



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO**

VINÍCIUS AFFONSO DE ARAÚJO MARZULLO MAIA

CRIME DE PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

MARABÁ

2011

VINÍCIUS AFFONSO DE ARAÚJO MARZULLO MAIA

CRIME DE PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará – Campus de Marabá – como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor M. Sc. Marco Alexandre Rosário.

MARABÁ

2011

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Maia, Vinícius Affonso de Araújo Marzullo.

Crime de pedofilia no direito penal brasileiro / Vinícius Affonso de Araújo Marzullo Maia, orientador ; Marco Alexandre Rosário – 2011.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Universidade Federal do Pará, Faculdade de Direito, 2011.

1. Direito penal - Brasil. 2. Pedofilia - Brasil. 2. I. Título.

341.50981

VINÍCIUS AFFONSO DE ARAÚJO MARZULLO MAIA

CRIME DE PEDOFILIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará – Campus de Marabá – como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor M. Sc. Marco Alexandre Rosário.

Data de Aprovação: 17 de dezembro de 2011.

Banca Examinadora:

M. Sc. Marco Alexandre Rosário – Orientador

Prof. Poliana Rocha Portela

Conceito: BOM

MARABÁ

2011

Dedico este trabalho:

À minha mãe, que sempre me apoiou em todas as escolhas e me ajudou nas horas mais difíceis. Ao meu pai que sempre me aconselhou e nunca me negou ajuda diante das dificuldades. Aos meus irmãos por, constantemente, estarem presente nas horas difíceis desta caminhada. À minha esposa, que soube me aturar quando ficava estressado durante a escrita do trabalho. E a todas as crianças e adolescentes que lutam por uma vida melhor.

Agradeço:

À minha família pelo apoio incondicional. Aos professores que me guiaram até o final deste curso, em especial, meu orientador Marco Alexandre Rosário, que foi um divisor de águas para o Curso de Direito no Campus Universitário de Marabá. Ao meu amigo Carlos Farias, um irmão que conheci em Marabá. E a Deus que sem Ele nada disso seria possível.

MAIA, Vinícius Affonso de Araújo Marzullo. **Crime de Pedofilia no Direito Penal Brasileiro**. 2011. 81 f. Monografia – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Pará – Campus Universitário de Marabá.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discorrer acerca do crime de pedofilia no Direito Penal Brasileiro. Para isso é necessário discutir o conceito de pedofilia, suas implicações psicológicas e as consequências do abuso nas crianças. A dissertação também verifica a importância dos fatos sociais e seus resultados, inclusive na criação de leis e na formulação dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal quando o assunto é a pedofilia. A sociedade tem uma íntima relação com o Direito dentro de uma adaptação social. Deve o Direito se ajustar às condições do meio e a sociedade adaptar o seu comportamento de acordo com os padrões de convivência exigidos, ou seja, a pedofilia é uma parafilia (transtorno relacionado com o sexo) reprovada pela sociedade brasileira, e por isso tal reprovação merece a supervisão do Direito Penal. Destarte que neste trabalho discutem-se tanto as legislações em vigor no sistema jurídico brasileiro relacionadas com a pedofilia como também o projeto de lei sobre castração química de pedófilos.

Palavras-chave: 1. Direito Penal Brasileiro. 2. Pedofilia.

MAIA, Vinícius Affonso de Araújo Marzullo. **Crime of Pedophilia in the Brazilian Penal Law**. 2011. 81 p. Monograph – School of Law. Federal University of Pará - University Campus in Marabá.

ABSTRACT

This work aims to discuss about the crime of pedophilia in the Brazilian Penal Law. For this it is necessary to discuss the concept of pedophilia, the psychological implications and the consequences of abuse in children. This dissertation also verifies the importance of social facts and their results, including the creation of laws and in the formulation of legal interests to be protected by criminal law when the issue is pedophilia. The company has a close relationship with the law within a social adaptation. Should the law fit the conditions of the environment and society has to adjust his conduct according to the required standards of living together, in other words, pedophilia is a paraphilia (disorder related to sex) rejected by the Brazilian society, and therefore such failure deserves the supervision of the Criminal Law. Thus in this work we discuss both the laws in force in the Brazilian legal system related to pedophilia as well as the legislative bill on chemical castration of pedophiles.

Keywords: 1. Brazilian Criminal Law. 2. Pedophilia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONCEITO E ANÁLISE PSICOLÓGICA	12
2. CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL NAS CRIANÇAS	22
3. MORALIDADE DO DIREITO	24
4. A NORMA JURÍDICA NA ÓTICA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO	29
5. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO	31
6. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	35
7. LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: CRIMES ASSOCIADOS À PEDOFILIA	41
7.1 OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL	42
7.1.1. Artigo 217-A: Estupro de Vulnerável	43
7.1.2. Artigo 218: Corrupção de Menores	47
7.1.3. Artigo 218-A: Satisfação de Lascívia Mediante Presença de criança ou Adolescente	48
7.1.4. Artigo 218-B: Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual	49
7.1.5. Artigo 231: Tráfico Internacional de Pessoa para Fim de Exploração Sexual	51
7.1.6. Artigo 231-A: Tráfico Interno de Pessoa para Fim de Exploração Sexual.....	54

7.2. OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	55
7.2.1. Art. 240	56
7.2.2. Art. 241	57
7.2.3. Art. 241-A	58
7.2.4. Art. 241-B	59
7.2.5. Art. 241-C	61
7.2.6. Art. 241-D	61
7.2.7. Art. 241-E	63
7.2.8. Art. 244-A	64
8. O PROJETO DE LEI SOBRE A CASTRAÇÃO QUÍMICA DOS PEDÓFILOS.....	66
9. CONCLUSÃO	76
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUÇÃO

A pedofilia é um mal que assola nosso país, acaba com estruturas familiares e causam traumas profundos às crianças vítimas deste crime que, futuramente, podem se tornar adultos com problemas psicológicos enormes, e que possivelmente, no futuro, podem reproduzir a violência¹ nelas provocadas em outras pessoas.

A pedofilia é classificada pela Organização Mundial de Saúde como uma desordem mental e de personalidade do adulto. Também é entendida como um desvio sexual, cuja sua atração sexual está dirigida às crianças pré-púberes, isto é, período antes da idade em que a criança entra na puberdade.

Segundo o art. 227 da Constituição Federal Brasileira:

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 e negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão** (grifo nosso).

Os atos de pedofilia, sejam eles praticados de forma individual ou como forma de comércio (pornografia, prostituição e exploração sexual infantil), violam os Direitos Humanos e degradam a dignidade do ser humano. Como vimos no artigo 227 da Constituição, é um dever de todos zelar pelo futuro das crianças. Em virtude desta afirmativa, existe a preocupação de se criar mecanismos jurídicos para que se punam os responsáveis por abusos sexuais à criança e que possibilitem a apreensão de materiais pornográficos infantis que estejam em circulação, inclusive na rede mundial de computadores.

A questão do Direito não está associada apenas à penalização, mas também à prevenção e à re-socialização do criminoso. Portanto, para que isto aconteça, não é necessário somente leis mais rígidas, sobretudo de profissionais de diversas áreas

¹ Frequentemente os abusadores adolescentes foram sexualmente abusados (FURNIS apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998), e crianças que abusam sexualmente de seus colegas de escola provavelmente já foram vitimadas (KIRSCHNER, KIRSCHNER E PAPPAPORT apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998). Mas esta violência não é necessariamente sexual, sendo que a experiência vivenciada pela criança é um grande fator de risco para desenvolvimento de psicopatologias em geral (SAYWITZ e COLS apud HABIGZANG et. al., 2005).

trabalhando juntos, para que a pedofilia seja tratada sob diversas perspectivas no campo social, educacional, legislativo, terapêutico, etc.

A seguir, discutir-se-á alguns pontos importantes ao tema, a começar por uma breve análise psicológica do pedófilo, seguido de uma abordagem acerca das consequências do abuso sexual nas crianças. A partir deste ponto acrescenta-se a parte referente ao Direito, o tema da moralidade do Direito, a norma jurídica na ótica da teoria tridimensional do Direito, o bem jurídico protegido, a Constituição Federal e a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança para o estudo da temática. Por fim os crimes conexos a pedofilia na legislação penal brasileira e o projeto de lei sobre a castração química.

1. CONCEITO E ANÁLISE PSICOLÓGICA

A palavra *pedofilia* deriva da combinação de radicais de origem grega: *paídos* + *philia*. O primeiro significa criança e o segundo amizade ou amor². O dicionário *Aurélio* conceitua pedofilia como “parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”³.

As parafilias são transtornos relacionados com o sexo e se caracteriza pela busca da satisfação sexual por meios inadequados, sendo expressões anormais da sexualidade, dentre as quais se pode encontrar espécies do gênero como o exibicionismo⁴, fetichismo⁵, frotteurismo⁶, masoquismo⁷, sadismo⁸ e voyeurismo⁹, e em destaque a pedofilia¹⁰. A parafilia se caracteriza pelo interesse por um objeto sexual incomum, podendo ser objetos inanimados, como sapatos, vestes íntimas, ou também partes do corpo humano como pés, cabelos, mãos, além de animais, pessoas e crianças. Os desvios sexuais têm aspectos bizarros, horríveis e esquisitos para o senso comum¹¹.

As parafilias são expressões anormais da sexualidade. Elas podem gerar desvios de comportamentos prejudiciais tanto para a pessoa que a possui como também para seu parceiro. Comportamentos estes, considerados destrutivos ou ameaçadores para a comunidade como um todo¹².

² HOLMES apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010; SERAFIM, 2011.

³ FERREIRA, 2009, p. 1519.

⁴ Exibicionismo: “Psic. Mania de exhibir as partes sexuais” (FERREIRA, 2009, p.853.).

⁵ Fetichismo: “Psic. Perversão em que um indivíduo adora um objeto que simboliza a pessoa amada, ou localiza em um fetiche o desejo erótico”. (FERREIRA, 2009, p. 891.).

⁶ Frotteur: “Psic. Aquele que pratica frottage.” Frottage: “Psic. Parafilia em que um indivíduo se satisfaz sexualmente esfregando-se contra outra pessoa, como, p. ex., em aglomerações; ger. não ocorre contato genital específico”. (FERREIRA, 2009, p. 940.).

⁷ Masoquismo: “Perversão sexual em que a pessoa só tem prazer ao ser maltratada física ou moralmente” (FERREIRA, 2009, p. 1288.).

⁸ Sadismo: “Psic. Perversão sexual em que a satisfação erótica advém de atos de violência ou crueldade física ou moral infligidos ao parceiro sexual” (FERREIRA, 2009, p.1789.).

⁹ Voyeurismo: “Psic. Excitação sexual ao observar a cópula praticada por outros, ou simplesmente ao ver os órgãos genitais de outrem, independente de qualquer atividade própria”. (FERREIRA, 2009, p. 2077.).

¹⁰ HOLMES apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010; MYERS e BLASHFIELD apud SERAFIM, 2011.

¹¹ MEYER apud HISGAIL, 2007.

¹² SADOCK e SADOCK apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

Os transtornos relacionados ao sexo levam o indivíduo a um quadro compulsivo, sendo um fator que aumenta a vulnerabilidade a ocorrências de condutas criminosas com abrangência médico-legal¹³.

Os maus-tratos em crianças e adolescentes estão assumindo proporções epidêmicas e representa uma doença médico-social. Esses atos variam desde privação de alimentos, roupas, abrigo, amor parental e até agressões físicas, resultando em traumas, muitas vezes podendo levar até a morte. Os maus-tratos também constituem aspectos da violência social que se reflete em todas as estatísticas sobre crimes¹⁴ e o abuso sexual contra criança também se configura numa espécie dentro do gênero dos maus-tratos.

O abuso sexual contra criança é definido como qualquer atividade ou interação onde o intuito do adulto é estimular e/ou controlar a sexualidade da criança¹⁵. Nesse tipo de relação existe um adulto em posição de autoridade e uma criança, que devido a sua tenra idade, é incapaz de entender a natureza do contato sexual, sendo que o abuso é tanto físico como emocional¹⁶.

A pedofilia é considerada um distúrbio da conduta sexual, na qual um adulto sente atração e desejo sexual compulsivo por uma criança ou adolescente. O crime pode ser cometido tanto por homem quanto por mulher, podendo ter caráter hetero como também homossexual¹⁷. A Classificação Internacional de doenças (CID) reconhece a pedofilia como um transtorno da preferência sexual. Essa classificação não considera a pedofilia somente como um crime contra os costumes e a liberdade sexual, mas também como uma perversão por parte do abusador, que deve ser assistida pela intervenção médico-legal¹⁸.

Os critérios de diagnóstico para pedofilia são os seguintes:

- A) Ao longo de um período de 6 meses, fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas; impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma (ou mais de uma) criança pré-púbere (geralmente com idade inferior a 13 anos).
- B) As fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento

¹³ DIETZ. et al. apud SERAFIM, 2011.

¹⁴ KAPLAN e SADOCK apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

¹⁵ WATSON apud AMAZARRAY E KOLLER, 1998.

¹⁶ BLANCHARD apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

¹⁷ PÉRIAS, 2009; CASTRO, 2011.

¹⁸ HISGAIL, 2007.

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 A¹⁹.

Embora a pedofilia seja contemplada pelos sistemas classificatórios vigentes (CID-10, Código Internacional de Doenças e DSM-IV, Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais) é considerada uma entidade atípica, não sendo incluída como doença ou perturbação mental, mas sim como uma desordem moral. Se de fato a pedofilia fosse incluída como uma doença mental, o sujeito seria considerado inimputável²⁰; como perturbação mental estaria no quadro dos semi-imputáveis²¹. Portanto, considerando a pedofilia como doença moral, não se retira a responsabilidade do agente, sendo o pedófilo, do ponto de vista jurídico, plenamente capaz²².

Apesar de se ter mais conhecimento sobre abusadores sexuais de crianças homens do que mulheres, elas existem. Segundo estudos, cerca de 3 a 5% dos agressores são mulheres²³, e elas são capazes de ter a mesma severidade com suas vítimas que os homens agressores. A falta do pênis não as impedem de penetrar uma criança, para isso usam objetos variados, sendo introduzidos tanto na vagina como no reto das crianças²⁴.

Os pedófilos têm preferências em suas escolhas, geralmente escolhem crianças que são bem infantis, ou seja, bem inocentes ou imaturas para a sua idade, crianças hiperssexualizadas, ao contrário do que se imagina, não são atrativas para

¹⁹ DSM-IV-TR apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 34.

²⁰ “A inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação” (PALOS apud JESUS 2008, p. 469). São causas de exclusão da imputabilidade: doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (Art. 26 do CP). O menor de 18 anos, segundo o artigo 27 do Código Penal Brasileiro, é considerado penalmente inimputável, sendo que está sujeito às normas na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente e leis complementares).

²¹ A semi-imputabilidade é provocada por perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e a responsabilidade do agente é diminuída em consequência das suas condições pessoais, não se excluindo a imputabilidade. Mas constatada a redução na capacidade de compreensão ou vontade, a pena deverá ser reduzida de 1/3 a 2/3 ou deverá ser imposta medida de segurança pelo juiz (CAPEZ 2008). A diferença entre o inimputável e o semi-imputável está na capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o primeiro é **inteiramente incapaz** de ter este entendimento, já o segundo **não é inteiramente capaz** de entender o caráter ilícito do fato.

²² TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

²³ HISLOP apud SALTER, 2009.

²⁴ SALTER, 2009.

personalidades pedofílicas, uma vez que seu comportamento se assemelha ao dos adultos. Eles tendem a escolher as crianças mais vulneráveis, aproveitam a solidão, a falta de confiança, a baixa auto-estima e a falta de supervisão dos pais e familiares para se aproximarem das vítimas, fazendo-as pensar que elas são especiais para eles. Segundo a linguagem dos pedófilos, as crianças “inocentes”, “puras”, são mais fáceis de se tornar vítimas²⁵.

Os pedófilos costumam se apresentar de modo normal e comum, podem ser de qualquer classe social. Não existe um perfil específico para que sejam identificados. Podem permanecer muito tempo numa comunidade ou grupo social²⁶, ou seja, verdadeiros “camaleões”.

Agressores sexuais normalmente são pessoas conhecidas da família, raramente são intrusos ou desconhecidos. Na maioria das vezes, são pessoas de confiança, como amigos, vizinhos, padres, pastores, líderes de escoteiros, diretores de colégio, professores, médicos, treinadores. São pessoas que não despertam desconfiança, pois não são reconhecidos como predadores, porque as pessoas acham que agressores sexuais são monstros e com certeza seriam capazes de reconhecer um monstro²⁷. O ato pode ser praticado até pelos próprios pais ou por outros familiares próximos, aproveitando-se da proximidade e da natural fragilidade das crianças²⁸.

O pedófilo não precisa, obrigatoriamente, recorrer à violência para conseguir sucesso em sua investida. Ele chega até sua vítima através de jogos e brincadeiras, como brincar de médico, de enfermeiro ou de professor, das quais implicam toques ou situações tipo “faz de conta”. Dessa forma, além de criar uma situação de ambiguidade ele passa para a criança uma falsa impressão de segurança e de que não há motivos para apreensão nem medo, razão pela qual ela pode ficar tranquila e se torna receptiva aos comportamentos de sedução por ele propostos²⁹.

O abusador manipula a afeição das crianças por meio de subornos, presentes e jogos sem que elas saibam sua verdadeira intenção³⁰.

É comum que a criança, na época da primeira infância, tenha interesse sobre órgãos genitais e atividades sexuais, de modo que elas, em seus jogos, gostam de

²⁵ SANDERSSON apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

²⁶ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

²⁷ SALTER, 2009.

²⁸ COSTA apud LEITE, 2004.

²⁹ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

³⁰ SALTER, 2009.

reproduzir a vida sexual dos adultos nas brincadeiras infantis. Os pedófilos se aproveitam dessas brincadeiras, inocentes para as crianças, para as utilizarem como uma espécie de brinquedo erótico³¹.

A criança cria uma relação lúdica em seu relacionamento com o adulto, baseando-se no amor e na confiança, até o momento em que a criança se torna vulnerável. A partir deste ponto, o pedófilo começa sua investida para o abuso e a criança responde a princípio com medo até o momento em que se submete à vontade do agressor³².

Esta relação com o adulto cria na criança um sentimento de culpa, o qual evita a revelação do segredo, que também poderá não ser revelado por medo de ser abandonada pelo pedófilo³³. Outro meio de o pedófilo evitar a revelação do segredo é através de barganhas e ameaças que o abusador faz para a criança³⁴. Este ciclo é denominado síndrome do segredo³⁵, configurando-se sendo um dos principais motivos da quantidade reduzida de denúncias que as autoridades recebem deste ato criminoso. Segundo Drezett³⁶, o abuso sexual é um dos crimes de maior subnotificação e subregistro em todo mundo e sua verdadeira incidência é desconhecida.

É comum que a interação abusiva crie na criança sentimento de culpa, especialmente se for incestuosa ou duradora. O ato cria também na criança um dano secundário de estigmatização, por conta de acusações contra ela advindas da própria família, acusações, estas, bem comuns em caso de incesto³⁷.

Apesar de o abusador não pretender ser violento com a criança, uma vez surpreendido ou frustrado nos seus desejos sexuais, poderá recorrer à agressão. Esta conduta se manifesta desde a simples ameaça até uma intensa violência de modo furioso, levando muitas vezes até a criança molestada à morte. Ora e outra,

³¹ HISGAIL 2007.

³² Ibidem, 2007.

³³ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

³⁴ FURNIS apud HABIGZANG, 2005.

³⁵ Uma relação incestuosa entre pai e filho, que o filho por ser estruturalmente dependente e necessitar de apoio emocional e carinho, o pai se aproveita desta situação e se satisfaz sexualmente utilizando-se da criança, tendo a criança um papel em seu próprio abuso. Dessa relação surge para a criança a síndrome do segredo, que no caso, a criança é seduzida e recebe constantes ameaças caso revele a situação. (FURNISS apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998).

³⁶ DRESETT, 2001.

³⁷ FURNIS apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

pode-se afirmar que a agressão e o sadismo são compatíveis com a conduta de um pedófilo³⁸.

Vendo os modos de como um pedófilo persuade suas vítimas, poder-se-ia afirmar que os pedófilos não são violentos, realmente podem não praticar violências físicas, mas a criança vítima de abuso sexual leva para sua vida futura traumas inimagináveis advindos da violência psíquica e emocional praticada pelo abusador.

Quando a realização das fantasias sexuais do pedófilo vão além do contato sexual com a criança, considera-se que o indivíduo possui, além de uma parafilia, uma psicopatologia que apresenta temas mórbidos e sádicos de abuso sexual infantil, de estupro seguido de morte e de outras maneiras estranhas de satisfazer seu desejo sexual³⁹.

Para conseguir seus intentos e enganar as pessoas, os pedófilos utilizam várias técnicas, uma delas, e talvez a mais importante, seria manter uma vida dupla, mostrando para a sociedade que eles não têm o perfil de um abusador sexual de criança⁴⁰, enquanto mascaram sua verdadeira índole.

Salter⁴¹, no livro *Predadores*, reúne relatos de alguns pedófilos. Um deles, o de um homem que era o mais jovem diácono certa igreja. Este homem relatou que mantinha uma vida dupla, que dava dinheiro às pessoas necessitadas. Dinheiro este que não era da igreja, e sim, da própria conta bancária do abusador; ajudava os idosos nos asilos, rezando com eles e aparando os seus jardins. Fazia projetos de serviços comunitários e era uma pessoa que ninguém poderia desconfiar. Entretanto, este jovem diácono mantinha esta imagem para ter maior facilidade em suas investidas para que as pessoas não pudessem desconfiar dele. Ele conta na entrevista com a autora que escolhia crianças “perturbadas” para vitimar. Crianças que tinham um histórico de mentiras, pois se fosse descoberto, ninguém acreditaria nelas, ainda mais sendo ele um religioso, uma pessoa que ajudava o próximo e que todos amavam. Este homem, que ninguém duvidava do caráter, confessou através do polígrafo mais de 95 vítimas, todas de sua rede de jovens.

³⁸ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

³⁹ MEYER apud HISGAIL, 2007.

⁴⁰ SALTER 2009.

⁴¹ Ibidem, 2009.

Outra tática usada pelos pedófilos seria a capacidade de seduzir, ser agradável, irradiar sinceridade e honestidade, sendo esta tática de extrema importância para conquistar a confiança da criança⁴².

Um abusador sexual consegue ser muito convincente em suas mentiras. A verdade é que o nervosismo, que todos procuram como sinal de mentira, pode ser suprimido com a prática. Alguém que comete crimes sexuais já vem mentindo desde que começou os abusos. Com a prática os sinais de nervosismo desaparecem e o agressor torna-se um “mentiroso com prática”, segundo alguns pesquisadores, uma categoria de mentiroso difícil de detectar⁴³.

O pedófilo não sente nenhum desconforto emocional em seu modo de agir, não está propenso a qualquer tipo de mudança, principalmente aquelas propostas por tratamentos psicológicos, falta-lhe sinceridade, carecem de empatia, não apresentam sentimento de culpa e são egossintônicos (incapacidade de experimentar desconforto emocional)⁴⁴. Realmente, o pedófilo só procura algum tipo de tratamento quando se vê em uma situação de confronto, ou seja, quando é descoberto por terceiros ou quando tem problemas com a polícia. Neste caso, o tratamento mais objetiva a proteção do que o interesse em se tratar, visto que o agressor interrompe o tratamento no mesmo instante que a situação de risco para com ele desaparece⁴⁵.

Como tratamentos psicológicos não costumam surtir efeitos nos pedófilos existem outros tratamentos modernos que são mais eficazes e que uma parcela considerável dos pedófilos respondem bem a eles. Em alguns países tem-se a castração química como pena para pedófilos reincidentes em conjunto com tratamento psicológico e psiquiátrico. Assim, o tratamento pode ser um modo de re-socialização e também um bem para as crianças e para a sociedade.

A prisão é uma solução temporária para os abusos, pois assim que o pedófilo sair da cadeia continuará a sua sequência de crimes, pois a atração que eles sentem por criança é compulsiva. Constatando-se este fato, percebe-se quão é necessária uma medida que venha dar fim a essa compulsão que o pedófilo tem em molestar crianças.

⁴² Ibidem, 2009.

⁴³ Ibidem 2009, p. 50.

⁴⁴ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

⁴⁵ Ibidem 2010; SALTER 2009, p. 18.

Salter⁴⁶ traz em seu livro um relato de um pastor que diz que sua atração por criança segue um padrão compulsivo: “Suponho que sendo uma pessoa religiosa devota, se eu acreditasse com toda a minha mente e coração que a terra iria se abrir e me engolir para o inferno, eu teria ido em frente e feito da mesma forma”.

A partir deste relato é que pode se tentar compreender o tamanho da compulsividade de um abusador de crianças. Um pedófilo entende as consequências de suas ações, mesmo assim decide, por causa de seu desejo compulsivo, aproveitar-se da inocência de uma criança e abusá-la sexualmente.

Esta obsessão, por parte do agressor, começa através de idéias, pensamentos ou desejos persistentes e recorrentes. Desejos estes, que invadem o pensamento do indivíduo agressor. No caso de pedófilos e molestadores, na maioria das vezes, não percebem ou não se preocupam com as consequências que seus desejos e anseios podem causar, ao se transformarem em condutas problemáticas⁴⁷. A compulsividade do agressor começa bem antes do primeiro crime. Myers e Blashfield⁴⁸, estudando 14 jovens agressores observaram que 2/3 deles relataram fantasias sexuais violentas antes de começarem a ter comportamentos delinquentes. Nestes sujeitos os quais se examina este tipo de comportamento, compulsivo-obsessivo, não se observa o arrependimento ou culpa.

Os agressores também procuram uma auto-justificação, que pode variar de acordo com os temas controvertidos sobre o assunto. Podem colocar a culpa nas crianças por causa da crença de que a criança provoca sexualmente o adulto, ou até levantar bandeiras em nome do direito de liberdade sexual, ou que a pedofilia é uma espécie de orientação sexual natural para as crianças⁴⁹.

Um movimento na Holanda liderado por Avan den Berg, 62 anos, fundou um partido a favor da pedofilia, que luta pela liberação do sexo entre adultos e crianças, atendendo pela sigla NVD (Naastenliefde, Vrijheid & Diversiteit), segundo tradução significa: “‘amor com o próximo, liberdade e diversidade’”. Entre seus objetivos estão liberação da pornografia infantil e legalização das relações sexuais entre adultos e

⁴⁶ SALTER, 2009, p.78.

⁴⁷ BRADFORD apud SERAFIM, 2011.

⁴⁸ MYERS e BLASHFIELD apud SERAFIM, 2011.

⁴⁹ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

crianças⁵⁰”. Aliás, na Holanda a maioria foi reduzida para 12 anos, ou seja, crianças de 12 anos já têm liberdade sexual⁵¹.

Existe um jornal na Holanda chamado de *Paidika: The Journal of Pedophilia* que defende a pedofilia, que publica artigos “científicos” e “acadêmicos”, sendo seu propósito demonstrar que a pedofilia tem sido, e permanece sendo, uma parte legítima e produtiva da totalidade da experiência humana⁵².

O estranho é que a Holanda ou está muito avançada no aspecto “das liberdades” em relação ao Brasil ou está regredindo e indo na contramão em relação a todos os outros países, pois num país onde a maconha e o sexo em local público são legalizados e prostituição é classificada como profissão, agora também querem legalizar a pedofilia.

Neste contexto, pode-se verificar que em algumas sociedades a pedofilia está tão entranhada nas relações sociais que acaba se tornando normal, e até legal, sem levar em consideração as consequências deste ato, com um único objetivo de satisfazer o desejo sexual dos adultos. Entretanto,

a liberdade, do ponto de vista jurídico e ético, assim como o desejo, do ponto de vista psicológico, não podem sustentar o desumano. Neste sentido, é sempre melhor evitar os males piores do que seguir algum bem supremo. Isso livra o homem do espetáculo degradante das coisas desumanas. Então, resta esperar que, tudo que seja desumano nos seja, também, estranho⁵³.

A pornografia infantil é um mal que está se alastrando pelo mundo. Gail Dines, socióloga americana, em entrevista a Revista Época, levanta uma questão que deve ser refletida, que filmes pornográficos acessados pela internet por qualquer adolescente poderia ser o motivo do aumento da violência sexual contra mulheres e crianças⁵⁴. Hisgail também pensa da mesma forma, segundo ela, a pornografia infantil encontrada na internet eleva o desejo dos pedófilos e a internet também é um meio eficaz de abusadores atraírem crianças.⁵⁵

A internet virou um refúgio para pedófilos e um grande comércio lucrativo para organizações criminosas, que vendem pornografia infantil e legitima uma prática

⁵⁰ Ibidem, 2010, p.78.

⁵¹ SALTER, 2009.

⁵² PAIDIKA apud SALTER 2009.

⁵³ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 79.

⁵⁴ BUSCATO, 2010.

⁵⁵ HISGAIL, 2007.

delinquente⁵⁶. Segundo o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 2º, alínea C⁵⁷:

Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

O que se pode ver com tudo isso é que a capacidade polimorfa dos pedófilos nos impede de detectá-los, pois eles são frios e calculistas, possuem vidas duplas, podem ser pessoas importantes da sociedade, usam técnicas de enganação elaboradas, e, até mesmo psicólogos e psiquiatras experientes podem ser enganados por pedófilos, já que são extremamente convincentes em suas mentiras.

⁵⁶ HISGAIL 2007.

⁵⁷ O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança foi ratificado pelo Governo em 27 de janeiro de 2004, data em que depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria Geral da ONU, sendo que entrou em vigor através do decreto nº 5.007, de 08 de março de 2004, que promulgou o protocolo.

2. CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL NAS CRIANÇAS

Segundo Kenney, nos Estados Unidos, estima-se que uma em cada quatro mulheres já sofreu abuso sexual e que a cada ano cerca de 200 mil crianças são abusadas sexualmente⁵⁸. Não se sabe ao certo as estatísticas brasileiras por falta de estudos nesta área, mas se utilizarmos os mesmos números deste estudo proporcionalmente à população brasileira ter-se-ia a cada ano por volta de 126 mil crianças abusadas – o que já seria um dado alarmante.

Vendo estes números pode-se concluir que os crimes sexuais devam ser tratados como problema de saúde pública, pois acarretam danos à saúde física e mental das vítimas de abuso sexual. Em vista disso faz-se necessário uma visão holística deste crime complexo, indo desde questões policiais e jurídicas como também médicas com conhecimento de medicina legal, psicologia e sexologia forense⁵⁹.

Salter⁶⁰ relata que as consequências do abuso sexual na criança são como uma mordida de cascavel, algumas crianças se recuperam completamente e outras não. Para Sanderson⁶¹ as consequências podem variar de acordo com vários fatores, os quais devem ser considerados: “idade da criança na época do abuso; duração e frequência do abuso; o tipo de ato sexual; uso da força ou da violência; relação da criança com o abusador; idade e sexo do abusador; os efeitos da revelação”.

As consequências do abuso sexual para as crianças são múltiplas, e podem ser divididas em físicas, emocionais, sexuais e sociais⁶². Elas podem ser bastante variadas, e uma criança pode apresentar mais de uma consequência, como condutas sexualizadas, conhecimento atípico sobre sexo, sentimentos de estigmatização, isolamento, hostilidade, desconfiança, medo, baixa auto-estima, sentimento de culpa, fracasso ou dificuldades escolares, precocidades sexual, transtornos de estresse pós-traumáticos⁶³, dificuldade em se relacionar com outras pessoas, ansiedade, tensão, distúrbios alimentares, podendo também apresentar

⁵⁸ KENNEY 1998 apud DREZETT 2001.

⁵⁹ DREZETT 2001.

⁶⁰ SALTER, 2009.

⁶¹ SANDERSON apud BREIER In TRINDADE e BREIER, p. 170.

⁶² AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

⁶³ TEPT-DSM-IV-TR apud TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

consequências mais danosas como alcoolismo, depressão, ideação suicida, suicídio ou tentativa de suicídio⁶⁴.

O comportamento sexual inadequado pode se apresentar com brincadeiras sexualizadas com bonecas, introduzir objetos ou dedos no ânus ou na vagina, masturbação excessiva e em público, comportamento sedutor, conhecimento sexual inapropriado para a idade e pedido de estimulação sexual para adultos ou outras crianças⁶⁵.

Também existem consequências físicas variadas, como gravidez, doenças sexualmente transmissíveis e traumas físicos, sendo que a gravidez também acarreta ainda mais danos psicológicos⁶⁶.

Mesmo que a criança, vítima de abuso sexual, não apresente nenhuma consequência aparente, não quer dizer que não sofra ou não venha a sofrer com os efeitos dessa experiência. Ela pode ter um sofrimento emocional muito intenso, ou as consequências do abuso ainda podem estar latentes e talvez se manifeste posteriormente, frente a uma situação de crise ou estresse, pois a criança que sofreu abuso sexual deve ser considerada em situação de risco⁶⁷.

Tendo em vista a problemática apontada neste trabalho, pode-se ver a dificuldade de tratar adequadamente a criança abusada, por isso, faz-se necessário a capacitação de diversos profissionais em diversas áreas, a fim de abordar o assunto de forma multidisciplinar. É importante que os operadores do direito e da psicologia caminhem juntos no combate à pedofilia, para que consigam tanto combatê-la como preveni-la. Faz-se relevante também tratar o pedófilo, pois o objetivo do direito não é só punir, mas também ressocializar o criminoso. Mas para que isto se concretize é preciso a ajuda dos trabalhadores da saúde mental no acompanhamento do tratamento psicoterapêutico dos pedófilos. Nesse aspecto os psicólogos têm fundamental importância, pois dispõem de conhecimentos profundos sobre a dinâmica do abuso sexual na infância e suas implicações. Além de que, eles têm um papel de suma importância, que é a realização de uma análise psicológica, tanto do pedófilo como da criança, inclusive para diminuir os efeitos dos abusos sobre o infante e descobrir o grau de periculosidade de um abusador.

⁶⁴ TRINDADE In TRINDADE e BREIER, 2010.

⁶⁵ KENDALL-TRACKETT, WILLIAMS E FINKELHOR apud AMAZARRAY E KOLLER 1998.

⁶⁶ WRIGHT E SCALORA apud AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

⁶⁷ AMAZARRAY e KOLLER, 1998.

3. MORALIDADE DO DIREITO

É de fundamental importância fazer um paralelo entre Moral e Direito, ao tratar do universo dos crimes de natureza sexual, sendo a pedofilia uma conduta reprovável, que deve ser punida por ser uma ameaça à moralidade e aos bons costumes da sociedade.

O Direito pode ser identificado como ordem social dotada de coerção, que tem o objetivo de garantir a liberdade. A sociedade tem como relação com o Direito um processo de adaptação social, devendo o Direito se ajustar às condições do meio e a sociedade de adaptar o seu comportamento de acordo com os novos padrões de convivência exigidos⁶⁸.

Assim, o Direito é uma criação social, com o objetivo de formular as bases da justiça⁶⁹ e segurança⁷⁰. Com esse processo a vida social torna-se viável, sendo o Direito uma expressão da vontade social. Sendo assim, a legislação deve assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive⁷¹.

A justiça confere ao Direito sua razão de existir, ou seja, o Direito deve ser justo, ou não terá sentido nenhum respeitá-lo. A perda do sentido de justiça num ordenamento jurídico faz com que o homem ou a sociedade não resista às circunstâncias e perca o sentido do dever-ser do comportamento. Como exemplo de perda de justiça num ordenamento jurídico pode-se citar o regime nazista, pois sendo o nazismo um regime autoritário, fundamentou suas leis no racismo e no preconceito através da voz de um ditador, cuja base do ordenamento perde toda a razão do dever-ser do comportamento. Por isso, quando um regime se distancia da idéia de justiça, perde-se todo o sentido de respeitá-lo e segui-lo. Assim, conclui-se que a justiça é um princípio doador para o universo jurídico⁷².

Segundo Aristóteles, a justiça é virtude e o homem justo é aquele que exerce a virtude em relação aos outros. O homem injusto é aquele que age de forma contrária a lei, pois a lei visa à vantagem comum, ou seja, o bem comum. Aristóteles

⁶⁸ NADER, 2005.

⁶⁹ **“Conformidade com o direito, o preceito legal. Equilíbrio perfeito que estabelecem a moral e a razão entre o direito e o dever. Poder de julgar, de aplicar os dispositivos legais. A definição consagrada é de Ulpiano: ‘Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’. Sinônimo também de Poder Judiciário e de Juízo”** (GUIMARÃES, 2009, p. 409) (grifo nosso).

⁷⁰ “Garantia, estabilidade, firmeza” (GUIMARÃES, 2009, p. 532).

⁷¹ NADER, 2005.

⁷² FERRAZ JÚNIOR, 2008.

considera o injusto como iníquo e o justo como equitativo, que seria aquele que tem equidade, sendo equidade um ponto intermediário, portanto o justo seria o meio-termo. Com isso, ele cria uma espécie de equação matemática, tornando a justiça uma proporção, a proporção é o ponto intermediário e o injusto viola a proporção⁷³.

A lei é feita para reparar injustiças. A injustiça é tida como uma espécie de desigualdade e o juiz tenta reestabelecer a igualdade numa lide. Se um comete injustiça, a outra parte sofre injustiça, o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena. Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, as pessoas procuram recorrer ao juiz como um intermediário, e se os litigantes conseguirem o meio-termo, receberão o que é justo⁷⁴.

Aristóteles considera quem desobedece às leis como pessoas injustas, mas também estabelece que um homem não pode governar sozinho, pois governaria para seu próprio interesse, tornando-se um tirano⁷⁵. O nazismo é um exemplo profícuo da tirania descrita por Aristóteles e também uma forma de questionar a idéia de que quem desobedece as leis seja injusto, já que hoje temos consciência de que aqueles que desobedeceram as leis do nazismo foram na verdade heróis em seu tempo.

Mas o Direito não é a única forma de controle social. Além dele existe a moral, a religião e as regras de trato social, que igualmente, zelam pelo bem da sociedade, porém cada uma tem sua faixa de atuação. O Direito só deve regular os fatos mais importantes da sociedade, visando sempre a segurança e a justiça. Além disso, a coação, que é a força a serviço do Direito, é um de seus elementos, inexistindo nas outras formas de controle social⁷⁶.

Por muito tempo o Direito caminhou junto com a Religião. Era considerado como expressão da vontade divina, e ainda hoje, muitos países se baseiam na religião para fazer suas leis, como é o caso do Irã. No Brasil temos um princípio do Estado Laico, ou seja, o Direito tem que estar separado da religião, acreditando que todos devem ter liberdade religiosa, a liberdade de seguir a religião que bem entender.

⁷³ ARISTÓTELES, 2003.

⁷⁴ Ibidem, 2003.

⁷⁵ Ibidem, 2003.

⁷⁶ NADER, 2005.

A religião se preocupa com a divindade e com a orientação dos homens para a busca desta divindade, definindo um caminho a ser percorrido por eles⁷⁷. Segundo Nélson Hungria apud Nader:

A religião tem sido sempre um dos mais relevantes instrumentos no governo social do homem e dos agrupamentos humanos. Se esse grande fator de controle enfraquece, apresenta-se o perigo do retrocesso do homem às formas primitivas e anti-sociais da conduta, de regresso e queda da civilização, de retorno ao paganismo social e moral. O que a razão faz pelas idéias, a religião faz pelos sentimentos.⁷⁸

O Direito e a Religião possuem ativos elementos de intimidação de conotações diversas. Enquanto que o direito em suas sanções pode limitar o indivíduo em sua liberdade de locomoção ou em seu patrimônio, a religião intimida o indivíduo no plano espiritual, em alcançar ou não a vida eterna. Assim, tanto um quanto o outro se interessam pela vivência do bem e a justiça integra a idéia do bem⁷⁹.

Já as regras de trato social são padrões de conduta social, que não regulam os interesses de segurança do homem, sendo o papel do Direito, e também não procuram o aperfeiçoamento dele, sendo o papel da moral e da religião. As funções das regras de trato social é o de proporcionar um ambiente de bem-estar aos membros da coletividade, através de regras de cortesia, etiqueta, cerimonial, moda, linguagem, educação, decoro, companheirismo, amizade, etc⁸⁰.

Segundo o dicionário Aurélio moral quer dizer: “conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada”.⁸¹

As normas jurídicas e os preceitos morais têm certa similaridade, ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva⁸². Já de acordo com Giogio Del Vecchio, “são conceitos que se distinguem, mas que não se separam”.⁸³

⁷⁷ Ibidem, 2005.

⁷⁸ HUNGRIA pud NADER, 2005, p 34.

⁷⁹ NADER, 2005.

⁸⁰ Ibidem, 2005.

⁸¹ FERREIRA, 2009, p. 1359.

⁸² FERRAZ JR, 2008.

⁸³ DEL VECCHIO apud NADER, 2005, p.36.

Cristiano Tomásio foi o primeiro jurista a diferenciar o Direito da Moral na obra *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, em 1705. Tomásio limitou a área de atuação do Direito ao foro externo da pessoa, negando ao poder social legitimidade para interferir nos assuntos ligados ao foro interno, reservados à Moral⁸⁴. Segundo Ferraz Jr., esta distinção, apesar de ser a mais famosa, é um tanto fraca, pois o Direito também acha relevante os motivos e intenções que são inerentes aos preceitos morais, principalmente no Direito Penal, quando procura qualificar o comportamento criminoso conforme a intenção dolosa ou culposa.⁸⁵

Outra distinção é que a moralidade repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas. Assim, quando alguém comete imoralidade o tribunal da moral é sua própria consciência, mas, para o direito a pressão para o cumprimento da ação lícita é objetiva e depende de fatores externos ao agente⁸⁶.

Uma terceira distinção aponta que uma norma jurídica passa a existir após deliberação e promulgação, sendo que os preceitos morais não necessitam desta exigência. Entretanto, existem as regras costumeiras que, apesar de não serem deliberadas e promulgadas, são consideradas normas jurídicas⁸⁷.

Neste ponto é importante fazer um paralelo entre moral e justiça. Como vimos, a justiça confere ao direito a sua razão de existir, como afirmou Ferraz Júnior. Para Paulo Nader a justiça integra a idéia do bem, já segundo Aristóteles a justiça é virtude, é equidade, é reparar desigualdades. Por outro lado, é entendida como regras de cunho subjetivo, que segundo Paulo Nader, identifica-se com a noção de bem⁸⁸, sendo noção de bem tudo aquilo que promove o homem à sua plena realização e ao condicionamento a idêntico interesse do próximo.

Posto isto, pode-se ver qual a implicação do preceito moral sobre a validade jurídica. Como foi visto, a justiça confere sentido ao Direito, sendo então, um princípio regulativo do direito, mas não constitutivo. Em outras palavras, embora uma lei imoral seja destituída de sentido, não quer dizer que ela não exista completamente, ou seja, a imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca o sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida. Usando,

⁸⁴ NADER, 2005.

⁸⁵ FERRAZ JR, 2008.

⁸⁶ Ibidem, 2008.

⁸⁷ Ibidem, 2008.

⁸⁸ NADER, 2005.

novamente, o regime nazista como exemplo, apesar de seu ordenamento jurídico ser moralmente reprovável, as suas leis cumpriam o princípio constitutivo que seria a impositividade autoritária de suas obrigações jurídicas. Mas, como já foi dito, o princípio regulativo do Direito é a justiça, sem ela a sociedade perde o sentido do dever-ser do comportamento⁸⁹.

⁸⁹ FERRAZ JR, 2008.

4. A NORMA JURÍDICA NA ÓTICA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

A teoria tridimensional do Direito, apesar de ser uma teoria que se encontra implícita em vários autores mundo afora, podendo citar Emil Lask, Gustav Radbruch, Roscoe Pound e em concepções culturalistas do Direito, foi justamente com um brasileiro, o professor Miguel Reale, que se conseguiu uma concepção integral do fenômeno jurídico em uma formulação ideal, alcançando projeção mundial⁹⁰.

O fenômeno jurídico, para Miguel Reale, requer a participação dialética do fato, valor e norma, que em sua concepção cada elemento se refere aos demais e, por isso, só alcança sentido em conjunto. Esse fenômeno pode ser explicado da seguinte forma: “um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo”⁹¹. Para o autor, o fenômeno jurídico é uma realidade fático-axiológico-normativa, que se revela como produto histórico-cultural, dirigido à realização do bem comum⁹².

Segundo o próprio Reale:

- a) Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) Mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram⁹³.

No caso da pedofilia, o fato poderia ser o estupro de vulnerável, ou seja, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos (Art. 217-A, caput do CP). Este ato tem que ser valorado segundo critérios da moral

⁹⁰ NADER 2005.

⁹¹ Ibidem, 2005, p. 389-390.

⁹² Ibidem, 2005.

⁹³ REALE, 2002, p. 65.

social (“conjunto de princípios e de critérios que, em cada sociedade e em cada época, orienta a conduta dos indivíduos”⁹⁴) e da justiça, com o objetivo de preservar a integridade da pessoa violentada.

Conforme a justiça de Aristóteles, o legislador deverá reparar a injustiça praticada de acordo com a valoração de proporcionalidade entre dano praticado pelo indivíduo e pena atribuída e restabelecer o meio-termo da lide, ou seja, a pena deverá ser proporcional ao crime cometido.

Então, de acordo com o que foi visto, o fato é o acontecimento social referido pelo Direito objetivo e o valor é o elemento moral do Direito, sendo o ponto de vista sobre a justiça⁹⁵.

Já a norma, que é a relação ou medida que integra os dois outros elementos, o fato ao valor, expressa um dever jurídico, que no caso da lei penal é de não agir de acordo com a tipicidade, que seria o enquadramento da conduta do agente ao modelo descritivo constante na lei, ou seja, o agente não deve praticar conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos. Se caso o dever jurídico não for respeitado, a norma impõe uma sanção, que no caso em tela é de oito a quinze anos de reclusão.

Existe uma norma jurídica e um fato, a norma prevê que se determinada pessoa cometer o crime de estupro de vulnerável, que é o fato, receberá uma pena, a qual visa assegurar um valor, que seria o valor da vida humana, da dignidade sexual, da saúde física e mental de uma criança.

⁹⁴ NADER, 2005, p.37.

⁹⁵ Ibidem, 2005.

5. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O Direito penal tem como objetivo de proteger os bens jurídicos mais importantes e necessários para uma vida em sociedade, bens estes considerados vitais para a mesma. Segundo Vaello Esquerdo:

os bens jurídicos constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social, podendo ser de natureza individual (vida, liberdade, honra, etc.) ou comunitária (saúde pública, segurança do Estado, meio ambiente, dentre outros).⁹⁶

Mas, como se escolhe os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito penal? Estes bens são relativos e podem variar de uma sociedade para outra, de acordo com a cultura de cada país. No Brasil, quem tem competência para legislar em Direito Penal é a União (art. 22, I da Constituição Federal⁹⁷), mas não é totalmente livre para criar figuras típicas, os nossos deputados e senadores possuem uma liberdade limitada, tendo que se submeter aos princípios informadores do Direito Penal, que devem, obrigatoriamente, ser observados⁹⁸.

O primeiro princípio fundamental do Direito Penal a ser observado, deveria ser o da intervenção mínima, que segundo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias, que significa que o legislador deverá escolher só os bens de maior importância para serem observados pelo Direito Penal, devendo sempre ser a última opção, ou seja, se os outros ramos do Direito forem suficientes na proteção de um determinado bem jurídico, não há motivo para que o Direito Penal intervenha, verificando o caráter subsidiário do Direito Penal⁹⁹.

Outros princípios fundamentais do Direito seriam: **o princípio da legalidade**, art. 5º XXXIX da CF e art. 1º do Código Penal¹⁰⁰, não há crime sem lei que o defina, não há pena sem cominação legal; **princípio da proibição da analogia**, que proíbe a adequação típica por semelhança, **princípio da anterioridade da lei penal**, também aplicado pelos artigos 5º, XXXIX da CF e 1º do CP, não há crime sem lei

⁹⁶ ESQUERDO apud GRECO 2009, p. 8.

⁹⁷ A partir deste momento abreviar-se-á Constituição Federal com a sigla CF.

⁹⁸ GRECO, 2009.

⁹⁹ Ibidem, 2009; CAPEZ, 2008.

¹⁰⁰ Neste ponto abreviar-se-á como CP.

anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal; **princípio da irretroatividade da lei penal mais severa**, art. 5º, XL da CF e art. 2º e parágrafo único do CP, a lei posterior mais severa é irretroativa, a posterior mais benéfica é retroativa, a anterior mais benéfica é ultra-ativa; **princípio da fragmentação**, que o Direito Penal só protege os bens jurídicos mais importantes; **princípio da ofensividade**, que o Direito Penal só pode ser aplicado quando ofende um bem jurídico por ele protegido; **princípio da insignificância**, o Direito Penal só deve intervir nas lesões jurídicas de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade em hipóteses de perturbações jurídicas mais leves, existem jurisprudências em casos de furto de objeto material de importância insignificante; **princípio da culpabilidade**, a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico; **princípio da humanidade**, o réu deve ser tratado como pessoa humana (arts. 1º, III 5º, III, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXIII e LXIV da CF); **princípio da proporcionalidade da pena**, a pena não pode ser superior ao seu grau de responsabilidade; **princípio do estado de inocência**, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII da CF); **princípio da igualdade**, todos são iguais perante a lei penal (art. 5º, caput da CF); **princípio do “ne bis in idem”**, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato¹⁰¹.

Além dos princípios informadores do Direito Penal, temos a Constituição Federal, que é um ponto de partida para os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal, como exemplo a parte dos Direitos e Garantias Fundamentais, que merecem um cuidado maior pelo Direito Penal. Conforme Luiz Flávio Gomes:

é pressuposto lógico de todo discurso garantista supor que o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício da sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, margem essa que deriva da sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática [...], está vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela.¹⁰²

A Constituição pode indicar a incriminação de comportamentos atentatórios, como, por exemplo, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, conforme o caput do art. 5º; como também em seu inciso XLI, quando diz que a lei

¹⁰¹ JESUS, 2008.

¹⁰² GOMES apud GRECO, 2009, p. 13.

punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; e em seu inciso XLII, diz que a prática do racismo constitui pena de reclusão, nos termos da lei; no inciso XLIII, diz que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; e também no inciso XLIV quando assevera que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Podendo tanto indicar bens para que sejam protegidos pelo Direito Penal, como também, pode proibir a incriminação de determinadas condutas, como por exemplo, o art. 5º inciso XLVII, que diz que não haverá penas de morte, salvo caso de guerra declarada; e nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis¹⁰³.

Contudo, nem todos os bens que merecem ser protegidos pelo Direito Penal foram contemplados pela Constituição, mas mesmo que tivessem sido expostos pela lei madre, a sociedade é volúvel, instável e mutante, o que pode ser um bem jurídico importante hoje, amanhã pode deixar de ser, como foi o caso dos crimes de adultério, sedução e de rapto, que foram excluídos do nosso CP, pois deixaram de ter considerada importância para serem enquadrados como crime. E existem outros bens jurídicos que podem passar a ter importância suficiente para se enquadrarem na exigência do CP, como exemplo, pode-se citar os crimes eletrônicos ou cybercrimes, crimes que usam o computador e a rede de internet como ferramenta para ações delituosas, por serem crimes extremamente novos, não existia nenhuma tipificação sobre o assunto na época da promulgação da CF. Como exemplo de tipificações de crimes eletrônicos temos o artigo 313-A, sobre inserção de dados falsos em sistema de informação e 313-B, sobre modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, do CP, que são delitos novos que visam proteger o bem jurídico que é a administração pública, especialmente a probidade administrativa.

Então os bens jurídicos podem ou não ser escolhidos pela Constituição, e que só os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade devem ser protegidos pelo Direito Penal. E no caso em questão, da pedofilia, os bens jurídicos a serem

¹⁰³ GRECO, 2009.

protegidos segundo concepção de Natscheradest¹⁰⁴ seriam o direito à liberdade pessoal de eleição e autodeterminação do desenvolvimento sexual do menor. Já Ripollés¹⁰⁵ acrescenta outros bens jurídicos relacionados, que são “a dignidade da pessoa humana e dos direitos derivados, direito ao desenvolvimento e formação psíquica, intimidade e moral sexual social”. E, segundo o CP Brasileiro, que com o advento da lei 12.015/2009, confere a dignidade sexual como bem jurídico a ser protegido, não se restringindo só à proteção da criança, mas à de qualquer pessoa.

Antes da modificação, o CP tratava o costume como bem jurídico a ser protegido, sendo que, o título do CP se chamava de crimes contra os costumes, portanto, a modificação foi feita de forma assertiva, pois “a nova lei, ao nominar a dignidade sexual como proteção penal, está, igualmente, referindo-se à decência, à respeitabilidade, à honra”¹⁰⁶, além da integridade física e psíquica de qualquer pessoa.

¹⁰⁴ NATSCHERADEST apud BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

¹⁰⁵ RIPOLLÉS apud BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 114.

¹⁰⁶ NUCCI apud BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 108-109.

6. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A criança e o adolescente por serem pessoas em desenvolvimento merecem proteção especial por parte da família, da sociedade e do Estado. Esta é uma concepção adotada no Brasil, conforme o art. 227 da CF. A lei vai de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que foi ratificada pelo Brasil em 1990 e entrou em vigor através do decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A Constituição de 1988 dedica à criança e ao adolescente uma proteção expressiva e consagradora de direitos fundamentais da pessoa humana, conforme o art. 227:

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através

de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

A Convenção dos Direitos da Criança, em seu art. 1º, entende como criança todo o ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. A legislação vigente no país considera criança a pessoa até doze anos de idade e adolescente a pessoa que possui a faixa etária entre doze e dezoito anos, conforme o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁷. Portanto a proteção dada pela Constituição e pela Convenção abrange tanto a criança como o adolescente.

Recentemente foi promulgada a emenda constitucional nº 65 em 13 de julho de 2010 que modifica o art. 227, incluindo o jovem a uma melhor proteção, sendo que em seu §8º, I, diz que a lei estabelecerá um estatuto destinado a regular os direitos do jovem, sendo que já existe desde 2004 um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, PL4529/04, que brevemente deverá ser aprovado.

Sendo assim, o artigo 227 é, por si só, uma carta de direitos fundamentais da criança e do adolescente e agora também do jovem, que segundo o projeto de lei nº 4529/04, no art. 2º, considera jovem todas as pessoas com idade entre quinze e vinte e nove anos, dividido em três grupos, o jovem-adolescente de quinze a dezessete anos, o jovem-jovem de dezoito a vinte e quatro anos, e o jovem-adulto de vinte e cinco a vinte e nove anos.

¹⁰⁷ A partir deste ponto abrevia-se ECA.

O caput do artigo 227 contém a declaração dos direitos reservados às crianças, aos adolescentes e aos jovens, e os parágrafos indicam as providências para a proteção de seus direitos. É importante mencionar que mesmo tendo um artigo com direitos fundamentais às crianças, adolescentes e jovens, isto não significa que os outros direitos fundamentais constitucionais previstos em outros artigos não se apliquem a eles, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte¹⁰⁸.

Conforme o art. 3º do ECA:

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em relação à Convenção ratificada no Brasil, para que se aprove qualquer tratado, convenção ou ato internacional, é necessária a celebração do presidente da república, sendo uma competência privativa dele (CF, art. 84, VIII). Após a celebração do tratado é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I), de modo que a deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado. A última fase do procedimento é a edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional¹⁰⁹.

As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando prevêm normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

¹⁰⁸ SILVA, 2007.

¹⁰⁹ MORAIS, 2009.

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais¹¹⁰.

A Convenção dos Direitos da Criança instituiu de forma mundial a criança como ser dotado de Direitos. A atitude foi aceita por quase todos os países do mundo, computando o maior número de adesões a um acordo internacional já existente. Somente dois países não a ratificaram: os Estados Unidos e a Somália¹¹¹.

No artigo 4º, a convenção define que todos os Estados membros deverão adotar medidas administrativas, legislativas e outras para a implementação dos direitos reconhecidos na convenção. Já artigo 11º §1, diz que os Estados membros deverão implantar medidas para combater a transferência ilícita de crianças, ou seja, tráfico de crianças, que podem ter motivos diversos inclusive sexuais.

O artigo 19º, §1 menciona maus-tratos, exploração e abuso sexual submetido às crianças. Além disso, diz que os Estados membros devem tomar as medidas cabíveis para reprimir qualquer tipo de violência contra as crianças, sendo elas administrativas, legislativas, sociais e educacionais.

Já o artigo 34º é mais direto ao falar sobre o abuso sexual de crianças. Expressa que os Estados membros devem impedir que uma criança se dedique, seja por incentivo ou coação, de qualquer prática sexual ilegal; a exploração da criança na prostituição; e na exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

O artigo 35º pede medidas aos Estados membros para combater o tráfico de crianças e o 36º pede proteção às demais formas de exploração da criança.

Um dos pontos de fundamental importância da convenção é o artigo 39º, que fala sobre a questão da recuperação física e psicológica da criança e a reintegração dela à sociedade, visto que os Estados têm o dever de adotar medidas com esta finalidade, para que crianças vítimas de: qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados; possam ter a oportunidade de se recuperar desses traumas.

No artigo 43, a convenção estabeleceu a criação de um comitê para os Direitos da Criança com o objetivo de monitorar a aplicação dos dispositivos da

¹¹⁰ Ibidem, 2009, p. 691-692.

¹¹¹ MENDONÇA, 2007.

convenção em todos os Estados membros. De acordo com esse artigo, os Estados signatários assumem o compromisso de apresentar relatórios com as medidas adotadas para a aplicação da convenção, para que os Direitos da Criança sejam cumpridos e reconhecidos de forma efetiva. O artigo cria a figura do relator especial sobre tráfico de crianças, prostituição e pornografia do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU.

Como se vê, não só a constituição brasileira, mas o mundo inteiro já percebeu que a criança deve ser protegida, que ela é o futuro para uma nação saudável. Contudo, a realidade é muito diferente do que a legislação brasileira preconiza, pois no Brasil existem cerca de 24 milhões de crianças vivendo na miséria, 23 milhões na pobreza, 33% das famílias ganham menos do que um salário mínimo¹¹².

Não é só a pobreza que assola as crianças deste país, mas também os maus-tratos, o tráfico humano, o abuso sexual, a pornografia infantil, que aparece como um fenômeno generalizado e crescente. A pornografia está interligada com o crime organizado num comércio de sexo, usando as novas armas tecnológicas do mundo globalizado para conseguirem alcançar seus objetivos criminosos.

A pobreza também contribui para a prostituição ou exploração sexual infantil. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito em Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente no Congresso Nacional, realizada entre julho de 2003 e julho de 2004, identificou várias redes de prostituição infantil com crianças menores de 10 anos que se prostituíam, em muitos casos, para o sustento familiar¹¹³.

Pode-se verificar que muita coisa contribui para a exploração sexual infantil, entre elas: a pobreza, a falta de conhecimento, a impunidade, o envolvimento da família na exploração, a falta de trabalho dentro da sociedade, falta de educação escolar e muitos outros fatores, que segundo a Constituição e a Convenção ratificada pelo Brasil, o Estado tem o dever de intervir para preservar os Direitos da criança e do adolescente, de modo que nossos governantes precisam ser mais enérgicos neste sentido.

Para assegurar os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade é que existe o Direito Penal. Ele surge com o objetivo de garantir todo esse arcabouço de

¹¹² SILVA, 2006.

¹¹³ BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

Direitos, não só da criança, mas de todas as pessoas, pois não existe bem jurídico mais importante do que as novas gerações, pilares do futuro de uma nação.

7. LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: CRIMES ASSOCIADOS À PEDOFILIA

Ao analisar a legislação penal brasileira não se encontra conceito ou tipificação de pedofilia. O se encontra são casos de pedofilia incorporados a outros crimes. Como já foi discutido no começo deste trabalho, a pedofilia é uma “parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”¹¹⁴. Este conceito pode ser aplicado em diversos crimes tipificados na legislação brasileira vigente. Dela, citar-se-á os seguintes crimes relacionados à pedofilia:

I. Art. 217-A do CP: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos;

II. Art. 218 do CP: Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem;

III. Art. 218-A do CP: Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem;

IV. Art. 218-B do CP: Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone;

V. Art. 231 do CP: 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 (a pena é aumentada da metade se a vítima for menor de 18 anos);

VI. Art. 231-A do CP: Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual (a pena é aumentada da metade se a vítima for menor de 18 anos);

VII. Art. 240 do ECA: Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente;

¹¹⁴ FERREIRA, 2009.

VIII. Art. 241 do ECA: Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente;

IX. Art. 241-A do ECA: 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;

X. Art. 241-B do ECA: 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;

XI. Art. 241-C do ECA: 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;

XII. Art. 241-D do ECA: Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

XIII. Art. 241-E do Estatuto da Criança e Adolescente: 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.

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

7.1. OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL

Recentemente houve algumas mudanças no CP referentes à lei nº 12.015/2009, que modificou a nomenclatura do Título VI e dos capítulos I, II e V do mesmo Título, que passaram a vigorar com os respectivos nomes: Título VI, Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual; Capítulo I, Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual; Capítulo II, Dos Crimes Sexuais Contra Vulneráveis; Capítulo V, e Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual.

Além dessas mudanças, a lei alterou os seguintes artigos: 213, 215, 216-A, 218, 225, 228, 229, 230, 231, 231-A e incluiu os artigos 217-A, 218-A, 218-B, 234-A,

234-B e 234-C do Código Penal; alterou, também, o artigo 1º da lei nº 8.072/1990, incluindo os crimes de estupro e de estupro de vulnerável ao rol dos crimes hediondos e acrescentou o artigo 244-B à lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A lei 12.015/2009, conhecida como nova lei do estupro, alterou enormemente o Título VI do CP. Boa parte dos crimes associados ao conceito de pedofilia se encontra neste Título, por isso deve-se dar ênfase nesta nova lei. A partir deste ponto, iremos analisar artigo por artigo correlato ao crime de pedofilia do Código Penal.

7.1.1. Artigo 217-A: Estupro de Vulnerável

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Antes da mudança da legislação o artigo 224 do Código Penal previa a presunção de violência, ou seja, era presumida a violência nas seguintes hipóteses: quando a vítima não era maior de 14 anos; era alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. O estupro com violência real ou presumida integrava ao mesmo tipo penal, e possuía penas idênticas. Agora com a mudança o estupro de vulnerável passou a ter uma pena maior do que o crime de estupro, enquanto que este tem pena de 6 a 10 anos aquele tem pena de 8 a 15 anos.

Agora o estupro cometido contra pessoas sem capacidade ou condições de consentir deixou de integrar o artigo 213 do Código Penal e virou crime autônomo do artigo 217-A, sob a nomenclatura de estupro de vulnerável.

Outra mudança significativa é a questão da idade, no antigo artigo 224, a) do CP, a vítima teria que ter idade igual ou inferior a catorze anos (“se a vítima não é maior de catorze anos”). Atualmente, o artigo 217-A diz que a vítima tem que ser menor de catorze anos, ou seja, a idade mínima foi diminuída para até 13 anos.

A mudança principal seria a retirada da presunção de violência, aplicando o termo estupro de vulnerável, evitando assim a insegurança jurídica. Antes do novo artigo, existia uma doutrina (corrente minoritária) que pregava valor relativo à presunção de violência, que parte da jurisprudência também partilhava deste mesmo entendimento, conforme jurisdição:

Recurso Especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência Presumida. **Presunção relativa**. 1. É relativa a presunção de violência contida na alínea “a” do artigo 224 do Código Penal. 2. Recurso conhecido e improvido¹¹⁵ (grifo nosso).

Recurso Especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência presumida. **Presunção relativa**. 1. A presunção de violência contida no art. 224, “a”, do CP é *júris tantum*, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes. 2. Recurso conhecido em parte (letra “c”) e improvido¹¹⁶ (grifo nosso).

Sendo que a grande maioria da jurisprudência e da doutrina considerava a presunção de violência de forma absoluta:

STF: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): **caráter absoluto da presunção**, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF – após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário – conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74.286, 1º Turma, 22-10-1996, Sanches, RTJ 163/291; HC 75.608, 10-2-1998, Jobim, DJ 27-3-1998): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto a idade da vítima pode excluir¹¹⁷ (grifo nosso).

¹¹⁵ STJ, 6º Turma, REsp 206.658-SC, Rel. Min. Vicente Leal, j. 18-4-2002, DJ, 10-3-2003, p.320 *apud* CAPEZ, 2010, p.82.

¹¹⁶ STJ, 6º Turma, REsp 195.279-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18-4-2002, DJ, 19-12-2002, p.454 *apud* CAPEZ, 2010, p. 82.

¹¹⁷ 1º Turma, HC81.268-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-10-2001, DJ, 16-11-2002, p.8 *apud* CAPEZ, 2010, p. 82.

A questão da presunção de violência trazia insegurança jurídica, pois existiam duas correntes, a que dizia que era relativa, ou seja, se for comprovado o consentimento da pessoa e que ela aparentava ser maior de idade, ou que já tinha uma vida sexual ativa, ou que se mostrava despuddorada, ou que tenha forçado o agente a possuí-la, sendo que possuía idade igual ou inferior a 14 anos, o agente seria considerado inocente do crime. Mas, segundo a corrente majoritária, a presunção de violência era absoluta e que a única excludente que poderia existir seria a do erro de tipo, ou seja, erro quanto à idade da vítima, sendo que existem jurisprudências tomadas nos dois sentidos¹¹⁸.

No caso de erro de tipo podemos citar um exemplo de um rapaz maior de 18 anos, que vai a uma casa noturna, onde só entra pessoas maiores de 18 anos, lá ele conhece uma prostituta bem desenvolvida fisicamente e resolvem ir para um motel. Lá a garota apresenta uma carteira de identidade falsa ao entrar no estabelecimento. Tão logo se encerra o ato sexual, a polícia invade o quarto e prende o sujeito, pois a garota teria 13 anos de idade. Neste caso se teria duas alegações possíveis: a moça tem um desenvolvimento físico incomum para a idade dela e já possuía uma experiência sexual ativa e o rapaz não teria como prever a idade da garota; e a segunda, o rapaz não teria condições de saber a idade da menor, pois estavam freqüentando ambientes para maiores de idade, apresentou carteira de identidade falsa e apresentava um físico de uma pessoa adulta¹¹⁹.

Agora não existe mais motivo para insegurança, pois o legislador considerou que a pessoa menor de 14 anos não tem capacidade para consentir e praticar o ato sexual, o único motivo para a excludente de ilicitude seria no caso de erro de tipo, uma vez que o agente desconhece a idade da vítima, como no exemplo anterior, com o consentimento da mesma, não se configuraria o estupro¹²⁰.

Ao definir o crime de estupro de vulnerável pela idade, o legislador brasileiro acompanhou a orientação do Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais¹²¹, que define a pedofilia como uma patologia cujo sujeito sente desejo por crianças de até 13 anos de idade, um critério técnico usado pelos legisladores para

¹¹⁸ CAPEZ, 2010.

¹¹⁹ Ibidem 2010.

¹²⁰ Ibidem, 2010.

¹²¹ DSM-IV-TR Apud TRINDADE e BREIER, 2010.

que fosse utilizado no Código Penal e ser aplicado de acordo com a realidade do tema¹²².

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo o menor de 14 anos. A conduta típica recai sobre pessoa vulnerável, podendo ser o menor de 14 anos, o que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que por qualquer outro motivo, não pode oferecer resistência ao agente.

O objeto jurídico é a dignidade sexual da pessoa vulnerável. A ação nuclear é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Incorre na mesma pena quem praticar os atos previstos no caput do artigo contra alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O tipo subjetivo é o dolo do agente em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. O crime é material e se consuma com a conjunção carnal (cópula vagínica) ou outro ato libidinoso (outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal). Admite-se tentativa, no caso da conjunção carnal, quando não há a introdução do pênis na cavidade vaginal da garota, mas as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito da conjunção carnal, mas que por circunstâncias independentes de sua vontade não conseguiu prosseguir com a relação sexual. A tentativa no caso do ato libidinoso ocorreria se o agente tivesse a intenção de praticar um ato sexual diferente da conjunção carnal, mas que por circunstâncias alheias a sua vontade não conseguiu. Nos atos libidinosos o agente pode ser do sexo feminino e a vítima pode ser do sexo masculino¹²³.

Para Guaracy Moreira Filho¹²⁴, a conjunção carnal compreende-se a cópula oral, anal ou vaginal, e também se entende possível a tentativa. Segundo o autor, o ato libidinoso se compreende em um beijo lascivo, a mão nas nádegas, o dedo na vagina, a língua nos seios, ânus, pênis ou vagina. No ato libidinoso não pode existir tentativa, ou o agente chega a fazer, ou não executa o ato libidinoso e o fato é atípico.

¹²² BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

¹²³ CAPEZ, 2010.

¹²⁴ MOREIRA FILHO, 2010.

É importante refletir sobre o peso da pena no caso do ato libidinoso, que segundo Moreira Filho se configura quando o sujeito coloca a mão nas nádegas ou nos seios da vítima. Por exemplo: um sujeito que no meio de um ônibus lotado pega na bunda ou nos seios de uma mulher ou de uma garota, vai responder pelo crime de estupro ou pelo crime de estupro de vulnerável, a meu ver a penalidade é desproporcional ao ato do agente, que neste caso pode pegar de 6 a 10 anos no caso do estupro, ou pena de 8 a 15 anos no caso de estupro de vulnerável.

A pena para quem comete o crime do caput e do parágrafo 1º do artigo é de 8 a 15 anos e as formas qualificadas deste crime se encontram nos Parágrafos 3º e 4º, que são respectivamente: se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave a pena será de reclusão de 10 a 20 anos; e se resultar em morte a pena será de reclusão de 12 a 30 anos.

O artigo 226 do Código Penal dispõe que a pena é aumentada:

I – de quarta parte se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A lei nº 12.015/2009 incluiu este artigo e o 213, crime de estupro, no rol dos crimes hediondos e conforme o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

7.1.2. Artigo 218: Corrupção de Menores

Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.
Parágrafo único. (VETADO).

Antes da lei 12.015/2009 este artigo regia acerca do delito de corrupção de menores. Agora, com a inovação, passou a tratar da mediação de menor de 14 anos para satisfação da lascívia de outrem, antes previsto genericamente no art. 227 do CP. No caso do antigo artigo 227, existia a presunção de violência, a vítima que não fosse maior de 14 anos, a sanção seria mais severa: 2 a 8 anos. Atualmente, com o

advento da nova lei, os artigos 224 e 232 foram revogados. Não se pode mais falar sobre presunção de violência, significa que, o agente que induzir vítima menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem responderá por crime autônomo previsto pelo artigo 218. A pena da nova redação dada ao artigo 218 é mais branda do que a antiga¹²⁵.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo é o menor de 14 anos. O objeto jurídico é a dignidade sexual do vulnerável. A ação nuclear é o verbo induzir, que significa persuadir, aliciar, levar o menor, por qualquer meio, a praticar uma ação para satisfazer a lascívia de outrem. O elemento subjetivo é o dolo específico com objetivo de satisfazer a lascívia de outrem.

Consuma-se por qualquer ato praticado pela vítima para satisfazer a lascívia de terceiro. A tentativa segundo Moreira Filho entende-se ser impossível, diferentemente da concepção de Capez que avalia ser perfeitamente possível. Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, conforme o artigo 225, I do Código Penal.

7.1.3. Artigo 218-A: Satisfação de Lascívia Mediante Presença de criança ou Adolescente

Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Este dispositivo foi introduzido pela lei nº 12.015/2009 e visa proteger a dignidade sexual, a moral sexual, e proteger o menor de 14 anos da depravação, incriminando aquele que pratica ato de libidinagem se expondo na frente do menor¹²⁶.

Com isso, a conduta prevista no antigo artigo 218 que visava a proteção do maior de 14 e menor de 18, operou-se verdadeira *abolitio criminis*, devendo a lei alcançar os fatos praticados antes da nova lei, retroagindo em benefício do réu¹²⁷.

¹²⁵ CAPEZ, 2010.

¹²⁶ Ibidem, 2010.

¹²⁷ Ibidem, 2010.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o sujeito passivo é o menor de 14 anos. O objeto jurídico é a dignidade sexual do vulnerável. A ação nuclear é o verbo praticar na presença de alguém menor de 14 anos a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O elemento subjetivo é o dolo específico, com objetivo de praticar o ato libidinoso na frente de menor de 14 anos.

O fato consuma-se por qualquer ato praticado pelo agente na intenção de que o menor de 14 anos presencie conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. A tentativa segundo Moreira Filho entende-se ser impossível, mas segundo Capez é perfeitamente possível. E trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, conforme o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal.

7.1.4. Artigo 218-B: Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual

Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Em primeiro lugar, devemos nos perguntar o que é a prostituição? Segundo a concepção de Nelson Hungria¹²⁸, prostituição é “o comércio habitual do próprio corpo, exercido pelo homem ou mulher, em que estes se prestam à satisfação sexual de indeterminado número de pessoas”. Apesar de não ser um ato moralmente aceito pela sociedade, a prostituição não é considerada crime, mas a

¹²⁸ HUNGRIA apud CAPEZ, 2010, p. 102

exploração do lenocínio por terceiro é reprimida pelo Direito Penal, pois fomenta a imoralidade e a depravação.

Prostituição infantil segundo o artigo 2º alínea “b” do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança “significa a utilização de uma criança em actividades sexuais contra remuneração ou qualquer outra retribuição”. Segundo Breier¹²⁹, a prostituição ou exploração sexual infantil define-se através de actividades sexual em troca de remuneração, podendo ser de dinheiro como também com comida, roupa, promessa de ajuda.

Muitos países buscam adotar medidas para que a prostituição seja reprimida. No Brasil, existem muitas empresas de turismo que vendiam ou que vendem pacotes turísticos com o objetivo de turismo sexual, até mesmo com menores. Com o objetivo de conscientizar e de prevenir o turismo sexual é que foi promulgada em 17 de setembro de 2008 a lei 11.771 (Lei de Política Nacional do Turismo), que no seu artigo 5º, inciso X, atribui aos serviços turísticos de qualquer natureza o dever de informar, prevenir e combater atividades relacionadas aos abusos de natureza sexual e outras que afetem a dignidade humana, impondo uma penalidade administrativa, de natureza grave, quando a rede hoteleira ou agências de turismo sonegar informações ou obstaculizar a fiscalização das autoridades referente a este tema, conforme o artigo 37, §2º da lei.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o menor de 18 anos, podendo ser também a pessoa com enfermidade ou doença mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

A ação nuclear são os verbos **submeter**, **induzir**, **facilitar**, ou **atrair** à prostituição ou outra forma de exploração sexual de alguém menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; além dos verbos **impedir** ou **dificultar** que abandone.

O elemento subjetivo é o dolo do agente em submeter, induzir, facilitar, ou atrair a pessoa vulnerável à prostituição e de impedir ou dificultar que abandone.

O ato consuma-se no momento em que a vítima começa a se dedicar habitualmente à prostituição, após ter sido submetida, induzida, atraída ou facilitada pela ação do agente. A tentativa segundo Moreira Filho entende-se ser impossível,

¹²⁹ BREIER in TRINDADE e BREIER, 2010.

mas para Capez é perfeitamente possível. Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, conforme o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal.

Nota-se que nesse artigo existe outra tipificação penal, que é a do sujeito que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 e maior de 14 anos na situação descrita no *caput* deste artigo.

O sujeito ativo, nesse caso, pode ser qualquer pessoa, e o passivo, o menor de 18 e maior de 14 anos. A ação nuclear é o verbo praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O elemento subjetivo do agente o dolo em praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com prostituta menor de 18 e maior de 14 anos. O ato consuma-se com a conjunção carnal (cópula vagínica) ou outro ato libidinoso (outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal), e a tentativa é perfeitamente possível.

7.1.5. Artigo 231: Tráfico Internacional de Pessoa para Fim de Exploração Sexual

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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Esse artigo já foi modificado várias vezes. O artigo original descrevia só o tráfico internacional de mulheres para fim de prostituição. Em 2005, com a lei nº 11.106, foi modificado e deixou de ser só de mulheres e passou a se chamar tráfico internacional de pessoas. Com isso o delito deixou de ser restrito às pessoas do sexo feminino, além de conter pena majorada quando o crime era cometido contra

vítima maior de catorze e menor de dezoito anos. Conforme o revogado artigo 232 do Código Penal determinava que aplicasse aos crimes de lenocínio e tráfico de pessoas o aumento de pena pelas lesões ou morte do revogado artigo 223 e presunção de violência do revogado artigo 224 todos do CP. A última modificação foi com a lei 12.015/2009 que revogou esses três artigos.

O tráfico internacional de crianças está relacionado com à exploração sexual. A Convenção Interamericana, em seu artigo segundo, b, define como “a subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração de um menor, com propósitos ou por meio ilícito”. Tal prática também é estigmatizada como mercado negro de menores, não apenas para a mão de obra escrava, mas também para casos de abuso sexual. Segundo pesquisa da Secretaria Especial de Direitos Humanos, realizada em agosto de 2004, as redes de tráfico para fins de exploração sexual contam com a colaboração de várias pessoas, com funções diversas (do aliciador ao beneficiário do lucro econômico). O relatório apontou mais de 110 rotas de tráfico interno de crianças e adolescentes e 131 rotas internacionais. Na rota interna de Norte a Sul, vêm crescendo as redes de tráfico de crianças e adolescentes, em virtude da potencial mão de obra, que em muitos casos depende da prostituição para sobreviver. As vítimas em situação de risco são na grande maioria de natureza pobre, de baixo desenvolvimento educacional, vivendo na periferia das regiões metropolitanas. O perfil dos aliciadores na sua maioria é do sexo masculino, das mais variadas classes sociais que vão desde funcionários de boates às elites econômicas. ONGs como a “Fundação Helsinque de Direitos Humanos”, Finlândia, noticia o Brasil como um dos maiores exportadores de escravas sexuais da América do Sul a serviço das saunas e das casas de prostituição da União Européia¹³⁰.

Conforme o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, que foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n° 231 de 29 de maio de 2003 e promulgado através do Decreto n° 5.017 de 12 de março de 2004, em seu artigo 3°:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá,

¹³⁰ BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 98.

- no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Esse protocolo tem o objetivo de prevenir e combater o tráfico internacional de pessoas, em especial mulheres e crianças; proteger e ajudar as vítimas deste crime; e promover a cooperação entre os Estados membros (art. 2º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças).

Segundo estatísticas liberadas pela ONU, o tráfico internacional de pessoas é a terceira atividade ilícita mais rentável do mundo. Só perde para o tráfico de drogas e de armas, sendo divulgada no 12º Período de Prevenção do Crime e Justiça Penal. De acordo com os números divulgados pela ONU, cerca de 700.000 mulheres e 1.000.000 de crianças são traficadas por ano. Os criminosos gastam em média de US\$ 30.000,00 por cada vítima (incluindo neste valor o contrato, o sequestro, a "hospedagem" etc. e cada vítima teria que gerar um lucro de US\$ 50.000,00¹³¹.

O CP, no crime em tela (artigo 231), não tem como objetivo punir a pessoa que queira ir a outro país com a intenção de se prostituir, mas sim, quem promove ou facilita a entrada no território nacional ou a saída desta pessoa em território estrangeiro para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual.

O sujeito ativo e o passivo podem ser qualquer pessoa, mas no caso da vítima ser menor de 18 anos; ter enfermidade ou doença mental; o agente ser ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu por lei outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou há emprego de violência grave ameaça ou

¹³¹ CAPEZ 2010, p. 152.

fraude, a pena é aumentada da metade. A ação nuclear é o verbo promover ou facilitar, sendo o elemento subjetivo do agente o dolo em promover ou facilitar a entrada em território nacional ou a saída para o estrangeiro de quem vai exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

A consumação se confirma com a promoção ou facilitação da entrada ou saída da pessoa para fim de prostituição, independente que ela tenha efetivamente exercido a prostituição. Capez afirma que é possível a tentativa, mas Moreira Filho entende que não, segundo este, ou o agente promove ou facilita a entrada ou saída da pessoa para exercer a prostituição e o crime está consumado, ou não realiza a contento as condutas previstas e o fato é atípico.

Trata-se de crime internacional, a competência é da Justiça Federal (CF/88, art. 109,V), e trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

7.1.6. Artigo 231-A: Tráfico Interno de Pessoa para Fim de Exploração Sexual

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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O artigo citado foi modificado pela lei nº 12.015/2009, inserindo qualquer outra forma de exploração sexual além da prostituição e a pena com a modificação foi reduzida.

O sujeito ativo e o passivo podem ser qualquer pessoa, mas no caso da vítima ser menor de 18 anos; ter enfermidade ou doença mental; o agente ser

ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou há emprego de violência grave ameaça ou fraude, a pena é aumentada da metade. A ação nuclear é o verbo promover ou facilitar, sendo o elemento subjetivo do agente o dolo em promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

A consumação se confirma com a promoção ou facilitação do deslocamento da vítima em território nacional para fim de prostituição, independente que ela tenha efetivamente exercido a prostituição. Capez afirma que é possível a tentativa, mas Moreira Filho entende não ser possível o fracionamento da conduta delitiva.

Trata-se de crime de competência da Justiça Estadual, mas, se no caso, na Justiça Federal estiver tramitando processo por crime de tráfico internacional de pessoas, recomenda-se a apuração da verdade real e a reunião dos processos (conexão instrumental ou probatória). Como o crime de tráfico internacional de pessoas é de competência da Justiça Federal, incidirá a Súmula 122 do STJ: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra no art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”¹³².

7.2. OS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, alterou e incluiu partes importantes do ECA, referentes à pornografia infantil, alterando os artigos 240 e o 241, e incluindo os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D, 241-E. Além desses artigos, também será discutido o artigo 244-A incluído pela lei nº 9.975, de 23 de junho de 2000.

O artigo 241 originalmente incriminava só quem fotografava ou quem publicava material pornográfico infantil. Em 2003 houve uma alteração neste artigo,

¹³² CAPEZ, 2010.

mas continuava sem punição aquele que comprava e deixava guardado em sua residência o material pornográfico, mas com a nova legislação veio a mudança.

Esta modificação atende à necessidade de punir aqueles que detinham material pornográfico infantil, ou seja, pedófilos que não saciavam sua lascívia através do abuso sexual, mas sim, através de imagens. Estes pedófilos fomentam o crime organizado e a exploração sexual infantil, pois os mesmos patrocinaam esta rede de indecência e imoralidade, através da compra deste material, na maioria das vezes, feita pela internet.

“A internet transformou a pornografia infantil numa indústria universal e sofisticada”¹³³. A facilidade de comunicação e de transferência de dados e informações, forma simples e facilitada na compra e venda de produtos, bate-papos e redes sociais, torna a internet o meio mais seguro para a criação de uma rede de pedofilia onde os mesmos se contactam e transferem dados um para o outro, não só potencializando o risco para as crianças, mas também, produzindo um lucro exorbitante para as redes pedófilas. Segundo dados dos Estados Unidos:

A pornografia infantil é uma empresa multimilionária e amplamente sofisticada que envolve mais de 600 mil crianças com idades inferiores a 16 anos, em todo país (EUA). O estudo conclui que as crianças transformam-se em mercadorias e são compradas, vendidas e trocadas, um ganho financeiro sem precedentes para as redes¹³⁴.

A interação comunicativa oferecida pela internet facilita a proliferação, a comercialização e o consumo de material pornográfico infantil, já que muitos países despertaram ao sentido de criminalizar esta conduta, entre eles o Brasil com a Lei nº 11.829/2008, que acordou tarde para o assunto.

7.2.1. Art. 240

Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

¹³³ SAINT MAUR apud BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 100.

¹³⁴ PIERCE apud BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010, p. 101.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;
II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo a criança ou o adolescente, isto é, o menor de 18 anos. A ação nuclear são os verbos produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar cena de pornografia infantil, sendo o elemento subjetivo o dolo em registrar a cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo crianças ou adolescentes.

A consumação se confirma no momento que o agente fotografa, filma, produz, reproduz, dirige ou registra a cena de sexo ou pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. A tentativa é perfeitamente possível.

Como todo crime que é definido no ECA, este é de ação pública incondicionada, conforme o artigo 227 da lei.

7.2.2. Art. 241

Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo a criança e o adolescente – o menor de 18 anos. A ação nuclear é o verbo vender. O elemento subjetivo o dolo em querer vender registro de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, pois não é necessária a concretização da venda, basta a exposição e a vontade de vender o material pornográfico. A consumação do fato delitivo se confirma só de o sujeito expor a venda, ou seja, não é necessária propriamente a venda para configurar o crime em tela.

Acredita-se que a tentativa não é possível. Ou o agente expõe a venda material pornográfico infantil ou não realiza a contento as condutas e o fato é atípico. Mas se caso o agente possuir o material pornográfico, tendo o intuito de expor a venda, mas não o faz, neste caso configuraria o crime tipificado no artigo 241-B: possuir ou armazenar fotografia ou vídeo ou outro meio de registro que contenha cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente. Assim, não configuraria a tentativa, mas caberia na tipificação de outro artigo.

7.2.3. 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:

Penal – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O passivo é a criança ou adolescente. A ação nuclear são os verbos oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. O elemento subjetivo é o dolo em querer oferecer, trocar, disponibilizar, distribuir, publicar ou divulgar o material pornográfico a terceiros.

A consumação do crime está em oferecer ou disponibilizar a terceiros o material pornográfico. Não é necessária a troca ou transferência para se confirmar o fato delitivo. Acredita-se não ser possível a tentativa. Como no artigo anterior, ou a pessoa oferece o material pornográfico ou não realiza a contento as condutas e o fato é atípico. Porém, caso o sujeito tiver consigo material pornográfico infantil responderá pelo crime do artigo 241-B.

7.2.4. 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:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 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.

§ 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:

I – agente público no exercício de suas funções;

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;

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.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

Esse artigo foi a maior inovação feita pela lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Atualmente, não é só quem transfere, divulga, publica ou vende que é penalizado, quem adquire ou possui o material pornográfico infantil para uso próprio também recebe penalização, pois, entende-se que ele alimenta o crime organizado e a exploração sexual infantil. Breier comprova esse argumento através de dados da Unicef que demonstram que as redes organizadas de pedofilia mantêm mais de 2 milhões de crianças reféns da exploração sexual no mundo real e virtual, sendo os consumidores virtuais, os clientes fiéis desta organização criminosa, financiando-a¹³⁵.

Outrora, um material pornográfico só era transmitido através de vídeos, revistas e fotografias. A distribuição era lenta e não atingia formas globalizadas, já que eram transferidas em locais determinados, geralmente sexshops¹³⁶. Em 2011, chegou a 2 bilhões o número de usuários da rede mundial de computadores¹³⁷, transformando-a em um grande mercado, tanto de produtos legais como também de ilegais, pois existem mais de 4 milhões de sites no mundo que contêm cenas de sexo envolvendo crianças. As salas de bate-papo são as ferramentas mais utilizadas

¹³⁵ BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

¹³⁶ Ibidem, 2010.

¹³⁷ Informações colhidas da reportagem feita pelo portal UOL notícias, disponível em: <http://entretenimento.uol.com.br/ultnot/afp/2011/01/26/numero-de-usuarios-de-internet-no-mundo-alcanca-os-2-bilhoes-onu.jhtm>.

pelos pedófilos para aliciar crianças, por isso a pornografia infantil movimentada entre U\$ 3 e U\$ 20 bilhões de dólares ao ano¹³⁸.

Os legisladores acertaram em penalizar as pessoas que adquirem pornografia infantil, pois elas fomentam o tráfico humano, o crime organizado e a exploração sexual de crianças. Por motivos como esses o consumidor de material pornográfico infantil, mesmo que não seja abusador de criança, deve ser penalizado, pois se não puni-lo, levará a impunidade às redes de pedofilia.

Alguns estudos psiquiátricos constatam que quanto mais uma pessoa visualiza imagens pornográficas, o cérebro as associa ao prazer e orgasmo, ou seja, visualizar seguidamente imagens de abuso sexual infantil pode levar ao espectador o desejo de concretizar a violência sexual, saindo do plano virtual para o real. Uma das formas de tratamento dos pedófilos para romper com o círculo psíquico que estão envolvidos seria um tratamento psiquiátrico ou até mesmo a detenção na forma da lei¹³⁹. Vendo esta afirmativa, o Estado, ao reprimir os consumidores de material pornográfico infantil, está também prevenindo futuros abusos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O passivo a criança ou adolescente: o menor de 18. A ação nuclear são os verbos adquirir, possuir ou armazenar fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. O elemento subjetivo é o dolo em querer adquirir, possuir ou armazenar para si material pornográfico infantil. A consumação do fato delitivo está em adquirir ou possuir o material pornográfico infantil.

Entende-se ser possível a tentativa. No caso de o indivíduo entrar num site que vende imagens e vídeos de sexo envolvendo crianças e adolescentes, mas o mesmo está sendo monitorado pela polícia, e o sujeito transfere o dinheiro para receber o material pornográfico, mas como o site já estava sendo monitorado, por um fator alheio a sua vontade, o indivíduo não recebeu o material que tanto almejava e acabou tendo seu IP rastreado pela polícia, sendo que neste caso, se o sujeito não tiver nenhuma imagem de pornografia infantil armazenada, ele irá responder pela tentativa.

¹³⁸ Informações declaradas pela ONU, disponível em: <http://www.portaldacidadania.com.br/?p=823>.

¹³⁹ BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

7.2.5. 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:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o passivo a criança ou adolescente. A ação nuclear está no verbo simular cena de sexo explícito ou pornográfico por meio de adulteração de vídeo ou imagem. O elemento subjetivo é o dolo em simular e a consumação está no ato de simular a cena de sexo ou pornografia por meio de adulteração.

Acredita-se não ser possível a tentativa: ou a pessoa simula 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 ou não realiza a contento as condutas, sendo o fato atípico.

7.2.6. Art. 241-D

Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

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;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o passivo, a criança, que conforme o artigo 2º do Estatuto, é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos. Segundo

Capez¹⁴⁰, o crime tem que ser praticado por meio de comunicação, via de regra, pela rede mundial de computadores.

Segundo o novo artigo 218 do CP, incorre na pena quem induz menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem e a pena é de 2 a 5 anos. Vê-se aí um equívoco do legislador, pois o artigo 241-D do ECA refere-se a aliciar, assediar, instigar ou constranger criança. A priori observa-se uma incongruência entre as idades, no ECA a criança é pessoa de até 12 anos incompletos, ou seja, aquela que não completou 12 anos, e no CP seria a menor de 14 anos, ou seja, o menor que ainda não completou 14 anos. O outro equívoco é a questão da penalidade, enquanto que no ECA a penalidade é de um a três anos e no CP de dois a cinco anos.

Os artigos 218 do CP e o 241-D do ECA são artigos com algumas diferenças em sua tipificação, mas muito parecidos, pois a ação nuclear do 218, o verbo induzir, tem uma aproximação muito forte com o verbo instigar do 241-D do ECA. A grande diferença entre um e outro é que segundo o artigo 241-D, o agente alicia, assedia, instiga ou constrange criança para si (art. 241-D) e o outro induz para satisfazer a lascívia de outrem (art. 218 do CP). Outra diferença entre as duas é na questão da lascívia e do ato libidinoso. Na questão da lascívia Capez¹⁴¹ nos ensina que é atender o desejo erótico da outra pessoa, que pode ser tanto a conjunção carnal (cópula vagínica) como outro ato libidinoso (coito anal, oral, etc.). Já o ato libidinoso pode ser tanto a cópula vagínica, como o coito anal, oral, beijo lascivo, apalpar os seios as nádegas; ou seja, em atender a lascívia de outrem e em praticar ato libidinoso, as palavras lascívia e libidinoso têm o mesmo sentido.

Na perspectiva deste trabalho, o maior equívoco do legislador foi deixar de fora deste importante artigo os vulneráveis com idade entre 12 anos e 14 anos incompletos, já que o CP os tratam como criança, mas o ECA os tratam em outra categoria – a dos adolescentes – e não os incluíram neste artigo. Vê-se, com isso, a necessidade de se alterar o artigo 2º do ECA e incluir os vulneráveis do CP na categoria das crianças, para que não haja mais equívocos. O outro grande erro foi a diferença entre as penalidades, sendo que são dois crimes muito similares.

¹⁴⁰ CAPEZ, 2010.

¹⁴¹ Ibidem, 2010.

A ação nuclear deste artigo, como já foi dito, está nos verbos aliciar, assediar, instigar ou constranger com o fim de com ela praticar ato libidinoso. O elemento subjetivo é o dolo em aliciar, assediar, instigar ou constranger a criança.

A consumação está no momento da aliciação, assediação, instigação ou no ato de constrangimento que o agente faz à criança. Acredita-se ser totalmente possível a tentativa, por exemplo, o agente manda uma carta para a criança instigando-a a ter uma “relação amorosa com ele”, mas que por um fator alheio a sua vontade, a carta não chegou às mãos da criança.

Segundo Capez¹⁴², dá a entender que o crime tem que ser praticado por um meio de comunicação (carta, e-mail, bate-papo, telegrama, etc.), mas entendo que uma simples conversa também é um meio de comunicação. Como o caput do artigo diz, “por qualquer meio de comunicação”, acredito que é possível incriminar quem pratica pessoalmente, sem precisar de nenhum outro meio a ação nuclear do artigo.

7.2.7. 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.

Este artigo é uma réplica do artigo 2º, alínea C do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, como já mostramos no capítulo 2º deste trabalho:

Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

¹⁴² Ibidem, 2010.

7.2.8. Art. 244-A

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

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.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

O artigo 218-B do CP também incrimina tal conduta, sendo que o artigo 244-A do ECA foi incluído pela lei nº 9.975/2000 e o artigo 218-B do CP foi incluído pela lei nº 12.015/2009, podendo chegar a conclusão de uma revogação tácita do artigo 244-A do ECA. Conforme a Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 2º, parágrafo 1º, declara que: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. De acordo com esta citação, existem duas formas de se revogar uma lei, quando expressamente o declare (revogação expressa) e quando seja ela incompatível ou que regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita). Ao analisar o artigo 244-A do ECA e o 218-B do CP e compará-los, veremos que não são incompatíveis e a lei nº 12.015/2009 não revoga expressamente o artigo 244-A, mas o regula por inteiro, além de fazer algumas modificações:

Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Portanto, podemos concluir que há neste caso uma revogação tácita, mesmo que as duas normas não sejam incompatíveis.

8. O PROJETO DE LEI SOBRE A CASTRAÇÃO QUÍMICA DOS PEDÓFILOS

O tema de castração química de pedófilos é polêmico. Essa medida já é adotada em alguns países, como é o caso dos Estados Unidos e Canadá. Em outras nações o projeto está em via de implementação, a saber: França e a Espanha. No Brasil existe um projeto de lei que visa cominar a pena de castração química para os pedófilos, que é a PL 552/2007 do Senado para acrescentar o artigo 226-A ao Código Penal de autoria do Senador Gerson Camata:

Acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica acrescido ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o art. 226-A:

Art. 226-A. Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Antes de qualquer coisa, tem-se que observar a data deste projeto de lei, que é do ano de 2007, ou seja, antes da nova lei do estupro, lei nº 12.015/2009, que praticamente modificou todo o Título VI do Código Penal. Então, de acordo com o projeto de lei em estudo, a pena em vigor é para aqueles que cometem o crime de estupro (antigo art. 213), atentado violento ao pudor (antigo art. 214), ou corrupção de menores (antigo art. 218) para os casos em que a vítima é menor de 14 anos de idade (presunção de violência, antigo art. 224), ou seja, para que ele seja aprovado teria que ser todo reformulado, pois todos os artigos citados foram revogados ou alterados.

Este projeto de lei mostra o total despreparo dos nossos legisladores, que desconhecem por completo nossa legislação. Eles não têm o mínimo de conhecimento de Direito, criando leis que estão em total descompasso com a legislação em vigor, e que erram até o número do artigo que vão acrescentar. É verdade que o senador que formulou este projeto teve boa intenção, mas nem ao

menos seus assessores viram os erros gritantes de seu projeto, além de ter uma péssima justificativa:

A pedofilia é uma doença reconhecida pela comunidade científica internacional, que a descreve em seu Código de Doenças, cujas conseqüências para a sociedade têm sido das mais gravosas.

Menores são psicológica e fisicamente torturados por indivíduos cuja formação psíquica apresenta tal deformidade a ponto de os impedirem de reabilitar-se perante a sociedade, mesmo se submetidos aos mais modernos refinados tratamentos clínicos. Não é por outro motivo que mesmo em países cujo sistema carcerário apresenta o que há de melhor em termos de estrutura física e de assistência médica já se propõe que tais indivíduos sejam, finalmente, castrados, visando a impedir a reincidência do crime, tida por certa, em face das lastimosas estatísticas.

O projeto em tela visa a debelar essa mazela social em sua origem, com a máxima objetividade e o necessário vigor, em prol da sociedade.

Peço aos nobres Pares que considerem o Projeto em tela com o mesmo destemor com que o apresento, isolando os receios nos impeçam de dar à sociedade a proteção que ela espera do Estado.

A partir deste ponto do trabalho, enumerar-se-á alguns erros do projeto, que nesta visão particular, devem ser corrigidos: primeiramente a ementa não corresponde ao conteúdo do projeto, ou seja, acrescenta-se o art. 226-A, e não o 216-B; o artigo 224 não traz crime tipificado, o que podemos deduzir é que o autor se refira à hipótese de violência presumida quando a vítima é menor de 14 anos; o termo “pedófilo” é estranho ao CP; e o projeto de lei cria uma norma penal em branco, pois a referência ao “Código Internacional de Doenças” que define a pedofilia, depende de consulta a um documento estrangeiro de classificação de doenças.

Contudo, apesar das críticas, não quer dizer que o posicionamento adotado neste trabalho seja contra a castração química, mas assume-se uma posição contrária aos políticos que não têm a mínima capacitação e querem se promover através de projetos mal elaborados.

Após verificar o projeto de lei 552/2007 do Senado Federal, tem-se que ver a possibilidade de sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, sendo que o ordenamento jurídico do Brasil não autoriza violação à integridade física do condenado por parte do Estado.

Em seguida, apresentam-se algumas normas do sistema jurídico brasileiro:

Art. 5º da Constituição Federal, inciso III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

Art. 5º da Constituição Federal, inciso XLVII, e): “não haverá penas: cruéis”;

Art. 5º da Constituição Federal, inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”;

Art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”;

Art. 40 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984): “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Vê-se que o sistema jurídico não comporta tal projeto de lei, mas de acordo com o excelente parecer do relator Senador Marcelo Crivella¹⁴³ chega-se a outra conclusão. Segundo Crivella, os direitos individuais são fronteiras que impedem a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre o outro. Para Canotilho, os direitos e garantias fundamentais são:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹⁴⁴.

Todavia, segundo Crivella, os Direitos individuais não são absolutos, ou seja, não formam fronteiras que impedem de forma absoluta a imposição da vontade do Estado. E segundo Lefer¹⁴⁵, os direitos humanos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como escudo nas práticas de atividades ilícitas, tampouco como argumentos para o afastamento ou diminuição da

¹⁴³ Cf. Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552 de 2007, do Senador Gerson Camata, que acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, do relator Marcelo Crivella, 2010. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>.

¹⁴⁴ CANOTILHO apud MORAIS, 2009, p. 30.

¹⁴⁵ LEFER apud MORAIS, 2009.

responsabilidade civil ou penal, sob pena de um total desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. De acordo com o Ministro Celso de Mello¹⁴⁶, “os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto”. Neste caso deve-se observar o princípio da convivência das liberdades, de que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna¹⁴⁷. Como Exemplo, podemos citar o caso dos cidadãos que são submetidos a vacinações ou testes de verificação de doenças quando está em jogo a saúde pública¹⁴⁸.

Crivella, em seu parecer faz a seguinte pergunta sobre o caso da terapia química: “Está em jogo a saúde pública ou a segurança da população?” Neste caso o Senador utilizou-se de uma técnica alemã para quando bens jurídicos constitucionais igualmente relevantes encontrarem-se em choque dando a resposta a tais casos. Neste caso estariam em jogo a segurança pública de um lado e a inviolabilidade física e moral do pedófilo, de outro. Para isso ele utilizou a técnica da análise da proporcionalidade.

Antes de verificar o princípio da proporcionalidade, primeiramente é necessário se verificar o princípio da legalidade, pois o texto constitucional informa que não são válidas as penas cruéis (art. 5º, XLVII, e da CF) e nem tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III da CF). Para entender este problema há que se perguntar o que é pena cruel e o que é tratamento desumano ou degradante. Crivella para responder tais perguntas foi atrás do fundamento de tais liberdades negativas: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), para isso ele respondeu o que seria dignidade: “Deriva do latim *dignus*, ou seja, aquele que merece estima e honra.

Crivella compara a Constituição com o contrato social entre os homens e o Estado, e cita Montesquieu: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder¹⁴⁹”. Portanto, digno é o homem

¹⁴⁶ RTJ 173/807-808, Rel. Min. Celso de Mello apud OLIVEIRA, 2008, p.53.

¹⁴⁷ MORAIS, 2009.

¹⁴⁸ BASTOS e MARTINS apud CRIVELLA In Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, 2010.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU apud CRIVELLA In Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007. 2010, p.5.

que age conforme o princípio da moral, dotado de um agir universalizável, que sustenta no seu dia-a-dia o contrato social, o qual é a razão de ser de qualquer Constituição. É esse homem que merece respeito, estima e honra, digno, portanto, de ser governado pelas próprias leis que pactua.

Até o século XVIII, o corpo dos indivíduos era o alvo dos suplícios e das penas. A partir do século XIX, o corpo adquire uma significação totalmente diferente, o condenado é aquele que deve ter a vontade depurada, racionalizada, deixando de ser “coisa do rei” e passa a ser “um bem social”. A prisão passa a ter uso sistemático como pena a partir do século XIX, suspendendo os direitos políticos do condenado. Assim, o indivíduo só volta a fazer parte do contrato depois da transformação do espírito e da vontade¹⁵⁰.

Munido desse embasamento teórico, pode-se retroceder à pergunta, em face do princípio da dignidade, o que é uma pena cruel? É aquela que não vê o homem como um bem social, mas como coisa do rei, ou seja, aquela que pune por punir, que o corpo é o alvo da pena, mas o que se deve focalizar não é a punição, mas a transformação do indivíduo, para que ele seja visto como um bem social, para que volte a fazer parte do contrato social.

Em virtude disso, a terapia química seria uma pena cruel? Ela apenas foca punição e a vingança vazias? Ela só enxerga o corpo do condenado? Ela ignora sua função socializadora? Ela não tem por finalidade reformar o homem? Nossa resposta é negativa, ela visa, justamente, o retorno do pedófilo ao ambiente social, para que ele possa superar a sua obsessão compulsiva e retornar suas ações sociais sem constituir um perigo para os outros¹⁵¹.

Outro aspecto a pontuar nesta dissertação consiste em voltar ao estudo da proporcionalidade. A saber: os alemães subdividem a proporcionalidade em três operações: a **adequação**, se os meios adotados são apropriados a consecução dos objetivos pretendidos; a **necessidade**, que a medida restritiva preserve o máximo possível os direitos fundamentais e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa e a **proporcionalidade em sentido estrito**, que consubstancia-se na ponderação da carga de restrição em função dos resultados,

¹⁵⁰ CRIVELLA In Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007. 2010.

¹⁵¹ Ibidem, 2010.

de modo a garantir uma equânime distribuição de ônus. Se não respeitados esses subprincípios, a medida restritiva gerada pelo legislador se torna inconstitucional¹⁵².

A terapia química atende o critério de adequação? O projeto de lei não aponta o medicamento a ser aplicado, mas existem tratamentos eficazes com as drogas acetato de cyproterona e acetato de medroxiprogesterona (Depo-Provera). A primeira é usada no Canadá e em alguns países da Europa e a segunda nos Estados Unidos¹⁵³.

No Brasil o Ambulatório de Transtornos de Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC, em Santo André, tem aplicado hormônios para o tratamento de agressores sexuais. O medicamento mais comum aplicado é o hormônio acetato de medroxiprogesterona e os efeitos do medicamento são redução da libido, inibição da espermatogênese, redução do volume da ejaculação e por consequência, a redução das fantasias sexuais¹⁵⁴, podendo, porém, ter efeitos colaterais como depressão, fadiga crônica, desenvolvimento de diabetes e alterações na coagulação sanguínea. Outro problema seria a apresentação freqüente do condenado para tomar as injeções, que caso não sejam tomadas com a devida frequência, os testículos poderão até mesmo aumentar a produção de testosterona a níveis acima dos registrados anteriormente ao tratamento, podendo assim, provocar uma alteração na libido ainda mais intensa do que a original. Entretanto, apesar dos efeitos colaterais, estatísticas apontam que a reincidência cai de 75 para 2% dentre aqueles que foram submetidos pelo tratamento. Mesmo com estes dados estatísticos, vale lembrar que os efeitos destes medicamentos são reversíveis¹⁵⁵.

Portanto, respondendo a pergunta, se a terapia química atende o critério da adequação, podemos chegar à conclusão de uma resposta positiva, pois pesquisas realizadas demonstram a diminuição da reincidência nos casos em que os indivíduos abusadores sexuais se submetem ao tratamento com as drogas acetato de cyproterona ou acetato de medroxiprogesterona.

¹⁵²Ibidem, 2010.

¹⁵³Ibidem, 2010.

¹⁵⁴ Informações colhidas da reportagem “Ambulatório do ABC realiza ‘castração química’ de pedófilos” exibida pelo Jornal *Estadão* no site: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ambulatorio-do-abc-realiza-castracao-quimica-de-pedofilos,65397,0.htm>.

¹⁵⁵ HEIDE, 2011; CRIVELLA, 2010; CABRAL, 2010.

Após questionarmos o critério da adequação, veremos o critério da necessidade e a pergunta que vem a seguir é se a terapia química pode ser substituída por outra medida igualmente eficaz e menos gravosa.

Para responder a questão, Crivella apontou algumas alternativas utilizadas por outros países, como pulseiras com rastreadores eletrônicos, prisão perpétua e pena de morte, sendo que, as duas últimas são proibidas em nosso ordenamento jurídico.

Em seu estudo, Crivella apontou uma pesquisa realizada por Rafael Di Tella e Ernesto Shargrotsky, sobre rastreamento eletrônico de condenados e taxas de reincidência em crimes. Usando a Argentina como estudo de caso, os pesquisadores concluíram que condenados com grande tempo de prisão ou condenados já reincidentes apresentam alta taxa de reincidência, mesmo com monitoramento eletrônico¹⁵⁶. Portanto, pode-se chegar à conclusão de que o monitoramento eletrônico não é igualmente eficaz à castração química, atendendo ao critério da necessidade.

O último critério trata-se da proporcionalidade da distribuição do ônus. De um lado tem-se a criança ou adolescente que sofreu a ação do pedófilo e que pode sofrer traumas físicos, emocionais, sexuais, sociais, muitas vezes irreparáveis (vide capítulo 3, Consequências do abuso sexual nas crianças), e do outro o pedófilo submetido ao tratamento químico. Considerando a reversibilidade dos tratamentos apontados, acetato de cyproterona ou acetato de medroxiprogesterona, não é difícil concluir que o maior ônus quem sofre é a criança, portanto, chegamos a conclusão que a medida também atende ao critério da proporcionalidade estrita.

Sabe-se que, a prisão não recupera a pessoa que possui o desejo compulsivo por crianças, que agressores sexuais possuem altas taxas de reincidência, que chegam a 75%, então é por necessidade de reduzir essa reincidência e fazer a recolocação do condenado ao convívio social que, necessita-se de uma terapia ou um meio que ajude nessa re-socialização. Ao verificar os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade pode-se chegar a conclusão de que a castração química pode ser tida como constitucional, configurando-se o meio mais viável para tratar pedófilos e abusadores sexuais.

¹⁵⁶DI TELLA e SCHARGRODSKY apud CRIVELLA In Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007. 2010.

É importante frisar que a terapia química não substitui o tratamento psiquiátrico e que a castração química deve ser feita só como última opção, quando o indivíduo não apresentar melhoras com outras drogas e com psicoterapia, pois o paciente deve compreender os objetivos da terapia. Contudo, o modo como a terapia é ministrada na Califórnia (Estados Unidos), parece razoável:

- a) com a primeira condenação, o pedófilo, com a liberdade condicional, pode voluntariamente se submeter ao tratamento hormonal de contenção da libido, sem prejuízo da pena aplicada;
- b) com a segunda condenação, o pedófilo, com a liberdade condicional, é obrigado a se submeter ao tratamento hormonal de contenção da libido, sem prejuízo da pena aplicada¹⁵⁷.

Após a conclusão de seu parecer, Crivella se mostrou favorável a aprovação da lei e propôs a seguinte reformulação do projeto de lei nº 552 de 2007, ajustando-a em razão da lei nº 12.015, de 7 e agosto de 2009:

EMENDA nº. – CDH

Dê-se à ementa do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

Acrescenta o art. 226-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever tratamento químico hormonal de contenção da libido nos casos que especifica.

EMENDA Nº – CDH

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

Art. 1º

Art. 226-A. Em relação aos crimes tipificados nos arts. 217-A e 218, observar-se-á o seguinte:

I – o condenado não-reincidente poderá submeter-se, voluntariamente, sem prejuízo da pena aplicada, a tratamento químico hormonal de contenção da libido, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

II – o condenado reincidente em qualquer dos crimes referidos no *caput* deste artigo será obrigado a submeter-se a tratamento químico hormonal, sem prejuízo da pena aplicada, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

III – a Comissão Técnica de Classificação especificará, na elaboração do programa individualizador da pena, tratamento de efeitos análogos aos do hormonal, durante o período de privação de liberdade, cujos resultados constituirão condição para a realização ou não do tratamento de que tratam os incisos I e II deste artigo;

¹⁵⁷ Criminal Code da Califórnia/EUA apud CRIVELLA In Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007. 2010, p. 14.

IV – o condenado referido no inciso I deste artigo que se submeter voluntariamente ao tratamento químico hormonal, após os resultados insatisfatórios obtidos com o tratamento de que trata o inciso III, terá a sua pena reduzida em um terço;

V – o condenado referido no inciso II deste artigo que já tiver se submetido, em cumprimento anterior de pena, ao tratamento de que trata o inciso III não se submeterá a ele novamente;

VI – o tratamento químico hormonal de contenção da libido antecederá o livramento condicional em prazo necessário à produção de seus efeitos e continuará até a Comissão Técnica de Classificação demonstrar ao Ministério Público e ao juiz de execução que o tratamento não é mais necessário.

Na ótica da proporcionalidade a castração química é constitucional e já está em vigor em alguns países. O Brasil estava a um passo desta evolução legislativa, claro, como é de se esperar, quando se tem um assunto muito polêmico tramitando em uma ou ambas as casas do Congresso Nacional vê-se um jogo de empurra-empurra onde ninguém quer “segurar a batata quente”.

O projeto de lei do Senador Gerson Gamata entrou em tramitação através do protocolo legislativo no dia 18 de setembro de 2007 encaminhando o projeto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, mas só foi recebido pela comissão para designar relator no dia 15 de dezembro de 2008, ou seja, mais de um ano depois.

O projeto foi distribuído ao Senador Marcelo Crivella para emitir relatório no dia 11 de março de 2009. Crivella deu voto pela aprovação, incluiu duas emendas e apresentou relatório no dia 20 de abril de 2009. Em seguida a Comissão reencaminhou o relatório ao Senador Marcelo Crivella para reexame no dia 06 de maio de 2009 e ele o devolveu no dia 07 de julho de 2009 sem nenhuma alteração.

No dia 29 de setembro de 2009, com a leitura do Requerimento nº 1.305, de 2009, de autoria do Senador Flávio Arns, foi solicitado que o presente projeto fosse encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para que esta se pronunciasse sobre a matéria. O presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Senador Cristovam Buarque, designou o Senador Magno Malta como relator da matéria no dia 02 de fevereiro de 2010, sendo que o Senador Magno Malta o devolveu para redistribuição no dia 26 de fevereiro de 2010.

Somente a partir dessa data, o Senador Cristovam Buarque designou o Senador Marcelo Crivella para ser relator pela Comissão de Direitos Humanos e

Legislação Participativa, no dia 31 de março de 2010. Neste ponto, Crivella faz uma pequena mudança em seu relatório por causa da lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ajustando os tipos penais referidos no primeiro projeto, mas no restante, apresenta o mesmo relatório, sem retirar uma vírgula.

No dia 13 de abril de 2010, Crivella encaminhou o relatório pronto para a pauta à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, que no dia 09 de junho de 2010 foi decidida a necessidade de uma audiência pública para instruir a matéria. Audiência que contaria com a participação de Convidados: Leila Regina Paiva de Souza - Coordenadora do Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Fabio Feitosa da Silva - Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA; Maria Lúcia Pinto Leal - Coordenadora Geral do Violes/SER - NEIJ/CEAM-UNB; Representante do Ministério da Justiça; Representante do Ministério da Saúde; Representante do Conselho Federal de Psicologia (CFP); Representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Representante do Ambulatório de Transtornos de Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC. Mas, a matéria ficou em aguardo da referida audiência, a qual nunca foi realizada. Atualmente o projeto de lei sobre a castração química encontra-se arquivado desde 07 de janeiro de 2011, ao final da legislatura¹⁵⁸.

Como pode-se compreender que um projeto de lei dessa valia dure mais de três anos somente tramitando no senado sem nem ao menos entrar em pauta para votação, ou se entrou foi rapidamente retirado. O que se vê, é que ninguém, a não serem os senadores Gerson Gamata e Marcelo Crivella, respectivamente criador e relator do projeto de lei, queriam ter a responsabilidade de aprovar ou rejeitar tal matéria, e, portanto deixaram que o tempo se encarregasse de proceder com o arquivamento de tal projeto. É por causa deste tipo de comportamento que muitos projetos de lei que poderiam beneficiar a população brasileira não saem do papel, mas se for um assunto interessante para os Congressistas, neste caso, é rápido que um projeto é aprovado.

¹⁵⁸ Informações retiradas do site: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490

9. CONCLUSÃO

Todas as formas de sexualidades mantidas, de forma privada, por adultos com consentimento mútuo, devem ser respeitadas, mas, é justificada a intervenção do Estado em práticas sexuais envolvendo adultos com menores, haja vista que estes últimos ainda não atingiram o amadurecimento biopsicossocial e por isso necessitam de proteção.

Não se pode comparar o desenvolvimento físico e mental de uma criança de até treze anos de idade com a de um adulto. Da mesma forma, não é admissível usar a desculpa de que uma criança consentiu o ato sexual. Vê-se, neste trabalho, que o adulto tem uma grande facilidade em manipular a criança, portanto não se pode considerar que uma criança manipulada para satisfazer a lascívia de um adulto consentiu para com o ato sexual, ou que um adulto, por mais que a criança já tenha uma vida sexual ativa ou que esteja se prostituindo, não perceba a grande diferença entre uma criança de até 13 anos para uma pessoa adulta com 18 anos ou mais. No mínimo o adulto assume o risco, no caso de desconfiar da idade do menor, ao prosseguir com o ato sexual, levando assim a um dolo eventual.

Não podemos esquecer que todas as ações sexuais abusivas praticadas contra as crianças e adolescentes geram traumas que podem ser irreparáveis em suas vidas e as consequências podem ser tanto físicas, emocionais, sexuais e sociais. O abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes é uma realidade, assim como redes organizadas de pedofilia.

O nosso sistema jurídico penal em relação aos casos de pedofilia evoluiu nos anos de 2008 e 2009, com as leis nº 11.829/2008 e nº 12.015/2009 estando de acordo com as evoluções tecnológicas, principalmente com a rede mundial de computadores, que tanto pode ser utilizada para fins lícitos como ilícitos.

Entretanto, ainda há muito a evoluir. Estamos, no caminho certo. Vale ressaltar que através da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia vem-se propondo vários projetos de lei para casos de pedofilia, cito alguns deles: o prazo inicial da prescrição começa a correr quando a vítima completar 18 anos, a criação de banco de dados dos condenados definitivamente por crime relacionado à pedofilia, castração química, termo de cooperação entre telefônicas e cartões de crédito para identificar compradores de material pornográfico infantil, quebra de

sigilo de dados em comunidades virtuais e a criação de sites para fins de denúncias¹⁵⁹.

A grande importância deste trabalho é de tentar reunir toda a legislação em vigor no Brasil que se relaciona com a pedofilia. Também é relevante por focar o lado psicológico do abusador e apontar um tratamento para o mesmo, pois, não consideramos o pedófilo somente como um criminoso, mas também como indivíduo que sofre de uma desordem moral, possuindo uma compulsividade, que para muitos é incontrolável, por isso, a necessidade de um tratamento além da pena culminada.

¹⁵⁹ BREIER In TRINDADE e BREIER, 2010.

BIBLIOGRAFIA

AMAZARRAY, Mayte Raya; KOLLER, Silvia Helena. **Alguns aspectos observados no desenvolvimento de crianças vítimas de abuso sexual.** Psicologia: Reflexão Crítica, Porto Alegre, Vol.11, n.3, 1998. Disponível em: [HTTP://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000300014&lng=en&nrm=isso&ting=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000300014&lng=en&nrm=isso&ting=pt). Acesso em 15 jul. 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo-SP: Martin Claret, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 jul. 2011.

_____. Código Penal (1940). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 12 de ago. de 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 8 de set. de 2011.

BUSCATO, Marcela. **Pornografia Aumenta Violência Sexual Contra Mulheres e Crianças, diz Socióloga Americana.** In Revista Época, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://colunas.epoca.globo.com/mulher7por7/2010/07/08/pornografia-aumenta-violencia-sexual-contra-mulheres-e-criancas-diz-sociologa-americana/>. Acesso em 15 jul. 2011.

CABRAL. Bruno Fontenele. **Discussão sobre a constitucionalidade da castração química de criminosos sexuais no direito norte-americano.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n 2593, 7 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17130>. Acesso em: 21 de set. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1. Parte Geral. São Paulo-SP: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal.** Volume 3 Parte Especial. São Paulo-SP: Saraiva, 2010.

CASTRO, Carla Rodrigues de Araújo. **Pedofilia na Internet**. In âmbito Jurídico, Rio Grande, 7, 30/11/2001, [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5452. Acesso em: 15 de Ago.2011.

CRIVELLA, Marcelo. **Parecer Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA sobre o Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, do Senador Gerson Camata, que acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças**. Brasília-DF, 2010. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>

DREZETT, Jefferson et. al. **Estudos de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino**. In Jornal de Pediatria, Porto Alegre, v.77, n.5, set./out. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572001000500013&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 10 de out. 2011.

ESTADÃO. **Ambulatório do ABC realiza “castração química” de pedófilos**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ambulatorio-do-abc-realiza-castracao-quimica-de-pedofilos,65397,0.htm>. <16 de out. 2007>. Acesso em: 02 de out. de 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo-SP: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. – 4. ed. – Curitiba – PR: Positivo, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Volume II. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo-SP: Rideel, 2009.

HABIGZANG, Luíza F. et al. **Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos**. In Psicologia: Teoria e Pesquisa [online], vol.21, n.3, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722005000300011&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 de Jul. de 2011.

HEIDE, Márcio Pecego. **Castração Química para Autores de Crimes Sexuais e o Caso Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1400, 02/05/2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9823/castracao-quimica-para-autores-de-crimes-sexuais-e-o-caso-brasileiro>. Acesso em 20 de out. 2011.

HISGAIL, Fani. **Pedofilia, uma Visão Psicanalítica**. São Paulo-SP: Iluminuras, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Volume I. Parte Geral. São Paulo-SP: Saraiva, 2008.

LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia, Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração**. Coimbra – Portugal: Almedina, 2004.

MENDONÇA, Delane Barros de Arruda. **A Pedofilia no Direito Penal Brasileiro**. 2007.112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo-SP: Atlas, 2009.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado**. São Paulo-SP: Rideel, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Adriano B. K. de. **Como se Preparar para o Exame da Ordem, 1º Fase: Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantl.** 2000 ONU, 2000. 7f. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf/protocolo_facultativo_venda_de_crianças.pdf. Acesso em: 09 de set. de 2011.

_____. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. [online] 1989. ONU. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf Acesso em: 21 de set. de 2011.

_____. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil.** Adotada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas em 25 de maio de 2000. [online] 2000. ONU. Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf Acesso em: 21 de set. de 2011.

PÉRIAS, Gilberto Rentz. **Pedofilia.** Santa Cruz da Conceição – SP: Vale do Mogi Editora, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo-SP: Saraiva, 2002.

SALTER, Anna C. **Predadores.** São Paulo – SP: M. Books, 2009.

SERAFIM, Antônio de Pádua. **Pedofilia: da fantasia ao comportamento sexual violento.** Instituto de Psiquiatria, Artigo online. Disponível em: www.visumconsultoria.com.br/docs/antonio_de_padua_serafim.pdf. Acesso em: 14 de jul. de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo-SP: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Rosimar Miranda. **Manual de Orientação para os Trabalhos Acadêmicos e de Conclusão de Curso das Licenciaturas Específicas.** Belém-PA: Alves, 2006.

TRINDADE, Jorge; Breier, Ricardo. **Pedofilia – aspectos psicológicos e penais –** Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado, 2010.

UOL NOTÍCIAS. **Número de usuários de internet no mundo alcança os 2 bilhões (ONU).** Disponível em: <http://entretenimento.uol.com.br/ultnot/afp/2011/01/26/numero-de-usuarios-de-internet-no-mundo-alcanca-os-2-bilhoes-onu.jhtm>. Acesso em 25 de set. de 2011.