

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

IMPUTABILIDADE PENAL DO PEDÓFILO

LETÍCIA VIEIRA SILVA

CARUARU

2016

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

IMPUTABILIDADE PENAL DO PEDÓFILO

LETÍCIA VIEIRA SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à ASCES/UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Kézia Milka Lyra de Oliveira

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__

Presidente: Prof.^a Kézia Milka Lyra de Oliveira

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

A Davi Vieira e a Vitória Vieira, os bens mais preciosos que tenho em minha vida. Aos meus avós maternos, Sônia Vieira e Braz José, por serem meus referenciais. À minha maior saudade, meus avós paternos, João Cariolano e Belinauria Alves (in memoriam), sei o quanto se orgulhariam de mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por permitir que tudo isso fosse possível e porque nos momentos mais difíceis não me desamparou. “Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas” (Romanos 11:36);

Aos meus pais, Luciana Vieira e Edmilson Cariolano, que todos esses anos têm sido alicerces da minha construção como pessoa, e são os meus maiores exemplos de persistência e sabedoria, isso tudo é por vocês.

A minha orientadora, Prof^a. Kézia Lyra, referencial para mim, por toda paciência, dedicação e disponibilidade. Ao meu professor, Luís Felipe, que ao longo dessa jornada sempre esteve ao meu lado me apoiando e me incentivando a sempre buscar o melhor para minha construção acadêmica, sou imensamente grata por toda a preocupação e por sua generosidade rara.

Aos meus familiares, por sempre acreditarem em meu potencial e me apoiarem. Aos meus amigos e companheiros de graduação que percorrem este árduo caminho ao longo desses anos, que contribuem diariamente cada qual com sua dose de companheirismo e compreensão.

A todos os funcionários que diariamente nos recebem na instituição sempre cordialmente e nos tiram um riso ou outro em meio a tanta correria, em especial as amigas que levarei por toda a vida Rosely Cabral e Patrícia Gondim.

Por fim, agradeço aos professores que ao longo dessa jornada transmitiram seus conhecimentos, vocês são responsáveis pelos passos dados na construção deste trabalho, cada qual com sua importância.

Agradeço, em especial, ao Professor Vanunccio Pimentel, que durante um bom tempo foi meu supervisor enquanto auxiliar bolsista na IES e que sempre me apoiou em meus estudos e é uma pessoa de sabedoria e bondade sem igual.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise da imputabilidade penal do pedófilo, será abordado as divergências acerca do tema, como se dá o posicionamento dos tribunais e como é o tratamento dado pela legislação penal brasileira e no direito comparado. Discutirá a possível aplicação de medida de segurança e a possível inconstitucionalidade da castração química como forma de tratamento, visto que fere integralmente dois princípios constitucionais-penais, o da dignidade da pessoa humana e o da individualização da pena. Para melhor compreensão do tema será adotada uma classificação dos tipos de pedófilo, visto que a literatura psiquiátrica não possui uma pacificação acerca dos perfis dos pedófilos e demonstrará as possíveis formas de tratamento adequado para estes indivíduos. É um tema de suma importância pois será verificado que a imposição de pena restritiva de liberdade aos pedófilos não é o suficiente para diminuição das taxas de reincidência nos crimes sexuais, pois quando estes são reinseridos para o convívio social nota-se que há reincidência, pois sabe-se que ele é portador de uma parafilia e se torna mais benéfico tratar um doente com as medidas eficazes do que simplesmente encarcerá-lo, visto que a liberdade está tolhida, mas os seus desejos sexuais não estarão. Também será observada a divergência acerca da culpabilidade do pedófilo, já que este, atualmente, é juridicamente imputável. Entretanto, não se defende aqui a vitimização do pedófilo, mas sim a proteção das crianças e adolescentes, que sofrem com a violação da dignidade sexual e merecem total amparo do Estado, pois, não basta apenas punir os agressores, mas esta deverá ser uma punição justa e eficaz e que correspondam as funções que são conferidas a pena que é retribuir um mal causado e prevenir no sentido de que não haja mais violação do direito tutelado pelo Estado. Será utilizado o método indutivo, a pesquisa se dará de forma exploratória utilizando-se de fontes primárias e secundárias.

Palavras-chaves: imputabilidade penal; pedofilia; funções da pena; medida de segurança; crimes sexuais.

ABSTRACT

The present work has as main objective the analysis of the criminal imputability of a pedophile, addressing the divergences on the subject, how the positioning of the court occurs and how the treatment is given by the Brazilian criminal law and in comparative law. It will discuss the possible application of a security measure and the possible unconstitutionality of chemical castration as treatment, seen that injures fully two principles constitutional-criminal, the dignity of a human being and the individualization of punishment. For a better understanding about the subject, it was adopted a classification of types of pedophile, seen that the psychiatric literature has no pacification about profiles of pedophiles and shows the suitable ways of treatment for those individuals. It is an issue of paramount importance because it will be verified the imposition of penalty restricting freedom to pedophiles is not enough to decrease recidivism rates on sexual crimes, because when these are reinserted to social living, notice that there is recidivism, because it knows that he is carrying a paraphilia and becomes more beneficial treat a patient with effective measures than just send him to jail, seen that freedom is prevented, but his sexual desires are not. It will also be notice the disagreement about the guiltiness of the pedophile, since this is currently legally imputable. However, it is not defending the victimization of the pedophile, but the protection of children and teenagers that suffers with the violation of sexual dignity and deserve full support of the state, because it is not enough to punish the aggressors, but this should be a fair and effective punishment and corresponding the functions which conferred the penalty that is, give back a caused evil and prevent in the sense of that will be no more violation of the rights safeguarded by the state. Will use the inductive method, the research will take place in an exploratory way using primary and secondary sources.

Key-words: criminal imputability; pedophilia; penalty functions; safety measure; sexual crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1.REPRESSÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS AGRESSORES SEXUAIS E ÀS FUNÇÕES DA PENA	10
1.1 Noções Gerais	10
1.2 Poder Punitivo do Estado frente às agressões sexuais	12
1.3 Funções da pena	16
1.3.1 Teoria absoluta – a retribuição	18
1.3.2 Teoria Relativa – prevenindo a reincidência	19
1.3.3 Teoria mista ou unitária da pena	21
2. A PEDOFILIA E AS POSSÍVEIS FORMAS DE TRATAMENTO	22
2.1 Entendendo a pedofilia	22
2.2 Tipos de pedófilos	23
2.3 Possíveis alternativas de tratamentos aplicados aos pedófilos	28
3. ASPECTOS CONTROVERSOS	31
3.1 Entendendo os crimes sexuais	31
3.2 O instituto da medida de segurança.....	37
3.3 Os princípios constitucionais-penais acerca das controvérsias	40
3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	40
3.3.2 Princípio da individualização da pena.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a divergência acerca da imputabilidade penal do pedófilo e averiguar se a pena aplicada é eficaz nos moldes da legislação brasileira.

Vale salientar que o tema discutido ao longo desse trabalho é bastante controverso, tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito da psiquiatria forense, visto que é um tema que não é abordado no direito penal, desta forma, dificultando o acesso a informações e mostrando-se um tema com estudos científicos insuficientes.

Pois, como será abordado, a pena aplicada ao pedófilo é a privativa de liberdade, não havendo preocupação com o tratamento da doença que o acomete. Ao retornar ao convívio social, é claro que o pedófilo não estará apto para tanto.

É de suma importância a discussão do tema, pois atualmente a sociedade incorre no erro de não saber a diferença entre os pedófilos abusadores e os pedófilos molestadores preferenciais. Esse último é o doente, portador desse distúrbio denominado de pedofilia. São enormes os riscos a que crianças e adolescentes estão sujeitos no convívio com esses indivíduos, pois eles não possuem características específicas e de fácil percepção que os identifique antecipadamente.

Por conseguinte, trata-se de uma problemática em que o Estado deve interferir com implementação de políticas públicas que visem à ressocialização adequada dos indivíduos, buscando medidas eficazes para assegurar a proteção das crianças e adolescentes. Por fim, a propagação de informações acerca do tema seria de grande pertinência para que a sociedade pudesse adotar medidas preventivas.

Para o presente estudo, buscou-se a utilização das fontes primárias (Constituição Federal de 1988, leis infraconstitucionais e decisões judiciais) e secundárias (livros, dissertações e artigos científicos), com abordagem sob o método indutivo de raciocínio, baseando-se no conhecimento de discussões acerca do tema e estabelecendo uma referência geral, vale salientar que o tema não possui discussões acadêmicas recentes, dificultando assim a pesquisa para o presente trabalho.

Desta feita, foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, de forma introdutória, foi abordado como se dá a repressão penal aplicada pelo Estado frente aos crimes sexuais e quais são as funções da pena, explana-se, de maneira geral, as três principais teorias que tratam desse tópi-

co com a finalidade de demonstrar que a atual punição não se mostra eficaz nos termos de prevenção e retribuição.

O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente do tema central do trabalho, a pedofilia. Serão esclarecidos os conceitos acerca da pedofilia e para melhor compreensão do conceito, entretanto, a literatura jurídica que trata desse tema é escassa, foi adotada uma classificação dos perfis de pedófilos haja vista haver contradições no âmbito da psiquiatria, sendo impossível definir um único perfil, esta classificação explana de maneira clara e objetiva os variados perfis e demonstra também como são os meios utilizados para consumação da prática, quando o impulso é exteriorizado.

Por fim, o terceiro capítulo aborda os aspectos controversos acerca da pedofilia. Discute-se a estrutura dos crimes, principalmente, a culpabilidade, haja vista ser o ponto central das divergências doutrinárias e dos tribunais brasileiros, que não possuem um entendimento pacífico acerca da aplicação da medida de segurança como punição, pois, ao longo do trabalho é demonstrado que esta é o meio mais eficaz para diminuição dos índices de reincidência. Na oportunidade, serão abordados os princípios da dignidade da pessoa humana e o da individualização da pena, pois, como sabe-se a aplicação de penas torturantes e degradantes são vedadas pela Constituição Federal, e caso haja uma aplicação do método da castração química ou física como acontece em outros países, estes princípios basilares serão feridos integralmente.

1. REPRESSÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS AGRESSORES SEXUAIS E ÀS FUNÇÕES DA PENA

1.1 Noções Gerais

Tratar sobre crimes sexuais contra crianças e adolescentes é falar sobre um assunto polêmico, e que ultimamente a sociedade tem demonstrado a preocupação em resguardar e tutelar a integridade física e psicológica das possíveis vítimas desses crimes.

Atualmente, os crimes sexuais têm sido um fenômeno que atinge em grandes proporções a sociedade, tanto em termos de conhecimento da prática deles, quanto em termos de mobilização para combate e busca pela punição dos agressores sexuais. Essa mobilização social deve-se principalmente à comoção social e ao sentimento de revolta e impunidade causado principalmente por uma inércia do poder estatal em relação à prevenção de delitos dessa natureza.

Torna-se ainda mais difícil a atuação do Estado, já que a maioria dessas práticas ocorre no âmbito familiar, pois o silêncio das vítimas diante de tal situação vexatória e humilhante impede, inibe a denúncia, ou o relato dos abusos se restringe aos demais familiares, no entanto, tal relato não é recepcionado com a credibilidade de uma situação real. Geralmente, a prática desses crimes se dá, na maioria das vezes, por pessoas próximas às crianças e aos adolescentes, os quais detêm alguma forma de poder sobre eles, o que explica a ausência de denúncia.

Cumprе salientar que a violência sexual contra criança e adolescentes é objeto de preocupação mundial. A Organização das Nações Unidas (ONU) ratificou a Convenção Internacional sobre os direitos da criança de 1989¹ juntamente com outros 153 países. Em seu art. 19, dispõe que,

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

¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Artigo 19, da **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, ONU, 1989. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 18 de Mar. 2016.

Percebe-se que a prática dessa violência gera uma violação aos direitos humanos, pois rompe as barreiras de cunho social, jurídico, culturais e interfere na saúde psicológica e física, já que é um ato praticado sem o consentimento da vítima e isso ocorre em decorrência de seu poder de superioridade em relação a ela.

Conforme lecionam Faleiros e Campos,

Uma situação de ultrapassagem de limites, de direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe e compreende, do que o abusado pode consentir, fazer e viver, de regras sociais e familiares e de tabus. E que as situações de abuso infringem maus tratos às vítimas.²

A prática desses crimes deixa marcas psicológicas irreparáveis nas vítimas e os efeitos delas podem perdurar até a fase adulta.³ Mas vale salientar que nem todos os abusadores sexuais são eventuais. Discute-se se a pedofilia é um transtorno sexual e, nesses casos, não só a vítima merece atenção, mas o agressor também deve ser visto de maneira especial por parte do Estado, a fim de que a resposta do Estado à prática delitiva seja adequada e eficaz, o que implicará diminuição dos índices de reincidência, gerando, assim, mais segurança para as possíveis vítimas.

No que se refere ao cometimento de crimes sexuais por pedófilos, há questões jurídicas e psicológicas envolvidas, que geram uma necessidade de implantação de políticas públicas específicas.

Uma grande parte da sociedade, desprovida de conhecimento acerca da matéria, aliada à informação de baixa credibilidade e que é transmitida por uma parte da mídia, acredita que a pedofilia é um delito previsto no ordenamento penal. Mas não é o que ocorre de fato e de direito, posto que a pedofilia não está assentada nos tipos penais vigentes, referindo-se tão somente a uma expressão que associa práticas sexuais desvirtuadas entre adultos e crianças, podendo enquadrar-se em vários dispositivos legais, mas sem essa nomenclatura.

Então, a visão da sociedade em relação a essas pessoas é a de que elas devem ser punidas com penas privativas de liberdade ou, até mesmo, com a castração

² FALEIROS, Eva T. Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. **Repensando os conceitos de violência, abuso exploração sexual de crianças e adolescentes.** Disponível em: <http://escca.luizaugustopassos.com.br/wpcontent/uploads/2011/02/livro_repensando_os_conceitos_eva_publicacoeshttpwww.mpes.gov_branexoscentros_apoioarquivos1.pdf1.pdf> Acesso em: 18 mar. 2016.

³ PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. **Jornal de Pediatria (Rio J.)**, Porto Alegre, v. 81, n.5, supl. P. s197 – s204, Nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 Mar. 2016.

física ou química, como acontece em outros países, como por exemplo Estados Unidos, Canadá, País de Gales⁴, porém não foi recepcionado no Brasil.

No Congresso Nacional, tramitam projetos de leis que versam sobre a castração química, que sugerem a alteração do Código Penal para determinar-se a aplicação de medida de segurança de tratamento químico-hormonal aos condenados por pedofilia. A proposta de tratamento é conhecida como “castração química” (Projeto de Lei nº 5398/13, de autoria do deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ)), e é considerada inconstitucional por grande parte dos juristas brasileiros, pois a aplicação de tratamento fere alguns princípios, direitos e garantias individuais constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a individualização da pena etc.⁵

Na busca por um ideal de justiça, lamentavelmente acaba-se punindo de forma geral os pedófilos e os abusadores sexuais, não havendo uma preocupação na aplicação da pena e nem tampouco no esclarecimento da sociedade quanto à importância da diferenciação entre pedófilos e abusadores sexuais.

1.2 Poder Punitivo do Estado frente às agressões sexuais

Conforme visto, quando ocorrem crimes de grande comoção, espera-se que haja uma atuação eficaz por parte do Estado no seu efetivo combate. Isso só ocorre devido à exclusividade que o Estado detém de punir os transgressores da lei, através do poder que lhe foi conferido pela sociedade que percebeu a necessidade de firmar um contrato com o Estado, a fim de que fosse conferido o *ius puniendi*, ou seja, o direito punitivo, em troca de que lhes fossem asseguradas a paz e a segurança social para uma melhor convivência social.

Na análise do contrato social, Miguel Reale faz uma análise conjunta do acordo entre Estado e sociedade:

LOCKE tentou explicar que o Estado estaria justificado a punir, pois o homem no estado de natureza tem o poder de castigar, mas dele abre mão ao entrar em sociedade (*pactum subjectiones*) depositando-o junto ao Poder

⁴ MAIA, Thais Meirelles de Sousa; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Castração química em casos de pedofilia: considerações bioéticas. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 252-261, Ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 mar 2016.

⁵ D'uso, Luis Flavio. **Nota Pública**. OAB-SP: 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2007/10/25/4494/>>. Acesso em 17 mar. 2016.

Legislativo conforme o exigir o bem da sociedade e “apenas com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e à propriedade”, poder legislativo a ser imposto por meio de Leis conhecidas e exercido por juízes corretos. Segundo o contratualismo de ROUSSEAU, os homens saem do seu “estado de natureza” e por um pacto constituem a sociedade, passando a viver em “estado de sociedade”, de tal forma que a liberdade própria do “estado de natureza” seja preservada em uma associação na qual “cada um unindo-se a todos não obedeça, todavia, senão a si próprio, e permaneça livre como antes.” Assim, perde-se a liberdade natural, ganha-se a liberdade civil. A liberdade civil é limitada pela “vontade geral” formada pelo encontro das vontades particulares, “a vontade de cada um coincidindo com a vontade dos outros enquanto membros da sociedade.” Os homens, dessa forma, abriam mão de parcela de sua liberdade visando a que o Estado garanta a paz e a segurança, e submete-se à lei como expressão da “vontade geral” (*pactum societatis*), sendo por isso justa e essencial à garantia da liberdade. Sob a influência de ROUSSEAU, BECARIA indica que só a necessidade leva os homens – pois graciosamente não o fariam – a ceder parcela de sua liberdade, e tão só na medida do imprescindível, visando a garantir a posse dos demais bens. “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir”, sendo injustas as pequenas que vão além da necessidade de manter “o depósito de salvação pública”. E só o legislador pode, por representar a sociedade ligada por um contrato social, estabelecer as leis penais.⁶

Logo, o Estado ao firmar esse compromisso com a sociedade não tem o poder de escolher se vai punir ou não o indivíduo, pois, como ficou responsável por garantir a segurança pública, se ocorreu o fato criminoso é por que o Estado foi falho e deve agir atendendo aos anseios sociais, ou seja, punir o transgressor, a fim de que seja reestabelecida a ordem social. Trata-se não só de um direito, mas também de um dever, conforme leciona Binding,

O Estado – conclui BINDING – reconhece o princípio da legalidade não porque seja necessário manifestar ao delinquente, antes que cometa o ato punível, a pena a quem tem direito e exigir, senão porque pelo ato legislativo que se produz a transformação de seu direito de castigar em um dever de castigar.⁷

O *ius puniendi* acontece em três momentos distintos, o primeiro se dá na função legislativa que impõe o direito de intimidar o indivíduo com a pena; no segundo momento, o Estado exerce sua função judicial, pois tem o direito de exigir o cumprimento da norma e aplicar a pena imposta quando houver conduta contrária à norma e, por fim, no terceiro momento, o Estado exerce sua função executiva, pois será o responsável pela aplicabilidade da lei.

⁶ BENTHIEN, Cleverson Tuoto apud REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V 1. P.17-18.

⁷ BINDING, Karl, apud GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García- Pablos de. **Direito Penal – fundamentos e limites do direito penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 228.

Todavia, o *ius puniendi* é limitado, pois deve respeitar a liberdade de cada indivíduo, a fim de que não viole princípios e garantias fundamentais constitucionais, como leciona José Lisboa da Gama Malcher,

Nos Estados democráticos o direito de punir está limitado, no exercício e a forma de sua exteriorização, pelas normas jurídicas; e só jurisdicionalmente pode ser exercido, pois a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos individuais concernentes à vida, à segurança, à propriedade e à liberdade; e para tal afirma que: qualquer lesão a esses direitos não pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Assim o conflito penal, que tem de um lado o Estado e do outro o indivíduo, deve ser conhecido e decidido por um órgão a quem caiba, por definição constitucional, e privativamente, a função jurisdicional.⁸

O *ius puniendi* é um poder-dever exclusivo do Estado, já que não pode ser delegado ao particular que só detém o *ius perseguendi* conhecido também como *ius accusationis* que garante ao particular a prerrogativa de ir à juízo em busca de uma condenação para o possível transgressor da lei, pois, como é sabido, quem detém o poder de executar a condenação se ela for imposta é o Estado.⁹ Via de regra, não é permitida ao cidadão a resolução de conflitos penais através da autotutela, sob pena de prática do art. 345 do Código Penal que assim dispõe,

Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena -detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.¹⁰

A repressão estatal, em suma, visa responsabilizar penalmente os indivíduos que transgridem as leis e é um meio de garantir segurança e reprimir a violência. Mas, sabe-se que o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, só deverá agir nos casos em que houver lesão a bens jurídicos tutelados pelo ramo penal e que outros ramos não sejam suficientes para a tutela necessária de tais bens.

André Copetti entende que,

Segundo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.¹¹

⁸ MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro, 2002. 3ª Edição, p.3

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Rio de Janeiro. Impetus, 2013. 15ª Edição, p. 7.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹ COPETTI, André apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Rio de Janeiro. Impetus, 2013. 15ª Edição, p. 87.

Percebe-se que esse princípio penal é de suma importância, pois norteia o legislador na seleção dos bens que devem receber proteção especial. Tratando-se de crimes sexuais, o bem jurídico tutelado irá depender de cada tipo penal, mas o principal objeto de tutela penal é a dignidade sexual dos indivíduos.

Partindo da observância da legislação brasileira vigente a punição aplicada aos agressores sexuais e aos pedófilos é insuficiente e recebe igual tratamento. Não há uma legislação específica para punição e nem uma pena adequada para os pedófilos.

A proteção integral para crianças e adolescentes está prevista no art. 227 da CF/88 e dispõe que

É dever da Família, da Sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**¹² (destaques nossos)

Nota-se que o legislador impõe à sociedade e à família o dever de proteger a integridade física, moral e psicológica de crianças e adolescentes. Todavia, esses direitos só obtiveram eficácia com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O Código Penal de 1940 sofreu mudanças significativas com a Lei nº 12.015/2009. As normas concernentes a essas práticas antes eram descritas no rol de Crimes contra os costumes. Hoje são intitulados de crimes sexuais contra vulnerável criando uma proteção legal específica aos menores de 14 anos.

As condutas punitivas que constam do capítulo II são os crimes de estupro de vulnerável (Art. 217-A), corrupção de menores (Art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (Art. 218-B)

O artigo 217-A tem como tipo penal o estupro de vulnerável e é uma norma específica para os vulneráveis.

De acordo com o entendimento de Rogério Greco,

As condutas previstas no tipo penal do art. 217-A são as mesmas daquelas constantes do art. 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, **obrigatoriamente**, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade.¹³

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi modificado pela Lei nº 11.829/08 e essa alteração teve como objetivo um aperfeiçoamento ao combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, como também tornar delitiva a prática de aquisição e posse desses materiais e ainda, tipificou outras condutas que se associam como práticas de pedofilia na *internet*. Essa modificação foi uma proposta elaborada pela CPI da Pedofilia (2008), alterando assim, os artigos 240 e 241 e incluindo novos tipos penais, que foram os artigos 241-A a 241-E.

A punição em relação aos agressores é um assunto de discussão mundial, haja vista ser conteúdo de convenções e tratados internacionais e essa preocupação se dá em razão da importância de tutelar o bem jurídico e prevenir a prática desses delitos.

Constata-se que não há uma legislação específica para punir pedófilos, a legislação vigente pune de maneira geral e, como será analisada, essa punição não é eficaz, visto que não surte os efeitos necessários para evitar a reincidência.

Segundo Antonio de Pádua Serafim,

Um estudo realizado em 2008, publicado na Revista de Psiquiatria Clínica, obteve os seguintes resultados: (...) mais da metade dos criminosos sexuais condenados que acabam de cumprir pena voltam para a penitenciária antes de um ano. Em dois anos esse percentual sobe para 77,9%. A taxa de reincidência varia entre 18% e 45%.¹⁴

A legislação não se mostra suficiente para evitar novos abusos, o sistema penitenciário não possui estrutura para acolhimento desses presos que precisam de meios eficazes e específicos de ressocialização. O Estado deve investir em políticas públicas tanto na prevenção desses crimes quanto na punição.

1.3 Funções da pena

Quando ocorre uma violação a bens juridicamente tutelados pelo direito penal o agente dessa conduta deverá ser punido e essa punição é importante para que a ordem social mantenha seu equilíbrio diante de tais violações.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal-parte especial v.2.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus 2009. p. 523.

¹⁴ SERAFIM Antonio de Pádua, SAFFI Fabiana, RIGONATTI Sérgio Paulo, CASOY Ilana, BARROS Daniel Martins. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças: revisão. **Rev Psiquiatr Clín.** 2009, nº 36,v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2016.

O Estado é detentor desse direito de punir, mas deverá exercê-lo dentro dos limites legais. A sanção penal pertence ao gênero das sanções das quais também decorrem as medidas de segurança e as medidas alternativas, mas nem todas as condutas serão passíveis de pena, devendo ser avaliada a culpabilidade do agente. A medida de segurança tem como fundamento a periculosidade do agente. Nesse diapasão, entende-se a pena como um juízo de reprovação social, pois só é aplicada diante de uma conduta também antijurídica.¹⁵

De acordo com os ensinamentos de Antonio García,

A pena deve implicar um sofrimento, ser imposta em razão de uma violação da lei, ser cominada em função dessa violação, ser administrada conscientemente por pessoas distintas do réu e ser imposta e administrada por uma autoridade constituída segundo o sistema legal contra o qual se realizou a transgressão.¹⁶

A pena aplicada ao transgressor deverá ser proporcional à gravidade do ato cometido, dentro dos parâmetros previstos no tipo penal no qual incorreu o agente. As penas possuem caráter retributivo e preventivo, como prescreve o art. 59 do Código Penal vigente.

A pena possui uma tríplice fundamentação em vertentes distintas: psicossocial, política e ético-individual. No aspecto político, a pena é necessária para manter a ordem jurídica, visto que o Estado é detentor desse poder punitivo e não poderia se abster de punir os delitos de modo eficaz e exemplar.¹⁷

No aspecto psicossocial, a pena é uma resposta do Estado dada aos cidadãos, pois atende à ideia de justiça. Já no aspecto ético-individual, a pena tem como objetivo ressocializar o delinquente, para que ele reveja seus conceitos morais e éticos e para que volte ao convívio social livre da culpa.¹⁸

A aplicação da pena deverá respeitar ainda os princípios constitucionais-penais da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da culpabilidade etc.

Na função retributiva a pena deve ser uma medida proporcional ao injusto cometido pelo transgressor da lei. Anibal Bruno leciona que:

¹⁵ ONECA, José Anton. **Derecho Penal**. Madrid : Ed. do autor, tomo 1, 1949. P. 743.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.555.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.642.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.642.

[...] um mal justo com que o Estado responde ao mal injusto praticado pelo criminoso, em correspondência com a gravidade do fato, segundo o bem ofendido, e a grandeza de sua culpabilidade e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada.¹⁹

Já a função preventiva tem como fundamento a referência intimidativa de uma pena aplicada ao transgressor, a fim de que ela sirva para evitar eventual reincidência, e que sirva de reflexão para que a sociedade não venha a cometer os mesmos delitos.

Em relação às funções das penas, existem teorias que discutem a finalidade da pena, quais sejam: absolutas, relativas e unitárias.

1.3.1 Teoria absoluta – a retribuição

Também chamada de retributiva, tem a pena como um castigo, uma forma de retribuir ao indivíduo o mal causado com o delito praticado. Só há o castigo, graças ao fato de ter havido o injusto praticado anteriormente.²⁰ Tem como principais defensores Kant e Hegel.

Kant observou qual seria a proporcionalidade da pena e a espécie mais adequada para o injusto praticado, e a justiça só seria alcançada mediante o *ius talionis* (Lei do Talião). O fundamento de Kant para tal ponderação é o de que “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te a ti mesmo”.²¹

Para Kant a norma é um imperativo categórico, nas palavras de Rodriguez Paniagua

Essa lei universal ou geral a que se refere o imperativo categórico não é nenhuma lei determinada; nem sequer é uma lei que tenha um conteúdo determinado: é a própria lei na relação universal ou geral, a universalidade ou generalidade dos motivos das ações, é a legalidade sem mais nem menos.²²

Assim, a pena seria uma retribuição ao transgressor pelo mal que ele praticou contra outrem, seria um castigo, uma punição pura e simplesmente por ter infringido a lei. Rogério Greco, mencionando a lição de Roxin, assim conclui,

¹⁹ BRUNO, Anibal. **Direito Penal parte Geral**, tomo 2º. 3ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 1967, p. 45.

²⁰ FERAJOLI apud BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10ª Ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 253.

²¹ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes. Parte 1. Princípios metafísicos da doutrina do Direito. Textos filosóficos**. São Paulo: Edições 70, 2004. p. 168

²² PANIAGUA, José Maria Rodriguez apud BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10ª Ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 250.

a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena com retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.²³

Já o pensamento de Hegel tem como fundamento a ordem jurídica. “A pena é a negação da negação do Direito”²⁴. Ou seja, ocorre a aplicação da pena, pois o transgressor violou a ordem jurídica, a vontade geral, e por consequência, a negação particular do delinquente gera a negação da vontade geral.

Nos ensinamentos de Bitencourt,

Para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido. Compreende que, na hora de determinar a natureza e medida da pena, seja difícil aplicar de modo literal o princípio da lei de talião, embora isso não elimine a justiça do princípio em relação à necessária identidade valorativa da lesão do Direito, por obra da vontade do delinquente, e da lesão da vontade do delinquente com a aplicação da pena.²⁵

Percebe-se que o pensamento de Hegel difere do de Kant. Kant defende a ética da pena, preocupando-se apenas em retribuir ao delinquente o mal causado na sociedade; já Hegel parte da premissa de que a ordem jurídica deve prevalecer, a pena apenas é imposta, porque o delinquente negou a vontade geral da sociedade e apenas a sua vontade particular prevaleceu, ou seja, violou as regras de convivência do bem comum.

1.3.2 Teoria Relativa – prevenindo a reincidência

Diferentemente da absoluta, a teoria relativa ou preventiva tem como fundamentação que a pena serve para prevenir a prática de delitos, preocupando-se com a ressocialização do indivíduo para que esse não volte a cometer delitos.

A partir dos estudos de Feuerbach, as teses relativas passaram a ser definidas como prevenção geral e prevenção especial, subdividindo-se ambas em positiva

²³ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**, 4ªEd. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p 93.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte geral**. 10ª. Ed. v. 1. São Paulo: Saraiva 2014.p. 139

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte geral**. 10ª. Ed. v. 1. São Paulo: Saraiva 2014.p. 139

ou negativa. A prevenção geral destina-se à sociedade e a prevenção especial, ao transgressor da norma²⁶.

As teorias da prevenção geral têm como intuito prevenir o cometimento de crimes contra os cidadãos. Nas lições de Luiz Flávio Gomes e Antonio García,

(...) se alcançaria por meio de um efeito contramotivador, psicológico, sobre a comunidade, sobre o criminoso potencial ou latente: seja mediante a cominação penal abstrata, seja mediante a execução da pena frente ao delinquente concreto. O criminoso deve ser intimidado, o cidadão honrado há de ser fortalecido em seus bons propósitos, o cidadão duvidoso tem que se decidir pelo diante da ameaça e do medo da pena.²⁷

A prevenção geral negativa tem como objetivo evitar a prática de crimes, usando o delinquente como exemplo para a sociedade e demonstrando que o cometimento de crimes não ficaria impune, reforçando assim, a eficácia das normas perante a sociedade e prevenindo novas práticas delitivas. Logo, serviria para que o indivíduo avaliasse as vantagens e desvantagens de praticar um delito.

Já a prevenção geral positiva tem como finalidade um fortalecimento do ordenamento jurídico, a fim de que o cidadão tenha cada vez mais confiança no Estado e nas penas aplicadas. Cezar Roberto Bitencourt leciona que “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”.²⁸

A prevenção especial é destinada a inibir o delinquente, a fim de que ele não pratique novos crimes. Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt,

Os fins da prevenção especial seriam ineficazes ou seriam anulados – argumenta-se – diante daquele delinquente que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inculcação, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, o que, nestes casos, levaria à impunidade do autor.²⁹

Em suma, a prevenção especial tem na aplicabilidade da pena sua principal finalidade: a recuperação do condenado, para que ele possa ser reinserido na sociedade.

²⁶ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10ª Ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2014. p.89

²⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 654.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte geral**. 10ª Ed. v. 1. São Paulo: S São Paulo: Saraiva 2014. p.147.

²⁹ MIR PUIG, Santiago apud BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10ª Ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 70.

1.3.3 Teoria mista ou unitária da pena

A teoria mista tem como finalidade retribuir ao delinquente o mal causado e prevenir que esse venha a delinquir novamente, ou seja, é uma junção das teorias absoluta e relativa.

Observando o art. 59 do código penal vigente, percebe-se que o legislador pátrio adotou essa teoria, já que aduz que a pena será estabelecida desde que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Adel El Tasse destaca que,

a retribuição, para as teorias mistas, limita o poder punitivo do Estado, na medida em que a pena somente se pode impor se restar cometido um mal punível, sendo por outro lado verdadeiro que a retribuição não é absoluta, posto que limita pelos postulados humanistas e pela ideia utilitarista presente na prevenção especial, quando se busca permitir ao condenado que se readapte para a vida em sociedade.³⁰

Dessa forma, conforme a teoria mista, a pena serve para punir o transgressor penal, mas leva-se em consideração sua condição de ser humano, propiciando à sociedade um sentimento de confiança, cumprindo-se as normas e ainda dando ao transgressor o direito de conviver socialmente após cumprir a pena que lhe foi imposta.

Resta compreender, portanto, se as penas impostas aos pedófilos e abusadores sexuais nos atuais moldes da legislação penal aplicada correspondem as suas finalidades, quais seja: retributiva e preventiva.

³⁰ TESSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.p. 74

2. A PEDOFILIA E AS POSSÍVEIS FORMAS DE TRATAMENTO

2.1 Entendendo a pedofilia

A pedofilia é considerada um transtorno sexual, que pode acometer homens e mulheres. Na maioria dos casos alcança indivíduos do sexo masculino, que sentem atração sexual por criança ou adolescente. Embasado na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial de Saúde (OMS), a pedofilia, que tem como código a identificação F65.4, é conceituada como sendo a “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.”³¹

Fani Hisgail, define que a pedofilia seria “um transtorno sexual como zoofilia, necrofilia e, de acordo com a psicanálise, uma perversão sexual.”³²

Atualmente, o termo pedofilia é utilizado de maneira equivocada pela mídia e pela sociedade em geral, pois nem todos os indivíduos que cometem abuso contra crianças ou adolescentes são diagnosticados com o transtorno da pedofilia. Como consequência, generalizam-se todos os indivíduos que cometem abusos, sejam eles portadores do transtorno ou não.

Tendo em vista que se trata de um problema de saúde pública e que atinge diretamente algumas pessoas do convívio social, visto que, a grande maioria das vítimas estavam sob guarda, tutela ou vigilância do agressor sexual quando foram violadas e a sociedade é induzida ao erro de que qualquer pessoa pode abusar sexualmente e ser considerado pedófilo, é necessário que seja revistam as políticas públicas e que o poder público adote providências eficazes para que a sociedade tenha ciência de como deve proceder diante de pessoas que apresentem os sintomas e saibam diferenciar os molestadores e os pedófilos.

Conforme citado, anteriormente, há uma diferenciação entre o pedófilo e o molestador de crianças, pois o molestador seria aquele indivíduo que comete o abuso praticando o ato sexual ou outros atos libidinosos de qualquer modo, caracterizando-se o crime sexual contra a criança, mas não necessariamente caracteriza-se a pedofilia. Pois o pedófilo age com motivos ligados à sua condição

³¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CID-10: Classificação Internacional de Doenças**. São Paulo: EDUSP, 1994, 1ª ed.

³² HISGAIL, Fani. **No limite do Abuso**. *Revista Istoé independente*. Edição n. 1748, mar. 2001. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe-temp/Reportagens/limite_abuso>. Acesso em: 18 mar 2016.

psíquica, tendo uma conscientização de que necessita de tratamento, o que deve ser encarado como uma questão de saúde primeiramente, conforme afirma Castro e Bulawski,

Pelo que foi exposto, vislumbra-se que a pedofilia não é um termo jurídico, e sim um termo médico que se refere a um distúrbio de comportamento a ser diagnosticado no caso concreto. Ora vem a ser considerada como doença, espécie do gênero parafilia, ora definida como perversão, sendo classificada pela psicanálise como transtornos de uma estrutura psicopatológica caracterizada pelos desvios de objeto e finalidade sexuais.³³

É de suma importância tratar esses indivíduos, pois, conforme será abordado ao longo do presente trabalho, as consequências dos atos por eles praticados são devastadoras na vida da vítima e da família atingida. Ambas deverão ter assistência estatal, pois, o Estado não deve somente garantir a punição do agente, como também evitar que esse tipo de injusto aconteça, pois é dever do Estado e da sociedade zelar pela integridade das crianças, e amparar estas quando forem violadas, principalmente, quando se trata de uma violação desse porte.

2.2 Tipos de pedófilos

Percebe-se que, apesar de ser uma parafilia catalogada no CID-10 e estudada no âmbito da psiquiatria forense, a pedofilia tem sido corriqueiramente tratada de forma inadequada, principalmente pelo Estado, que não trata esta parafilia de forma pacífica.

Nesse sentido, é importante abordar que a literatura que trata do tema não traça um perfil único do pedófilo, pois percebe-se que são diversos fatores que influenciam o indivíduo que possui esse transtorno.

Destarte, foi adotada uma classificação para melhor compreensão do tema, visto que na literatura especializada não há uma pacificação.

Distingue-se os tipos de pedófilos em duas categorias: abusadores e molestatadores.³⁴

³³ CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. O perfil do pedófilo: Uma abordagem da realidade brasileira. **Revista liberdades**, 2011, nº 06. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=74>. Acesso em: 10 mar. 2016.

³⁴ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

³⁴ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Re-**

Os pedófilos abusadores são aqueles que agem de forma discreta, agem de forma que não venham a cometer violência contra a vítima, agem de forma sutil através de carícias e utilizando-se de sedução.³⁵

Serafim *et al*, afirmam que,

Em algum ponto da vida ele descobre que pode obter com crianças níveis de satisfação sexual que não consegue alcançar de outra maneira. Trata-se de tipo solitário, e a falta de habilidade social acaba levando-o a mergulhos cada vez mais profundos e fantasiosos na pedofilia.³⁶

Dessa forma, é possível afirmar que os pedófilos abusadores são tendenciosamente pessoas sem estrutura social, portanto percebe-se também um elevado grau de dificuldade de identificar a atuação desses indivíduos, pois, conforme mencionado, a ação deles não deixa marcas que possam evidenciar o abuso.

Castaño e Correa ensina quem são os pedófilos molestadores:

Se trata de sujetos con una orientación sexual dirigida primariamente a niños, sin apenas interes por lós adultos, u con conductas compulsivas no mediatizadas por situaciones de estrés-Generalmente poseen un campo limitado de intereses y actividades ló cual les lleva a menudo a uma existência solitária. Estas personas, son, en el sentido estricto del término, pedófilos, que persiguen a los niños com el mismo ahínco que los perros a los huesos. A veces cuentan com ciertas estratégias de atracción (simpatía persona), comportamientos infantiles, sintonia com los intereses cíe los niños, entrega de regalos.), y desde este punto de vista, actúan como el flautista de Hamelín.³⁷

A diferença primordial entre os abusadores e os molestadores reside no que diz respeito ao uso da violência. Conforme já abordado, os abusadores não se utilizam de meios violentos para abusar sexualmente das vítimas, fato esse que não

vista de Psiquiatria Clínica, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

³⁵ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

³⁶ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

³⁷ Neste sentido, CASTAÑO, Edwin Posada; CORREA, Julian Salazar. **Aproximaciones Criminológicas y de la Personalidad del Abusador Sexual**. Monografía, Universidad Católica de Oriente, 2005. p.50 Disponível em:

<http://www.justiciaviva.org.pe/penademuerte/perfil_sicologico/perfil_psicologico_colombia.pdf>. Acesso em 14 mar. 2016. Se trata de sujeitos com orientação sexual dirigida primariamente à crianças, sem ter interesse apenas para adultos, com comportamentos compulsivos não medidas por situações de estresse. Geralmente possuem um campo limitado de interesse e atividades que os levam frequentemente a uma existência solidária. Essas pessoas são, no sentido estrito do temo, pedófilos, que perseguem as crianças com o mesmo esforço que os cachorros perseguem os ossos. Às vezes contam com estratégias de atração, tendo comportamento infantis, interesses similares do das crianças e os entregando presentes. Neste ponto de vista, atuam como o flautista de Hamelín. (tradução nossa).

ocorre nas práticas cometidas pelos molestadores, que usam frequentemente de meios violentos para consumir o abuso.

Os molestadores situacionais não podem ser diagnosticados como pedófilos, pois não possuem a atração sexual, preferencialmente, por crianças ou adolescentes. Eles mantêm relações sexuais com adultos, podendo ser casados e possuir uma família constituída, somente praticando os abusos sexuais contra crianças ou adolescentes em casos de estresse ou solidão.³⁸

Serafim *et al*, afirmam que “alguma circunstância contingente o impele a obter gratificação sexual através da criança, o que ocorre muito mais pela fragilidade dela e pela dificuldade de ser descoberto do que pelo fato de ser pré-púbere”³⁹. Em razão disso surge a denominação de molestador situacional.

Nota-se que é a situação emocional do indivíduo que irá ocasionar o abuso sexual, ou seja, em momentos de raiva, estresse, tristeza ou solidão ele poderá praticar o abuso, usando a criança ou adolescente como válvula de escape para descarregar as suas emoções. Percebe-se que são indivíduos impulsionados pela emoção e geralmente se aproveitam das situações que o cercam.

Serafim *et al*, alega que dentro do grupo de pedófilos molestadores situacionais existem três subgrupos: os regredidos, os inescrupulosos e os inadequados.⁴⁰

Os pedófilos molestadores situacionais regredidos estão relacionados àqueles que praticam os abusos tendo como vítimas as pessoas que possuem um estado de vulnerabilidade. Eles não possuem como foco unicamente as crianças e os adolescentes, podendo praticar contra idosos, deficientes mentais ou físicos.⁴¹

Nas lições trazidas por Serafim *et al*,

Esse tipo de molestador apresenta estilo de vida estável, financeira e geograficamente. Deve estar empregado, mas no seu histórico podem constar

³⁸ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

³⁹ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

⁴⁰ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

⁴¹ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

alguns problemas relativos a abuso de substâncias alcoólicas. Tem prazer imenso em seduzir, diminuindo, assim, seus problemas com a baixa auto-estima, que provavelmente o acometem, e mantém várias vítimas seduzidas em estágios diferentes, esperando sua ação.⁴²

Percebe-se que as ações desses indivíduos tendem a buscar uma satisfação pessoal, visto que abusam de pessoas que se encontram em estado de inferioridade em relação a eles, ou seja, estão em situações de maior vulnerabilidade, fazendo com que se sintam mais seguros na prática ilícita.

Já os pedófilos molestadores situacionais inescrupulosos tendem a cometer os abusos com o intuito de saciar a sua libido, independentemente de a vítima ser criança ou adolescente. Eles buscam qualquer pessoa que cesse o seu desejo, em outras palavras, não possuem preferência sexual necessariamente por criança ou adolescente. Diferentemente do que ocorre com os molestadores situacionais regredidos, pois esses possuem dificuldades de manter relacionamentos com pessoas adultas devido à sua baixa estima, o que não ocorre com os inescrupulosos, que vivem normalmente em sociedade, possuem vínculos familiares e sociais comuns, mas os abusos sexuais são corriqueiros em sua vida. A atuação desses indivíduos pode ocorrer por meio da violência, sedução, ou por outras formas manipuladoras.⁴³

Existem ainda, os pedófilos molestadores situacionais inadequados. Segundo Serafim, “esse tipo de molestador sofre de alguma forma de transtorno mental (retardo mental, senilidade etc.) que o impossibilita de perceber a diferença entre certo e errado em suas práticas sexuais”.⁴⁴

Para praticar o abuso sexual esses indivíduos utilizam-se de carícias, afetos, atos libidinosos, porém não costumam agir com violência e, algumas vezes, não praticam o ato sexual propriamente dito.

Já os pedófilos molestadores preferenciais são classificados como os que possuem preferência por crianças ou adolescentes.

⁴² SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

⁴³ MOURA, Andreína da Silva. **A criança na perspectiva do abusador sexual**. Dissertação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.msmidia.com/ceprua/andreina.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 12 mai. 2016. p.34.

⁴⁴ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

Esses são movidos pelo desejo de saciarem sua libido especificamente com crianças e não conseguem manter o controle, atendendo aos seus instintos. Não costumam realizar atos sexuais com adultos.

Esse gênero subdivide-se em três tipos de pedófilos molestadores preferenciais quais sejam: os sedutores, introvertidos e sádicos.⁴⁵

Segundo Serafim *et al*, os sedutores têm um perfil que “representa um dos grupos mais perigosos, visto ser difícil para a criança escapar das suas mãos”⁴⁶, pois se portam de maneira que as crianças sejam atraídas. Eles são gentis, atenciosos, objetivam construir um laço afetivo e passar a sensação de confiança às vítimas, por outro lado, podem vir a utilizar objetivos de cunho sexual com intuito de que as crianças percam a vergonha e pratiquem atos sexuais com o indivíduo.

Para Moura, os introvertidos “se relacionam com crianças por medo de comunicação com as pessoas de sua idade. Escolhem crianças, jovens e estranhas e seu modo de operação para o abuso são contatos sexuais não-verbais.”⁴⁷

Eles não possuem a mesma facilidade de agir de modo afetuoso fazendo com que as crianças sejam atraídas mais facilmente, na maioria das vezes, utilizam de violência para obter o que desejam e costumam frequentar locais, como parques ou onde o número de crianças seja elevado.

Serafim *et al*, assevera que, “para realmente se relacionar sexualmente utiliza prostituição infantil, turismo sexual, *internet* ou se casa com a mãe das crianças que deseja para ter acesso legítimo e seguro e com a frequência que necessita.”⁴⁸

Por fim, os sádicos, para Salter,

São os agressores sexuais que mais tememos, e com razão. Os atos que eles cometem são brutais para além de qualquer descrição, desumanos no verdadeiro sentido da palavra e sem sentido para aqueles sem esse tipo de

⁴⁵ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016..

⁴⁶ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

⁴⁷ MOURA, Andreína da Silva. **A criança na perspectiva do abusador sexual**. Dissertação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.msmdia.com/ceprua/andreina.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 12 mai. 2016. p. 35

⁴⁸ SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2016.

fome. [...] A definição de sadismo sexual é a atração sexual por dor, sofrimento, terror ou humilhação: simplificando, sádicos machucam pessoas pelo prazo sexual que isso lhes dá. Eles não apenas estupram pessoas: eles as torturam.⁴⁹

Esse tipo de pedófilo é propenso a cometer crimes de natureza grave, como sequestros e homicídios. Atuam em lugares abertos e com a pretensão de atrair as vítimas para longe da segurança dos responsáveis.

Vale ressaltar que, em razão de sentir prazer, causando sofrimento e dor, eles não carregam consigo o sentimento de culpa e muito menos o senso de reprovação social de suas condutas.

2.3 Possíveis alternativas de tratamentos aplicados aos pedófilos

Ao tratar de um assunto tão polêmico, percebe-se que a preocupação geral é com a vítima. Como seria, então, o tratamento a ser dado ao pedófilo? O ordenamento jurídico brasileiro não prevê nenhuma norma que estabeleça tratamento para o pedófilo.

Sabe-se que a pedofilia não tem cura, apenas tratamento, e, se for desenvolvido de maneira correta, gera resultados positivos. Porém o tratamento geralmente é procurado quando o pedófilo encontra-se com problemas judiciais, sendo uma forma de autoproteção na qual se buscam os benefícios judiciais que o tratamento oferece e não como uma forma de que se possam evitar novos abusos.⁵⁰

O diagnóstico da pedofilia, segundo a referência de Trindade, passa por três critérios:

- a) Ao longo de um período mínimo de seis 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 social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.
- c) O indivíduo tem, no mínimo, 16 anos e é, pelo menos, 5 anos mais velho que a criança no critério A.⁵¹

Conforme Jorge Trindade e Ricardo Breier,

Pedófilos são intratáveis: Apesar de não se poder falar de cura para a pedofilia, uma parcela considerável de pedófilos responde aos tratamentos,

⁴⁹ SALTER, Anna C. **Predadores: Pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais**. Tradução Antônio Francelino de Oliveira. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2009, p.95.

⁵⁰ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p. 49.

⁵¹ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 29.

que tem se mostrado cada vez mais eficazes. Pedófilos e abusadores sexuais de crianças são pessoas que precisam ser tratadas, tanto para que abusos não cheguem a acontecer quanto para prevenir novos episódios. Ou seja, os pedófilos e abusadores necessitam serem tratados para o bem de crianças, da sociedade e deles mesmos.⁵²

Trindade afirma que indivíduos com esse tipo de patologia poderão ter outros transtornos associados, como alcoolismo, toxicodependência etc., dificultando a eficácia da terapia aplicada.

[...] sujeitos pedófilos não estabelecem vínculo emocional verdadeiro, instrumento fundamental para o tratamento psicológico. Falta-lhes sinceridade. Em geral, eles recorrem à mentira e ao ludíbrio. Carecem de empatia e de cooperatividade. Seus interesses costumam ser limitados. Como regra, não apresentam sentimento de culpa e são egossintônicos, faltando-lhes aquele desconforto emocional interior necessário para a mudança. Não possuem motivação. São sedutores e envolventes e transportam esse tipo de funcionamento para a relação terapêutica. Além disso, interrompem o tratamento tão logo alcançam algum benefício secundário. Essas características são responsáveis pelo ceticismo dominante quando se cuida de tratamento psicológico.⁵³

Atualmente há uma variedade de tentativas para o tratamento para pedófilos realizado em clínicas. Os mais comuns, segundo Ana Selma Moreira, são:

1. Psicoterapia individual ou de grupo; 2. Associação de um evento aversivo com fotografias ou fitas de vídeo mostrando um alvo sexual inapropriado; 3. Aplicação direta de contingências a comportamentos precursores em ambientes clínicos; 4. Treinamento preventivo de recaída.⁵⁴

Conforme já foi abordado, há projetos de leis que versam sobre a castração física e química, mas muito se discute acerca de tais medidas, posto que se trata de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e seria uma afronta à Constituição Federal.

Paulo Enio afirma que,

Em face do generalizado insucesso das abordagens terapêuticas de cunho psicológico, para as quais os pedófilos apresentam um prognóstico reservado, e frente ao relativo fracasso no que tange à reincidência crônica, uma das alternativas tem sido a denominada castração. De um lado, situa-se a castração clínica ou física, que se dá através da retirada dos testículos, para impedir a produção de um hormônio, a testosterona, que estimula o desejo sexual. De outro, existe a possibilidade de uma castração química, a modificação dos neurotransmissores e a criação de mecanismos e obstrução do impulso e do desejo sexual.⁵⁵

⁵² TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 68

⁵³ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 68

⁵⁴ MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia: Aspectos Jurídicos e Sociais**. São Paulo: ed.Cronus, 2010. p. 110-111.

⁵⁵ FILHO, Paulo Enio Garcia da. **Medicina legal e criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012. p.49.

Em contrapartida, Trindade e Breier argumentam que, “na realidade, tanto a castração química quanto a castração física não constituem formas de tratamento. São apenas possibilidades de contenção social.”⁵⁶

Outra forma de tratamento seria a psicoterapia, que busca demonstrar ao pedófilo que abusar sexualmente de crianças traz consequências danosas e que seja compreendida a sua preferência sexual e que com isto ele passe a preferir adultos a crianças⁵⁷.

Como se sabe, o Brasil não se posicionou quanto à recepção do tratamento através da castração química. Mas outros países, como a Grã Bretanha, adotam essa medida de forma voluntária e possuem um registro no qual constam os abusadores sexuais de crianças. Em países, como Dinamarca e Suécia, admite-se a castração e foi averiguada a diminuição nas taxas de reincidência, mas somente é aplicável em casos extremos. Na França, há um projeto de lei que torna obrigatório o tratamento psiquiátrico ou farmacológico, onde serão utilizados inibidores que diminuem a libido do indivíduo. Na Áustria, verificou-se que as terapias não eram eficazes e, desde 1999, foi proposta a castração química. Já nos EUA existe um banco de dados, onde constam os dados do pedófilo. Porém a Califórnia foi o primeiro a adotar a castração química que se torna obrigatória após a segunda condenação por crimes sexuais⁵⁸.

Dito isso, torna-se indispensável uma pacificação dos entendimentos sobre a aplicação de tratamentos aplicáveis, além de implantação de políticas criminais eficientes que tenham o objetivo de verdadeiramente ressocializar o preso pedófilo e de que as crianças, vítimas desses abusos, recebam proteção especial por parte do Estado, pois mais importante que evitar a reincidência é evitar a prática.

⁵⁶ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 56

⁵⁷ MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia: Aspectos Jurídicos e Sociais**. São Paulo: ed. Cronus, 2010, p.113.

⁵⁸ CRESTANI, Tábata. CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos criminológicos e jurídico-penais da pedofilia uma proposta de alteração da legislação brasileira. In **Revista dos Tribunais online**, 2011. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad8181600000154c935688d0d929f0d&docguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&hitguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&spos=24&epos=24&td=176&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 12 mai. 2016.

3. ASPECTOS CONTROVERSOS

3.1 Entendendo os crimes sexuais

Como já visto, os crimes sexuais têm ampla repercussão e discussões jurídicas e sociais. Mas para compreender melhor a controvérsia acerca do tema é necessário explanar o conceito de crime e seus desdobramentos para que se chegue ao ponto primordial da controvérsia entre doutrinadores e tribunais que é a imputabilidade penal do agente pedófilo.

O conceito de crime não vem expresso na legislação brasileira, sendo interpretado pela doutrina que o apresenta sob três perspectivas distintas.

A primeira diz respeito à perspectiva de crime no critério formal que aduz que o crime seria caracterizado como tal por estar contrariando o que está previsto em lei, de acordo com o que prevê o princípio da legalidade.⁵⁹

A segunda perspectiva refere-se ao critério material do crime, ou seja, o crime seria o fato lesivo contra bens juridicamente tutelados pelo direito penal.⁶⁰

Já a terceira perspectiva do conceito de crime advém do critério analítico que, segundo entendimento de Asúa, que considera a conduta “contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegida de um homem imputável que manifesta com sua agressão perigosidade social.”⁶¹

A partir dessa perspectiva, surgem duas teorias sobre o conceito de crime: a bipartida e a tripartida.

A teoria bipartida defende que o crime seria um fato típico e ilícito, apresentando apenas dois elementos primordiais para caracterizar a conduta criminosa, não integrando seu conceito o elemento da culpabilidade, que seria utilizada apenas como pressuposto da aplicação da pena.

Por conseguinte, a teoria tripartida argumenta que o crime é constituído pelos elementos do fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, o crime é toda ação ou omissão que, em regra, resulta em um dano a um bem juridicamente tutelado pelo Estado.

Entende-se por tipicidade a conduta humana que atende ao tipo penal previsto em lei, ou seja, praticar o que prevê a norma penal, por exemplo, matar alguém é

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 610

⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito penal brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2002. P. 206-207

⁶¹ ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. V3. Buenos Aires: Editora Losada, 1951, p61 apud MIRABETE, 2004, p.82

uma conduta típica, mas nem sempre uma conduta típica será punível, pois deve-se analisar a antijuricidade da conduta e a culpabilidade do agente.

A antijuricidade da conduta ocorre quando ela contrariar o ordenamento jurídico, nas palavras de Mirabete, “a antijuricidade é a relação de contrariedade entre o fato típico praticado e o ordenamento jurídico.”⁶² O ordenamento jurídico vigente disciplina as causas excludentes de antijuricidade no art. 23 do CP.

Art. 23 -Não há crime quando o agente pratica o fato:
I -em estado de necessidade;
II -em legítima defesa;
III -em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.⁶³

O terceiro elemento basilar do conceito de crime é a culpabilidade do agente, essa é o elemento central para análise da controvérsia que é concernente ao tema deste trabalho. Nos ensinamentos de Rogério Tadeu Romano,

A culpabilidade é entendida como um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso. Esse juízo terá por objetivo o agente do crime e sua ação criminoso enquanto que o dolo está no objeto da valoração, sendo um elemento necessário do tipo doloso.⁶⁴

Percebe-se que a culpabilidade está inteiramente relacionada à reprovação da conduta tomada pelo agente, pois o ordenamento jurídico exige uma conduta diversa, que, se não observada admite a aplicação das medidas punitivas, baseadas na culpabilidade do transgressor.

Miguel Reale Júnior trata a culpabilidade sob duas finalidades,

Assim a culpabilidade tem dois significados, de fundamento da pena e de limite da pena, limite este conciliável com uma visão da pena como reprovação e também como prevenção, geral ou especial, segundo o feixe que, a meu ver, compõe a finalidade da pena atrás examinada.
E esse limite é fundamental na aplicação da pena, exatamente para que abusos em nome de qualquer das finalidades atribuídas à pena sejam evitados, por via do limite do necessário e do suficiente, mote presente em todo o sistema de penas da Parte Geral de 1954, e não por acaso.⁶⁵

A culpabilidade é responsável pelo limite e pela fundamentação da pena, o limite no que diz respeito à individualização da pena, até que ponto a sanção poderá ser aplicada, respeitando os princípios da dignidade humana e individualização da

⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** (arts. 1º a 120 do CP). V1. 21ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p.98.

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁶⁴ ROMANO, Rogério Tadeu. Excludentes de antijuricidade, culpabilidade e tipicidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4107, 29 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32324>>. Acesso em: 16 maio 2016.

⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 184

pena, esse elemento deverá servir para atender à prevenção e à reprovação da conduta do agente.

O Código Penal vigente traz hipóteses de exclusão da culpabilidade, quais sejam: inimputabilidade (art. 26 e 27), embriaguez involuntária completa (art. 28, II), coação irresistível (art. 22), obediência hierárquica (art. 22) e erro de proibição (art. 21).

Isso posto, será analisado a hipótese de exclusão da culpabilidade no que diz respeito à inimputabilidade do agente.

Mas, para tanto, é necessário entender o conceito de imputabilidade, Nucci ensina que “a imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.”⁶⁶ Ou seja, o agente deverá ter capacidade moral, psicológica e física para auto-determinar-se.

Capez aduz que é “imputável não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.”⁶⁷

Para que o agente seja considerado imputável ele deve atender a dois aspectos: intelectual e volitivo. O aspecto intelectual consiste na capacidade de o agente compreender que a conduta praticada é reprovada pelo ordenamento jurídico. Já o aspecto volitivo diz respeito à capacidade que o agente possui de autocontrole diante de determinada situação, ou seja, o agente deve comandar a sua vontade. Percebe-se que, para imputar o fato delituoso a alguém, são necessários os dois aspectos.

No que se refere aos aspectos que afastam a imputabilidade, o agente passa a ser considerado inimputável, que, Reale ensina que é “aquele que ao tempo da ação, em razão de enfermidade mental, não tinha essa capacidade de entendimento e de autodeterminação.”⁶⁸

O Código Penal dispõe sobre a imputabilidade e traz à tona três categorias distintas quais são: os imputáveis, os inimputáveis e o semi-imputáveis. Os imputáveis seriam aqueles que possuem consciência da conduta antijurídica e não há lap-

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. (ver., atual. E ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 279.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º a 120). v. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.p. 308

⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205.

so de lucidez, ou seja, em todo momento da ação age consciente de seus atos, ficando assim passível de aplicação de pena privativa de liberdade. Já os inimputáveis são aqueles que não possuem discernimento necessário para compreender que a conduta praticada é antijurídica e são passíveis de medida de segurança. Por outro lado, os semi-imputáveis são aqueles que sabem da antijuricidade da conduta praticada, mas comete o ato em decorrência de um lapso de lucidez. Esses estão submetidos à redução de pena ou imposição de medidas de segurança.

O Código Penal brasileiro adotou o critério biopsicológico para analisar se o agente de fato é inimputável. Capez afirma que,

Será inimputável aquele que, em razão de uma causa prevista em lei (doença mental [...]), atue no momento da prática da infração penal sem capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.⁶⁹

Para a confirmação da doença mental é imprescindível o laudo médico, para que, utilizando-se de critérios técnico-científicos, identifique de qual doença mental o indivíduo transgressor foi acometido.⁷⁰

Diante o exposto, percebe-se que a pedofilia não recebe o tratamento individualizado e há um induzimento para propagação do erro, demonstrando-se desconhecimento para uma situação complicada para ambas as partes, ou seja, tanto para a vítima quanto para o agressor/pedófilo.

Nesse diapasão é que reside a controvérsia da temática, visto que doutrinadores convergem na imputabilidade do pedófilo, uma parte da doutrina considera que esses sejam imputáveis, pois eram capazes de entender o caráter ilícito do ato praticado ao tempo do cometimento; porém, do ponto de vista de parte da psiquiatria forense, a pedofilia deve ser tratada como semi-imputabilidade, já que é considerada uma doença mental e o magistrado poderá optar por reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança.

O psiquiatra forense Roberto Moscatello entende que,

A pedofilia deve ser considerada uma perturbação de saúde mental e consequente semi-imputabilidade, já que o indivíduo era capaz de entender o caráter criminoso do fato e era parcialmente ou incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento (perda do controle dos impulsos ou vontade). Quando associada à alcoolismo, demência senil ou psicoses (esquizofrenia, por ex.) deve ser considerada a inimputabilidade. Em consequência, é imposta medida de segurança detentiva (internação em Hospital de Cus-

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º a 120). v. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.p. 312.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. (ver., atual. E ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 283.

tódia) ou restritiva (tratamento ambulatorial) por tempo indeterminado e que demonstra ser o procedimento mais humano, terapêutico, eficaz e de prevenção.⁷¹

Diferentemente disso, o psiquiatra Talvane de Moraes defende que:

O pedófilo mantém o juízo e, portanto, deve ser punido. Apesar de possuir um distúrbio, tem consciência do que faz, assim, não pode ser considerado um incapaz no tribunal, como acontece com os esquizofrênicos e outros portadores de distúrbios mentais, que, por não terem consciência de seus atos, terminam com a pena aliviada.⁷²

Nota-se que há divergências e, assim, abrem-se precedentes para as discussões psiquiátricas e jurídicas quanto ao tratamento para portadores da pedofilia, haja vista que no atual estado da Medicina, é pacífica entre os estudiosos desse conteúdo, a ausência de elementos efetivos de cura para tais portadores. Todavia, embora inexistente, é sabido que o tratamento adequado em um período hábil é capaz de diminuir esse intuito compulsivo e, nesse sentido, tratamentos como os farmacológicos e/ou psicoterapia cognitivo-comportamental, são bastante eficazes no combate à patologia.

Segundo o psiquiatra Moscatello, em alguns países em que os portadores de pedofilia recebem tratamento adequado, nota-se que o índice de reincidência é inferior, comparado aos que não recebem tratamento, e os resultados obtidos através do tratamento terapêutico são satisfatórios.⁷³

Verifica-se também divergência nos tribunais brasileiros, visto que alguns já decidiram a favor da aplicação de medida de segurança para pedófilos, mas é necessário que exista uma pacificação desse entendimento, pois mesmo que os tribunais entendam que o pedófilo é imputável, pode-se levar em consideração a hipótese de aplicação de tratamento psicanalítico na penitenciária onde o mesmo cumpre sua pena, visto que a lei estaria sendo cumprida, atendendo aos anseios da sociedade, sem ignorar o fato de que o pedófilo deve ser tratado para evitar a reincidência.

Um dos grandes entraves em relação a determinadas decisões contraditórias é o fato de que, como bem explica Maia, “quando o sistema judicial se depara com

⁷¹ MOSCATELLO, Roberto. Pedofilia é doença passível de inimizabilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-10/pedofilia-doenca-mental-passivel-semi-inimizabilidade>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

⁷² MORAES, Talvane de apud NOGUEIRA, Daniele. “Desejo do mal”. **Jornal do Brasil**, “Revista de Domingo”, Rio de Janeiro, p. 25, 12 de maio 2002.

⁷³ MORAES, Talvane de apud NOGUEIRA, Daniele. “Desejo do mal”. **Jornal do Brasil**, “Revista de Domingo”, Rio de Janeiro, p. 25, 12 de maio 2002.

um caso de pedofilia, os agentes responsáveis pelo processo penal parecem não aceitar totalmente a submissão destes à perícia psicológica ou psiquiátrica⁷⁴. Ou seja, interpretam como atraso do procedimento processual, visto que a realização das perícias requer tempo e, até mesmo, indagam no sentido de que os advogados queiram induzir a aplicação de medida de segurança a indivíduos imputáveis.

Nesse sentido, observar-se-ão dois julgamentos que versam sobre abusos sexuais e a posição dos relatores em cada caso concreto.

A Relatora Des. Lúcia de Fátima Cerveira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul, julgou procedente a apelação criminal de um indivíduo portador de pedofilia, conforme destacado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. 1. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. ACOLHIDO. Réu submetido à avaliação psiquiátrica cujo laudo diagnosticou tratar-se de indivíduo portador de pedofilia, reconhecendo o nexo de causalidade entre a referida patologia mental e a conduta criminosa praticada pelo réu. Avaliação pericial que recomenda aplicação de medida de segurança para o tratamento da patologia apresentada. Sentença que desconsiderou a recomendação dos expertos e aplicou pena reclusiva em regime aberto, mesmo tratando-se de crime hediondo praticado contra criança de oito anos, mediante violência real. Patologia mental diagnosticada que conduz o réu a impulsos sexuais desviados, sendo forte a probabilidade que siga praticando abusos sexuais em crianças se não for submetido a um rigoroso tratamento médico. Possibilidade de cura para a patologia reconhecida pelos expertos. Substituição da pena reclusiva por medida de segurança que se mostra recomendável, nos termos do art. 98 do Código Penal. Determinada a internação do réu no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso (IPF), pelo período mínimo de dois anos. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70011372471, Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Lúcia de Fátima Cerveira. Acórdão de 09 de julho de 2007).⁷⁵

Na decisão supracitada, a relatora aplicou corretamente o termo pedofilia, considerando-a como doença e demonstrando o caráter impulsivo sexual do réu, e não o generalizou como mero abusador sexual, sentenciando o acusado com a absolvição imprópria e com a aplicação de medida de segurança.

Por outro lado, o Relator Des. Roberto Midolla do Tribunal de Justiça do

⁷⁴ MAIA, Luís Alberto Coelho Rebelo et all. **Estudos de Casos De Pedófilos Portugueses à luz da Neuropsicologia**. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0496.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016. p.24.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70011372471, Oitava Câmara Criminal**. Relator: Des. Lúcia de Fátima Cerveira. Acórdão de 09 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70011372471&co-de=3032&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%208.%20CAMARA%20CRIMINAL%20-%20REGIME%20DE%20EXCECAO>. Acesso em: 19 mar. 2016

Estado de São Paulo, julgou improcedente a apelação criminal em que foi requerida a aplicação de medida de segurança:

Por outro lado, o laudo pericial concluiu que o apelante era capaz de entender o caráter criminoso, mas sua determinação é marcada pela compulsão doentia de atividade sexual com crianças, ou seja, a pedofilia. Ocorre que isso não o beneficia, nos termos do art. 26 do Código Penal. Tentou dissimular a sua conduta perante o Juízo, mas contou com detalhes no inquérito (fls. 23, do segundo apenso). Em razão disso, a absolvição pretendida, com medida de segurança, não merece acolhimento. (Apelação Criminal nº 481635.3/8-0000-000, Nona Câmara Criminal. Relator: Des. Roberto Midolla. Acórdão de 08 de março de 2006).⁷⁶

Em suma, percebe-se que há uma problemática envolvida para punição desses indivíduos, haja vista tratar-se de doentes, mas que são plenamente capazes de entender o caráter ilícito do fato, entretanto não se comportam de forma coerente diante das situações que lhe são impostas, pois possuem um desvio sexual que os faz agir de maneira inadequada comparada aos demais comportamentos. Porém não há legislação para direcionar quais as melhores opções para o magistrado, assim, induzindo a erro os julgamentos de pessoas acometidas por essa enfermidade e impondo-lhes a ineficácia da pena imposta.

O assunto está a merecer mais atenção dos nossos legisladores, pois trata de questões que versam sobre direitos fundamentais, em especial, a individualização da pena e a dignidade da pessoa humana.

3.2 O instituto da medida de segurança

A aplicação de medida de segurança está prevista no Título VI do Código penal vigente e é decorrente da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do indivíduo. Paulo Queiroz explica que

As medidas de segurança são, portanto, sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, embora não culpável em razão da inimputabilidade do agente. Ou seja, tais medidas, para serem aplicadas, exigem o concurso simultâneo de todos os requisitos e pressupostos do crime, com exceção da imputabilidade do autor, unicamente.⁷⁷

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 481635380000000**, Nona Câmara Criminal. Relator: Des. Roberto Midolla. Acórdão de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=481635380000000>> . Acesso em: 12 set. 2015.

⁷⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6ª ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 437

A medida de segurança tem como finalidade principal prevenir que o indivíduo volte ao meio social e reincida no crime praticado, ou seja, volte a apresentar perigo para a sociedade. Em termos genéricos, a medida de segurança tem como objetivo evitar a reincidência.

Führer aduz que,

De fato, qual seria a utilidade da pena quando a manifestação mental patológica impede que o agente aprenda com a consequência de seus erros? Se o agente é incapaz de conter os impulsos criminosos determinados por sua anomalia psíquica, a sistemática crime/castigo é inútil e imoral. Neste caso, a culpabilidade é pura ficção, devendo o Direito Penal buscar medidas que visem à prevenção e à terapia, de acordo com a periculosidade e com a doença.⁷⁸

Vale ressaltar que só caberá medida de segurança, quando, da conduta praticada, for cabível uma sanção penal, em respeito ao princípio da igualdade. Dito isso, também serão cobrados para imposição de medida de segurança todos os pressupostos cabíveis na aplicação penal.

A medida de segurança é classificada em duas espécies previstas no art. 96, do CP, quais são: internação e tratamento ambulatorial. No que concerne à internação, serão cumpridas, quando houver, nos Hospitais de Custódia e Tratamento psiquiátricos (HCT). Caso não disponha desse, ocorrerá em local adequado. As internações são impostas aos indivíduos que cometem crimes de natureza mais graves que sofrerão restrição em sua liberdade. Já o tratamento ambulatorial acontece da mesma forma, diferenciando-se no que diz respeito à natureza dos crimes cometidos, pois é imposto aos indivíduos que cometerem crimes menos graves e punidos penalmente com detenção. Vale ressaltar que o tratamento escolhido para o indivíduo decorre da sentença absolutória e não de decisão médica.⁷⁹

A aplicação de medida de segurança pressupõe que o indivíduo apresenta periculosidade social, constatada através de perícia médica que deverá ser repetida anualmente ou em qualquer tempo, conforme determinação do juiz da execução.

Cumprido dizer que o magistrado não estará vinculado ao laudo pericial, prevalecendo o livre convencimento motivado de suas decisões.

A sentença proferida que determina a imposição de medida de segurança tem natureza de absolutória imprópria, entendimento adotado pela Lei 3.689/41, que dis-

⁷⁸ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: ed. Malheiros, 2000. P.41

⁷⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6ª ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 448.

põe sobre o Código de Processo Penal, pois tem como base o art. 386 parágrafo único, III.

No que diz respeito à periculosidade do indivíduo, a aplicação de medida de segurança traduz-se na perspectiva de proteger o meio social das agressões do agente e, por outro lado, tratar o problema com uma medida eficaz, já que, como se sabe, a medida de segurança não tem prazo definido para sua extinção, ficando condicionada à interrupção da periculosidade apresentada pelo agente ou, para parte da doutrina, ao limite de 30 anos.

Seguindo esse entendimento, Lebre afirma que:

As medidas de segurança traduzem, em sua essência, a ideia de providência, precaução, cautela, característica especial de dispensar cuidados a algo ou alguém para evitar um determinado mal. E é exatamente nessa perspectiva que elas também acabam consagrando seu escopo primordial: atuar no controle social, afastando o risco inerente ao indivíduo que é inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e que praticou uma infração à norma penal.⁸⁰

O instituto da medida de segurança seria a medida mais segura para o tratamento do pedófilo e com ela se cumpriria uma função preventiva. Tábata Crestani afirma que:

Os pedófilos, em geral, são plenamente capazes de entender o caráter ilícito do fato, o problema está na capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento, visto que são considerados enfermos, pois são portadores de um transtorno sexual que o fazem agir de forma anormal comparada à vida adequada da sociedade. Devem os sujeitos que forem seriamente diagnosticados com essa doença serem submetidos a estabelecimentos adequados para seu tratamento, através de uma medida de segurança.⁸¹

Corroborando o pensamento de Crestani, Marin e Baltieiri afirmam que

Dentre vários fatores relacionados ao risco de reincidência criminal para agressores sexuais, ser portador do transtorno psiquiátrico conhecido como pedofilia é um dos mais significativos. Logo, receber uma sanção penal sem a oportunidade de participar de um tratamento adequado não cobrirá as necessidades do preso portador deste mal nem tampouco proporcionará sua reinserção social.⁸²

⁸⁰ LEBRE, Marcelo. **Medidas de segurança e periculosidade criminal: medo de quem?** Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/06_ResponsabilidadesV2N2_Norte02.pdf>. Acesso em 15 mai. 2016.

⁸¹ CRESTANI, Tábata. CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos criminológicos e jurídico-penais da pedofilia uma proposta de alteração da legislação brasileira. In **Revista dos Tribunais online**, 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000154c935688d0d929f0d&docguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&hitguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&spos=24&epos=24&td=176&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 12 mai. 2016.

⁸² MARIN, Matheus Cheibub David; BALTIERI, Danilo Antonio. Crimes sexuais e suas particularidades na avaliação de risco e no cumprimento da medida de segurança in: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de lima (Orgs.). **Medida de Segurança-** Uma questão de Saúde e ética. São

Dito isto, apesar das divergências existentes é notório que o tratamento penal dado aos pedófilos não é eficaz, pois, serve como paliativo para satisfazer os anseios sociais de que a “a justiça seja feita”, porém, não atende integralmente as funções que a pena deve ter que é de prevenção e retribuição, conforme já abordado. Para que este cenário sofra modificação, é necessário que o Poder Público juntamente com a sociedade passe a ter uma nova concepção em relação aos agressores sexuais, principalmente, aos pedófilos, pois nada adianta encarcerar um indivíduo acometido por uma parafilia se não tratar de maneira adequada a sua impulsividade sexual, pois, ao retornar ao convívio social este ainda será incontrolável quando posto diante de suas possíveis vítimas.

3.3 Os princípios constitucionais-penais acerca das controvérsias

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui uma enorme importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois é inerente à pessoa humana e ninguém pode violá-lo.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁸³

O Estado tem por obrigação zelar pela integridade física, moral e psíquica da pessoa humana e deverá garantir tratamento paritário, e, como garantidor dessa tutela, está proibido de impor qualquer ato desumano ou degradante que viole o princípio.

Torna-se indispensável que sejam materializados os direitos fundamentais, pois parte-se da premissa de que o supracitado princípio só é efetivado a partir da

Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/pdfs/Livromedidaseguranca.pdf>>. Acesso em: 20 mai de 2016.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

realização do direito à vida, à igualdade, dentre todos os outros que têm como parâmetro a dignidade da pessoa humana⁸⁴.

Como leciona João Paulo Gavazza,

Quando os textos constitucionais proíbem a existência da pena de morte; quando vedam a suspensão, ainda que em estado de sítio, dos direitos à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade em geral, do direito a não retroatividade da lei penal mais severa, ao direito de defesa; quando, ainda, proíbem a imposição de penas ou medidas de segurança privativas de liberdade com caráter perpétuo, rende-se, em verdade homenagem à dignidade humana, ressaltando o seu valor essencial que dá unidade de sentido e coerência ao ordenamento jurídico⁸⁵.

Conforme abordado, adotar a castração química como possível tratamento para os pedófilos feriria integralmente esse princípio, pois o tratamento de castração química ou física altera a saúde e as condições físicas do indivíduo.

Mas como se sabe, o Estado tem por obrigação zelar pelos cidadãos e a pena deve ser aplicada respeitando o princípio da proporcionalidade. Em outros termos, a responsabilização deve ser condizente com o estado do indivíduo portador de pedofilia e deverá respeitar a sua dignidade.

3.3.2 Princípio da individualização da pena

O princípio mencionado está relacionado ao que diz respeito ao cumprimento da pena ser individualizada. Conforme palavras de Luis Regis Prado,

o princípio da individualização da pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução. [...] Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.⁸⁶

Assim, busca-se analisar se a aplicação da castração química afrontaria o princípio da individualização da pena, visto que a redução da libido impede a atividade sexual do indivíduo, temporariamente, mas se ele tiver uma relação conjugal, a pena aplicada atingiria de forma direta outra pessoa. Mas, se esta escolha de tratamento for facultativa ao indivíduo, ele poderá dispor da sua atividade sexual, principalmente no que diz respeito a sua vontade autônoma.

⁸⁴ CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e processo penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 285.

⁸⁵ CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e processo penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 285.

⁸⁶ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito penal – parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p.139.

Bottega afirma que,

(...) a liberdade de não procriar é também justificada pelo direito que a pessoa tem de decidir sobre o que acontece com seu próprio corpo. Isto tem a ver com aquela que poderíamos chamar de autodeterminação física, ou seja, aquele aspecto da autonomia que concerne à escolha de como queremos moldar o nosso corpo.⁸⁷

Tendo em vista que a liberdade do indivíduo é um dos princípios que devem ser respeitados, deve-se levar em consideração se essa escolha é viável e se não irá atingir terceiros e, principalmente, se é facultativa e deverá respeitar os princípios abordados.

⁸⁷ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de Não Procriar e Esterilização Humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Cuiabá: Edunic, v. 9, n. 2, jul.-dez. 2007. p. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da imputabilidade do pedófilo mostrou-se um tema de suma importância, pois verifica-se a inércia estatal diante de um problema social tão grave como este, pois, como foi demonstrado ao longo do presente trabalho a prática dessa conduta atinge crianças e adolescentes e essa prática é decorrente da ausência de tratamento adequado para os indivíduos portadores do transtorno da pedofilia.

Conforme foi explanado ainda é divergente na literatura, e nas decisões dos tribunais o tratamento dado aos pedófilos, pois, uns consideram imputável, outros semi-imputável e ainda os que defendem a imputabilidade, porém sabe-se que a pedofilia é um transtorno catalogado no CID- 10 e que este deve ser passível de medida de segurança.

Destarte, a legislação penal brasileira não tipificou a pedofilia como um crime, como corriqueiramente é tratado nos casos de abusos sexuais. Os indivíduos que cometem um injusto penal contra crianças ou adolescentes responderão nos moldes dos crimes previstos no Capítulo II do Código penal pátrio ou do ECA.

Porém, nota-se que com a aplicação das penas previstas nas referidas legislações, pois estas impõem penas restritivas de liberdade sabe-se que elas não cumprem sua função adotada pelo Código Penal que é a função de retribuição e prevenção, portanto, ao tratar-se de pessoas com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, o Estado deve dar aparato especial aos portadores de pedofilia.

Visto que trata-se de um assunto de saúde pública, pois todos os dias crianças e adolescentes podem sofrer abusos sexuais por pedófilos que possuem preferências sexuais por elas. São difíceis de identificar, pois normalmente convivem no meio social/familiar sem demonstrar nenhuma característica de que possam violar a integridade física e psíquica dessas crianças.

Pois de nada adianta encarcerar um indivíduo acometido por uma parafilia desse porte, já que, quando ele retornar ao convívio social, irá reincidir nos mesmos crimes, fazendo novas vítimas.

Deve haver uma pacificação no entendimento dos Tribunais e na literatura que versa sobre a temática, para que através de laudos médico sejam verificados se o agente que praticou tal conduta possui o transtorno para que este receba a punição coerente com a sua condição psíquica.

Em contrapartida, é importante que a sociedade tome ciência de que este é um mal que pode atingir qualquer cidadão e que merece atenção, pois, grande parte dos pedófilos são pessoas próximas das vítimas e que exercem algum tipo de autoridade sobre esta, pois, além de ser um assunto de cunho psiquiátrico, jurídico é também de cunho social, pois, é dever do Estado e da sociedade zelar pela integridade das crianças e dos adolescentes.

REFERÊNCIAS

Livros ou obras doutrinárias:

ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. V3. Buenos Aires: Editora Losada, 1951, p61 apud MIRABETE, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte geral**. 10. ed. v. 1.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal parte Geral, tomo 2º**. 3. ed. São Paulo: Editora Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e processo penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

FALEIROS, Eva T. Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. **Repensando os conceitos de violência, abuso, exploração sexual de crianças e adolescentes**. Disponível em: <http://escca.luizaugustopassos.com.br/wp-content/uploads/2011/02/livro_repensando_os_conceitos_eva_publicacoes-httpwww.mpes.gov_branexoscentros_apoioarquivos1.pdf1.pdf> Acesso em: 18 mar. 2016.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: ed. Malheiros, 2000.

GARCIA FILHO, Paulo Enio. **Medicina legal e criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal – fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 15. Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial v.2**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte 1. Princípios metafísicos da doutrina do Direito. Textos filosóficos. São Paulo: Edições 70, 2004.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** (arts. 1º a 120 do CP). V1. 21. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia: Aspectos Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Editora Cronus, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. (ver., atual. E ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ONECA, José Anton. **Derecho Penal**. Madrid : Ed. do autor, tomo 1, 1949.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CID-10: Classificação Internacional de Doenças**. 1. Ed. São Paulo: EDUSP, 1994.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito penal – parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do direito penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALTER, Anna C. **Predadores: Pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais**. Tradução Antônio Francelino de Oliveira. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TESSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Artigo ou matéria de jornal:

D'USO, Luis Flavio. **Nota Pública**. OAB-SP: 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2007/10/25/4494/>>. Acesso em 17 mar. 2016.

HISGAIL, Fani. No limite do Abuso. **Revista Istoé independente**. Edição n. 1748, mar. 2001. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe-temp/Reportagens/limite_abuso>. Acesso em: 18 mar. 2016.

NOGUEIRA, Daniele. “Desejo do mal”. **Jornal do Brasil**, “Revista de Domingo”, Rio de Janeiro, p. 25, 12 de maio 2002.

Artigo de revista, boletim, entre outros:

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de Não Procriar e Esterilização Humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Cuiabá: Edunic, v. 9, n. 2, jul.-dez. 2007.

CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. O perfil do pedófilo: Uma abordagem da realidade brasileira. **Revista liberdades**, 2011, nº 06. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=74>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CRESTANI, Tábata. CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos criminológicos e jurídico-penais da pedofilia uma proposta de alteração da legislação brasileira. In **Revista dos Tribunais online**, 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000154c935688d0d929f0d&docguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&hitguid=I74da85b02c6611e189cd000085592b66&spos=24&epos=24&td=176&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 12 mai. 2016.

LEBRE, Marcelo. **Medidas de segurança e periculosidade criminal: medo de quem?** Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/06_ResponsabilidadesV2N2_Norte02.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016.

MAIA, Luís Alberto Coelho Rebelo et all. **Estudos de Casos De Pedófilos Portugueses à luz da Neuropsicologia.** Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0496.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

MAIA, Thais Meirelles de Sousa; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Castração química em casos de pedofilia: considerações bioéticas. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 22,n. 2, p. 252-261, Ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2016.

MARIN, Matheus Cheibub David; BALTIERI, Danilo Antonio. Crimes sexuais e suas particularidades na avaliação de risco e no cumprimento da medida de segurança in: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de lima (Orgs.). **Medida de Segurança-** Uma questão de Saúde e ética. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/pdfs/Livromedidaseguranca.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

MOSCATELLO, Roberto. Pedofilia é doença passível de inimizabilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-10/pedofilia-doenca-mental-passivel-semi-inimizabilidade>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. **Jornal de Pediatria (Rio J.)**, Porto Alegre, v. 81, n.5, supl. P. s197

– s204, Nov. 2005. Disponível em:
 <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-7572005000700010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Mar. 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. Excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4107, 29 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32324>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana; RIGONATTI, Sérgio Paulo; CASOY, Ilana; BARROS, Daniel Martins de. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, 2009, nº 36, v.03, p. 106-107. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v36n3/v36n3a04.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

Legislação:

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. ONU, 1989. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 18 de mar. 2016.

Jurisprudência:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 481635380000000**, Nona Câmara Criminal. Relator: Des. Roberto Midolla. Acórdão de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificadodo=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=481635380000000>> . Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70011372471, Oitava Câmara Criminal**. Relator: Des. Lúcia de Fátima Cerveira. Acórdão de 09 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70011372471&code=3032&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%208.%20CAMARA%20CRIMINAL%20-%20REGIME%20DE%20EXCECAO>. Acesso em: 19 mar. 2016

Teses, dissertações e monografias:

CASTAÑO, Edwin Posada; CORREA, Julian Salazar. **Aproximaciones Criminológicas y de la Personalidad del Abusador Sexual**. Monografia, Universidad Católica de Oriente, 2005. . Monografia, Universidad Católica de Oriente, 2005. Disponível em: <http://www.justiciaviva.org.pe/penademuerte/perfil_sicologico/perfil_psicologico_colombia.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

MOURA, Andreína da Silva. **A criança na perspectiva do abusador sexual**. Dissertação – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.msmedia.com/ceprua/andreina.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 12 mai. 2016.