade de vida de outros países, notadamente os da Europa.

A Lei 12.015, trouxe outras alterações à redação do caput alteração suprimindo núcleo do tipo, o verbo intermediar, substituir a palavra pessoa por alguém, e acrescentar a expressão outra forma de exploração sexual.

O agente que intermediar a entrada no território nacional de alguém que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro, continuará a incorrer no delito em apreço, porque o novo parágrafo primeiro prevê incorrer na mesma pena do caput, o agente que realizar uma das diversas condutas ali previstas, que englobam a intermediação.

Neste estudo é de relevância o novo parágrafo segundo desse artigo, que prevê causas de aumento de pena. Assim, a pena é aumentada da metade se: I- a vítima é menor de 18 anos. II- a vítima, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para prática do ato. Lembrando que, se a vítima for menor de 14 anos ou se encontrar na última situação descrita, e vier a praticar algum ato libidinoso, desde que com o conhecimento do traficante, este, responderá pelo crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, como partícipe. No entanto, se a vítima apenas praticou shows eróticos, de forma a configurar a exploração sexual sem a realização do ato libidinoso, aí restará configurado apenas o crime do artigo 231-A e com a conseqüente causa de aumento de pena.

No caso do inciso III, a causa de aumento de pena se justifica em função de obrigação legal ou de outra forma, do agente cuidar, proteger ou vigiar a vítima. Ao invés de agir com o cuidado que lhe é imposto, o agente acaba por explorar sexualmente a vítima, sendo por essa razão, aplicada a causa de aumento de pena. E, na hipótese do inciso IV, pelo fato de ter sido empregado a violência, grave ameaça ou fraude. O emprego da violência ou da grave ameaça é para que a vítima ingresse no Brasil ou dele saia para o exterior. Se o emprego da violência ou grave ameaça é para a prática do ato libidinoso, haverá o crime de estupro. A fraude pode consistir por exemplo em falsas promessa, como ocorre quando a vítima pensando que vai para o exterior trabalhar como atendente de bar ou lanchonete e em verdade vai ser prostituta.

O parágrafo terceiro, atualizado pela nova lei, prevê pena de multa. A multa antes, era prevista no caput do artigo 231, mas o legislador resolveu aplicar a multa cumulativa com a pena privativa de liberdade, se a finalidade da conduta a vantagem econômica.

O crime em comento será de competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. Na fase investigatória atuará a polícia federal, a ação será proposta pelo Ministério Público Federal na Justiça Federal.

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual: Artigo 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O parágrafo primeiro, com a nova redação, leciona que incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

O parágrafo segundo diz que a pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou

curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. O parágrafo terceiro disciplina que se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O tráfico interno diferente do tráfico internacional ocorre dentro do território nacional. As condutas descritas no núcleo do tipo penal, são idênticas as previstas no artigo anterior. O parágrafo primeiro deste artigo tem redação quase idêntica ao parágrafo primeiro do tráfico internacional, porém com a diferença, que se acrescentou o núcleo vender que não consta no artigo anterior. Os parágrafos segundo e terceiro têm redação idêntica a do artigo anterior, valendo os mesmos comentários lá tecidos.

O artigo 231-A sofreu pequena modificação no caput. Na redação do tráfico internacional, era usada a expressão "que venha exercer a prostituição", agora, a expressão é "para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual".

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável: Capítulo VII. Disposições Gerais. Aumento de pena: Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: I – (VETADO); II – (VETADO); III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

O legislador não unificou as disposições gerais do título VI do Código Penal que trata dos crimes contra a dignidade sexual. Permaneceu neste título, o capítulo IV que trata das disposições gerais - ação penal – artigo 225; causas de aumento de pena – art. 226, e acrescentou-se outro capítulo, o VII, que nos artigos 234-A - aumento de pena- e 234-B -segredo de justiça- também cuidam de disposições gerais. O mais curioso é que o art. 226 está em vigor com a previsão de duas causas de aumento, e o artigo 234-A prevê mais duas causas de aumento. As causas de aumento de pena do art. 226 do CP não se aplicam aos capítulos V -Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de

exploração sexual- e VI - Do ultraje público ao pudor. Ao passo que, as disposições gerais do último capítulo acrescido pela Lei 12.015, se aplica a todo o título VI, ou seja, aos seis capítulos que o precede.

Em síntese, as causas de aumento de pena do art. 234-A, III e IV são aplicáveis aos capítulos I, II, V e VI (lembrando que o cap. III foi todo revogado pela lei 11.106 e o capítulo IV se refere a outras disposições gerais) do título VI. Por sua vez, as causas de aumento de pena do art. 226 são aplicáveis aos capítulos I e II, do referido título.

Segredo de Justiça. O artigo 234 – B, discorre que os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

O referido artigo representa uma novidade no Código Penal que se harmoniza com o artigo 201, parágrafo sexto do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08. A diferença é que o legislador ao invés de facultar essa medida ao julgador, como fez a lei que cuidou das provas no CPP, resolveu tornar obrigatório o segredo de justiça. A medida preserva o ofendido, já que somente as partes - Ministério Público, réu, juiz e advogados é que podem ter acesso aos autos.

Sobre a Lei de Crimes Hediondos, após a publicação da Lei 12,015/09, sofreu alteração os dispositivos a seguir transcritos:

Artigo 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

...

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

Havia controvérsia doutrinária se o estupro e o atentado violento ao pudor, na sua forma simples, eram ou não hediondo. A posição que prevalecia era a da hediondez, mas, não havia consenso. Se discutia também se em caso de violência

ficta, deveria ou não ser considerado hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a finalidade de elidir as polêmicas, e também por necessidade de se adaptar o texto da Lei 8.072/90 as alterações realizadas no tipo penal de estupro e a criação do estupro de vulnerável, alterou-se os incisos V e VI, do artigo primeiro, da Lei dos Crimes Hediondos, de forma que hoje há mais dúvida, que o estupro é um crime hediondo, quer na sua forma simples, quer nas qualificadas. Outrossim, é hediondo o estupro de vulnerável em quaisquer de suas formas - 217-A, caput, §1º, §3º e §4º.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 241, pune a pornografia infantil, com pena de prisão de dois a seis anos e multa.

O crime consiste em apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores -internet-, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. Em novembro de 2003, a abrangência da lei aumentou, para incluir também a divulgação de links para endereços contendo pornografia infantil como crime de igual gravidade.

Cumprido, novamente, lembrar que a Classificação Interna de Doenças -CID 10- da Organização Mundial da Saúde -OMS-, item F65.4, define a pedofilia como "Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes.

Os Manuais de Medicina Legal, a exemplo de Croce, lecionam que: Pedofilia é o desvio sexual caracterizado pela atração por crianças, com os quais os portadores dão vazão ao erotismo pela prática de obscenidades ou de atos libidinosos¹¹⁹

¹¹⁹ CROCE, Delton, et al. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

O ato sexual entre adulto e criança ou adolescente, abaixo da idade do consentimento, tentado ou consumado é crime.

A pedofilia era tolerada ou ignorada em muitas legislações de alguns países, mas esta situação foi sofrendo alterações, devido a aprovação de tratados internacionais, que culminaram com a aprovação, em 1989, pela Organização das Nações Unidas - ONU, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em cujo artigo 19, obriga os Estados-partes à adoção de medidas que protejam a infância e adolescência do abuso, ameaça ou lesão à sua integridade sexual.

Artigo 19: Os Estados-partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus – tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

É de fundamental importância no campo social, porque pode começar na família, na escola e outras áreas de formação da criança. Para o campo jurídico eis que sua interpretação e aplicação, basear-se-á em normas vigentes, na doutrina e na jurisprudência. Também no campo psiquiátrico, porque ao enquadrar-se o agressor, como portador ou não da parafilia, advirá as conseqüências, para sua vida futura.

É da jurisprudência:

Conforme entendimento que se consolida nas cortes pátrias, 'a pedofilia, ou pedosexualidade', é um transtorno de preferência sexual, sendo definido como a preferência por criança (pessoa com até 12 anos de idade) ou por adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos) - art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pelo Código Internacional de Doenças da Décima Conferência de Genebra é a pedofilia um transtorno mental (CID-10, F65.4), o que não significa que o acusado seja doente mental ou tenha o desenvolvimento mental incompleto ou retardado" (TRF1, ApCrim nº

2002.33.00.016034-7, Rel. Juiz Tourinho Neto, decisão de 07/11/05).¹²⁰

E mais:

PENAL.PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PEDOFILIA. ART. 241 DA LEI 8.069/90. ECA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

Na hipótese dos autos que trata do crime do art. 241 da Lei 8.069/90, para enfrentamento de pedido de prisão preventiva ou concessão e liberdade, não basta a constatação dos requisitos tradicionais, tais como, como a ausência de antecedentes, endereço fixo e profissão lícita, isto porque o conceito de ordem pública ganha novos contornos, devendo ser analisada à luz das determinações constitucionais de proteção à criança e ao adolescente.

2. Nesse aspecto, anotam os doutrinadores que a preservação da ordem pública não diz respeito tão-somente à periculosidade do acusado, no sentido de prevenir a reiteração de fatos criminosos, mas é também atinente à necessidade de resguardar o meio social diante da gravidade do crime e da sua repercussão.

3. A gravidade do delito atribuído ao paciente é indiscutível, na medida em que para a produção das imagens disseminadas pela rede mundial de computadores é indispensável que crianças e adolescentes sejam objeto de abuso sexual e outras sevícias, sem o quê as mídias não existiriam. Por conseguinte, a divulgação destas mídias, muitas vezes mediante pagamento, além de constituir-se em crime autônomo é forma de manutenção da atividade criminosa que necessariamente a antecede.

4. O fato de tratar-se de delito praticado sub-repticiamente no chamado "mundo virtual" pode, à primeira vista, mascarar o efetivo alcance das nocivas conseqüências do crime perpetrado. Veja-se, conforme noticiado, foram localizados "em apenas 12 dias, mais de 100 vídeos e 10.000 fotografias com imagens de pedofilia, disponibilizados por mais de 13.000 usuários da rede Emule". Ora, esta pequena amostra revela, de modo contundente, diante da quantidade de usuários do sistema, que se trata, em verdade, de imensa organização estabelecida com a finalidade de praticar crimes contra menores e adolescentes. Os efeitos nefastos desta rede criminosa é ainda desconhecido, ante a inovação tecnológica representada pelo meio em que o delito é cometido, ou seja, não se sabem as conseqüências que poderão vir a ter sobre a formação das futuras gerações, uma vez que se trata de crime cujo alcance efetivo é, ainda em grande parte, desconhecido da sociedade. Todavia, é certo que não será de pequena monta.

¹²⁰ BRASÍL. Tribunal Regional Federal (1 Região). **Apelação Criminal Ap Crim nº 2002.33.00.016034-7**. Relator: Juiz Tourinho Neto. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 jun 2011.

5. Por fim, não consta dos autos comprovação de atividade lícita, sendo a prática da conduta criminosa provável fonte de rendimentos do indiciado.

6. Ordem denegada.
(HABEAS CORPUS" nº 2008.04.00.041106-0/SC TRF 4 Relator Juiz Federal Convocado GERSON LUIZ ROCHA 02/12/2008¹²¹

Sob o ponto de vista real e funcional, pretende-se com a presente pesquisa científica, contribuir de alguma forma para afastar uma vez identificado o pedófilo e o agressor de crianças e ou adolescentes da vida real e virtual destas. Pertinente ao estudo surge o debate jurídico, trazendo além das implicações legais, o fato de que grande parte das agressões são praticadas no seio da família, por pais, padrastos, madrastas, avós, tios, e até mesmo mães, dificultando sobre maneira a apuração dos fatos causadores dos delitos. A uma porque os desagradáveis episódios, quando chegam a virar processo, muitas das vezes a vítima sofre ameaças veladas, fazendo com que acabem desistindo de continuar com o mesmo, o que implica em falta de provas para condenação. A duas porque outro grande número das ocorrências delitivas contra infantes e adolescentes ficam presas com a vergonha e o medo incutido nas pequenas vítimas bem como em seus familiares. Não bastassem as dificuldades do mundo real, surge com o progresso do mundo virtual, as dificuldades experimentadas pelas crianças em identificar, os predadores do outro lado da tela, que camuflados seduzem as vítimas roubando-as a própria infância. Frente à realidade do mundo virtual lá estão os agressores, quer portadores de *parafilias* ou não.

O enfrentamento jurídico, no que concerne às leis não é pacífico. Por conseguinte, não há como encarar o pedófilo como um ser único, de mesma natureza psíquica, para efeitos de aplicação de sanção penal. O julgador, aquele que por lei deve dizer o direito, não pode ser um simples agente a satisfazer o ódio da multidão, suas decisões, antes e acima de tudo, devem refletir os ideais de justiça, para satisfazer o direito e o justo, não à opinião pública.

¹²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Habeas Corpus nº 2008.04.00.041106-0/SC**. Relator: Juiz Federal Convocado Gerson Luiz Rocha. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 12 jun 2011

2.1 Pedofilia na internet e o estatuto da criança e do adolescente

A Lei nº 10.764/03¹²² atualizou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e tornou algumas penas mais severas para alguns crimes, em particular, para a conduta descrita no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de crianças ou adolescentes em cenas de sexo explícito. Até o dia 13 de novembro de 2003 o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 241, possuía a seguinte redação: “Art. 241 - Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão de um a quatro anos.”

Como se pode perceber, neste dispositivo não estava explícita a figura conhecida como Pedofilia na Internet, fato que gerou grande discussão entre juristas e o Congresso Nacional, os quais se preocupavam com esta figura já comum no cotidiano, porém sem regulamentação.

Desde setembro de 1998, o Supremo Tribunal Federal apontou que o referido artigo tem aplicação para atos perpetrados pela Internet pois o tipo (Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente): era entendido como norma aberta, caracterizando-se pela simples publicação.

Assim, seja qual for o meio utilizado, todas as cenas de sexo explícito ou não e materiais pornográficos que envolvam crianças ou adolescentes, que insiram fotos de sexo infantil e ou juvenil em rede de computadores, , é considerado crime pela nova legislação.

¹²² BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 25 de jun. 2008.

sendo irrelevante a circunstância de o acesso reclama senha fornecida aos que nela integrem.

Sobre o assunto, de acordo com o entendimento de Daoun¹²³:

Para a punição dos crimes, é necessária certeza legal, ou seja, o crime deve estar previsto na lei. Não se pode traçar comparativos

[...] a legislação atual só se aplica para crimes virtuais se a Internet for usada apenas como meio, como no caso da pedofilia [...] desde 99, o Supremo Tribunal Federal já determinou que se aplique o Estatuto da Criança e Adolescente aos casos de pedofilia pela Rede [...] mas quando a Internet também é o fim, então faz-se necessária uma regulamentação diferenciada.

Enquanto não houver crime específico que proteja o dado e a informação como um todo dentro de um sistema de informática, não se pode falar que tudo já é punível [...] a polícia, em alguns Estados, ainda investiga casos de crimes de Internet usando máquina de escrever [...] tecnologia só se combate com tecnologia.

A Lei 8069 de 13 de julho de 1990, sofreu outras alterações não só as da Lei 10.764/03, e o artigo 241 do Estatuto da Criança e Adolescente, acrescentado de seus parágrafos, ficou com a seguinte redação:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008). Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

¹²³ DAOUN, Alexandre Jean. **E-Direito:** urgente ou desnecessário. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/_2001/0204/if2803_11.htm>. Acesso em: 09 maio 2008.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008.

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008). Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – agente público no exercício de suas funções; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de

2008). Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

(Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000) Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000)

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000)

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pela redação desses dispositivos, fica claro que o legislador pretendeu responsabilizar o provedor de serviço de hospedagem de página web e o provedor de serviço de acesso à Internet, sempre que contribuam para a disseminação de pornografia infantil. Não somente o praticante direto do ato, mas também aquele que fornece os meios técnicos para sua realização incorre no mesmo tipo penal.

Assim, por exemplo, quando um provedor sabidamente fornece os meios para a transmissão de uma mensagem de e-mail contendo pornografia infantil pratica conduta típica¹²⁴. O mesmo ocorre quando hospeda conscientemente página web contendo esse tipo de material¹²⁵. Mas é preciso salientar que a configuração dessa modalidade de crime, de fornecimento dos meios técnicos para a sua realização, somente se caracteriza quando o provedor tem conhecimento da natureza do material que ele está transportando ou hospedando. O Estado tem um

¹²⁴ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de jun. 2008.

¹²⁵ BRASIL, loc cit.

interesse direto na repressão da conduta de Pedofilia, quer seja ela a prática direta de um ato de abuso sexual contra crianças e adolescentes, seja quando representa uma perpetração ou um incentivo a esse tipo de crime, fato que ocorre quando imagens de crianças molestadas sexualmente são divulgadas. Muitas pesquisas sugerem que a divulgação de pornografia infantil contribui para o aumento de crimes sexuais contra menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo Demócrito Filho¹²⁶, precisava realmente ser atualizado. Na época de sua edição, a Internet, em especial o seu canal gráfico – a World Wide Web ou WWW, que significa cadeia mundial de computadores, ainda não era uma realidade com a popularização que alcançou nos dias de hoje. A não tipificação exata da conduta de Pedofilia na Internet, indicando os meios da publicação, poderia servir como porta aberta para a impunidade.

Com supedâneo na atual legislação, colhe-se da jurisprudência:

EMENTA DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PUBLICAÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO, EM AMBIENTE VIRTUAL, DE FOTOS E VÍDEOS PORNOGRÁFICOS ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES. INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO EVIDENCIADOS. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. ART. 288, DO CP. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. UTILIZAÇÃO DA INTERNET COMO INSTRUMENTO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE À TIPIFICAÇÃO CONSOLIDADA PELA LEI 10.764/2003. CONCURSO MATERIAL. SOMA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tratando-se da potencial prática de crime cuja previsão resulta de orientações traçadas em acordos e tratados internacionais - dos quais o Brasil é signatário - visando combater a pedofilia via internet, deflagrada a operação policial em território pátrio a partir de investigações realizadas no exterior, tem-se por caracterizada a internacionalidade necessária a *vis atractiva* da Justiça Federal (art. 109, inciso V, da CF/88).

¹²⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. **O Crime de Divulgação de Pornografia Infantil pela Internet** Breves Comentários à Lei 10.764/03. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/6063-6055-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 maio 2011.

2. Evidenciado, pela prova produzida, que o acusado, conscientemente, publicou e forneceu material pedófilo por meio da rede mundial de computadores, resta configurada a prática das condutas descritas no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto na redação original, quanto na anterior à Lei 11.829, de 2008.

3. O crime de quadrilha ou bando visa punir a associação de no mínimo quatro pessoas, que assim se reúnem de forma estável ou permanente com a finalidade precípua de cometer uma série de crimes. Nessa perspectiva, ainda que presentes os requisitos numérico e temporal (permanência das comunidades virtuais pedófilas por vários meses), não se tem por caracterizado o delito previsto no art. 288, do CP, quando a prova produzida evidenciar que a associação dos integrantes dessas comunidades virtuais não se dava de forma estável, mas, senão, ocasionalmente.

4. A alteração legislativa promovida pela Lei 10.764, de 12.11.2003 integrou ao *caput* do artigo 241, do ECA, a utilização da "rede mundial de computadores ou internet" como meio de comunicação apto a apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. Portanto, sendo o uso da internet inerente ao tipo, descabe a negatização da circunstância judicial *culpabilidade* sob esse fundamento. 5. Reconhecido o concurso material de crimes, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente, consoante o disposto no artigo 69, *caput*, do CP. Assim, sendo a soma das penas superior a 4 anos, inviável sejam elas consideradas isoladamente para fins de substituição por restritivas de direito (art. 44, inciso I, do CP). (TRF4 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005.72.04.007980-0/SC. RELATOR Des. TADAAQUI HIROSE) Porto Alegre, 26 de outubro de 2010.

Como visto no julgado supra em que pese seja elevado o grau de reprovabilidade da conduta tipificada no artigo 241 e seguintes da Lei 8.069/90, ECA, em “tese praticada pelo acusado” – os fatos serem ensejadores de repugnância e caracterizados pela extrema falta de pudor, e também a divulgação de fotos e vídeos digitais contendo pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes na internet. Os fundamentos lá apontados, não obstaram os direitos fundamentais do “então acusado,” ainda não condenado, apresentaram-se insuficientes à decretação e à manutenção da prisão cautelar. O custeio de segregação de acusados, sem condenação com base em hediondez do delito ainda não sentenciado, contraria a constituição e a lei penal que deve ser observada acima de tudo, pena de ilegalidade processual.

2.2 A ausência de tipo penal para pedofilia

Por enquanto, por mais que os meios de comunicação repitam a expressão "crime de pedofilia", por força do princípio da reserva legal, pedofilia é uma parafilia, podendo ser crime ou não, depende do comportamento do portador da perversão. Nosso ordenamento jurídico não contempla a figura do pedófilo, porquanto esta figura é tratada pela psiquiatria. Muitas dificuldades encontra-se para analisar, o tema sobre a pedofilia. Apesar de um assunto antigo, ainda hoje é tratado como tabu.

Dada à escassez de trabalhos científicos sobre a matéria referente à pedofilia e de sua grande importância para a vida prática e profissional, porém devido à ojeriza causada pelo tema, torna-se muito pesado. Talvez por envolver crianças e exatamente por esta razão é que merecia mais atenção de todos. Trata-se de buscar um futuro melhor e mais seguro para as próximas gerações. Fala-se nas futuras, embora o ideal fosse uma solução agora para estas. Espera-se, no entanto que advindo uma solução para um problema que acompanha há séculos a humanidade, ao menos às próximas se evite o sofrimento vivido e sentido pelas gerações passadas, inclusive as atuais.

A tipicidade, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Contenta-se esse posicionamento, fruto da teoria causal-naturalista e finalista da ação, com a mera antinormatividade formal.

Em consequência, toda conduta humana que pratica um tipo penal é antinormativa, porque conflita com a norma imperativa que impõe determinada conduta como típica. Para violar a norma imperativa basta realizar, ou não realizar, a conduta tipificada. Na falsidade grosseira, por exemplo, o sujeito realiza uma falsidade que a norma imperativa proíbe, mas dificilmente viola a norma de valoração, por não conseguir o resultado pretendido com a violação.

Sem que consiga o resultado – jurídico - não há que se falar em crime, nos termos do artigo 13 do Código Penal. É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal.

Neste sentido, Marcelo Rodrigues da Silva entende que:

é necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados.¹²⁷

A partir da eleição do bem jurídico-penal podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa. O juízo de tipicidade, deste modo, já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação.

Como bem ressaltou Zaffaroni,

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.¹²⁸

¹²⁷ SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11. n. 45, p.159-185, 2003. p. 159.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: RT, 2009. p. 226.

Assim, pode-se caracterizar penalmente a Pedofilia como uma espécie de conduta, a qual é reprovável perante a sociedade devido aos seus efeitos. Não existe crime sem ação, ou seja, para que estar diante de um fato típico, antijurídico e culpável, deve haver conduta penalmente reprovável, porém o que ocorre na situação de Pedofilia é que esta só trás a conduta reprovável, não constando um dos elementos essenciais do fato típico, qual seja, a tipicidade. Na ordem jurídica vigente em nosso país, como dito, nenhum tipo penal específico relativo à conduta típica da Pedofilia, nem ao sadismo, ao voyeirismo, fetichismo, etc., pois são parafilias herdeiras das psicopatologias.

O que se procura na atualidade é a adequação do resultado exaurido pelas condutas dos portadores destas parafilias aos tipos penais existentes, por exemplo, o indivíduo que pratica sexo com uma menina de 13 anos cometeu o crime de estupro de vulnerável, insculpido no tipo penal previsto no artigo 213, que combinado com o artigo 224, "A", da Lei Penal Substantiva, ou seja, estupro de vulnerável, com presunção de violência.

Desta forma, resta claro o entendimento de que Pedofilia não é crime, todavia, a conduta de um pedófilo que vier a infringir um tipo penal daqueles existente na legislação penal vigente é que será crime, não havendo necessidade de criar novo tipo penal específico. A especificidade encontra-se na conduta praticada pelo pedófilo ou pelo abusador sexual da criança ou adolescente.

Como se pode ver em mais detalhes deste trabalho, a lei brasileira adota o *critério biopsicológico* na definição de inimputabilidade¹²⁹. Isso significa que deve haver um transtorno mental (elemento biológico) que altere a cognição ou a volição (elemento psicológico) no momento da realização do ato criminoso. Não basta um transtorno mental, mesmo que grave, para que o agente seja considerado inimputável, nem o prejuízo da capacidade de entendimento e de autodeterminação

¹²⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1.

se este não for ocasionado por um transtorno mental, mesmo que a afecção mental venha a se manifestar após o delito.¹³⁰

Assim é fundamental a avaliação do agente agressor por psiquiatra forense, perito profissional, com parecer técnico, dotado de conhecimento científico, que comprove sua sanidade mental, se pedófilo ou não, presumindo-se tal parecer, isento, imparcial e confiável, por questão de direito e de justiça.

2.3 Medida de segurança

Só a lei poderá estabelecer a Medida de Segurança, que tem como pressuposto a prática de um fato definido como crime ou contravenção e a periculosidade do agente que, inicialmente, foi abordada pela escola positiva com Lombroso, Ferri e Rafael Garófalo¹³¹.

A Medida de Segurança tem função preventiva e busca afastar do convívio social o inimputável, de acordo com o artigo 26 do Código Brasileiro¹³². São considerados inimputáveis aqueles inteiramente incapazes de entender o caráter delituoso do fato e de orientar seu atuar de acordo com aquela compreensão, ou ainda semi-imputável¹³³. Os semi-imputáveis são aqueles que não são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato tido como criminoso.

Os inimputáveis e semi-imputáveis são considerados perigosos, devido ao seu distúrbio, e o afastamento do convívio social, se dá por tempo indeterminado, pois tal medida só cessa quando não houver mais perigo. O caráter perigoso do agente não se presume, comprova-se. Primeiro se faz a comprovação da qualidade

¹³⁰TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias, CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012

¹³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

¹³² Art. 26 caput (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2008).

¹³³ Art. 26 § único. (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2008)

sintomática de perigo (diagnóstico da periculosidade); e depois a comprovação da relação entre a qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal)¹³⁴.

A periculosidade pode ser verificada de maneira real, quando o juiz verifica de acordo com o caso concreto, ou presumida, quando a própria lei estabelece que determinado indivíduo deva ser submetido à Medida de Segurança, sem necessidade de avaliação do perigo. Importante destacar o artigo 97 do Código Penal que traz: “Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

Observa-se que aos imputáveis não há verificação de periculosidade, presume-se, o que não ocorre com o semi-imputável que se submete ao sistema de periculosidade real, ficando a cargo do juiz investigá-la no caso concreto, com o auxílio de peritos. Com relação às espécies de Medida de Segurança, dispõem os artigos 96, 97, 98 e 99 do Código Penal:

Espécies de medidas de segurança.

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Imposição da medida de segurança para inimputável.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal** Brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Substituição da pena por medida de segurança para o semiimputável

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Direitos do internado

Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

Refere-se o inciso I do artigo 96, à Medida de Segurança detentiva, que sujeita à Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Essa modalidade é aplicável quando o agente pratica fato punível com reclusão e facultativamente aos que tenham praticado delito cuja natureza da pena abstratamente cominada é de detenção. O inciso II do mesmo artigo trata da espécie restritiva, cabível quando o fato for punível com detenção. Neste caso, são dispensados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento que não implica internação, pois o sujeito comparece ao hospital nos dias em que o médico determinar, para que seja aplicada a terapia prescrita.

O artigo 26 do Código Penal dispõe sobre a isenção de pena ao inimputável que comete fato típico e antijurídico. A sentença de absolvição deste indivíduo é

chamada de sentença absolutória imprópria, pois o agente sofre uma sanção penal, considerando que a medida de segurança é aplicável de qualquer forma. Já o semi-imputável do parágrafo único do artigo 26, que comete fato típico e antijurídico, submete-se ao chamado sistema vicariante ou unitário, que possibilita a pena reduzida ou a aplicação da medida de segurança.

Ao semi-imputável a sentença é sempre condenatória. Primeiro o juiz fixa a pena privativa de liberdade e só depois, na própria sentença, substitui pela medida de segurança, cujo prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial deve ser fixado no limite de um a três anos.

É interessante mencionar que a legislação fixa um prazo mínimo para a aplicação da medida de segurança, porém, a duração é por prazo indeterminado, ou seja, não se afasta a hipótese de a medida de segurança se prolongue pela vida toda, e este é um motivo de preocupação entre os juristas. Comprovada a cessação da periculosidade, o juiz da execução determinará a revogação da medida de segurança, com desinternação ou liberação do agente em caráter provisório, sob as condições do livramento condicional.

2.4 Pedofilia na atualidade.

A informação prolifera nos lares, na imprensa brasileira, não se passa um dia sequer, sem que os jornais denunciem crimes de pedofilia, como se pedofilia fosse crime no Direito brasileiro. Entretanto, repisa-se pedofilia nunca foi crime, e nem é crime, em nosso ordenamento jurídico. Pedofilia é conceito da área da psiquiatria que define uma perturbação mental no indivíduo. Resultado da história pessoal e de todo um contexto social. Na verdade, são crimes: o estupro, agora, o estupro de vulneráveis artigo 217-A do Código Penal, recentemente criado pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal e o artigo 1º da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos

e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que tratava da corrupção de menores.

Sendo certo que também são crimes, por exemplo, a corrupção de menores prevista no artigo 218 do Código Penal, a satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente artigo 218-A do Código Penal, o favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável artigo 218-B do Código Penal, portanto, pedofilia não está tipificada como crime. Apesar de que o termo pedofilia extravasou o domínio científico e passou para o léxico social, designando indiscriminadamente qualquer conduta de violência sexual contra crianças.

Se alguém tem relações com uma menor de 14 anos, pratica o crime de estupro. Pedofilia é outra coisa, e nosso direito não contempla essa figura. O mundo acadêmico fica dormitando sobre a situação, e políticas públicas de combate a "pedofilia" não são levadas à efeito. A precariedade da saúde e a precariedade do sistema penal se entrelaçam com a falta de vontade do Estado de encarar a situação, resultando daí o agravamento da mesma. Cumpre lembrar ainda, que a Classificação Interna de Doenças (CID 10) da Organização Mundial de Saúde (OMS), item F65.4, define pedofilia como "Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes"¹³⁵. Os Manuais de Medicina Legal, a exemplo de Croce, lecionam que: "Pedofilia é o desvio sexual caracterizado pela atração por crianças, com os quais os portadores dão vazão ao erotismo pela prática de obscenidades ou de atos libidinosos"¹³⁶.

A confusão mantida pelas instituições, e, sobretudo, por inúmeros círculos acadêmicos de confundir, ou mesmo de não levar em consideração, a extrema diferença entre os perfis psicológicos do pedófilo e do agressor sexual venha a ensejar a impunidade destes e a injusta imposição de pena daqueles que sofrem

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID 10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre. Artmed:1993.

¹³⁶ CROCE, Delton, et al. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

efetivamente de mal tão grave, apto, portanto, ao reconhecimento das suas inimizabilidades.

O professor Aury discorrendo sobre a vida e obra de Godschmidt ou seja, a complexidade social exige um **olhar interdisciplinar**, que transcenda as categorias fechadas – como as tradicionalmente concebidas no direito – para colocar os diferentes campos do saber para dialogar em igualdade de condições e, assim, construir uma nova linguagem¹³⁷.

No próximo capítulo tratar-se-á de distinguir imputabilidade e inimutabilidade como excludente da ilicitude, envolvendo pedófilos e abusadores sexuais, em diferentes campos.

¹³⁷ LOPES JUNIOR, Aury; SILVA, Paulo Rodrigo Alfien da. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 173-197.

3 IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE PENAL

3.1 IMPUTABILIDADE

Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. Exemplo: um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade¹³⁸.

A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos.

Na precisa síntese de Welzel, a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um “cognoscivo ou intelectual” e outro “de vontade ou volitivo”, isto é a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da

¹³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

vontade conforme ao sentido, agregando que somente ambos os momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade.¹³⁹

Em relação à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, é importante sempre ter-se em mente a complexidade inerente à constituição do homem, suas relações sociais e os demais aspectos que circundam as interações humanas. Nesse sentido, a verificação, nos casos concretos, de que um homem possui possibilidade de compreender a atitude realizada, bem como determinar-se diante dela, é tarefa de extrema complexidade, eis que, conforme ensina Hans Welzel, “tal coisa não se estabelece mediante nenhum juízo geral sobre sua natureza, mas sim por meio de um juízo existencial que pronuncia uma afirmação sobre a realidade individual”.¹⁴⁰

3.2 Causas de exclusão da imputabilidade

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece algumas hipóteses expressas em que ocorre a exclusão da imputabilidade. Dentre elas, elencamos as seguintes: Doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado- conforme as disposições do artigo 26 do Código Penal. A doença mental figura entre as causas biológicas que podem condicionar a irresponsabilidade penal.

Doença mental

Artigo 26 Código Penal - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹³⁹ WELZEL apud Cezar Roberto Bitencourt, Reflexões acerca da culpabilidade finalista na doutrina alemã, RT, 654/259

¹⁴⁰ WELZEL, Hans. **Direito penal. Campinas**: Romana, 2003. p. 233.

Segundo a descrição do DSM.IV, a característica essencial do Retardo Mental é quando a pessoa tem um “funcionamento intelectual significativamente inferior à média, acompanhado de limitações significativas no funcionamento adaptativo em pelo menos duas das seguintes áreas de habilidades: comunicação, autocuidados, vida doméstica, habilidades sociais, relacionamento interpessoal, uso de recursos comunitários, auto-suficiência, habilidades acadêmicas, trabalho, lazer, saúde e segurança”. Como exemplo de doença mental, pode-se citar: paralisia cerebral progressiva, esquizofrenia, psicose maníaca depressiva, epilepsia grave, demência senil, paranóia.¹⁴¹

Segundo Mirabete¹⁴²:

Menciona a lei a doença mental. Embora vaga e sem maior rigor científico, a expressão abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental. Entre elas, há as chamadas psicoses funcionais: a esquizofrenia (sobretudo a de forma paranóide, em que são comuns os impulsos em que o sujeito agride e mata por ser portador de mentalidade selvagem e primitiva, sujeita a explosões de fúria, mas que não escolhem nenhuma classe de delitos e cometem mesmo os que demandam meditação e refinamento na execução RT 568/ 260, 582/369); a psicose maníaco-depressiva (em que existe uma desorganização da sociabilidade e, eventualmente, da personalidade, provocando isolamento e condutas anti-sociais); a paranóia (que afeta o pensamento e sobretudo as relações com o mundo exterior, às vezes associadas à síndrome paranóide) etc. São também doenças mentais a epilepsia (neuropicose constitucional com efeitos determinantes de profundas alterações do caráter, da inteligência, da consciência e dos sentidos).

O ilustrado autor lembra ainda, que não se pode ignorar a existência de certas formas de esquizofrenia e outras doenças mentais em que o agente fica sujeito a alucinações e que, assim, ao praticar o fato, não age com dolo, pela ausência de consciência e vontade de integralizar os elementos objetivos do tipo, como, por exemplo, ao matar um homem supondo que enfrenta um “dragão”.

¹⁴¹PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.p. 406

¹⁴²MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. Parte geral. Atualizada até 31 de dezembro de 2006.

No caso, estaria excluída a própria conduta típica e não simplesmente a imputabilidade. A lei, contudo, não distingue entre tais hipóteses, considerando apenas excluída sempre e unicamente a imputabilidade.

Esquizofrenia¹⁴³: É uma psicose dissociativa que se evidencia pela ruptura entre a vida interior do paciente e o mundo que o rodeia, indicando uma falta de equilíbrio entre sua personalidade e o meio ambiente e, sobretudo, acusando uma desorganização profunda em suas funções psíquicas. É verificada geralmente em pessoas jovens e tem duração permanente. “A doença evolui por surtos, isto é, existem períodos de exacerbação dos sintomas mórbidos e existem períodos de calmaria” . Porém, mesmo remissão o surto agudo, no período intervalar o paciente continua apresentando desordens mentais, que se chama, defeito esquizofrênico, caracterizado por embotamento afetivo, ensimesmamento, falta de hetero e autocrítica, distúrbios de pensamento etc., que podem manifestar-se em conjunto ou isoladamente. Os surtos não têm frequência constante. Podem ocorrer várias vezes ao ano ou em uma só vez na vida, mas se ele são irregulares quanto à frequência, não o são quanto ao desarranjo psicopatológico que engendram na mente do sofredor. São sempre graves geralmente de difícil abordagem terapêutica, e quanto mais amiúde ocorrem mais rapidamente levam o paciente ao comprometimento total das esferas psíquicas, à demência propriamente dita. A esquizofrenia é incurável e subdivide-se em quatro formas clínicas: catatônica, hebefrênica, simples e paranóide, cada qual com características bem definidas.

A demência senil (em que surgem o enfraquecimento da memória, principalmente quanto a fatos recentes, a dificuldade em fazer julgamento geral das situações, episódicas depressões e ansiedades, mudança de comportamento etc. RT 411/102, 380/156.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já se manifestou a cerca da distinção de forma elucidativa, senão vejamos:

“Não produzem inimizabilidade a embriaguez voluntária ou culposa, excluindo-se, todavia, a embriaguez patológica, psicose alcoólica etc. Estas, porém, devem ser constatadas mediante exames próprios e não simples alegações que existem isoladas nos autos TA Crim.-SP - Rev. - Rel. Silva Rico - RJD 07/242” {em Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, Editora

¹⁴³ PALOMBA, Guido Arturo. **Loucura e Crime**. 2.ed. São Paulo: Fiúza, 1996. p.27-28.

Revista dos Tribunais, vol. 2, pág. 1.781}. Colhe-se das lições de medicina legal que a embriaguez patológica é uma espécie de psicose alcoólica que equivale ao alcoolismo crônico que provoca acessos furiosos, atos de violência e ataques convulsivos (citado em Manual de Direito Penal, de Júlio Fabrimi Mirabete, Parte Geral, 12.^a ed., 1997, pág. 209).

Sobre o assunto destacamos abaixo decisões de nossos Tribunais pátrios:

“A embriaguez patológica verifica-se nos predispostos, nos tarados, nos filhos de alcoólatras. Nesses indivíduos extremamente suscetíveis às bebidas alcoólicas, doses pequenas podem desencadear acessos furiosos, atos de incrível violência, ataques convulsivos, tornando-os irresponsáveis por sua conduta.” {TJSP - Rec. - Rel. Onei Raphael - RT 411/102}.

“É inimputável o agente que, segundo o exame de sanidade mental, confortado por outros elementos probatórios do processo, era, ao tempo de fato, portador de psicose alcoólica com traços de esquizofrenia, e, como essa espécie nosológica caracteriza-se pela periculosidade do doente, deve ele sujeitar-se à medida de segurança de internação em vez da pena privativa de liberdade imposta em primeiro grau, sem embargo de cuidar-se de pena de detenção e de apelação exclusiva da defesa, calculando-se o prazo mínimo de dilação da medida de acordo com a gravidade da referida anomalia. TA Crim.-SP - AC - Rel. Haroldo Luz - RT 698/354” (em Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Editora Revista dos Tribunais, 6.^a edição, Vol. 1 - Tomo I, pág. 397).

A doença mental, para efeitos da norma jurídica, apresenta-se como um estado moroso da psique, capaz de produzir profundas inibições na inteligência ou na vontade, no momento da ação ou da omissão. Por outro ângulo, é de se ter presente que o conceito psiquiátrico da doença mental, embora sirva de base para a formulação do conceito jurídico, nem sempre coincide exatamente com este.

Não há de se confundir a perturbação da saúde mental, com a doença mental propriamente dita. Nas enfermidades psíquicas, há sempre uma perturbação da saúde mental, mas tais perturbações nem sempre decorrem de uma doença mental, na concepção científica do termo.¹⁴⁴

¹⁴⁴ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da Responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

O termo “doença mental”, no campo penal engloba todas as alterações mórbidas da saúde mental, independentemente da causa, referindo-se tanto às psicoses endógenas ou congênitas esquizofrenia, paranóia, psicose maníaco depressiva ou exógenas - demência senil, paralisia geral progressiva, epilepsia.

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado:

São Exemplos: oligofrenias, idiotia, imbecilidade, debilidade mental, surdo-mudez (surdo-mudo não educado), silvícola não integrado,¹⁴⁵ tais patologias podem determinar a incapacidade de compreender o injusto do fato, ou de agir conforme essa compreensão.¹⁴⁶

Silvícolas inadaptados ao convívio social¹⁴⁷.

O índio é considerado relativamente incapaz, estando, portanto, sujeito à tutela da União para os efeitos civis, nada impedindo que, mesmo não integrado, seja criminalmente responsável (art. 56 da Lei n. 6.0001/73). Nesse caso, na hipótese de condenação, a pena aplicada deverá ser atenuada, e quando da sua cominação, o juiz atenderá ao grau de integração do silvícola, que poderá cumpri-la em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos de sua habitação. O Estatuto do Índio (Lei n. 6.0001/73) estabelece categorias que refletem etapas sucessivas no processo de integração á sociedade nacional, ou seja, a de índios isolados, em vias de integração e integrados. Esses últimos são exclusivos e textualmente, os incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício de seus direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura.

Sobre menoridade, está expressamente explicitada no Código Penal artigo 27, sujeitando os menores de dezoito anos à legislação especial, no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, em face da inimputabilidade destes diante do Código Penal.

¹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

¹⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.296-7.

¹⁴⁷ PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

Aplica-se o critério biológico, utilizando-se a idade do agente como fator de inimizabilidade absoluta. Para os menores de 18 anos, quando da prática de um ato infracional, aplica-se a chamada medida socioeducativa, regulada pela Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

Embriaguez acidental completa - artigo 28, II, §1º, Código Penal:

Artigo 28, II, §1º - Embriaguez § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nos casos estudados neste ponto, como visto exclui-se a culpabilidade, pois os agentes são inimputáveis pelo texto da lei. Existe a possibilidade, ainda de exclusão de culpabilidade nos casos de força maior, caso fortuito ou dependência pelo uso de substâncias entorpecentes.

3.3 Potencial conhecimento da ilicitude e o poder de auto determinar-se

O autor de um fato típico e antijurídico, mesmo sendo imputável, ainda não pode ter decretado sobre si um juízo desfavorável de censurabilidade em relação à sua conduta.

Prosseguindo na verificação da culpabilidade do agente, é necessário que se faça um exame acerca do potencial conhecimento da antijuridicidade do fato, ou seja, se o agente possuía condições de conhecimento do que representava o injusto nas circunstâncias de sua cognoscibilidade, da capacidade de seu conhecimento.¹⁴⁸ De fato, o “objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

penal ou da punibilidade do fato, mas a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida (materialmente antijurídica).¹⁴⁹

Após a constatação da existência de um fato típico e antijurídico, realizado por um sujeito capaz de culpabilidade, ou seja, imputável, com conhecimento potencial ou real da proibição concreta, necessário se faz a análise acerca das circunstâncias específicas que cingem o cometimento do injusto e se estas efetivamente determinavam que o agente agisse em conformidade com o direito. De fato, existem situações extremamente particulares e peculiares em que não se pode exigir do autor – mesmo capaz de imputação e em pleno conhecimento do injusto – uma atuação em consonância com o ordenamento.

Contudo, fato é que o direito deve sempre ter em conta a racionalização de construções desta índole evitando que ocorra a banalização da força de vigência de suas normas. Ademais, neste ponto deve-se atentar para a normalidade/anormalidade¹⁵⁰ das circunstâncias fáticas envolvidas em cada caso concreto, a fim de verificar se estas efetivamente possuem força efetiva para reduzir ou excluir a possibilidade de culpabilidade do agente por força de inexigibilidade de conduta diversa.

Imperioso lembrar, que o Direito não pode exigir dos cidadãos comuns comportamentos heróicos, tampouco pode cominar uma pena quando, “em situação extrema, alguém prefere realizar um fato proibido pela lei penal a ter que sacrificar sua própria vida ou sua integridade física.”¹⁵¹

Destarte, é válido o estudo do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, a seguir tratado. A inexigibilidade de conduta diversa aparece como tema de debate na dogmática penal, relacionada com o conceito normativo de culpabilidade desenvolvido no início do século XX. Muitas discussões são feitas em relação ao

¹⁴⁹ WESSELZ, Johannes. **Direito penal**: aspetos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 90.

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 162.

instituto, tendo sido este, em um primeiro momento, rechaçado como forma *supralegal* de exclusão de culpabilidade. Mais tarde, porém, o debate acerca do objeto é retomado, com o surgimento de diversos fundamentos.¹⁵²

Sobre o tema, relevante trazer à baila o panorama doutrinário elaborado por Jorge de Figueiredo Dias.¹⁵³ O autor refere a existência das seguintes interpretações doutrinárias: a primeira considera a inexigibilidade como causa de diminuição substancial da culpa e de renúncia da ordem jurídica à sua punição (causa de desculpa). Segundo essa corrente, ocorre renúncia, por parte da ordem jurídica, da aplicação de uma pena, ainda que subsista culpabilidade em grau consideravelmente reduzido. Outrossim, refere posicionamento no sentido de entender a inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilização pelo fato.

Pauta-se em razões político-criminais e de funcionalidade do sistema penal e prescreve a criação de uma categoria denominada “responsabilização pelo fato”, a qual deve situar-se entre a ilicitude e a culpabilidade. Em casos de inexigibilidade, essa é a categoria que deve ser excluída. Ainda, importa ter-se em conta que a conduta antijurídica há de ser “desculpável” relativamente a toda e qualquer pessoa e não relativamente ao agente concreto.

Rechaçando a inexigibilidade como exclusão de culpa, manifesta-se posicionamento indicando a inexigibilidade como causa de exclusão de ilicitude. Conforme essa teoria, “os comportamentos em situação de inexigibilidade seriam lícitos não porque a culpa estivesse afastada, sequer porque não revelariam necessidades de punição, mas, pura e simplesmente, porque o direito não quer lutar contra esta espécie de comportamento.”¹⁵⁴ Ademais, traz o autor a teoria trabalhada por Claus Roxin, a qual entende a inexigibilidade como causa de exclusão da “responsabilidade.”

¹⁵² SANTOS, op cit.

¹⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. T. 1 p. 602-608.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 605.

Em contrariedade às teorias citadas anteriormente, tal teoria pretende situar a questão da inexigibilidade em uma categoria posterior à culpabilidade, denominada “responsabilidade”. Ainda, os casos de inexigibilidade seriam tratados não como excludentes de culpabilidade, mas como fatos em que não há a necessidade de punição, ante a inexistência de exigências de prevenção.

Por fim, o autor exprime sua opinião ao considerar a inexigibilidade uma causa legal de exclusão de culpabilidade, nos casos em que “a situação exterior seja uma tal que permita afirmar que também a generalidade dos homens honestos ou normalmente fieis ao direito teria provavelmente atuado da mesma maneira; e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no fato não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis.”¹⁵⁵

Em sentido contrário ao que sustenta Jorge de Figueiredo Dias, muito mais próximo da corrente doutrinária da responsabilidade normativa de Claus Roxin, o professor Juarez Cirino dos Santos, defende a existência de causas supralegais de exculpação fundadas em situações de desnecessidade preventiva que se baseiam em contextos de anormalidade, possuindo relação com o conceito de inexigibilidade de conduta diversa.¹⁵⁶

3.4 Causas legais de exculpação

Nosso ordenamento jurídico abarca, segundo o artigo 22 do Código Penal Brasileiro: “Artigo 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

¹⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. p. 605..

¹⁵⁶ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

As causas legais de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa¹⁵⁷: a) coação irresistível, b) obediência hierárquica.

No que toca à coação irresistível, importa registrar que esta

se caracteriza pelo emprego de força. O conceito de força, para o instituto, deve ser entendido como *vis compulsiva*, não devendo-se confundir com a denominada *vis absoluta* ou força absoluta (exemplo: violência física, tortura, espancamento), esta exclui a vontade e, portanto, a própria ação. A ameaça irresistível contra o coagido para realizar fato definido como crime.¹⁵⁸

Para que a coação possa se caracterizar efetivamente, como fator excludente de culpabilidade é necessário que essa se apresente dotada de algumas características, tais como a atualidade, a efetiva capacidade lesiva e a impossibilidade de evitar o perigo de outro modo.

Relativamente à obediência hierárquica, primeiramente, vale frisar que esta só é reconhecível nas relações de direito público, não sendo a hierarquia própria das relações privadas abrangidas por esse dispositivo.¹⁵⁹ Da mesma forma, aludida exculpante somente incide quando a ordem superior não for manifestamente ilegal. Pode, no entanto, ser apenas ilegal, desde que sua ilegalidade não seja explícita. Todavia, quando se tratar de funcionário militar, este não responde nem mesmo quando a ordem cumprida for considerada manifestamente ilegal, tendo em vista a vigência do dever legal de obediência nas instituições militares.¹⁶⁰

Ademais, ainda no âmbito da hierarquia militar, qualquer subordinação pode configurar a ocorrência do delito de recusa de obediência. “Artigo 163 Código Penal Militar. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave”.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

¹⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 335.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007 v. 1.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 359.

3.5 Causas supralegais de exculpação

No que toca às causas supralegais de exculpação,¹⁶¹ o conceito apresentado extrapola a mera exclusão da culpabilidade, eis que funda-se na ideia de inexigibilidade como cláusula genérica e princípio geral de direito. Como forma de aprofundar melhor o estudo novamente indica-se: fundamentalmente com base em Juarez Cirino dos Santos,¹⁶² o qual cita algumas tomadas como exemplo de aplicação do instituto: a) o fato de consciência, b) a provocação da situação de legítima defesa, c) a desobediência civil e d) o conflito de deveres, e) o excesso de legítima defesa real, e) o excesso de legítima defesa putativa e f) o estado de necessidade exculpante.

O autor define como fato de consciência situações em que a exculpação incide com fundamento na garantia constitucional de liberdade de crença e de consciência, assegurada pelo artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Tais garantias não podem ser violadas pela lei penal, mas tão somente confrontadas e até sopesadas com outros direitos fundamentais.

¹⁶¹ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

Nesses casos, a conduta do agente se constitui como “a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como certo ou errado.”¹⁶³

Todavia, para que efetivamente haja a exculpação é necessária que exista alternativa neutra, apta a isentar de lesão o bem jurídico tutelado. Como por exemplo, a recusa de um médico a realizar um aborto necessário, por motivos de consciência, é suprida por outro que pratica a conduta. A provocação da situação de legítima defesa é circunstância controversa na doutrina, havendo posicionamento recente na dogmática moderna atestando que, em alguns casos, se pode aplicar a exculpação, considerando fatores como a possibilidade de desvio da ação defensiva. Caso se constate a impossibilidade de desvio da ação:

seria possível admitir a exculpação do agressor por ações inevitáveis de defesa, porque o Estado não pode exigir de ninguém a renúncia ao direito de viver, nem criar situações sem saída, em que as alternativas são ou deixar-se matar ou sofrer pena rigorosa¹⁶⁴.

Concernente à desobediência civil, o autor ilustra a exculpante com base em ações em prol do bem comum, direitos básicos da população e direitos humanos fundamentais. Como exemplo: greves de trabalhadores, reivindicações de movimentos como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Tais manifestações, contudo, não podem se constituir em ações violentas ou que ameacem a ordem vigente. Ademais, a causa exculpante definida pelo autor como conflito de deveres pode ser expressada pelo caso paradigmático da atuação de alguns médicos que, durante o regime nazista, praticavam a eutanásia de doentes mentais selecionados, com a finalidade de evitar maior número de mortes, eis que sua recusa em acatar a ordem geraria sua substituição por médicos fieis ao regime autoritário.

¹⁶³SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 343.

¹⁶⁴Ibid., p. 345.

Santos¹⁶⁵ cita como exemplos mais controversos:

a) funcionário da ferrovia que, para evitar a morte de grande número de passageiros, desvia trem de carga desgovernado, causando a morte de alguns trabalhadores;

b) médico que substitui paciente com poucas chances de sobrevivência por outro com menor risco de morte.

Cumpra considerar também a influência das condições sociais como forma de interferência na normalidade das circunstâncias, influenciando, portanto, no juízo de exigibilidade de conduta conforme o direito. O excesso de legítima defesa real pode ocasionar a exclusão da culpabilidade quando determinado pelos denominados fatores astênicos ou fracos (medo, susto ou perturbação), não ocorrendo a exculpante, contudo, quando o excesso se der por ódio ou ira (fatores estênicos ou fortes).

Santos sustenta ainda que o excesso de legítima defesa putativa, igualmente quando determinado por afetos astênicos, deve incidir sobre culpabilidade, eis que a representação que o autor cria da situação errônea de agressão gera efeitos psíquicos idênticos à de uma situação real.

No que diz respeito ao estado de necessidade exculpante, parte da doutrina¹⁶⁶ considera que o autor que sacrifica bem de igual ou maior valor do que o bem salvaguardado, ponderadas as circunstâncias fáticas, pode agir sob o manto da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Cabe aqui registrar apenas a demonstração da existência de posicionamento nesse sentido, ilustrando trazendo algumas ocasiões nas quais inexigibilidade de conduta diversa poderia ser entendida como cláusula geral de direito atuando como causa supralegal de exculpação.

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

¹⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 261-262.

3.6 Inimputabilidade

Assim, para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito é necessário que ele seja capaz. A capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade. Portanto, para Cláudio Brandão, “a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal.”¹⁶⁷

O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade. Sem imputabilidade, não é possível a existência da culpabilidade. Esta depende da presença simultânea dos seguintes elementos: potencial consciência de antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade.

O Código Penal brasileiro não define o que é imputabilidade, todavia, chega-se a esse conceito pela via negativa. A lei penal substantiva, nos artigos 26, 27 e 28, tratou da inimputabilidade. Assim, sempre que não se figurar a inimputabilidade do sujeito, ele será considerado imputável.

Ao tratar das causas de exclusão da imputabilidade, Ferrajoli¹⁶⁸ coloca que a idéia comumente associada a este conjunto de conceitos é a de que o delito é uma ação “anormal” cometida por uma pessoa “normal” em condições “normais”. Afirma que mesmo sendo banal essa idéia traz graves questionamentos que põe em movimento, e em conflito recíproco, concepções globais do homem e do mundo. Indaga se há sentido em distinguir entre pessoais normais ou imputáveis e pessoas anormais ou inimputáveis? E quais seriam os critérios que permitam distinguir os doentes mentais dos sãos? E, antes ainda, é lícito falar dos primeiros como de uma subespécie inferior do gênero humano? Ainda, finalmente, e, sobretudo, é possível considerar como fator causal do delito a vontade consciente de atuar, vontade por sua vez não determinada por causas preexistentes e independentes, senão livre e autodeterminante?

¹⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.164.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón**. 4.ed. Madri: Trotta, 2000.

Aponta ainda Ferrajoli¹⁶⁹ que as teorias da culpabilidade têm desvalorizado o elemento material da ação; e tem predominado inclusive, segundo palavras do autor, “uma diagnose antropológica ou de inquisição pessoal” que apontam para uma periculosidade ou para a perversidade do réu, pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou, à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso.

Dessa forma, uma vez comprovados todas as circunstâncias do fato, é mais ainda estabelecer, no direito, os limites precisos entre excludentes e atenuantes e adotar critérios objetivos para adequar a medida da pena ao grau de culpabilidade determinado pela prova.

Com quais instrumentos pode-se comprovar empiricamente que uma pessoa é materialmente sã ou doente, ou, inclusive que era momentaneamente desconhecadora do que fazia?

E, ainda admitindo que se consiga saber absolutamente tudo sobre esses fenômenos psicológicos, em que medida a doença mental ou a inconsciência, detectadas, são suficientes, para o direito, a ponto de excluir ou atenuar a culpabilidade?

Tais dificuldades continuam sendo, em grande parte, insuperáveis, apesar dos esforços realizados pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, para diferenciar, atendendo à sua intensidade, os diferentes graus de inimputabilidade, do dolo, da culpa: enfermidade ou semi-enfermidade, dolo intencional ou dolo eventual, dolo genérico ou dolo específico, dolo de ímpeto e dolo de propósito, dolo de dano ou dolo de perigo, culpa simples ou culpa com previsão, culpa consciente ou culpa inconsciente.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón**. 4.ed. Madri: Trotta, 2000. p.394.

3.7 Critérios de diagnóstico

De acordo com o DSM-IV-TR – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais¹⁷⁰, a pedofilia se enquadra nos Transtornos Sexuais e da Identidade de Gênero, o qual contempla as Disfunções Sexuais, as Parafilias e os Transtornos de Identidade de Gênero. Parafilias de acordo com Holmes¹⁷¹, cuja classificação segue os principais diagnósticos específicos dos Eixos I e II do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), existem três tipos de transtornos relacionados ao sexo, que podem ser assim descritos:

1. as denominadas *disfunções sexuais*, que envolvem desejo ou estimulação insuficientes e problemas com o prazer (organismo), e que, a princípio, não possuem relação direta com a questão da pedofilia;
2. as *parafilias*, gênero daqueles que buscam a satisfação de estímulos sexual através de meios inapropriados, dentre as quais se encontram espécies como exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, masoquismo, sadismo e voyeurismo, destacando-se a *pedofilia*;
3. os transtornos de identidade gênero.

Para Kaplan e Sadock¹⁷², “as parafilias caracterizam-se por fantasias sexuais específicas, necessidades e práticas sexuais geralmente repetitivas e angustiantes para o indivíduo” e, dentro de suas categorias, encontra-se a pedofilia. Em outras palavras, pode-se dizer que a categoria dos transtornos sexuais é um gênero do qual as parafilias constituem uma espécie.

¹⁷⁰ DSM-IV - **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003., p.545

¹⁷¹ HOLMES, D. **Psicologia dos Transtornos Mentais**. Porto Alegre Artes Médicas,1997.p.408

¹⁷² KAPLAN, H.I.; SADOCK, B.J. **Compêndio de Psiquiatria**. Porto Alegre, Artes Médicas, 1990 - p.377

As parafilias caracterizam-se pela busca de satisfação sexual através de meios inadequados. Uma delas é a pedofilia, na qual a inadequação reside na escolha da criança como objeto de satisfação sexual, assim como na condição de risco em que naturalmente a coloca.

As parafilias configuram-se como uma sexualidade caracterizada por impulsos sexuais intensos e recorrentes, modulados por fantasias e manifestação de comportamentos diferentes dos convencionais, provocando alterações desfavoráveis na vida familiar, ocupacional e social da pessoa por ser um padrão de comportamento caracterizado pela repetição como um quadro compulsivo.

As fantasias geralmente compreendem desejos sexuais ou comportamentos recorrentes, intensos e sexualmente excitantes, podendo envolver objetos não-humanos, sofrimento ou humilhação próprios ou do parceiro, crianças com ou sem o consentimento desta e ou outras pessoas sem o seu consentimento. Dizendo mais, parafilias são caracterizadas por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos, que envolvem objetos, atividades ou situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.

É do ensinamento de Sadock e Sadock¹⁷³, em conceito não longe de críticas devido à apropriação da idéia de normalidade, “as parafilias são expressões anormais da sexualidade que podem variar de um comportamento considerado destrutivo ou ameaçador para a comunidade como um todo.”

Assim, as parafilias implicam comportamentos desadaptados e inadequados na medida em que envolvem sofrimento aos outros e danificam a relação interpessoal mediante agressão, vitimização, imposições unilaterais e outras condutas prejudiciais ou negativas à constituição de vínculos afetivos saudáveis.

¹⁷³ SADOCK, J. B; SADOCK, V.A. **Compêndio de Psiquiatria**. Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica. Porto Alegre: Artmed, 2007, p.766.

Tanto no DSM-IV quanto na CID-10 (Classificação Internacional de Doenças - Organização Mundial da Saúde, 1993), as parafilias compreendem as seguintes espécies¹⁷⁴: exibicionismo (exposição dos genitais); fetichismo (foco em objetos associados ao corpo humano); frotteurismo (ato de esfregar-se em outra pessoa para obter prazer sexual); masoquismo sexual (obtenção de prazer sexual com o sofrimento); sadismo sexual (prazer sexual com o sofrimento físico ou psicológico da vítima); voyeurismo (escopofilia: ver ou observar sem que o outro que está sendo observado ou visto perceba) travestismo fetichista (uso de roupas); pedofilia (excitação com crianças); parafilia sem outra especificação.

Esta última categoria - parafilia sem outra especificação- inclui, dentre outras, as seguintes manifestações: necrofilia (cadáveres); zoofilia (animais); parcialismo (foco exclusivo em uma parte do corpo); coprofilia (fezes); clismafilia (enemas); urofilia (urina); escatologia por telefone (chamadas obscenas) ou por computador - Internet.

Solomon e Patch¹⁷⁵ definem a pedofilia parafilia como o padrão de conduta sexual na qual a fonte predominante do gozo sexual se dá através de meios distintos da relação heterossexual *normal*.

A par dessa e de outras conceituações clássicas, quando o comportamento sexual individual se oriente de modo a prejudicar a capacidade de relacionamento entre outros seres humanos, fica caracterizada a parafilia. A expressão, igualmente oriunda do grego (*para*, além de; *philia*, amizade, amor), inclui, como antes referido, a pedofilia como espécie. Sendo as parafilias um gênero – dentro do qual se situa uma gama muito variada de comportamentos -, costuma-se classificá-las em três grandes categorias, a saber:

¹⁷⁴ DSM-IV - **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.,p. 543

¹⁷⁵ SOLOMON, P. ; PACH,V. **Manual de Psiquiatria**. São Paulo: Atheneu Editora.1975.

1. De impulso sexual e preferência por objetos inumanos (fetichismo e zoofilias);
2. De impulso sexual e preferência por situações que envolvem sofrimento e humilhação (sadismo e masoquismo);
3. De impulso sexual e preferência por parceiros que, por razão de idade ou outra, não são plenamente capazes de consentir (voyeurismo, exibicionismo e *pedofilia*).

Importa sublinhar que muitos abusos sexuais que se cometem contra a infância são praticados por agressores ou abusadores sexuais, e não indivíduos propriamente pedófilos. Abusadores não sentem uma atração sexual específica por crianças, mas agem motivados por diferentes circunstâncias.

De acordo com o DSM-IV-TR¹⁷⁶, os critérios de diagnóstico para pedofilia são os seguintes:

A- Ao longo de um período mínimo de 6 meses, fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas; impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma (ou mais de uma) criança pré-pubere (geralmente com idade inferior a 13 anos);

B- As fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos causam sofrimentos clinicamente significativos ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo;

C- O indivíduo tem, no mínimo, 16 anos e é, pelo menos, 5 anos mais velho que a criança no critério A.

Nota para a codificação: não incluir um indivíduo no final da adolescência envolvido em um relacionamento sexual contínuo com um criança com doze ou treze anos de idade.

¹⁷⁶ DSM-IV - **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003, p.545

Especificar-se: Atração sexual pelo sexo masculino; Atração sexual pelo sexo feminino; Atração por ambos os sexos;

Especificar-se: Restrita ao incesto.

Especificar-se: Tipo exclusivo (atração apenas por crianças); Tipo não exclusivo.

A Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10¹⁷⁷ considera a pedofilia – ao lado do fetichismo, travestismo fetichista, exibicionismo, voyeurismo, sadomasoquismo, e outros – dentro dos denominados Transtornos de Preferência Sexual, os quais, por sua vez, integram os Transtornos de Personalidade e de Comportamento em Adultos (F 60; F65 e F65.4), e a identifica como uma preferência sexual por crianças de idade pré-puberal ou no início da puberdade. Assim, de acordo com a CID-10, os critérios para a configuração de pedofilia são os seguintes: os critérios gerais para transtornos da preferência sexual devem ser satisfeitos. Existe uma preferência persistente ou predominante por atividades sexuais com crianças ou pré-púberes. O indivíduo tem no mínimo 16 anos de idade e é pelo menos cinco anos mais velho que a criança, ou as crianças, do critério B.

Ey, Bernard, e Brisset¹⁷⁸, ao tratarem do comportamento humano no decorrer da vida cotidiana e das reações antissociais – comportamentos que devem ser cuidadosamente estudados quanto ao seu caráter psicológico e, geralmente, atribuídos ao domínio da Criminologia, incluem as denominadas alterações na escolha do objeto – anomalias relativas à eleição do parceiro – no âmbito dos atentados contra os costumes, dentre os quais situam, perfilhando uma visão bastante clássica, a pedofilia.

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID 10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas.** Porto Alegre. Artmed:1993

¹⁷⁸ EY, Henry; BERNARDO, P.; BRISSET, C. **Manual de Psiquiatria.** São Paulo: Masson.1978, p.94

Coerente com esse marco referencial teórico, Ey, Bernard e Brisset, referindo-se às perversões sexuais, destacam a pedofilia na categoria de anomalias da escolha do objeto, ao lado da gerontofilia, da zoofilia e da necrofilia, dentre outras, porque tais comportamentos não atingem apenas o indivíduo, mas a vida social.

Com efeito, embora a pedofilia se esconda dentro de um ambiente privado, o gesto pedofílico ultrapassa o nível do particular e invade os ambiente sociais, colocando-se no lado oposto do bem coletivo e dos interesses da sociedade. O agir pedofílico agride toda a comunidade na medida em que o “outro” da relação é sempre um sujeito privado de anuência: a criança.¹⁷⁹

De fato, na medida em que pulsões internas do indivíduo alteram as condições de vida de outras pessoas, ou categorias de pessoas, tais como crianças e adolescentes, torna-se imperativa uma censura, um juízo de reprovabilidade, uma resposta social e jurídica.

Essa intervenção, do ponto de vista social e antropológico, pertence ao registro das interdições, pois o desejo privado encontra satisfação no amplo campo social, onde valores e princípios reclamam defesa em proteção do outro individual, a criança, mas também da organização da vida em sociedade. Então, padrões normativos são conclamados.

Nesse aspecto, o que era originariamente interno e psicológico passa a ser, também, externo e jurídico. No contexto, a pedofilia – como uma alteração do instinto no qual um impulso de natureza erótica que leva a buscar relações sexuais com crianças – é considerada uma anomalia da escolha do objeto e, como tal, ingressa na rubrica das perversões como um comportamento sexual considerado patológico simplesmente por que se afasta da norma geral aceita pela sociedade no que diz respeito ao tipo de escolha objetual realizado.

¹⁷⁹ TRINDADE, Jorge. **Pedofilia**: aspectos psicológicos e penais. 2. ed. rev.atual. de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/09. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010.

Perversão, consoante tradicional definição de Laplanche e Pontalis,¹⁸⁰ é:

[...] desvio em relação ao ato sexual normal, definido como coito que visa a obtenção do orgasmo por penetração genital, com uma pessoa do sexo oposto. Diz-se que existe perversão quando o orgasmo é obtido com outros objetos sexuais (homossexualidade, pedofilia, bestialidade etc.) ou por outras zonas corporais (coito anal por exemplo) e quando o orgasmo é subordinado de forma imperiosa a certas condições extrínsecas (fetichismo, travestismo, escopofilia, exibicionismo, sado-masiquismo); estas podem mesmo proporcionar, por si só, o prazer sexual. De forma mais englobante, designa-se por perversão o conjunto do comportamento psicosssexual que acompanha tais atipias na obtenção do prazer sexual.

Referidos autores reconhecem que é difícil conceber a noção de perversão sem referência a uma norma e aceitam que a psicanálise trata a perversão nos limites da sexualidade como regressão a uma fixação anterior da libido.

Nesse particular Kernberg¹⁸¹ associa-se à definição de Laplanche e Pontalis¹⁸² com duas modificações: uma para excluir a homossexualidade; e outra, para reservar o conceito para comportamentos fixos, repetitivos e obrigatórios, requeridos para a obtenção da gratificação sexual. Por sua vez, Moore e Fine¹⁸³, em vocabulário referenciado pela Associação Americana de Psicanálise, conceituam a perversão como “comportamento sexual fixo e urgente considerado patológico porque se afasta na escolha objetal e/ou no objetivo da norma adulta aceita de relação genital heterossexual”. Por ambas as definições, a pedofilia é considerada como uma perversão. Entretanto, como a expressão perversão tomou uma conotação pejorativa devido à carga semiológica agregada, subjacente a uma discussão de cunho obrigatoriamente ideológico acerca do normal e do patológico, as classificações, igualmente passíveis do mesmo tipo de crítica, adotaram, com vantagem, a definição de parafilia, que privilegia a qualidade ou a natureza inusitada

¹⁸⁰ LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B. **Vocabulário da Psicanálise**. Santos: Martins Fontes, 1983, p.432.

¹⁸¹ KEMBERG, O. **Agressão nos Transtornos de Personalidade nas Perversões**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1995.

¹⁸² LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B. **Vocabulário da Psicanálise**. Santos: Martins Fontes, 1983.

¹⁸³ MOORE, B.E.; FINE, B.D. **Termos e Conceitos Psicanalíticos**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1992, p. 148

do objeto de interesse erótico¹⁸⁴, em detrimento do critério estatístico ou culturalmente dominante.

3.7.1 Causas das Parafilias

Como todos os fenômenos psicológicos, as explicações sobre as causas das parafilias são dadas por correntes ou escolas psicológicas. Embora todas as abordagens etiológicas se debrucem sobre aspectos multicausais, também denominados multifatoriais em contraposição a modelos que se baseiam em uma causa única e exclusiva, nenhuma linha teórica tem apresentado explicações definitivas sobre o tema das parafilias nem sobre o tópico especial da pedofilia, mas todas tem trazido contribuições importantes que auxiliam a compreensão desse complexo fenômeno humano.

O modelo psicodinâmico, que tem seu principal substrato teórico nos estudos de Freud e de seus desenvolvimentos posteriores e perfila a denominada escola psicanalítica *lato sensu*, trouxe vários conceitos que interessam diretamente a questão da pedofilia. A compreensão dinâmica do desvio sexual começou em 1905, com a obra *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*, e as noções de fixação, catexia e escolha objetal, resumidamente, podem ser apresentadas da seguinte maneira:

- 1) Fixação: ponto que corresponde a um (stop) numa determinada fase do desenvolvimento psicosexual, dificultando ou impedindo a passagem para a etapa posterior;
- 2) Catexia: uma determinada quantidade de energia psíquica vinculada a uma condição específica;

¹⁸⁴ MOORE, B.E.; FINE, B.D. **Termos e Conceitos Psicanalíticos**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1992.

- 3) Escolha objetal: a forma individual pela qual cada sujeito promove a escolha de seus objetos sexuais.

De maneira geral, nas parafilias ocorre um processo em que são utilizados meios desviantes da norma para a obtenção de prazer, sendo que especificamente, na pedofilia, esta escolha recai sobre crianças ou adolescentes, que são, juridicamente, indivíduos não anuentes, isto é, incapazes de consentir validamente. As causas da pedofilia são desconhecidas. Pensava-se que a história de abuso sexual na infância do agressor seria um importante fator de risco, mas inúmeros casos recentes não encontraram relação causal, uma vez que a maioria das crianças que sofrem abuso sexual não se tornam infratores quando adulta, tampouco a maioria dos infratores adultos relata ter sofrido abuso sexual na infância.

Alguns estudos demonstram que homens pedófilos apresentam quociente de inteligência (QI) mais baixo; pontuação mais baixa em testes de memória; são predominantemente canhotos;¹⁸⁵ têm taxas mais altas de reprovação em seu histórico escolar, proporcionais às diferenças de QI;¹⁸⁶ menor estatura;¹⁸⁷ e várias diferenças em estruturas cerebrais, detectadas por meio de ressonância magnética nuclear (RMN). Outros estudos mostraram diferenças significativas na atividade cerebral dos pedófilos, que apresentaram um menor volume de massa branca se comparados a criminosos não sexuais.¹⁸⁸

Apesar de lembrar o trabalho tão criticado de Lombroso, a pesquisa é atual e confiável, sendo importante considerar que pode inferir-se da pesquisa que de fato, o agente pedófilo não pode ser considerado imputável.

¹⁸⁵ CANTOR J. M., et al. Intelligence, memory, and handedness in pedophilia. **Neuropsychology**, Washington, v.18, n. 1, p. 3-14, 2004.

¹⁸⁶ CANTOR J. M. et al. Grade failure and special education placement in sexual offender's educational histories. **Archives of sexual behavior**, New York, v.35, n. 6, p. 743-751, 2006.

¹⁸⁷ CANTOR, J. M. et al. Physical height in pedophilic and hebephilic sexual offenders. **Sexual abuse**, New York, v.19, n.4, p. 395-407, 2007.

¹⁸⁸ CANTOR J. M, et al. Cerebral white matter deficiencies in pedophilic men. **Journal of psychiatric research**., v. 42, n. 3, p. 167-183, 2008.

Imagens de ressonância magnética funcional (RMF) mostram que pessoas diagnosticadas com pedofilia que abusaram de crianças tem ativação reduzida de hipotálamo, em comparação com indivíduos não pedófilos, ao serem expostos a fotos eróticas de adultos.¹⁸⁹

Um estudo de neuroimagem funcional mostrou que o processamento central de estímulos sexuais em “pacientes pedófilos forenses” heterossexuais pode ser alterado por um distúrbio nas redes pré-frontais, em especial no córtex orbitofrontal.¹⁹⁰ Que podem estar associados a comportamentos controlados por estímulo, como os comportamentos sexuais compulsivos”.

As descobertas podem também sugerir “uma disfunção no estágio cognitivo do processamento da excitação sexual.” Áreas cerebrais, como o giro do cíngulo e a região insular, podem ter importante papel no interesse sexual pedofílico. Blanchard e colaboradores¹⁹¹ descrevem uma tentativa de identificar aspectos hormonais pedófilos. Concluíram que, de fato, há alguma evidência de que homens pedófilos têm menos testosterona do que aqueles no grupo-controle, mas os dados não são consistentes para gerar alguma conclusão significativa. Suas descobertas sugerem a existência de uma ou mais características congênitas que causem ou aumentem a probabilidade de se tornar um pedófilo. Evidências de transmissão familiar indicam que fatores genéticos sejam responsáveis pelo desenvolvimento da pedofilia¹⁹².

Apesar de não poderem ser consideradas causas de pedofilia, comorbidades psiquiátricas (como transtornos da personalidade e abuso de substâncias) são fatores de risco para a concretização dos impulsos pedófilos¹⁹³. Ainda é incerta a

¹⁸⁹ WALTER, M. et al. Pedophilia is linked to reduced activation in hypothalamus and lateral prefrontal cortex during visual erotic stimulation. **Biol Psychiatry**, New York, v. 62, n. 6, p. 698-701, 2007.

¹⁹⁰ SCHIFFER B, Vonlaufen C. Executive dysfunctions in pedophilic and nonpedophilic child molesters. **Journal of sexual medicine**., Malden, v. 8, n. 7, p. 1975-1984, 2011.

¹⁹¹ BLANCHARD R, Cantor JM, Robichaud LK. Biological factors in the development of sexual deviance and aggression in males. In: Barbaree HE, Marshall WL, editors. **The juvenile sex offender**. 2. ed. New York: Guilford; 2006.

¹⁹² BLANCHARD R, Cantor JM, Robichaud LK. Biological factors in the development of sexual deviance and aggression in males. In: Barbaree HE, Marshall WL, editors. **The juvenile sex offender**. 2. ed. New York: Guilford; 2006.

¹⁹³ FAGAN P. J et al. Pedophilia. **JAMA**, Chicago, v. 288, n 19, p. 2458-2465, 2002.

prevalência da pedofilia. Alguns pode apresentar alguma excitação sexual em relação a crianças. Hall¹⁹⁴ observou que 32,5% de sua amostra de homens adultos exibiu desde alguma excitação sexual até estímulo pedofílico heterossexual, igual ou maior do que a excitação obtida com estímulos sexuais adultos, e Feierman¹⁹⁵ estimou que 7 a 10 % dos homens adultos possuem alguma atração sexual por crianças do sexo masculino.

Em 1989, Briere e Runtz¹⁹⁶ conduziram um estudo com 193 estudantes universitários e verificaram que 21 % tinham alguma atração sexual por crianças: 9% afirmaram ter fantasias sexuais envolvendo crianças, 5% admitiram se masturbar devido o essas fantasias e 7% consideraram alguma probabilidade de realizar ato sexual com uma criança caso pudessem evitar serem descobertos e punidos por isso. Os autores também notaram que, dado o estigma social subjacentes a essas admissões, é possível hipotetizar que as taxas reais possam ser ainda maiores. O uso do termo " pedófilo" para descrever criminosos que cometem atos sexuais com crianças é utilizado inúmeras vezes de forma errônea.

A maior parte dos crimes envolvendo atos sexuais contra crianças é realizada por pessoas que não são consideradas clinicamente pedófilas, pois não têm atração sexual primária por crianças. Da mesma forma, indivíduos pedófilos podem jamais chegar a cometer o crime devido a contenção de seus impulsos sexuais.

Dessa maneira, como já antes referido, a pedofilia esta classificada dentre os Transtornos de Preferência Sexual (CID-10) como uma preferência sexual por crianças, usualmente em idade pré-puberal ou no início da puberdade. Alguns pedófilos são atraídos apenas por meninas, outros apenas por meninos e outros, ainda, estão interessados em ambos, mas essa condição raramente é identificada em mulheres.

¹⁹⁴ HALL, R.C. A profile of pedophilia: definition, characteristics of offenders, recidivism, treatment outcomes, and forensic issues. **Mayo clinic proceedings.**, Rochester, v. 82, n.4, p. 457-471, 2007.

¹⁹⁵ FEIERMAN J. A biosocial overview. In: Feierman J, editor. **Pedophilia: biosocial dimensions.** New York: Springer-Verlag;1990.

¹⁹⁶ BRIERE J, Runtz M. University males' sexual interest in children: predicting potential indices of "pedophilia" in a nonforensic sample. **Child abuse and neglect**, Oxford, v. 13, n. 1, p.65-75, 1989.

A pedofilia envolve, pois, a atividade sexual de preferência com crianças, tanto na fantasia como na realidade, e pode ser considerada sob os seguintes aspectos: Exclusivamente homossexual; Exclusivamente heterossexual; Mista (meninos e meninas); Intrafamiliar; Extrafamiliar; Tipo exclusivo (apenas crianças) Tipo não exclusivo (crianças e adultos) (ciberabuso).

Sanderson¹⁹⁷ recorre a um outro modelo e apresenta uma classificação em duas amplas categorias: pedófilos predadores e pedófilos não predadores.

3.8 Pedófilos predadores

O abuso sexual ocorre dentro do contexto do rapto; expressão de raiva e hostilidade por meio do sexo, como estuprar uma criança; nem mesmo tratam de obter consentimento; o abusador expressa outras necessidades por meio do sexo; rapto com o objetivo de abusar sexualmente da criança; ameaçam a criança; Ignoram o sofrimento da criança; o abusador justifica seu comportamento; o abuso sexual é, com frequência, agressivo e sádico.

Por sua vez, os pedófilos não predadores, segundo a mesma autora, são subclassificados em:

A) *Pedófilos regressivos*: que se sentem atraídos sexualmente por pessoas adultas e, com frequência, mantém relações com o parceiro do outro sexo, mas sob pressões e condições estressoras, regridem a uma condição mais primitiva, interessando-se sexualmente por crianças.

B) *Pedófilos compulsivos*: que apresentam comportamento previsível e repetido em relação a crianças. São efetivamente pobres, mas suficientemente sedutores para aliciar a criança com “uma amizade ou um amor especial”.

¹⁹⁷ SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo. M Books do Brasil, 2005.

Geralmente são minuciosos, detalhistas e perseverantes, apresentando-se como alguém muito gentil com as crianças, pelo menos até alcançar seus propósitos de satisfação sexual. Em que pese à diferença de idade e a discrepância física, costumam se apresentar como o “melhor amigo da criança”, mas pedem o interesse quando o objetivo sexual é atingido, principalmente porque, depois, a criança não é mais vista como inocente, a característica mais atrativa para o pedófilo.

A partir de um outro ponto de vista, e retomando uma visão psicodinâmica, pode-se inferir que, em geral, os sujeitos pedófilos procuram estabelecer relações com objetos sexuais imaturos (crianças), os quais poderiam ser interpretados como compensadores de uma privação de precoce. Por outro lado, pode-se supor, também, que pedófilos se aproveitam da condição infantil porque, de maneira diversa, não teriam probabilidade de êxito em suas manobras sexuais, especialmente com pessoas psicologicamente bem desenvolvidas.

Assim, o pedófilo apresentaria um tipo especial de fantasia em que só se perceberia capaz de ter relação sexual *como* criança e, portanto, *com* criança, revelando uma imaturidade que remeteria à situação (pré-epídica, quando as relações objetivas se estabeleceram de forma apenas parcial e sem a noção da constância dos objetos. Nesse sentido, o indivíduo estaria reeditando sua própria condição psicodinâmica de desenvolvimento sexual imaturo. Também não tem passado em brancas nuvens o sistema de registro e monitoramento de pedófilos. A crítica sobre esse sistema tem recaído sobre a tese da inviolabilidade da intimidade, à qual se acresce o risco de etiquetamento, pois a política de notificação por parte da polícia é um processo seletivo cujas consequências não podem ser desvalorizadas. Entretanto, frente à pedofilia organizada e sistêmica envolvendo inclusive a *internet*, o registro e o monitoramento de pedófilos têm sido apontados como uma solução adequada e de baixo custo. Utilizando os mesmos instrumentos e recursos tecnológicos dos abusadores, a divulgação através de listas com os nomes de indivíduos já condenados permitiria à população identificar, pela rede, os sujeitos pedófilos, reconhecer a sua trajetória e evitar casos de reincidência, bem como manteria a polícia e a justiça informadas acerca de suas relações,

especialmente aquelas capazes de colocar a criança em risco potencial, como, por exemplo, sua presença em áreas próximas a escolas, praças e parques.

3.8.1 Tratamento, Castração Física e Química

Castração química é a administração de medicamentos com a finalidade de reduzir a libido e a atividade sexual, usualmente na tentativa de prevenir a repetição de crimes sexuais, especialmente contra crianças. Diferente da castração cirúrgica, onde os ductos do esperma são seccionados através de procedimento cirúrgico no escroto. Castração química não castra, nem esteriliza a pessoa, ela apenas reduz temporariamente a libido tornando a pessoa “incapaz” de sentir atração sexual. A castração química é, geralmente considerada reversível quando da interrupção da medicação, não ocorrendo, até o presente momento mudanças físicas e ou psicológicas nos sujeitos que se submeteram ao tratamento.

O tratamento na castração química se da na forma de administração através de injeção de medicamentos tais como, Cyproterone e Depo-Provera e que tem duração de três meses por dose. Testes realizados em 1891, em 48 homens condenados por crimes sexuais apresentaram resultados melhoramentos no comportamento sexual e diminuição de comportamento desviante de cunho sexual. Alguns países como Polônia, Alemanha e alguns estados dos EUA já realizam tratamentos de castração química em condenados por crimes sexuais, porém ainda é vaga a resposta de efetivos resultados a respeito do tratamento como eficácia na diminuição de tais crimes.

Como anteriormente mencionado, tanto a castração química quanto a castração clínica ou física tem recebido críticas e adesões. Entretanto, sem sombra de dúvida, a questão mais controvertida ainda é a castração física que consiste na remoção cirúrgica dos testículos, onde aproximadamente 95% da testosterona é produzida. Nos países em que essa modalidade é aceita, primeiro o acusado deve confessar voluntariamente e por escrito a sua culpabilidade em pelos menos dois casos de abuso sexual a menores de 14 anos. Outrossim, necessita ser avaliado para que se certifiquem as suas condições psicológicas podendo haver

arrependimento até o início da operação, mesmo que já concluído o procedimento legal. Deverá ser observado o sigilo¹⁹⁸.

Não sem apoiadores, a castração física tem merecido muitas críticas devido a sua irreversibilidade e ao princípio fundamental da inviolabilidade física e da integridade física e da integridade corporal. Na realidade, tanto a castração química quanto a castração física não constituem formas de tratamento. São apenas possibilidades de contenção social.

Existem questões controvertidas, em relação ao tema específico da pedofilia, assim como o das parafilias em geral, encerra muitas controvérsias, tendo mobilizado, em todas as épocas, estudiosos, cientistas e profissionais de diversas áreas de atuação, pois envolve uma questão multifacetada que atrai a opinião de vários segmentos da sociedade e implica uma leitura de diferentes disciplinas, sob diferentes enfoques, não apenas do jurista, mas também do psicólogo, do sociólogo, do policial, do professor, do político e do legislador, assim como também das pessoas do povo, cada qual com uma opinião, todas merecedoras de consideração e respeito.

¹⁹⁸ CAPOLUPO, Enrique .Rodolfo. **Ladrones de inocência**. Buenos Aires. Biblioteca de Derecho Penal, 2001. Originalmente presentado como tesis doctoral en la Universidad Del salvador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que se fale sobre o tema relacionado à pedofilia é muito difícil pretender-se esgotá-lo e mais difícil ainda concluir-se haver posto termo ao assunto, eis que a matéria não se esgota, nos mais diversos campos que se queira e possa aprofundar o estudo pesquisa e aprendizado. A prática sexual de uma pessoa adulta com uma criança – púbere ou impúbere, desperta emoções extremamente negativas não só nos envolvidos com o abuso sexual - vítimas, pais, irmãos e parentes próximos, mas também naqueles que nunca tiveram ou viveram um caso concreto na família.

Constantemente vemos estampado no rosto da sociedade, sentimentos de revolta, medo, constrangimento, embaraço, vergonha, culpa, asco, repúdio, nojo, raiva, ira, traduzindo, quando tomam ciência dos abusos sofridos por crianças por agressores sexuais, pedófilos ou não. A sociedade no entanto, há muito já entendeu que tratar o assunto de forma apenas emocional não tem surtido o efeito esperado, muito pelo contrário. Espera-se, que os atos sexuais praticados contra crianças e adolescentes por agressores sexuais, quer se trate de pedófilos, quer se trate simplesmente de agressor perverso, além de serem repudiados e punidos como criminosos, como doentes ou criminosos e doentes, que sejam os autores e vítimas dos atos tratados no campo da medicina e da psiquiatria.

O que parece, no entanto é haver dúvida em relação ao sentimento de culpa e ou de arrependimento pelo ato praticado pelos indivíduos pedófilos, e no entanto, em relação às crianças e jovens vitimadas ou (re)vitimizadas, parece não restar dúvidas de que pedófilos representam um grande risco para aos infantes vítimas, para a família, para a sociedade e para a justiça, uma vez que é tormentoso encontrar o equilíbrio entre castigo justo, segurança social e reabilitação. E além da penalidade, da segurança e reabilitação, fica a intrigante dúvida para todas as questões levantadas. Qual o prejuízo na esfera psíquica, emocional, intelectual e psicológica da criança ou adolescente vítima do abuso sexual? Difícil responder e muito difícil até mesmo para os profissionais da área, psicólogos, para os

psicoterapeutas ou para os médicos psiquiatras diagnosticarem. Sabe-se apenas pelo relato das vítimas que enfrentaram o problema, que sequelas ficam e não são poucas.

Não é demais nesta oportunidade esclarecer, que especificamente no que diz respeito aos aspectos psicológicos da pedofilia, por mais que se investigue e pesquise sobre o assunto, ainda faltará muito estudo, pesquisa e experimentos sólidos para conclusões terminativas, que talvez nunca sejam alcançadas. Também nesse tema, a procedência e o bom-senso epistemológicos costumam ser boa companhia. E como dito por Popper.¹⁹⁹ Nosso conhecimento científico não é ainda conhecimento certo. Está sujeito à revisão. Consta de conjeturas contrastáveis, de hipóteses, de conjeturas que têm sido submetidas às provas mais estritas, porém, com tudo isso, continuam sendo apenas conjeturas.

Do estudo pode concluir-se que o pedófilo apresenta uma personalidade de natureza diferente, apresentam um talento que pode modificar-se nas mais variadas ocasiões, podendo apresentar-se como o mais pacato cidadão na sociedade que lhe enxerga e em muitas vezes o admira, e no entanto trata-se de um lobo com pele de cordeiro.

Em que se pese todo empenho dispensado à causa referente à pedofilia, o que é certo e realmente se pode afirmar sobre o pedófilo é que ele exerce um grande poder sobre a criança, não havendo como assegurar, entretanto sob que condições esse domínio é exercido ou imposto. Sendo de fundamental importância reconhecer-se, que vem travestido de amor esse exercício de poder, frise-se apenas travestido de amor. Pode-se afirmar sobre a personalidade do indivíduo pedófilo que é indefinida, heterogênea tornando muito difícil o seu reconhecimento.

Não se pode confundir o pedófilo com o abusador sexual, embora ambos sejam perigosos para as pequenas vítimas. Infelizmente nunca se sabe de onde

¹⁹⁹ POPPER, karl. **Em busca de um mundo mejor**. Barcelona: Paidós, 1996. p.253

surgirá ou melhor dizendo qual camuflagem está usando. Ironicamente seu disfarce é de boa pessoa, difícil para o adulto, para a mãe, para o pai identificar, quanto mais para o infante. É nesse sentido que o pedófilo pode ser considerado um ladrão da inocência infantil, a qual, uma vez roubada, não pode mais ser devolvida, pois, quando a infância se dissipa, a experiência se converte em relato morto²⁰⁰.

Ao leigo, o tema, pode não causar grave preocupação, contudo, ao estudioso do direito, de olhar atento aos princípios norteadores do sistema penal pátrio, sobretudo, em relação aos princípios da reserva legal, da imputabilidade, da individualização da pena, e do direito penal humanitário, é absolutamente relevante a definição da pedofilia, para poder tratá-la como crime -conduta típica, antijurídica e culpável-, portanto, sujeita a aplicação de pena, ou, como doença consequentemente sujeita a tratamento psiquiátrico em manicômio judiciário.

Como se pode ver com alguns detalhes ao longo deste estudo, a lei brasileira adota o *critério biopsicológico* na definição de inimputabilidade²⁰¹. Isso significa que deve haver um transtorno mental - elemento biológico - que altere a cognição ou a volição -elemento psicológico- no momento da realização do ato criminoso. Assim, não basta um transtorno mental, mesmo que grave, para que o agente seja considerado inimputável, nem o prejuízo da capacidade de entendimento e de autodeterminação se este não for ocasionado por um transtorno mental, mesmo que a afecção mental venha a se manifestar após o delito.

Os quadros comparativos indicam que essa é a regra predominante nas distintas normas penais latino-americanas, apesar da diversidade de linguagem adotada por cada legislador.²⁰² Por ora, ainda que reiteradamente os meios de comunicação repitam a expressão "crime de pedofilia", sendo reproduzido pela

²⁰⁰ TRINDADE, Jorge. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2. ed. rev.atual. de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/09. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010.

²⁰¹ HUNGRIA Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense; 1949. v. 1.

²⁰² TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias, CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

população em geral, é dever esclarecer que por força do princípio da reserva legal, pedofilia não é crime.

O seu enfrentamento científico e jurídico também não é pacífico. Por conseguinte, não há porque se encarar o pedófilo como um ser único, de mesma natureza psíquica, para efeitos de aplicação de sanção penal. O magistrado não pode ser um mero agente a instrumentalizar e a satisfazer o ódio insuflado da multidão, produzindo decisões essencialmente contrárias aos ideais de justiça, mas aparentemente simpáticas à opinião pública.

Resguardadas as proporções de um ou outro caso, do menos danoso ao mais repugnante, as sentenças judiciais devem ser prolatadas com respaldo científico, o tão falado e ao mesmo tempo resistido, exame de sanidade mental, de modo a poder aferir-se se o acusado pedófilo, por questão de justiça, deva ser recolhido à prisão ou submetido a tratamento médico.

Um derradeiro alerta deve ser feito, também por questão de justiça, com as crianças e adolescentes, abusadas ou não, pensar o direito do agressor cuja pena privativa de liberdade é limitada pelo tempo, significa dizer que ele voltará uma vez “paga sua condena”, por sua característica recidiva, atrás de uma nova vítima.

Quer dizer, se o pedófilo ou agressor sofrer medida de segurança, esta perdurará enquanto a periculosidade durar, basta que uma perícia constate que o paciente não mais oferece periculosidade para que seja liberado e volte a conviver em sociedade. Se ao contrário for preso, ficará detido ou recluso, pelo lapso temporal imposto em sua sentença condenatória, transcorrido esse, voltará à sociedade.

Os diagnósticos psiquiátricos, são controversos quanto ao agressor pedófilo ser imputável ou imputável, mas são unânimes em diagnosticar que o agente é recidivo.

Do estudo, duas certezas uma é que pouco importa se ao agente pedófilo ou agressor será aplicada pena ou medida de segurança, ele retornará à sociedade, e a segunda certeza é que retornando fará outras vítimas por seu caráter recidivo.

Assim o direito do agressor deve ser sopesado, com o da vítima, como já o tem sido em questões constitucionais, em conflito mais de um direito fundamental, quando do julgamento no STF (Supremo Tribunal Federal), parecendo melhor aplicação a pena restritiva de direitos, no caso concreto do abusador de crianças e ou pedófilo infrator, no sentido de documentalmente proibi-lo de trabalhar com crianças e adolescentes. Quanto à questão temporal, dependeria de que o infrator fizesse prova de que está curado do transtorno.

A proibição documental, ao agressor de exercer qualquer atividade que envolva cuidados e ou proximidade com as crianças e adolescentes, parece ao menos proteger as últimas de se tornarem presas fáceis, dos primeiros que como dito agem como lobos em pele de cordeiros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, 1995.

ANTUNES, Ferreira. A investigação criminal do abuso sexual de menores : conferência internacional : conclusões. **Sub judice – Justiça e Sociedade**, Coimbra , n. 26, p. 45-49, 2003. Disponível em:< http://209.85.215.104/search?q=cache:VercDfrCW_UJ :www.policiajudiciaria.pt/htm/noticias/conclusões>. Acesso em 09 set 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. **Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**. Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=169>. Acesso em: 29 jun. 2011.

BALIER, Claude. “Psicopatologia dos autores de delitos sexuais contra crianças”. In: GABEL, Marceline (org.) **Crianças vítimas de abuso sexual**. São Paulo: Summus, 1997.

BALLONE, GJ. **Abuso sexual infantil**. Disponível em: < [http:// virtualpsy.locaweb.com.br/ index.php?art=48&sec=19](http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=48&sec=19)>. Acesso em: 09 maio 2011.

BATAILLE, Georges. **O erotismo**. Porto Alegre: L&PM , 1987.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELLE de Jour. Direção: Luis Buñuel. Intérpretes: Jean Sorel, Michel Piccoli, Catherine Deneuve, Geneviève Page. Produção: Robert Hakim, Raymond Hakim, Henri Baum. França: [s.l.], 1967. 1 DVD (120 min.). Versão do título em português: A Bela da Tarde.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007 v. 1.. p. 358.

BITENCURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**: uma visão panorâmica da dogmática penal Brasileira. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

BLANCHARD R, Cantor JM, Robichaud LK. Biological factors in the development of sexual deviance and aggression in males. In: Barbaree HE, Marshall WL, editors. **The juvenile sex offender**. 2. ed. New York: Guilford; 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.
Acesso em: 25 jun 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em< <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2011.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de jun. 2011.

BRASIL. **Lei 8.078, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 25 jun 2011.

BRASÍL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Apelação Criminal ApCrim nº 2002.33.00.016034-7**. Relator: Juiz Tourinho Neto. Disponível em:
<<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 jun 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Habeas Corpus nº 2008.04.00.041106-0/SC**. Relator: Juiz Federal Convocado Gerson Luiz Rocha. Disponível em:
<http://www.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 12 jun 2011

BRIERE J, Runtz M. University males' sexual interest in children: predicting potential indices of "pedophilia" in a nonforensic sample. **Child abuse and neglect**, Oxford, v. 13, n. 1, p.65-75, 1989.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.1, t.2

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 1

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÀBAL MALARÉE, Hernan. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004

CAIXETA, Marcelo; COSTA, Fernando César Oliveira. **Psiquiatria forense**: LMP, 2009.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPOLUPO, Enrique .Rodolfo. **Ladrones de inocência**. Buenos Aires. Biblioteca de Derecho Penal, 2001. Originalmente presentado como tesis doctoral en la Universidad Del salvador.

CANTOR J. M. et al. Grade failure and special education placement in sexual offender's educational histories. **Archives of sexual behavior**, New York, v.35, n. 6, p. 743-751, 2006.

CANTOR J. M, et al. Cerebral white matter deficiencies in pedophilic men. **Journal of psychiatric research.**, v. 42, n. 3, p. 167-183, 2008.

CANTOR J. M., et al. Intelligence, memory, and handedness in pedophilia. **Neuropsychology**, Washington, v.18, n. 1, p. 3-14, 2004.

CANTOR, J. M. et al. Physical height in pedophilic and hebephilic sexual offenders. **S Sexual abuse**, New York, v.19, n.4, p. 395-407, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v.

CARDOSO, Cíntia Menezes. Transtornos sexuais: pedofilia considerações patológicas e jurídicas. **Clube Jurídico do Brasil**, Brasília-DF, 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11767>>. Acesso em: 26 maio 2011.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Pedofilia na Internet**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/m2-pedofilial.html>. Acesso em: 09 maio 2008.

CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel; FURTADO, Nina Rosa (org). **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

THE CELEBRATION. Direção: Thomas Vinterberg. Produção: Brigitte Hald. Intérpretes: Ulrich Thomsen, Henning Moritzen, Thomas Bo Larsen, Paprika Steen. Dinamarca: October Films, 1998. 1 DVD (106 min.). Versão do título em português: Festa de Família.

COSTA JUNIOR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

CROCE, Delton, et al. **Manual de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAOUN, Alexandre Jean. **E-Direito: urgente ou desnecessário**. Disponível em: http://www2.uol.com.br/JC/_2001/0204/if2803_11.htm. Acesso em: 09 maio 2011.

DEMÓCRITO FILHO, Reinaldo. **O Crime de divulgação de pornografia infantil pela Internet** – Breves Comentários à Lei 10.764/03. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=511>. Acesso em 09 maio 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Tomo. 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DREZETT, Jefferson. Aspectos médicos do abuso sexual contra crianças e adolescentes. In: VASCONCELOS, Maria Goreten O.M; MALLAK, Linda Simone (orgs.). **Compreendendo a violência sexual em uma perspectiva multidisciplinar**. Carapicuíba (SP): Fundação Orsa Criança e Vida, 2002.

DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

DUARTE, Manuel Maria. **A Democracia e a pedofilia**. Disponível em: [Http://www.dightonrock.com/ademocraciaeapedofilia.htm](http://www.dightonrock.com/ademocraciaeapedofilia.htm). Acesso em: 22 maio 2011.

DUNAIGRE, Patrice. O ato pedófilo na história da sexualidade humana. In: INOCÊNCIA em perigo: abuso sexual de crianças, pornografia infantil e pedofilia na Internet. Brasília: UNESCO/Abranet/Garamond, 1999.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2009.

EY, Henry; BERNARDO, P.; BRISSET, C. **Manual de psiquiatria**. São Paulo: Masson.1978.

FAGAN P. J et al. Pedophilia. **JAMA**, Chicago, v. 288, n 19, p. 2458-2465, 2002.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**. 4.ed. Madri: Trotta, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio - Século XXI**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1931.

FEIERMAN J. A biosocial overview. In: Feierman J, editor. **Pedophilia: biosocial dimensions**. New York: Springer-Verlag;1990.

FOULCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 26.ed Petrópolis: Vozes,, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FREUD, Sigmund. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

GALVÃO, Fernando; Greco, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARÓFALO, Rafael. Criminologia. **Estudo sobre o delito e a repressão penal**. Campinas: Péritas, 1997.

GUILLEBAUD, Jean-Claud. **A tirania do prazer**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

JESUS, Damasio E.de. **Direito penal: parte geral**. 28. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005

HALL, R.C. A profile of pedophilia: definition, characteristics of offenders, recidivism, treatment outcomes, and forensic issues. **Mayo clinic proceedings.**, Rochester, v. 82, n.4, p. 457-471, 2007.

HAPPINESS. Direção e Produção: Todd Solondz. Intérpretes: Jane Adams, Philip Seymour Hoffman, Lara Flynn Boyle, Cynthia Stevenson. New Jersey: Killer Films, 1998 produzido em 1998. 1 DVD (120 min.). Versão do título em português: Felicidade.

HISGAIL, Fani. **Pedofilia: um estudo psicanalítico**. 7. Ed. São Paulo: Iluminuras, [200-]

HOLMES, D. **Psicologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre Artes Médicas, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v1. t. 2.

KAPLAN, Harold I. **Compêndio de psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 7 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEMBERG, O. **Agressão nos transtornos de personalidade e nas perversões**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1995.

LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B. **Vocabulário da psicanálise**. Santos: Martins Fontes, 1983.

LAURO FILHO, Monteiro. **Sobre a pedofilia** Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LENCARELLI, Ana Maria Brayner. **O perfil psicológico do abusador sexual de crianças**. Disponível em: <<http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador.htm>>. Acesso em: 09 maio 2010.

LISIEUX, E.de Borba Telles. Um olhar psiquiátrico sobre delitos sexuais. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **Violência Sexual Intrafamiliar**. Pelotas: Delfos, 2008.

LIZT, Fran Von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Réus, 1927. T.2.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury; SILVA, Paulo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 173-197.

LUISI, Luiz. **O Tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987

LYRA, Roberto. **A expressão mais simples do Direito Penal**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. Parte geral. Atualizada até 31 de dezembro de 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: atlas, 2003

MOORE, B.E.; FINE, B.D. **Termos e conceitos psicanalíticos**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1992

MORUS, Thomas. **A Utopia**. São Paulo: L&PM, 1997.

MONTEIRO FILHO, Lauro . **Sobre a pedofilia** Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=80>. Acesso em: 09 maio 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da transdisciplinaridade** São Paulo: Triom, 1999.

NOGUEIRA, Sandro D'amato. Pedofilia e tráfico de menores pela Internet: O lado negro da web. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 2, n. 6, 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5556>. Acesso em: 19 maio 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

NORTE, Marcos Lago. **Abuso sexual e pedofilia são a mesma coisa?**. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020421/col_rdp_210402.htm>. Acesso em: 09 maio 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O OLHAR Adolescente : os incríveis anos de transição para a vida adulta. **Revista Mente e Cérebro**, São Paulo, n.1, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID 10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre. Artmed:1993

PALOMBA, Guido Arturo. **Loucura e crime**. 2.ed. São Paulo: Fiúza, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídicos- penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTE, Antonio Carlos. **Inimputabilidade e Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

POPPER, karl. **Em busca de um mundo mejor**. Barcelona: Paidós, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 4.ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1.

REINALDO FILHO, Demócrito. **O Crime de divulgação de pornografia infantil pela Internet**:

breves comentários à Lei 10.764/03. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/6063-6055-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 maio 2011.

SADOCK, J. B; SADOCK, V.A. **Compêndio de psiquiatria**. Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica. Porto Alegre: Artmed, 2007.

SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo. M Books do Brasil, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Rio de Janeiro: ICPC/ Lúmen Júris, 2005.

SCHIFFER B, Vonlaufen C. Executive dysfunctions in pedophilic and nonpedophilic child molesters. **Journal of sexual medicine.**, Malden, v. 8, n. 7, p. 1975-1984, 2011.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11. n. 45, p.159-185, 2003. p. 159.

SOLOMON, P. ; PACH,V. **Manual de psiquiatria**. São Paulo: Atheneu Editora.1975.

TABORDA, José G. V., ABDALLA-FILHO, Elias, CHALUB, Miguel. **Psiquiatria forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TELLES, L.E.B. Pedofilia. In : SOUZA, C. A. C; CARDOSO, R.G. **Psiquiatria forense** : 80 anos de Prática Institucional. Porto Alegre: [s.n], 2006.

TELLES, Lisieux Elaine de Borba. Um olhar psiquiátrico sobre delitos sexuais. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **Violência Sexual Intrafamiliar**. Delfos, Pelotas RS, 2008

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso. Rio de Janeiro: Lumen, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

TRINDADE, Jorge. **Pedofilia**: aspectos psicológicos e penais. 2. ed. rev.atual. de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/09. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

THE WAR Zone. Direção: Tim Roth. Roteiro: Alexander Stuart. Produção: Sarah Radclyffe e Dixie Linder. Intérpretes: Ray Winstone, Tilda Swinton, Lara Belmont, Freddie Cunliffe, Megan Thorp, Kate Ashfield, Colin Farrell. Inglaterra: Lot 47 Films, 2001. 1 DVD (99 min.). Versão do título em português: Zona de Conflito.

WALTER, M. et al. Pedophilia is linked to reduced activation in hypothalamus and lateral prefrontal cortex during visual erotic stimulation. **Biol Psychiatry**, New York, v. 62, n. 6, p. 698-701, 2007.

WESSELZ, Johannes. **Direito penal** (aspetos fundamentais). Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 90

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.