

MARIA ROSA DA SILVA NETA

**PEDOFILIA: CRIME OU DOENÇA? UMA TÊNUE LINHA
DIVISÓRIA ENTRE A IMPUNIDADE E A JUSTIÇA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Msc. Eneida Orbage de Britto Taquary

Brasília
2010



Monografia de autoria de Maria Rosa da Silva Neta, intitulada “PEDOFILIA: CRIME OU DOENÇA? UMA TÊNUE LINHA ENTRE A IMPUNIDADE E A JUSTIÇA.”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, em ___ de junho de 2010, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. Msc. Eneida Orbage de Britto Taquary
Orientadora
Curso de Direito – UCB

Prof.(titulação). (Nome do membro da banca)
Curso de Direito - UCB

Prof.(titulação). (Nome do membro da banca)
Curso de Direito - UCB

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho às pessoas que mais amo nesse mundo: minha mãe e meu esposo.

Por certo eles foram o reflexo, o exemplo, a demonstração de apoio, amor, dedicação, compreensão e confiança que eu precisava para elaborar trabalho tão importante e envolvente como é a monografia.

Todo o mérito advindo desse estudo dedica a eles, pessoas tão importantes na minha vida.

AGRADECIMENTO

Os meus agradecimentos direcionam-se, primeiramente a Deus por ter me permitido, após longos anos de aprendizado jurídico, concluir o curso de Direito dissertando sobre assunto tão pertinente à sociedade.

Em segundo lugar, gostaria de externar os meus sinceros agradecimentos a minha orientadora Eneida Orbage de Britto Taquary pelo seu profissionalismo, competência, amabilidade e prontidão para atender a todas as inquietações que emanaram durante o processo de elaboração da monografia. Sinto-me privilegiada por ter tido-a como orientadora.

Agradeço também à ajuda desmedida da minha amada prima e psicóloga Madalena Maria Cavalcante Ribeiro que sempre esteve pronta para tirar as minhas dúvidas com relação à Psicologia Jurídica, para me ajudar a delimitar a bibliografia mais adequada ao caso e para me ajudar no que fosse preciso.

Por fim, agradeço ao meu amado esposo que se mostrou um incansável companheiro e amigo nessa jornada de elaboração do trabalho de conclusão de curso. Sem ele, certamente não teria tido o discernimento para ultrapassar os obstáculos que surgiram durante esse período. O seu apoio e confiança em mim foram como combustível nessa caminhada.

RESUMO

Referência: SILVA NETA, Maria Rosa da. **Pedofilia: crime ou doença? Uma tênue linha entre a impunidade e a justiça.** 77 folhas. Trabalho de conclusão do Curso de Direito – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

A pedofilia é uma doença classificada pelo DSM –IV e pelo CID-10 como um transtorno sexual, cujas causas, diagnósticos e tratamentos ainda são objetos de estudos e da análise de teorias humanitárias destinadas a desvendar os meandros dessa doença sexual. No âmbito penal é figura atípica já que o CPB em nada se refere ao assunto. No entanto, os crimes sexuais contra crianças estão assumindo, popularmente, a nomenclatura destinada a esses doentes que sofrem de desvios sexuais e, portanto, passíveis de cometerem tais crimes. Como doença a pedofilia requer estudos acerca da culpabilidade do agente para que se possa impor qualquer tipo de sanção penal ao indivíduo. O que vai determinar se o pedófilo será submetido às imposições da pena ou de uma medida de segurança será o fato de, no momento do crime, o indivíduo ser capaz, ou não, de agir de forma diversa.

Palavras-chave: Pedofilia. Doença. Culpabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 FINALIDADE, APLICABILIDADE E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PENA...	11
1.1 ORIGENS DA PALAVRA PENA.....	11
1.2 ORIGEM DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL.....	12
1.3 TEORIA DA PENA: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS FUNDAMENTOS E DAS FINALIDADES DA PENA	13
1.3.1 A vingança privada dos povos primitivos.....	13
1.3.2 Povos da Antiguidade: da vingança privada para a pública	14
1.3.3 Período Medieval: um retorno ao simbolismo primitivo.....	17
1.3.4 Época Moderna: o Estado soberano	18
1.3.4.1 Renascimento: A punição sob o olhar de Maquiavel, Hobbes e Thomas More	19
1.3.4.2 Absolutismo: o Estado delegado por Deus.....	20
1.3.5 A Era Contemporânea e as contribuições de Cesare Beccaria e de Carrara	21
1.3.5.1 Escola Clássica e as ideias humanitárias de Beccaria.....	21
1.3.5.1.1 A humanização sob o olhar de Francisco Carrara	24
1.3.5.2 Escola Positiva e uma nova visão do delinqüente (final do séc. XIX)	25
1.3.5.3 O Correccionalismo.....	27
1.3.5.4 O Positivismo de Von Liszt.....	27
1.3.5.5 Novos Movimentos de Defesa Social.....	28
1.3.5.5.1 <i>Direito de Defesa Social: Felippo Gramatica</i>	29
1.3.5.5.2 <i>Nova Defesa Social: Marc Ancel</i>	29
1.3.5.6 As teorias da Prevenção Geral Positiva	31
1.3.5.6.1 <i>Fundamentadora</i>	31
1.3.5.6.2 <i>Limitadora</i>	32
1.3.5.7 Teorias Socializadoras	33
2 A PEDOFILIA SOB UMA VISÃO CRIMINAL	36
2.1 OBJETOS DA TUTELA ESTATAL	36

2.2 CRIME: CONCEITO E TEORIA	38
2.2.1 Conceito material de crime.....	39
2.2.2 Conceito formal de crime	39
2.2.3 Conceito analítico de crime.....	40
2.2.3.1 Teoria clássica	40
2.2.3.2 Teoria finalista	41
2.3 A CULPABILIDADE E SEUS MEANDROS	42
2.3.1 A teoria do livre arbítrio e do determinismo	43
2.3.2 Elementos da culpabilidade relacionados ao agente e que implicam no estudo da pedofilia.....	45
2.3.2.1 Imputabilidade penal	46
2.3.2.1.1 <i>A tipificação da imputabilidade e a análise biopsicológica</i>	<i>46</i>
2.4 A MEDIDA DE SEGURANÇA VISTA SOB O ÂNGULO CONTEMPORÂNEO ...	49
2.4.1 Origem da Medida de Segurança.....	49
2.4.2 Aplicabilidade e finalidade da medida de segurança.....	50
2.4.3 A relação entre a Pena e a Medida de Segurança	51
2.4.3.1 Sistema dualista	52
2.4.3.2 Sistema monista.....	53
2.4.3.3 Sistema vicariante	53
2.4.4 Espécies de Medida de Segurança.....	54
2.5 PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS DE APLICABILIDADE DA SANÇÃO PENAL	55
2.5.1 Princípio da Legalidade	55
2.5.2 Princípio da Proporcionalidade	56
2.5.3 Princípio da Humanidade	57
2.6 A PEDOFILIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	57
3 PEDOFILIA, UMA DOENÇA PSICOLÓGICA.....	59
3.1 ORIGEM E SIGNIFICADO DA PALAVRA.....	60
3.2 UM TRANSTORNO SEXUAL.....	61
3.2.1 Alguns aspectos inerentes aos pedófilos.....	62
3.3 CAUSAS DA PEDOFILIA	63
3.3.1 O modelo psicodinâmico de Freud.....	64
3.3.2 Modelo Comportamental	64

3.3.3 Fatores biológicos.....	65
3.4 A PSICOLOGIA NO DIREITO PENAL	66
3.5 PEDOFILIA: DOENÇA MENTAL OU PERTURBAÇÃO MENTAL.....	69
3.6 FORMAS DE TRATAMENTO	72
4 CONCLUSÃO	74
5 REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico destina-se ao cumprimento de requisito parcial à conclusão da graduação no curso de Direito.

A difícil tarefa da escolha do tema cessou quando me vi diante de um bombardeio de notícias sobre pedofilia, punição dos pedófilos e as mais variadas reações populacionais diante de tão horrendo ato.

Sendo o Direito uma ciência social voltada para a sociedade não vislumbrei na atual realidade brasileira, tema mais social e pertinente para a conservação e proteção da ordem social.

Como integrante da sociedade e diante de atos tão repugnantes fui impulsionada por um sentimento humanitário de punição que acabou por colidir com questões de cunho jurídicos constitucionais e também humanitários que se mostram como obstáculos à vingança privada tão proclamada pela sociedade.

As perguntas sem respostas com relação à pedofilia, as motivações do indivíduo para cometer tal ato, a saúde mental dos pedófilos, a eficácia das punições aplicadas criminalmente aos pedófilos e, principalmente a possibilidade do “manto” da pedofilia encobrir indivíduos cruéis e reais exploradores da sexualidade infantil foram determinantes na escolha do tema.

Diante de assunto tão vasto e que requer a intercessão de diferentes ramos sociais, no trabalho dissertativo ora apresentado optou-se por utilizar o método dedutivo na exposição da problemática que envolve a pedofilia. A construção de um raciocínio lógico a partir da exposição explicativa dos assuntos que norteiam a pedofilia foi o caminho mais tênue e claro para se atingir os objetivos alçados e se chegar a uma dedução lógica.

Para isso foi traçado um “caminho” didático que parte dos fundamentos e finalidades da pena, passando pelo estudo da culpabilidade e dos princípios que norteiam o Direito Penal e que são pertinentes no caso do estudo sobre a pedofilia até alcançar o ponto do trabalho que responderá a questão básica para a penalização da pedofilia: trata-se de uma doença ou de um crime?

Urge salientar que por tratar-se de um tema que, apesar de não ser novo, somente agora assumiu proporções que despertaram o latente interesse pelo

assunto; a bibliografia ainda é escassa e restrita; o que não serviu de impedimento para a dissertação ora exposta.

Delimitando as diversas pontuações do trabalho, no Capítulo I foi feito um estudo analítico dos fundamentos e finalidades da pena com o objetivo de compreender a que a pena se destina no cenário brasileiro atual, quais seus limites e fundamentos. Para isso foram explanados os fundamentos e finalidades das penas desde o período primitivo, passando pela antiguidade, pela pena no cenário progressista contemporâneo até o entendimento da pena e dos seus meandros na atualidade.

Dando segmento ao estudo, após uma visão histórica evolutiva da sanção penal, no Capítulo II foi analisado o significado e as teorias do crime para a partir daí discorrer acerca da culpabilidade e dos elementos que a compõem na caracterização ou não de um crime.

Feito isso, a ênfase do trabalho voltou-se para a medida de segurança, sua aplicabilidade e finalidade no cenário contemporâneo brasileiro e a sua relação com a pena.

Para finalizar o Capítulo II foi feita uma explanação sobre três princípios contemporâneos mais pertinentes de aplicabilidade da sanção penal: o princípio da legalidade, da proporcionalidade e o da humanidade. Essa exposição se deu com o objetivo de reafirmar a importância da aplicabilidade dos princípios norteadores do Direito penal e processual penal na delimitação das penas.

O Capítulo III destinou-se à pedofilia como doença. Foi nesse ponto do trabalho que se procurou, embasado nos fundamentos e finalidades da sanção penal e nos aspectos criminais que norteiam a aplicabilidade da pena, exaurir todos os pertinentes questionamentos sobre a pedofilia. A classificação como doença, o diagnóstico impreciso, as formas e eficácia dos tratamentos propostos e, finalmente a distinção entre o pedófilo e o agressor sexual puseram fim às inquietações e a este trabalho monográfico.

1 FINALIDADE, APLICABILIDADE E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PENA

Falar da pena e de seus meandros é passear por um caminho sinuoso e cheio de curvas e obstáculos. É fazer uma “viagem” pela história da humanidade e pelas vaidades que impulsionaram a evolução de tão complexo e importante tema.

É antes de tudo, compreender a importância da evolução da humanidade e enxergar o reflexo de cada época nas virtudes e imperfeições da arte de punir.

Os diversos períodos pelos quais a humanidade viveu, as motivações que conduziram as relações interpessoais e as influências políticas, econômicas e religiosas próprias de cada momento histórico demonstram as mudanças pelas quais as finalidades e os princípios norteadores da pena foram assumindo ao longo de toda a história da humanidade.

1.1 ORIGENS DA PALAVRA PENA

Assim como as finalidades da pena e seus fundamentos são o resultado de um processo evolutivo ao longo dos diferentes períodos históricos, a origem etimológica da palavra “pena” também se mostra fruto de significados oriundos de diferentes línguas.¹

Para uns era proveniente do latim e tanto poderia significar *poena*, ou seja, castigo, expiação, suplício, como *punere* ou *pondus* no sentido de pesar, equilibrar, ponderar. No entanto, para outros, originava-se de palavras gregas assumindo tanto o significado de trabalho, *ponos*, como o de sofrimento, *penomai* e o de “como fazer o bem”, *eus*.²

Sob outra visão, têm os que acreditam que a palavra “pena” é oriunda dos escritos da Lei das XII Tábuas e aí derivaria da palavra *ultio* que significa castigo pela infração à norma transcrita.³

¹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3.

² *Ibid.*, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 3.

O certo é que, nos diferentes períodos históricos, a pena assumiu um significado condizente com o período vivido e com as impressões dele absorvidas.⁴

1.2 ORIGEM DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Direito de castigar atribuído e nas “mãos” do Estado, é esse o significado da expressão latina *ius puniendi*.⁵

Esse poder estatal, delegado pelos indivíduos que compõem a sociedade e em prol desses indivíduos, é para que o Estado assuma uma função ordenadora dentro da sociedade; “chamando” para si os conflitos, com o objetivo de solucioná-los, harmonizando, assim, as relações interpessoais.⁶

A origem do poder estatal remete a uma era de superação à cultura primitiva onde o poder para punir era traduzido na vingança privada, sem limites e sem fundamentos. Esse período de superação corresponde ao período da Antiguidade, onde o direito/poder para castigar passou a se concentrar nas mãos de uma autoridade tida como central; porém, que agia em nome dos mandamentos divinos e que tinha como objetivos a pacificação dos conflitos e guerras gerados pela vingança privada desordenada, ou seja, agir para alcançar a pacificação social.⁷

Mais adiante, já no período Renascentista, surge a necessidade de impor limites ao poder estatal quando da aplicação de penalidades. Hobbes, um dos precursores dessa ideia, acreditava que as penas impostas sem limites legais previamente definidos, representariam um retorno ao período das vinganças desmedidas e um conseqüente conflito na sociedade.⁸

Esse cenário de “luta” contra as práticas de vingança com as próprias mãos destoa da atual realidade, mas representa, na essência do seu objetivo, o de defender a harmonia social, o verdadeiro sentido do *ius puniendi* do Estado:

[...] a origem do direito de punir é a segurança geral da sociedade. A aplicação das penas não deve traduzir vingança coletiva, mas antes, ter em

⁴ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 25.

⁸ HOBBS, [165-] apud MARQUES, 2008. p. 63.

mira a justiça, a prevenção do crime, e a recuperação do criminoso. Nessa matéria é o bem comum que está em jogo, devendo visar tão somente à defesa da coletividade e à utilidade pública.⁹

1.3 TEORIA DA PENA: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS FUNDAMENTOS E DAS FINALIDADES DA PENA

São diversas, controversas e, muitas vezes, distintas as explicações alcançadas por filósofos, sociólogos e autores ao longo da evolução histórica dos fundamentos e das finalidades da pena. Em cada época apresentavam-se novas teorias com relação à tão conturbado tema e, por sua vez, cada nova doutrina que se insurgia refletia, cada uma sob a sua forma de abstrair os fatores que envolviam a imposição e a finalidade da pena, as tendências, a política, a economia e a cultura da sua época.¹⁰

As explanações que conseguiram abstrair de cada época a essência do fundamento e das finalidades da pena, em muito contribuíram para o processo evolutivo do Direito Penal. Uma visão acerca da pena como castigo, na era primitiva; passando pelos fundamentos das Escolas Clássicas e Positivistas na Antiguidade e pelos princípios norteadores da sanção penal nos tempos Contemporâneos, representa uma “viagem” histórica pelos contornos da humanidade e pela evolução na forma como o homem se posiciona diante das imputações penais.¹¹

1.3.1 A vingança privada dos povos primitivos.

Apesar de não haver relatos precisos a cerca dos povos primitivos; o que se têm são fragmentos de uma época arcaica, carente de conhecimento científico e que

⁹ BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 126.

¹⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 25-28.

¹¹ BECCARIA, op. cit., p. 104-106.

acreditava em poderes místicos. As relações interpessoais eram restritas e a instituição familiar representava segurança e o alicerce para o indivíduo.¹²

Para preservar o nome da família, marcado pelo chamado “vínculo de sangue”, muitas penas eram impostas e justificadas; a fidelidade do indivíduo as suas origens traduzia a causa e o fim das punições aplicadas e terminava convertendo-se em um sentimento de vingança privada sem limites, sem proporcionalidade entre a ofensa e o castigo e aplicado pelos próprios cidadãos.¹³

A violação aos totens – Deuses – e aos tabus, crenças cultivadas pelo simbolismo das forças sobrenaturais, também servia como justificativa para a imposição desmedida do castigo e da punição. Esses castigos eram atribuídos às representações divinas e tinham como único objetivo a extirpação da ação considerada uma transgressão criminosa. Era uma vingança exercida pela própria comunidade com o único intuito de “limpar” a impureza causada pelo crime e que, da mesma forma da vingança em prol da árvore genealógica, não tinha medidas e tampouco parâmetros.¹⁴

Aí está a essência das atrocidades feitas pelos povos primitivos em nome de uma justiça privada imputada à honra da família e às infrações às crenças criadas e propagadas por eles mesmos.

1.3.2 Povos da Antiguidade: da vingança privada para a pública

Essa época representa um período evolutivo tendente a abolir as práticas vingativas enraizadas no período primitivo. A vingança, com a evolução do povo antigo, simbolicamente representada no conto grego abaixo transcrito, era tida como um sentimento ultrapassado e próprio de povos menos evoluídos:¹⁵

[...] se as Erínias representassem o espírito vingativo, o gosto pela tortura e pelo tormento aplicado como castigo por toda violação da ordem, as Eumênides encarnam o espírito de compreensão, de superação e de sublimação. Essas imagens opostas e correlatas representam as duas tendências da alma pecadora, que hesita entre o remorso e o

¹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 6.

¹³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 68.

¹⁵ MARQUES, op. cit., p. 30.

arrependimento. As Erínias são impiedosas; as Eumênides, benévolas. Já na Antiguidade, os mesmo espíritos – protetoras da ordem social e principalmente da ordem familiar, vingadores de crimes e inimigos da anarquia – eram chamados de Erínias ou Fúrias, quando sua cólera desencadeava, e de Eumênides, quando se pretendia aplacá-los implorando-lhes a benevolência. Entretanto, essa última atitude pressupunha uma conversão interior que já significava, em si mesma, um retorno à ordem.¹⁶

A concepção primitiva de punição como uma forma de vingança decorrente da idéia de pena como meio de extirpar o mal gerado pelo crime, foi substituída por uma visão compreensiva e benévola de pena que se limitava a acalmar e satisfazer as divindades ofendidas pelo crime.¹⁷

Essa transição de finalidades e objetivos demonstra, mesmo que timidamente, um passo no processo evolutivo da pena que, permanece associada a um simbolismo de vingança, já que aqui, o castigo decorria da violação a um mandamento divino; porém passa a obedecer limites delimitados e concentrados nas mãos de uma autoridade que, em nome dos deuses, punia. A justiça, que nos tempos primitivos era delegada a todos em nome da violação aos tabus, aos totens, aos laços sanguíneos; agora, mesmo que ainda não se tenha alcançado uma relação necessária entre a finalidade da pena e a justiça; já não representava a aplicação desmedida de punições e sim, a imposição de castigos por violações a preceitos pré determinados e com penas previamente impostas.¹⁸

Dentro do próprio período Antigo, a evolução paulatina das finalidades da pena vai se aperfeiçoando. Os hindus apesar de seguirem seus livros sagrados, também usavam as práticas reiteradas na sociedade, os ditos costumes sociais, associados às escrituras sagradas, que têm no “Livro de Manu” sua representação mais significativa.¹⁹

O “Livro de Manu” era uma espécie de lei penal da Índia e continha em seus escritos, além dos deveres dos reis, orientações de como os litígios deveriam ser resolvidos. A finalidade da pena para esse povo era garantir o cumprimento dos

¹⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 33-34.

¹⁷ Ibid., p. 34.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 69.

¹⁹ MARQUES, op. cit., p. 27.

deveres de cada casta, assim chamada as divisões sociais da comunidade, que, por meio da pena imposta, alcançava a purificação e a expiação do mal, do pecado.²⁰

Ainda na Antiguidade, onde direito e religião se confundiam, o povo hebreu tinha na bíblia, o código divino celebrado entre Jesus e os indivíduos e que trazia em seu bojo as penalidades celestiais impostas ao descumpridor da vontade de Deus.²¹

Na Grécia Antiga àquele que violava as normas, o juízo de Deus:

Na Grécia Heróica, a concepção grega de justiça encontra sua principal fonte nos poemas épicos de Homero, que relatam um Estado teocrático, no qual não se distinguia religião de direito. As vontades dos deuses, representadas pelos reis, eram a fonte suprema de autoridade. Os deuses eram os únicos encarregados de elaborar as leis, e os juízes não passavam de meros instrumentos da vontade divina.²²

O pensamento teocrático na Grécia foi perdendo sua imponência com o crescimento do pensamento político e das leis escritas. O Código de Dracon, uma espécie de junção das leis que antes não eram escritas, diminuiu o poder estatal, o que representou um aumento expressivo na liberdade individual, agora mais independente dos ditames e penalidades divinas.²³

Essa forma grafada das normas e sua auto suficiência com relação ao castigo proveniente dos deuses; representa o marco da evolução penal na Antiguidade. A pena, distanciada da idéia de castigo divino, passava a ter por finalidade tornar melhor o indivíduo cometedor da infração e servir de exemplo e intimidação para os demais.²⁴

Na Roma Antiga, berço do direito atual, assim como o que ocorreu na Grécia, o povo, e não mais os deuses, passou a ser o signatário das leis. Os cônsules e os magistrados, em nome do povo, aplicavam a pena que, para o direito romano, assumia as seguintes finalidades:

No Direito Romano, diversas foram as finalidades atribuídas à pena: castigo, emenda, satisfação à vítima e prevenção geral, pela intimidação. Sêneca, entretanto, embora lembrasse que a pena servia para emendar, sublinhava a necessidade da punição, para a segurança social.²⁵

²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 28.

²¹ Ibid., p. 30.

²² Ibid., p. 33.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.p. 35.

²⁴ MARQUES, op. cit., p. 37.

²⁵ Ibid., p. 42.

O sentimento intrínseco de vingança, porém, apesar da visível mutação da ofensa ao divino à ofensa à própria comunidade, ainda se mostra arraigado nos ideais de pena da Antiguidade. A contribuição oriunda desse período representa, no entanto, o primeiro passo na evolução dos fundamentos da pena.²⁶

1.3.3 Período Medieval: um retorno ao simbolismo primitivo

Sucedo o Império Romano após sua queda e, de início, representa um retrocesso ao simbolismo da era primitiva e antiga, já que o “juízo de Deus” e as superstições voltam a serem as justificativas para as atrocidades e crueldades realizadas no período medieval.²⁷

Esse recuo, no entanto, não foi caracterizado pelo retorno ao sentimento puro de vingança oriundo dos períodos históricos antecedentes; já que a crença medieval em Deus e o poder que emanava do ser supremo atribuíam à pena a finalidade de condução à salvação eterna em decorrência da violação às normas divinas.²⁸

Essa finalidade atribuída à aplicação da pena dava um sentido pecaminoso à transgressão cometida e, em conseqüência disso, a Igreja assume um papel anteriormente exercido com exclusividade pelo Estado, o de fazer justiça em nome de Deus.²⁹

A filosofia cristã é perfeitamente refletida nos ensinamentos de Santo Agostinho, traduzidos da seguinte forma:

O pensamento de Santo Agostinho reflete o sentimento do homem medieval com relação à justiça divina, e a punição terrena significava para ele uma espécie de penitência, no sentido de conduzir o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final (...) A retribuição penal, para ele, deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator. Essa proporção estaria baseada não no tempo de duração do crime, mas no de sua intensidade.³⁰

A pena, assim como na Antiguidade, é encarada como uma proporção entre o crime e a punição. Além de, aqui, assumir um papel maior do que o de retribuição a

²⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 43.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.p. 48.

²⁸ MARQUES, op. cit., p. 49.

²⁹ Ibid., p. 51.

³⁰ Ibid., p. 53.

um mal causado, um papel de ajuda ao criminoso, que estaria buscando a sua salvação; mesmo que para isso o indivíduo tivesse que pisar em brasas. O fim justificava os meios para Santo Agostinho e o peso de uma punição considerada injusta e cruel era camuflado sob o manto da caridade de ajudar o transgressor a atingir a sua salvação.³¹

Outro filósofo medieval que contribuiu com sua visão para o estudo sobre os fundamentos da pena foi Santo Tomás de Aquino para quem não havia perdão àqueles que pelo crime se afastam da bem aventurança; tendo a pena o único fundamento de servir de exemplo às pessoas, inculcando nelas o temor ao castigo que perdurava desde os tempos primitivos.³²

1.3.4 Época Moderna: o Estado soberano

A Época Moderna, dividida em dois períodos, o Renascimento e o Absolutismo, no que concerne aos fundamentos atribuídos à pena, foi um período estático.³³

O Estado soberano que detinha o poder por delegação divina era supremo ao ordenar punições em prol do respeito às leis celestiais e da vontade de Deus. O interesse do rei, representante de Deus na terra, era, portanto, perpetuar a autoridade estatal e preservar a soberania de Deus e foi esse o fundamento atribuído para a aplicação das penas.³⁴

Com relação às finalidades das penas, apesar de assumirem deferentes propósitos para os principais autores da era moderna, não se desvencilharam do sentimento vingativo mascarado sob o argumento religioso.³⁵

³¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 54.

³² *Ibid.*, p. 56.

³³ *Ibid.*, p. 59-78.

³⁴ *Ibid.*, p. 70.

³⁵ *Ibid.*, p. 77.

1.3.4.1 Renascimento: A punição sob o olhar de Maquiavel, Hobbes e Thomas More.

Confirmando as impressões discorridas acima, Maquiavel, um dos mais significativos autores do Renascimento, em sua obra intitulada “O príncipe”, retrata a fiel adoração ao Estado. Em nome do poder estatal e para garantir a sua soberania, a intensidade, legalidade e proporcionalidade do castigo imposto a quem ousasse argumentar ou transpor as normas do Estado, se justificavam como forma de, através do exemplo, intimidar e impor temor aos demais; afim de que novas investidas contra o Estado fossem reprimidas.³⁶

Da mesma forma, porém sob outro ângulo, Hobbes, autor da obra “Leviatã”, sustentava que o castigo intimidava as ações contrárias às leis e vontades estatais:

Segundo Hobbes, “de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo”. Dessa ótica, sustenta ser da natureza das penas a finalidade de predispor os homens a obedecer às leis. O benefício atingido pela transgressão não deveria compensar o castigo a ela imposto. A finalidade de intimidação pregada por Hobbes encontra-se em consonância com a essência da soberania, baseada na vontade radical da figura do soberano. Por esse motivo, a violação das leis, por meio das infrações penais, na visão de Hobbes, constitui uma manifestação de desprezo pela figura do soberano, único incumbido de elaborá-las.³⁷

O que diferia o pensamento de Maquiavel do pensamento de Hobbes era o fato de que, para este, a intensidade e a proporcionalidade do castigo aplicado deveriam estar previstos em lei.³⁸

Apesar de com uma visão ainda tímida, aos olhos do direito atual, Hobbes era partidário da legalidade e expôs em “Leviatã” o posicionamento de que a punição decorria da já mencionada oposição às leis do Estado e que a reprimenda deveria estar tipificada em lei produzida antes ao cometimento do crime; se assim não fosse, a punição era tida como arbitrária e como forma de vingança, o que não era compactuado por Hobbes.³⁹

Apesar de o princípio da reserva legal, basilar na proteção dos direitos individuais, ter assumido o papel de conceder às punições um caráter legal, a

³⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 60.

³⁷ HOBBS, [165-] apud MARQUES, 2008, p. 63.

³⁸ Ibid., p. 63.

³⁹ Ibid., p. 64.

proporcionalidade entre o ato e a sua conseqüência, permanecia justificada no fato de consolidar o poder do Estado, na pessoa do rei.⁴⁰

Partidário de pensamentos renascentistas que destoam daqueles dos autores explicitados acima, se encontra Thomas More e sua obra “Utopia”, assim denominada por basear-se em uma República, até então, constituída apenas no mundo das ideias como uma sociedade ideal e perfeita para os cidadãos.⁴¹

A ideia de que uma das finalidades da pena seria reeducar o transgressor partiu dessa utopia criada por More e representou, para a época, apenas uma sugestão; afinal, atingir, com a aplicação de penalidades, a reabilitação social do indivíduo, era algo considerado tão superior e irreal que seria utópico e existente apenas nos melhores ideais de República, como os transcritos em “Utopia”.⁴²

1.3.4.2 Absolutismo: o Estado delegado por Deus

Período de transição do feudalismo para o capitalismo, da insubordinação dos súditos frente às arbitrariedades impostas pelo Estado e, conseqüentemente, da represália estatal diante da inconcebível afronta às leis e ao poder sagrado do Estado.⁴³

Jacques Bossuet (1627 – 1704), um dos maiores teóricos do absolutismo, afirmava que todo o poder era derivado de Deus, que mantém sob sua proteção qualquer governo legítimo, independentemente da forma como foi estabelecido [...] todos os governos legítimos, qualquer que seja a sua forma, gozam de proteção divina; aquele que tenta derrubá-lo é ao mesmo tempo inimigo do povo e inimigo de Deus: isso é muito claro e independe da questão de superioridade ou de excelência.⁴⁴

A resposta do Estado se materializava sob a forma de punição e com a única e anciã finalidade de reafirmar o poder soberano e inatingível do “príncipe”, intimidando os indivíduos por meio da exposição do sofrimento de quem arriscasse questionar o poderio estatal, conferido diretamente pelo soberano. Era a denominada vingança pública externada, por exemplo, com o esquartejamento em

⁴⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 64.

⁴¹ Ibid., p. 65-66.

⁴² Ibid., p. 64.

⁴³ Ibid., p. 71.

⁴⁴ BOSSUET, [1627-1704] apud MARQUES, 2008, p. 71-72.

praça pública para servir de modelo a não ser seguido, e intimidar possíveis aspirantes revoltados com as leis vigentes; tudo, mais uma vez, sob o manto da religião.⁴⁵

Os fundamentos religiosos e a vingança como “pano de fundo” na aplicação punitiva do Estado perduraram no período moderno.⁴⁶

1.3.5 A Era Contemporânea e as contribuições de Cesare Beccaria e de Carrara

Apesar dos períodos que antecederam a época contemporânea terem representado um processo histórico evolutivo no que concerne aos fundamentos e finalidades das penas, foi no período contemporâneo que as “barreiras” religiosas, que fundamentavam as punições, e o sentimento de vingança, que circundava as finalidades da pena, foram transpostos dando lugar a uma nova fase evolutiva dos objetivos e fundamentos das penas.⁴⁷

1.3.5.1 Escola Clássica e as ideias humanitárias de Beccaria

O marco nessa mudança de pensamento foi a obra de Cesare Beccaria, “Dos delitos e das penas”, que além de representar as bases para as futuras e decorrentes correntes filosóficas sobre o assunto e de influenciar o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, também significou o início do período humanitário e da Escola Clássica.⁴⁸

Dos Delitos e das Penas é um reflexo do crescimento da própria humanidade que rompe o elo entre todos os dogmas construídos desde os tempos primitivos e

⁴⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 63.

⁴⁶ Ibid., p. 77.

⁴⁷ Ibid., p. 80.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 80.

consagrados no Absolutismo. A sociedade e não mais o Estado era quem ditava as normas em nome dos cidadãos, ao invés do soberano.⁴⁹

Como observa Franco Venturi: O nó que durante milênios se formou unindo com mil fios pecado e delito, crime e culpa, foi cortado por Beccaria com um único golpe. Que a Igreja, se o desejasse, se ocupasse dos pecados. Ao Estado cabia apenas a tarefa de avaliar e ressarcir o dano que a infração da lei havia acarretado ao indivíduo e à sociedade. O grau de utilidade ou não utilidade media todas as ações humanas. A pena não era expiação.⁵⁰

O relato de Franco Venturi é um resumo conclusivo do que restou do Absolutismo e das suas verdades. Verdades essas, sustentadas por décadas e “derrubadas”, pouco a pouco, pelos novos ideais da época contemporânea: os ideais da justiça e da proporcionalidade entre pena e apenado.

Seguindo cronologicamente a exposição, aceitação e influência dos preceitos Beccarianos está a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, traz em seu bojo, enunciados que limitam a imposição da pena a casos em que a punição seja imprescindível, restringindo a sua aplicação ao quanto necessário à reprimenda do crime:

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.⁵¹

Os ditames proclamados por Beccaria tinham como fundamentos uma sociedade justa formada por cidadãos com direitos iguais e por isso, sua revolucionária obra, “Dos delitos e das penas”, representou um “divisor de águas” entre os antigos pilares da sociedade e uma nova fase no Direito Penal Contemporâneo que se formava em torno da sociedade, dos direitos e desejos dos

⁴⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 83.

⁵⁰ VENTURINI, 2003 apud MARQUES, 2008, p. 83.

⁵¹ *DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão*. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>. Acesso em: 1 de maio de 2010.

indivíduos que integravam essa sociedade e não de um rei que agia e punia com a segurança de quem agia por ordem de Deus.⁵²

Outra secular mudança ocorrida no período contemporâneo, com relação às finalidades da pena, foi abordada na segunda metade do século XVIII por outro importante autor, Jean Paul Marat, que muito contribuiu para a visão humanitária das sanções, ao sustentar a necessidade de reabilitação do preso:

Ao impor uma pena, não basta satisfazer a justiça, é necessário corrigir os culpados. Se são incorrigíveis, é preciso fazer com que seu castigo redunde em proveito da sociedade.⁵³

Manuel de Lardizabal y Uribe, também contemporâneo de Beccaria, assumiu igual posicionamento de seus colegas ao sustentar em seu livro, “Discurso sobre las Penas”, que:

as sanções tinham caráter utilitário de emenda do delinqüente e de prevenção geral, por meio da intimidação, pois seria cruel e tirano aplicá-las por vingança ou com mero escopo de “atormentar” os homens. Para ele, a vingança só teria sentido se revestida de alguma utilidade.⁵⁴

As orientações de Cesare Beccaria e daqueles que compartilhavam das suas precursoras idéias foram sendo reafirmadas e complementadas por diversos outros autores contemporâneos que sustentaram que a finalidade precípua da pena era a prevenção de infrações futuras e, por esse ângulo, compartilhado por Jeremias Bentham e por Gian Domenico Romagnosi, viam como justificativa para impor ao indivíduo uma sanção penal, o fato de que o cumprimento da pena seria capaz de tornar o indivíduo cometedor do crime, inócuo e reabilitado. A sociedade, em prol da prevenção criminal, tinha o direito de penalizar aqueles que se insurgiam contra a ordem social imposta; sempre, porém, no limite necessário para, com a reprimenda estatal, inibir novos crimes por meio da intimidação causada pela pena.

a pena vale como contra-estímulo criminoso, e aí está a sua natureza e o seu limite – aquela que não é absolutamente necessária como contra-estímulo é injusta. Por isso deve ser proporcional, não à gravidade do crime ou à importância do dano, mas ao impulso criminoso, que ela se destina a contrabalançar.⁵⁵

⁵² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 86.

⁵³ MARAT, 1790 apud MARQUES, 2008, p. 90.

⁵⁴ URIBE, [1739-1821] apud MARQUES, 2008, p. 90.

⁵⁵ Ibid., p. 96.

1.3.5.1.1 A humanização sob o olhar de Francisco Carrara

As contribuições foram crescendo e já na segunda metade do século XIX, Francisco Carrara, além de reafirmar o caráter preventivo da pena e os limites que deveriam ser impostos na aplicação penal, destacou-se por exaltar a condição humana do infrator penal; conduzindo, com seus ideais, à humanização penal, ao período humanitário da Escola Clássica:

A punição só se justifica quando o ato criminoso é oriundo de vontade livre, alicerce da imputabilidade moral. O homem só pode ser responsável no âmbito criminal em virtude de sua imputabilidade moral, que implica liberdade de ação.⁵⁶

As inúmeras aclamações por mudanças, tão bem representadas e embasadas pelos filósofos e autores do período humanitário da Escola Clássica, ocasionaram em significativas transformações na natureza, no fundamento e nas finalidades na pena.⁵⁷

A conscientização da necessidade de haver proporção entre o crime praticado e a necessidade da sanção, seja para prevenir novos delitos, seja para intimidar os cidadãos, seja para reafirmar que a pena é em decorrência de uma infração à ordem social, ou seja, numa visão mais futuristas, como forma de reabilitar o preso; assumiu um papel normativo utilizado e aperfeiçoado ao longo do tempo.⁵⁸

Formando o elenco das contribuições oriundas da Escola Clássica e do período humanitário, está a prematura visão subjetiva acerca da culpabilidade do criminoso que, até então, só era visto pelo lado objetivo do crime e da reprimenda estatal e que, com a Escola Positiva seria, mais profundamente e cientificamente estudada.⁵⁹ O fato é que a Escola Clássica representou uma ruptura em consolidados preceitos e uma abertura social e jurídica para novas e inovadoras ciências e principalmente, para o próprio Direito Penal:

A Escola Clássica é uma conseqüência da obra apaixonada de Beccaria, pois com ela estimula o nascimento de um sistema penal científico, em plena harmonia com as reivindicações dos direitos humanos, restabelecendo assim a dignidade do ser humano, afim de neutralizar os

⁵⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 101.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 104.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 105.

excessos da justiça primitiva que vinha imperando desde a Antiguidade e subsistia ainda durante a Idade Média.⁶⁰

Esta relação estabelecida entre pena e culpabilidade introduz o Direito Penal na história das punições, tornando-as jurídicas por excelência. Se a história das penas é anterior à do Direito Penal, este é o momento de encontro, exato instante em que os traçados passam a ser comuns e interligados. O poder de castigar, adicionado ao ideal liberal iluminista, transforma-se no direito de castigar, submetido aos imperativos de controle e legalidade típicos do contrato social.⁶¹

1.3.5.2 Escola Positiva e uma nova visão do delinquente (final do século XIX)

Com a Escola Positiva renovam-se e aprimoram-se os argumentos, agora amparados na experiência científica, de que as soluções para a problemática criminal estariam nos estudos voltados para a pessoa do delinquente.⁶²

Nesse âmbito, as primeiras contribuições ao Positivismo foram deixadas por Cesare Lombroso que, com a teoria de que o impulso criminoso do indivíduo é algo inerente ao ser humano que “carrega”, geneticamente, sentimentos e reações selvagens oriundas do período primitivo e, assim, reage, impulsionado por essa herança genética agressiva, às normas e delimitações penais; em muito contribuiu para as futuras teorias positivas.⁶³

Apesar de desmistificada pelas ciências atuais, a visão de Lombroso de que a pena era inócua já que o “instinto criminoso”, pré-determinado, era característica intrínseca do homem, e, portanto, não poderia ser reprimido; conduz ao estudo acerca da herança genética e gera a motivação com relação à necessidade de estudos envolvendo outras áreas do conhecimento como a criminologia e a psicologia que viriam a se tornar aliadas no estudo do Direito Penal e que, juntamente com estudiosos de outras áreas do conhecimento, muito contribuíram para o avanço do estudo dos fundamentos e finalidades da pena.⁶⁴

⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 241.

⁶¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 59.

⁶² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 109.

⁶³ *Ibid.*, p. 107.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 109.

Enrico Ferri, um sociólogo, ao classificar o criminoso em: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão, dá a cada um deles penas distintas e compatíveis com cada caso; podendo, inclusive, dependendo da necessidade de regenerar o delinqüente e prevenir novos crimes, tornar-se por tempo indeterminado:

Desde que um homem pratique um crime, não importa que possua inteligência aparentemente normal, ou seja um doente mental. Em um ou em outro caso, cabe sempre ao Estado exercer seu direito-dever de defesa social, subordinado apenas à individualização das sanções, consoante a personalidade de cada delinqüente e sua possibilidade de readaptação social.⁶⁵

Subtrai-se da explanação de Ferri que a proteção da sociedade para a época Contemporânea é o fundamento primordial da pena e que para resguardar as normas penais, as sanções são dirigidas a todos que ultrapassarem a legislação e portanto, indispensável à imposição de penas, mesmo que distintas e direcionadas à criminosos com graus de culpabilidade diversos.⁶⁶

Opera-se também na Escola Positiva, apesar de já ultrapassados, ideais arraigados aos primórdios das eras primitivas e clássica. A gradativa evolução dos objetivos penais, conseqüência natural da evolução histórica das sociedades, não foi compartilhada por todos os estudiosos do período positivo.⁶⁷

Garofalo, por exemplo, além de não acreditar na recuperação do criminoso, indo na contramão do pensamento de Ferri, em sua obra intitulada “Criminologia”, reviveu as idéias de que a pena é destinada a retribuir o mal gerado pelo crime como forma de vingança social.⁶⁸

Concluindo a Escola Positiva abstrai-se uma preocupação com o criminoso em si e a conseqüente necessidade de estudá-lo; o que contribuiu para o Direito Penal no que diz respeito à necessidade de compartilhar e utilizar, quando preciso, as teorias relativas a outras áreas do conhecimento como a criminologia, a psicologia, a sociologia e até mesmo a medicina, tudo com o intuito de agregar múltiplos conhecimentos na ciência de desvendar o homem e seus impulsos criminais para que assim, as penas possam ser individualizadas e, como

⁶⁵ FERRI, 1905 apud MARQUES, 2008, p. 110-111.

⁶⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 101.

⁶⁷ Ibid., p. 113.

⁶⁸ Ibid., p. 112.

preconizado por Carrara na Escola Clássica, assumam um papel ressocializador para a proteção social.⁶⁹

1.3.5.3 O Correccionalismo:

Como o nome sugere, para o correccionalismo a finalidade da pena era corrigir o mal causado pelo criminoso; que com o tempo de cumprimento da pena reorganizaria seus pensamentos para o bem. A aplicação de corretivos serviria de remédio para a “cura” psíquica do infrator e conseqüente, para a sua ressocialização.⁷⁰

Para atingir esses objetivos, a sanção não deve caminhar às cegas, sem auxílio das outras ciências; deve, antes, balizar-se pelas que estudam o comportamento humano, principalmente as que analisam o criminoso, como a antropologia criminal, a psicologia criminal e a sociologia criminal. Só assim será possível alcançar-se um tratamento individualizado e racionalizado para o delinqüente, com duração condicionada à sua recuperação.⁷¹

1.3.5.4 O positivismo em Von Liszt

O alemão Von Liszt, um dos fundadores da “União Internacional de Direitos Penal”, diante dos fundamentos da Escola Clássica e Positiva procurou conciliar os dois ideais.⁷²

A função intimidativa da pena, tão defendida no período Moderno, para Liszt, se mostrava sob duas faces: primeiramente era destinada àqueles predispostos a se insurgirem contra as normas penais que, com o exemplo da imputação da pena, se amedrontariam e ponderariam com relação ao crime; num segundo plano, o do

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 114.

⁷⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.p. 116-117.

⁷¹ *Ibid.*, p. 119.

⁷² *Ibid.*, p. 119.

“cidadão de bem”, ela se mostraria como uma forma de afirmar os preceitos estatais.⁷³

No que concerne ao autor do delito, os fundamentos adotados por Liszt foram aqueles propostos pela Escola Positiva, ou seja, direcionados para a readaptação do indivíduo, sempre almejando a manutenção da ordem social e jurídica do Estado e a individualização da pena à personalidade de cada infrator, propondo inclusive, a distinção entre pena e medida de segurança, conforme opiniões da União Internacional de Direito Penal, sociedade da qual foi um dos fundadores.⁷⁴

O positivismo de Liszt formado tanto por pensamentos classicistas como positivistas reflete a necessidade de se buscar um consenso entre as lucubrações das Escolas Contemporâneas que pudesse refletir os anseios dos cidadãos, representasse a evolução dos objetivos penais com relação à imposição das penas e que despertasse o interesse no amadurecimento das ideias da individualização penal e da medida de segurança.⁷⁵

1.3.5.5 Novos Movimentos de Defesa Social

O período entre as duas grandes guerras mundiais representou um retorno à era da pena como instrumento de vingança e repressão que culminou, com o fim da Segunda Guerra, numa busca por resgatar o pensamento humanitário do período positivista. Nesse contexto, surgem então, movimentos que em muito contribuíram para o aprimoramento das concepções humanitárias e para a visão de hoje com relação às penas criminais.⁷⁶

A atualização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana e até mesmo as novas concepções acerca da punição, que deveria ser banida e substituída por medidas

⁷³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 120.

⁷⁴ Ibid., p. 122.

⁷⁵ Ibid., p.124.

⁷⁶ Ibid., p. 125-126.

ressocializadoras, são exemplos das contribuições e manifestações decorrentes dos movimentos pós Segunda Guerra.⁷⁷

1.3.5.5.1 *Direito de Defesa Social: Felippo Gramatica*

O movimento que propunha a extinção da pena, comandado pelo italiano Felippo Gramatica, também propunha o fim do Direito Penal e o surgimento de um “Direito de Defesa Social” onde a ressocialização do indivíduo delinqüente representaria a defesa da sociedade.⁷⁸

As ideias propagadas por Gramatica e por um grupo de juristas que compartilhavam das suas lucubrações, demonstravam uma preocupação com o delinqüente e com a sua recuperação. Nesse sentido preconizavam que com a extinção da pena, as medidas cabíveis seriam aquelas direcionadas à prevenção do delito.⁷⁹

Para se obter resultados favoráveis com as medidas aplicadas, o cerne dos estudos seria o delinqüente, que para Gramatica assumia a denominação de indivíduo anti social, e a sua personalidade voltada para o crime.⁸⁰

1.3.5.5.2 *Nova Defesa Social: Marc Ancel*

No entanto e, a exemplo de Von Liszt, o conciliador das doutrinas clássica e positivista, surge um movimento, liderado por Marc Ancel, um francês que procura amenizar o radicalismo do “Direito de Defesa Social” proposto por Gramatica, reescrevendo-a e criando uma doutrina denominada “Nova Defesa Social”.⁸¹

A prevenção ao crime e o tratamento do criminoso eram os fundamentos dessa Nova Defesa Social:

⁷⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 126.

⁷⁸ Ibid., p. 127.

⁷⁹ Ibid., p. 127.

⁸⁰ Ibid., p. 127.

⁸¹ Ibid., p. 127.

Pela nova concepção de defesa social, o Direito Penal afasta-se do tecnicismo jurídico, e o delito deixa de ser considerado apenas do ponto de vista abstrato, para ser compreendido e estudado com base em pesquisas criminológicas, segundo a realidade subjetiva do agente. Somente com base nesse estudo pode-se alcançar a pretendida individualização da pena, com vistas à reinserção social do condenado, porquanto só é possível compreender os atos criminosos a partir do estudo da personalidade do infrator. A pena, então, deixa de ser exclusivamente retributiva, perdendo seu caráter de vingança ou de expiação, e passa a utilizar medidas racionais de tratamento do delinqüente, com o intuito de socializá-lo.⁸²

Ainda sob o ponto de vista da Nova Defesa Social, a reintegração do preso passaria por um processo de estudo sociológico e psicológico do indivíduo com o objetivo de relacionar ou estudar a relação do crime com os fatores sociais e psicológicos em que está inserido o delinqüente. Com essa visão, o Direito Penal afasta-se do âmbito meramente jurídico para relacionar-se com outras áreas do conhecimento; é um retorno às precursoras idéias de Carrara, Ferri e Garfalo.⁸³

Reafirmando os ideais da pena sob uma visão correccionalista, o novo movimento via na prisão do indivíduo uma forma e uma oportunidade de regeneração, análise e encontro com si mesmo no caminho da ressocialização social.⁸⁴

As idéias e aprimoramentos sugeridos pela Nova Defesa Social mais inseridos e condizentes com a realidade social, cultural e política da atualidade, foram, em vários pontos, absolvidas pelas sociedades atuais, inclusive a brasileira, no que concerne à prevenção e repressão à criminalidade organizada frente ao poder estatal e aos direitos fundamentais do cidadão.⁸⁵

No que diz respeito à pena, ainda pondera o Direito Penal, dito Progressista, entre o caráter retributivo da sanção e a interação com as demais ciências sociais na busca de uma solução social, psicológica e cultural para o crime. Oswaldo Marques bem sintetiza o impacto da Nova Defesa Social no século XX:

Não obstante a influência da Nova Defesa Social sobre inúmeras legislações na segunda metade do século XX, sobretudo no tocante à extensão dos substitutivos penais e à abolição da pena de morte, sua concepção da pena privativa de liberdade, com caráter correccional, perdeu espaço para os sistemas puramente retributivos. A referida pena, do ponto de vista prático, não se beneficiou das sugestões progressistas da Nova Defesa Social, porquanto continua com seu fundo de castigo, tal como no

⁸² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 128.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 75.

⁸⁴ MARQUES, op. cit., p. 129.

⁸⁵ Ibid., p. 134.

classicismo penal, quando o Direito Penal ainda não contava com a contribuição das ciências ligadas à pedagogia educacional.⁸⁶

1.3.5.6 As teorias da Prevenção Geral Positiva:

A Prevenção Geral Positiva é uma teoria que destoa da até então consolidada noção de prevenção ligada à pena como forma de ressocialização ou de prevenção por meio da intimidação da sociedade. A pena assume sob o ângulo dessa nova visão, o papel e a finalidade de confirmar a existência da norma e a sua aplicabilidade mesmo após o cometimento do crime.⁸⁷

Nesse contexto, subdivide-se em fundamentadora e limitadora.

1.3.5.6.1 *Fundamentadora*

A fundamentadora preconizava que o comportamento do indivíduo, é tido por criminoso, por ter infringido os ditames fundamentados na norma penal. Reafirmando assim a idéia principal de existência fática da norma e do seu papel de modelo a ser seguido, tanto pelos infratores como pelos demais cidadãos.⁸⁸

As críticas a essa teoria são no sentido de que, em assumindo a norma um papel tão representativo perante a sociedade, a sua finalidade poderia se perder se ela fosse usada como forma de resolver os problemas sociais apartir da imposição de penalidades ampliadas; o que, possivelmente, acarretaria na inobservância ao princípio da proporcionalidade entre a violação penal e a punição aplicada e representaria um retrocesso às práticas penais primitivas.⁸⁹

⁸⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 134.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 75.

⁸⁸ MARQUES, op. cit., p. 142.

⁸⁹ Ibid., p. 144.

1.3.5.6.2 Limitadora

A limitadora, assim como a fundamentadora, impõe à norma um caráter de “modelo vigente a ser seguido ”onde a imposição da pena representa a sua reafirmação. A limitadora, porém, propõe, nesse contexto normativo, uma limitação ao poder estatal, com intuito de preservar os direitos fundamentais do indivíduo que deve receber uma pena proporcional a sua culpabilidade e ao crime cometido.⁹⁰

Remetendo-nos ao aspecto proporcional da pena, a teoria limitadora, ressalta a necessidade de manter um distanciamento entre proporcionalidade, fruto dos clamores sociais por justiça carregados de emoções, e a proporcionalidade reflexo da evolução histórica da sociedade, dos parâmetros políticos e jurídicos elencados e transcritos na Constituição; sob pena de ferir os direitos dos indivíduos.⁹¹ No cenário penal brasileiro, a pena é vista nos moldes da teoria da prevenção geral positiva limitadora ora explanados, conforme artigo 59 do CPB:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.⁹²

A aplicabilidade dessa teoria limitadora no que se refere à aplicação da pena e aos seus fundamentos, assim como o que ocorreu com a inserção dos fundamentos preconizados pelo movimento da Nova Defesa Social na sociedade pós Segunda Guerra, se mostrou inócua e presa ao sentimento humano e primitivo de vingança:

Todavia, não obstante a proposta progressista e garantista da prevenção geral positiva limitadora, seus efeitos são mais sentidos no âmbito legislativo, na escolha dos bens jurídicos penais e na imposição de margens de arbítrio judicial. A execução penal, do ponto de vista prático, tem refletido a função simbólica não legitimadora da pena, de canalizar a demanda

⁹⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 144.

⁹¹ *Ibid.*, p. 146-148.

⁹² BRASIL. *Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 1 de maio de 2010.

primitiva de vingança, buscando restabelecer o equilíbrio social de cunho emocional, embora a sanção penal da atualidade encontre arrimo em princípios constitucionais e seja referendada pela ordem social. Somente assim, quando as penas estiverem libertas dessas demandas primordiais, de cunho emocional, o Direito Penal poderá cumprir sua função preventiva e socializadora, com resultados mais salutareos e produtivos para a ordem social e para o próprio delinqüente.⁹³

1.3.5.7 Teoria Socializadora:

Oriunda da teoria Correccional, no que diz respeito à transformação do delinqüente, a teoria Socializadora tem como pressuposto que a finalidade da pena é a ressocialização do indivíduo e sua, conseqüente, reintegração na sociedade.⁹⁴

Como o delito é fruto de uma política estatal não socializadora, no sentido humanitário e cultural da palavra, para essa teoria a ressocialização do infrator seria atingida com a ajuda de terapias que influenciassem na mudança de personalidade do delinqüente com o fim de conduzi-lo a um processo de retorno à sociedade e às suas normas. Mais uma vez observa-se a interação do Direito com as áreas ligadas ao comportamento humano.⁹⁵

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 10, 17 e 22 bem transcreve os princípios socializadores herdados dessa teoria:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

[...]

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

[...]

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.⁹⁶

A legislação adotou um caráter misto ou eclético a respeito das finalidades da pena. Tanto considerações de cunho retribucionistas quanto preventivo devem ser tecidas pelo magistrado na oportunidade de determinação da pena. Isso resulta que a retribuição funcione como um limite, como garantia

⁹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 148.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁶ BRASIL. *Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. Lei de execução penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 2 de maio de 2010.

de proporcionalidade lastreada na gravidade do fato e no juízo de culpabilidade.⁹⁷

Depois do discorrido acima há que considerar que alguns autores e até mesmo defensores dos direitos humanos insurgiram contra a ressocialização e aplicação de tratamento educativo para os presos, basicamente sob o argumento de que ao impor uma educação ao indivíduo, mesmo que o objetivo seja a sua reintegração social, estaria invadindo a privacidade, a vontade, o comportamento e a consciência do indivíduo e o Estado não teria essa competência e esse direito.⁹⁸

Oswaldo Marques, procurador de justiça do Ministério Público de São Paulo, no entanto e pontualmente, assim rebate os argumentos apresentados por aqueles que se mostram contrários à ressocialização:

O importante é que a educação seja benéfica ao homem, nos aspectos biológico, ético e social, segundo os parâmetros axiológicos, traçados pela comunidade científico-filosófica, e não os parâmetros ideológicos preconizados pelo Estado. Dessa ótica, a quebra de neutralidade não pode ser considerada ofensiva ao direito da personalidade, como sustentam os adversários do programa mais abrangente de socialização. Depois, porque a educação e a socialização, quando desenvolvidas em condições favoráveis, deixam de ser imposição e ocorrem de forma natural e espontânea, propiciando crescimento interior na busca do aperfeiçoamento. Aliás, não parece haver possibilidade de socialização ou de educação alicerçadas na imposição, sem a aceitação espontânea do educando. Por esse motivo, a socialização, mesmo além de um programa mínimo, não teria o poder de ofender o direito de personalidade do indivíduo e estaria de acordo com o objetivo da Lei de Execução Penal brasileira, de colocar ao alcance do condenado todos os meios aptos a atingir a integração social.⁹⁹

Porém, diante de opiniões favoráveis e desfavoráveis à finalidade ressocializadora da pena, o certo é que o caráter punitivo da pena ainda paira sob a sociedade e a teoria progressista da ressocialização encontra uma barreira primitiva a ser transposta: a do sentimento de vingança:

a retribuição pura afasta do âmbito punitivo as conquistas científicas relativas aos estudos do comportamento humano, permitindo que o Direito Penal, nessa parte, se divorcie de outras práticas cientificamente fundamentadas. A pena, por via de consequência, permanece com seu fundo de castigo, como nas épocas mais remotas da história. Por esse motivo, portanto, durante a fase de execução penal, a prevenção especial

⁹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 253.

⁹⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 152.

⁹⁹ Ibid., p. 154.

pela reintegração social é a única que pode conservar a *humanização* do delinqüente.¹⁰⁰

Por fim, percebe-se que toda a explanação feita acerca da evolução histórica da pena nos direciona para a conclusão de que, de alguma forma, as teorias, desde àquelas munidas de simbolismo divino até as mais progressistas que viam na união das ciências ao Direito Penal o caminho para construir uma finalidade penal que fosse capaz de resguardar e proteger a sociedade, com a imposição de normas intimidativas e, ao mesmo tempo, que contemplassem os direitos do infrator; o que foi abstraído e, muitas vezes aprimorado e adaptado à atual realidade, foram os preceitos que refletiram a vontade da sociedade de uma forma abrangente.

Os princípios que emanavam e que refletiam os anseios de uma autoridade ditadora, foram, ao longo da história, se perdendo diante do poder e da vontade dos cidadãos. Até mesmo com relação ao sentimento de vingança ainda presente nas demonstrações populares, transcritas na lei, ratifica o fato de que só se sustentaram as teorias finalistas da pena que tinham uma visão voltada para o social, para o sentimento da sociedade, para a construção de uma pena cada vez menos cruel; mesmo que esse sentimento seja mascarado e negado em nome do humanitarismo.

¹⁰⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 161.

2 A PEDOFILIA SOB UMA VISÃO CRIMINAL

Sob algumas divergências acerca da nomenclatura, surge, ou ressurge, ou ainda, se consolida, a expressão Direito Penal que, a serviço das penas e, mais recentemente da medida de segurança, torna-se o Direito de proteção aos bens da sociedade.¹⁰¹

Esses bens juridicamente protegidos pela égide do Direito e delimitados de forma a selecionar apenas aqueles de maior relevância para os interesses políticos de manter a ordem social do Estado, tendem a ser alvo de problemas e questionamentos com relação ao interesse estatal. As indagações se dão com relação há o que ou a quais bens seriam carecedores e mereceriam a tutela protetiva do Estado.¹⁰²

2.1 OBJETOS DA TUTELA ESTATAL

Por certo, os princípios de conduta, de caráter, as influências sociais, culturais, econômicas e até mesmo políticas de um período refletem, mesmo que de forma implícita, no posicionamento daqueles que detém o poder de influir nas escolhas estatais, contribuindo na efetiva seleção dos objetos considerados fundamentais para a ordem estatal. Aos interesses considerados apenas de relevância privada, a tutela dos outros ramos do direito que não o penal.¹⁰³

Da mesma forma que os fundamentos das sanções penais são produtos de um processo histórico evolutivo que a cada período da humanidade se transforma se aprimoram e evoluem; também o são os direitos fundamentais tutelados pelo Direito Penal que se mostram dinâmicos ao longo dessa jornada evolutiva dos bens

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 65.

¹⁰² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 3.

¹⁰³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 135.

essenciais ao convívio em sociedade, mudando e se adaptando às novas realidades e interesses sociais.¹⁰⁴

A Constituição Federal (CF) e os princípios garantistas e humanitários, explícitos e implícitos, elencados em seu bojo são o alicerce, o parâmetro e o limite na definição dos direitos considerados fundamentais para a manutenção da ordem e do bom convívio em sociedade.

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender o Direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.¹⁰⁵

Definidos pois, os direitos merecedores de uma ação protetiva do Estado no âmbito penal, a tarefa seguinte é elencar as ações que serão consideradas atentadoras aos objetos da tutela jurisdicional do Estado, ou seja, o que será caracterizado como delito penal.¹⁰⁶

Frente ao novo desafio, mais uma vez a ciência jurídica se vê diante do rico processo evolutivo da história e dos estudos jurídicos penais que procuram sintetizar num conceito, numa lei, num princípio ou no conjunto desses enunciados, a essência dos interesses da sociedade e das relações intersubjetivas aí formadas.

Definidas as condutas formadoras do crime, a definição de delito penal, significado tão abrangente e, ao mesmo tempo, tão pontuado e restrito, no sentido de bem delimitado, demonstra-se objeto de questionamentos e divergências com relação aos fatores que comporiam tal conceito. Algumas teorias surgem e discussões sobre o tema se consolidam no cenário do Direito penal, dando abertura para a formação e consolidação de preceitos sociais fundamentais na caracterização de um crime.¹⁰⁷

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 4.

¹⁰⁵ COPETTI, 2000 apud GRECO, 2005, p. 5.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 157.

2.2 CRIME: CONCEITO E TEORIA

O conceito de crime não vem transcrito na CF, nem no Código Penal Brasileiro (CPB) atual, que se limitou a declarar a penalidade a ser aplicada.¹⁰⁸

Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos.¹⁰⁹

No entanto, a doutrina se encarregou de conceituar o crime e este se tornou objeto de visões que se completam acerca do assunto, já que não há um conceito didaticamente formulado.¹¹⁰

Guilherme Nucci assim se posiciona com relação ao conceito de crime:

[...] cumpre salientar que o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa. Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo.¹¹¹

Rogério Greco considera dois aspectos para conceituar crime, o formal e o material:

Sob o aspecto forma, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.¹¹²

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 155.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p.166.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.166

¹¹¹ *Ibid.*, p. 166

¹¹² GRECO, op. cit., p. 156.

2.2.1 Conceito material de crime

Definir o crime materialmente é delimitar as condutas que serão consideradas como crime, como infratoras da lei penal.¹¹³

Essa delimitação é feita pela sociedade que, munida de impressões e influencias sociais, políticas e até mesmo históricas, pressiona o legislador que, atendendo aos seus anseios, propõe as leis.¹¹⁴

2.2.2 Conceito formal de crime

O conceito formal de crime refere-se à fase seguinte à demonstração das vontades sociais, ou seja, à efetiva criação da lei penal incriminadora de determinada conduta, pré definida materialmente.¹¹⁵

É a tipificação do crime e a garantia de que somente após a existência da lei é que a conduta será considerada criminosa.¹¹⁶

Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.¹¹⁷

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 166.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 166.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 167.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 156.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 156.

2.2.3 Conceito analítico de crime

Já o conceito analítico, em complemento aos anteriormente descritos, corresponde à análise dos elementos que compõem o crime, suas influências sobre o delito e seus objetivos.¹¹⁸

Apesar do conceito analítico e das teorias emanadas desse conceito adotarem a teoria tripartida, ou seja, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável e por esses fatores é formado, surgem divergências acerca dos elementos que constituem cada um desses fatores. Diante de tão complexo dever duas teorias se dividem em opiniões: a teoria clássica e a teoria finalista.¹¹⁹

2.2.3.1 Teoria clássica

Em sendo uma teoria analítica, indiscutível o posicionamento do crime como consequência de um fato típico, antijurídico e culpável.¹²⁰

A teoria clássica porém, parte do pressuposto de que a tipicidade do crime, ou seja, a sua adequação ao tipo penal legalmente instituído, se confirma com a realização de uma conduta descrita em lei que conduza a um resultado contrário aos ditames do ordenamento jurídico e que seja culpável, o que, aqui, implica, além da reprovação social, na imputabilidade, na potencial consciência sobre a ilicitude do fato, na possibilidade e exigibilidade de atuar de forma diversa e na configuração do dolo ou da culpa do agente.¹²¹

Nesse sentido, qualquer conduta que seja divergente à norma penal legalmente instituída, independente da intenção do agente, das circunstâncias em

¹¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 156.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 168-169.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 169.

¹²¹ *Ibid.*, p. 289.

que o fato ocorreu e das características pessoais do cometedor da infração, será passível de uma sanção do Direito penal.¹²²

Esse posicionamento representa um retorno aos primórdios das eras primitivas, da Antiguidade, do período medieval e moderno onde as doutrinas e os princípios humanitaristas ainda não eram consagrados, onde o delinquente era considerado apenas como um desvirtuador da norma, um à margem da sociedade e que merecia somente receber a reprimenda estatal pela infração cometida.¹²³

2.2.3.2 Teoria finalista

Corroborando com o entendimento analítico da teoria clássica, aqui, o crime também é um fato típico, antijurídico e culpável.¹²⁴

O que difere o pensamento desta teoria dos da teoria clássica é o fato de que, para a teoria finalista o dolo e a culpa compõem os elementos formadores da tipicidade e não os da culpabilidade, como o que ocorre na teoria clássica.

A transferência dos elementos do dolo e da culpa de um fator elementar do crime (culpabilidade) para outro fator da mesma forma imprescindível à caracterização do delito (tipicidade) é uma demonstração do direito progressista e da preocupação com a aplicabilidade dos princípios humanitários. Ao contrário, o dolo e a culpa como elementos integrantes da culpabilidade representam um atentado aos direitos fundamentais do indivíduo e ao princípio progressista da humanidade e da proporcionalidade na medida em que ao imputar o cometimento de um delito a um indivíduo pela simples ação contrária à norma, sem levar em consideração o aspecto subjetivo do agente, sua intenção e fatores que envolvem o crime, retrocede-se às práticas primitivas de encarar o ato delituoso.

Esta é a teoria aplicada no Brasil e por isso, necessário se faz, para a justa aplicabilidade da pena, uma análise do crime que envolve não só os aspectos

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 169.

¹²³ BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 104.

¹²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 159.

objetivos do delito, mas também os aspectos subjetivos, ou seja, aqueles concernentes ao delinquente e a sua culpabilidade.¹²⁵

2.3 A CULPABILIDADE E SEUS MEANDROS

Como já frisado no item anterior, no Brasil a teoria adotada é a tripartida finalista, logo, o dolo e a culpa dizem respeito à tipicidade do crime e, portanto à culpabilidade cabe a aferição da possibilidade mental do indivíduo em compreender o ato delituoso, em ter a consciência da ação ilícita praticada e de determinar que a sua ação é legalmente proibida, além de se encontrar impossibilitado de agir de forma diversa.¹²⁶

Abstraindo acima os elementos que formam a culpabilidade do agente, infere-se que este fator componente do conceito analítico do crime compreende uma análise do criminoso e do fato cometido por ele, afim de concluir se o agente era ou não capaz, ao tempo de crime, de entender e determinar-se com relação ao ato. Então, se da conclusão entende-se que ausentes os elementos da culpabilidade, não há o que se falar em crime e tampouco em punição.¹²⁷

A culpabilidade é o elemento essencial, moral e ético, que serve de ligamento entre crime e pena, justamente por estar presente nos dois cenários: é imprescindível para a constatação do crime, mas também para a aplicação da pena. Em outros termos, é o fundamento e o limite da pena. Cometido o fato típico e antijurídico, para verificarmos se há crime, é imperioso constatar a existência de reprovabilidade do fato e de seu autor, devendo este ser imputável, agir com consciência potencial de ilicitude (para os causalistas, inclui-se, também, ter atuado com dolo ou culpa) e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito.¹²⁸

O indivíduo só pode ser punido se seus atos foram voluntários e conscientes da ilicitude do fato, se ele for culpável. E para concluir se a culpabilidade está presente no ato criminoso, além da imputabilidade, o indivíduo tem que ter agido

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 169.

¹²⁶ Ibid., p. 167.

¹²⁷ Ibid., p. 289-290.

¹²⁸ Ibid., p. 450.

com consciência livre de que agia contrário ao Direito e sem que tenha sofrido qualquer influência.¹²⁹

Da mesma forma que as finalidades da pena e o conceito de crime são frutos de um processo evolutivo de pensamentos e doutrinas; as teorias causalista e finalista não se isentaram das mudanças oriundas da natural evolução da humanidade, pelo contrário, representam essas transformações. Nesse contexto, a culpabilidade como objeto de estudos dessas teorias despertou indagações acerca dos seus fundamentos e até mesmo do seu conceito.¹³⁰

2.3.1 A teoria do livre arbítrio e do determinismo

Há muito é discutido a cerca do livre arbítrio do indivíduo em cometer o ato ilícito e das influências externas e internas que determinariam o cometimento do crime.¹³¹

Em sendo o livre arbítrio uma vontade livre do indivíduo de cometer o crime, Oswaldo Marques¹³², compartilhando do pensamento de Francesco Carrara no período da Escola Clássica, assim expõe seu posicionamento contrário ao determinismo: “A punição só se justifica quando o ato criminoso é oriundo de vontade livre, alicerce da imputabilidade moral. O homem só pode ser responsável no âmbito criminal em virtude de sua imputabilidade moral, que implica liberdade de ação.”

Ainda no século XIX, a Escola Positiva prega o determinismo que contrário ao livre arbítrio, preceitua que o indivíduo não é livre para decidir sobre seus atos; ele constantemente sofre influências da sociedade, do meio em que vive e de problemas físicos e psíquicos.

admitir-se a existência de uma vontade livre, não determinada por motivos de qualquer ordem, é constatar-se o valor da herança e a influência que a educação e o meio físico e social exercem sobre os homens. Não há fugir deste dilema. Ou a herança, o meio, a educação influem poderosamente

¹²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 428.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 289.

¹³¹ GRECO, op. cit., p. 428.

¹³² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 101.

sobre os indivíduos, formando-lhes o temperamento e o caráter, transmitindo-lhes e dando-lhes idéias e sentimentos que os levarão à prática de atos maus ou bons, conforme a natureza das qualidades morais transmitidas e adquiridas; e sentimentos que os levarão à prática de atos maus ou bons, conforme a natureza das qualidades morais transmitidas e adquiridas; e, então, a vontade ordem biológica, física e social. Ou a vontade é livre, exerce sua ação fora da influência destes fatores, e, neste caso, existe o livre-arbítrio, mas é mister confessar que o poder da herança, do meio e da educação é mera ilusão dos cientistas.¹³³

Rogério Greco¹³⁴, doutrinador contemporâneo, sabiamente uniu o livre arbítrio e o determinismo e concluiu que ambos podem conduzir o indivíduo à prática de crimes como também podem agir no sentido de afastar o criminoso da prática delituosa.

Concluindo, a culpabilidade, ou seja, o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, é individual, pois o homem é um ser que possui sua própria identidade, razão pela qual não existe um ser igual ao outro. Temos nossas peculiaridades, que nos distinguem dos demais. Por isso, em tema de culpabilidade, todos os fatos, internos e externos, devem ser consideradas a fim de se apurar se o agente, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo.¹³⁵

Como cada fato é único e reúne características próprias do seu autor, o Código Penal Brasileiro preceitua em seu artigo 29 caput que a punição será imposta na medida da culpabilidade de cada indivíduo; conforme o princípio da proporcionalidade.¹³⁶ “Art. 29 Código Penal Brasileiro: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.¹³⁷

Para “medir” a capacidade do indivíduo em auto determinar-se com relação a sua culpabilidade, não basta uma análise social do delinquente; mas também um estudo psicológico, médico das suas condições de, no momento do crime, entender o ato ilícito e mesmo assim agir contrário ao direito tendo a possibilidade e a exigibilidade de agir de forma contrária.¹³⁸ Essa interação entre o Direito e outras

¹³³ ARAGÃO, 1938 apud GRECO, 2005, p. 429.

¹³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.p.430.

¹³⁵ Ibid., p. 430.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 290.

¹³⁷ BRASIL. *Decreto- lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 de mai. de 2010.

¹³⁸ NUCCI, op. cit., p. 291.

ciências sociais é uma herança aperfeiçoada do que foi preconizado por Lombroso e seus estudos sobre o homem delinquente.¹³⁹

Diante do todo o exposto acima, percebe-se que a análise dos fatores formadores da culpabilidade do agente são imprescindíveis para a correta e justa aplicação da pena; além de representar um obstáculo e um freio ao jus puniendi do Estado que deve limitar a pena à culpabilidade do indivíduo, visando a proteção da sociedade e a confirmação da norma.¹⁴⁰

2.3.2 Elementos da culpabilidade relacionados ao agente e que implicam no estudo da pedofilia

Após discorrido sobre o conceito de culpabilidade, o passo seguinte para que se possa caracterizar, ou não, o crime é esmiuçar analiticamente os elementos formadores da culpa.

Apesar de serem três os componentes formadores da culpa: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa; é o grau de imputabilidade que irá determinar se o indivíduo era ou não capaz de entender e de se determinar com relação ao ato praticado¹⁴¹ é, portanto, a análise da imputabilidade que irá desvendar a ação do pedófilo frente ao ato cometido.

Nesse contexto, na próxima seção será feito um estudo acerca somente da imputabilidade penal e dos fatores que a envolvem.

¹³⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 109.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 291-292.

¹⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 444.

2.3.2.1 Imputabilidade penal

Ser imputável corresponde à capacidade de o “agente ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido”.¹⁴²

Há certas hipóteses, porém, que em consequência dos anseios sociais e da reprovabilidade da sociedade, são consideradas ou tidas como fatores que ensejam, apesar de haver o dolo ou a culpa do agente, ou seja, a vontade de cometer o ato, em descaracterização do crime; logo, na inimputabilidade.¹⁴³

2.3.2.1.1 A tipificação da imputabilidade e a análise biopsicológica

Como a legislação é o reflexo da vontade da sociedade e só pode ensejar em sanção aquilo que esteja tipificado na lei¹⁴⁴; o artigo 26 do CPB assim se posiciona com relação à inimputabilidade:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁴⁵

Parafraseando o artigo, o indivíduo portador de doença mental ou de um desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aquele com absoluta incapacidade de no momento do cometimento do crime, ter consciência do ato ilícito que estava sendo praticado ou de agir de forma contrária; a ele não será aplicada a pena e o crime não estará caracterizado pela ausência de um dos fatores componentes do crime, a culpabilidade. “Isso quer significar que o Código Penal,

¹⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 444.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 445.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 166.

¹⁴⁵ BRASIL. *Decreto- lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 de mai. de 2010.

pelo art. 26, *caput*, adotou o *critério biopsicológico* para a aferição da inimputabilidade do agente.”¹⁴⁶

O critério biológico, portanto, reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Contudo, mesmo que comprovado, ainda não será suficiente a fim de conduzir à situação de inimputabilidade. Será preciso verificar se o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, *inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento* (critério psicológico).¹⁴⁷

A aferição do critério psicológico pode constatar um desenvolvimento mental incompleto ou uma perturbação mental e, sob o critério da proporção entre a penalidade aplicada e as circunstâncias subjetivas do crime, o parágrafo único do mesmo artigo assim prevê¹⁴⁸:

Art. 26

[...]

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁴⁹

Sob as palavras de Tanus Madeira¹⁵⁰, assim se explica essa diferenciação:

No parágrafo, uma diferenciação terminológica em que o legislador fala em ‘perturbação da saúde mental’, e não em ‘doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado’, como vem escrito no *caput* do referido artigo, quer demonstrar que o parágrafo único do art. 26 cuida das hipóteses de certos tipos de enfermidade mental ou psíquica que não retiram do agente de forma total, plena a capacidade de entendimento e autodeterminação. Ao contrário, são certos tipos de doença ou enfermidade mental que apenas reduzem ou diminuem no agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para obter o diagnóstico com relação à sanidade mental do indivíduo, o critério a ser utilizado seria aquele que analisa tanto a saúde mental do indivíduo, como a capacidade de entender o seu ato ilícito. Trata-se de uma averiguação biopsicológica do indivíduo que devido a sua insanidade mental cometeu o Ilícito penal.¹⁵¹

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 445, grifo do autor.

¹⁴⁷ Ibid., p. 447, grifo do autor.

¹⁴⁸ Ibid., p. 447.

¹⁴⁹ BRASIL. *Decreto- lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 de mai. de 2010.

¹⁵⁰ MADEIRA, 1999 apud GRECO, 2005, p. 448.

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 297.

Tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz.¹⁵²

Conclusivamente constata-se que em sendo o caso de aplicar o caput do artigo 26 do CPB excluído está o crime e a pena por ausência da culpabilidade; porém a medida de segurança deverá ser imposta, nos termos do “artigo 97 do CPB: Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”¹⁵³

Da mesma forma, se as análises biopsicológicas considerarem que o delinquente enquadra-se nas hipóteses do parágrafo único do artigo 26, então, como forma de resguardar a sociedade de possíveis reincidências e de tratar o criminoso, poderá ser aplicada, igualmente, a medida de segurança¹⁵⁴ embasadas no artigo 98 do CPB:

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.¹⁵⁵

Completando os casos que ensejariam em inimputabilidade penal, a menoridade civil também é uma excludente da imputabilidade pelo fato de que os indivíduos com menos de 18 anos ainda não possuem a capacidade plena de entendimento sobre os fatores que envolvem o crime.¹⁵⁶

Portanto, em não sendo o delinquente menor de 18 anos, para averiguar se houve a culpabilidade faz-se necessário um diagnóstico da sua sanidade mental e um laudo psicológico conclusivo acerca da sua capacidade de entendimento.

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 299.

¹⁵³ BRASIL. *Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 de mai. de 2010.

¹⁵⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 447.

¹⁵⁵ BRASIL, loc cit.

¹⁵⁶ GRECO, op. cit., p. 448.

2.4 A MEDIDA DE SEGURANÇA VISTA SOB O ÂNGULO CONTEMPORÂNEO

Como já visto acima, durante praticamente todo o período evolutivo do Direito Penal, as penas, seus fundamentos e finalidades foram o material de estudo de filósofos e autores de cada período.

Apenas no final do século XIX com a Escola Positiva e os estudos sobre o delinquente é que surgem os primeiros questionamentos acerca da individualização da pena e da necessidade de regenerar o indivíduo infrator para proteger a sociedade.¹⁵⁷

2.4.1 Origem da Medida de Segurança

A medida de segurança surge como um novo objeto de estudo aliada à prevenção do crime, à proteção da sociedade e à reinserção social do delinquente:

A Escola Clássica defende a pena, em pugna com a Escola Positiva, partidária da medida de segurança. Para os sujeitos que se encontram em situações valoradas como de normalidade biológica e psíquica, presume-se o livre arbítrio, a imputabilidade e aplica-se uma pena determinada com função preferencialmente retributiva. Pelo contrário, para sujeitos em condições avaliadas como de anormalidade biológica e psíquica, nega-se o livre-arbítrio e se fala de determinismo, sendo mais adequada uma medida de segurança, com função terapêutica.¹⁵⁸

Os holofotes se voltam para esse novo meio de defesa social no início do século XX, mais precisamente na Suíça com o penalista Stoos, como uma forma de proteção geral da sociedade contra delinquentes perigosos e carecedores de tratamento.¹⁵⁹ “Em sendo assim, as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 114.

¹⁵⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 108.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 108.

¹⁶⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 545.

Nas linhas anteriores, já fizemos constar o dado de que o que mais importa para a medida de segurança seria a ideia de segurança. Vimos que a pena estava orientada pela justiça compensatória e retributiva. Se temos em conta esse binômio jurídico existente entre a segurança e a justiça, a medida de segurança dá prevalência à primeira, enquanto a pena se decanta pela segunda.¹⁶¹

2.4.2 Aplicabilidade e finalidade da medida de segurança

Como o próprio nome sugere, a medida de segurança ocupa-se com a segurança da sociedade. Logo, trata-se de medidas preventivas dirigidas ao delinquente considerado perigoso para, assim, resguardar e proteger a sociedade.¹⁶²

Analisando a medida de segurança pela visão progressista contemporânea, que foi construída com as bases e princípios humanitaristas, percebe-se um duplo objetivo, não necessariamente nessa ordem: o primeiro voltado para os interesses da sociedade e de manter a ordem social com o isolamento, tratamento ou alguma medida que afaste do convívio social o criminoso enquanto ele represente perigo à ordem social; o segundo, direcionado para a recuperação do delinquente, para a cura, se possível, do mal que o levou a cometer o crime, não deixa de, mesmo que implicitamente, almejar a proteção da população.¹⁶³

Parafraseando o dito acima, ao tratar o delinquente estar-se-á garantindo a segurança dos “homens de bem” e não somente aplicando uma pena que cerceia a liberdade momentânea do criminoso e que proporciona uma “falsa” tranquilidade à sociedade; já que a prisão, para um criminoso doente, representa apenas uma medida paliativa e que, ao ser cumprida, não representa a cura ou o controle da doença, mas sim, a liberdade para que ela volte a manifestar-se com o cometimento de mais delitos.

Porém, apesar de transparecer como uma medida de segurança, na essência da expressão, ou seja, como prognósticos, “receitas”, tratamentos a serem ofertados aos doentes e perigosos delinqüentes com o fim de manter ou atingir a segurança;

¹⁶¹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 188.

¹⁶² *Ibid.*, p. 138.

¹⁶³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 151-154.

não se trata de uma solução absoluta e aplicável indiscriminadamente. Ao contrário, é uma forma de sanção desvinculada, porém, do caráter meramente retributivo do castigo. Na medida de segurança, o mais relevante e primordial objetivo é a segurança da sociedade, alcançada por meios que respeitem a dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade entre a punição e o crime e a reintegração do criminoso ao convívio social quando então, se terá restabelecido a ordem social.¹⁶⁴

Por certo existem similitudes entre a Medida de Segurança e a Pena propriamente dita, inclusive no que concerne à natureza jurídica de ambas que, para a maioria da doutrina, é a de sanção penal, apesar de a medida de segurança assumir um caráter curativo e assistencial; no entanto, o que as distingue não deixa prevalecer qualquer dúvida acerca das suas distinções:

A Escola Clássica defende a pena, em pugna com a Escola Positiva, partidária da medida de segurança. Para os sujeitos que se encontram em situações valoradas como de normalidade biológica e psíquica, presume-se o livre arbítrio, a imputabilidade e aplica-se uma pena determinada com função preferentemente retributiva. Pelo contrário, para sujeitos com condições avaliadas como de anormalidade biológica e psíquica, nega-se o livre arbítrio e se fala de determinismo, sendo mais adequada uma medida de segurança, com função terapêutica.¹⁶⁵

Admitindo-se a aplicação tanto da pena como da medida de segurança ou de uma em detrimento da outra, conforme a teoria unitária ou dualista adotada, o certo é que cada uma tem seu âmbito de atuação com relação à pessoa do delinquente e aos fatores que envolvem o cometimento de um crime.¹⁶⁶

2.4.3 A relação entre a Pena e a Medida de Segurança

A distinção explicitada no item antecedente é referente aos aspectos mentais e psicológicos do indivíduo e das circunstâncias que o levaram à infringir a norma penal.

¹⁶⁴ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 109.

¹⁶⁵ Ibid., p. 108.

¹⁶⁶ Ibid., p. 109.

Com relação, porém, às finalidades a serem alçadas tanto pela Medida de Segurança quanto pela Pena, nos moldes progressistas humanitários da atualidade, a tendência é direcioná-las para a ressocialização e recuperação do indivíduo delinquente e por esse ângulo, alguns autores até consideram que, é tendente a unificação das duas formas de penalização.¹⁶⁷

No entanto, a junção representa apenas uma tendência e os sistemas de execução das penas e medidas de segurança prevalecem:

2.4.3.1 Sistema dualista

Para esse sistema, a medida de segurança é estabelecida com base na periculosidade do criminoso; enquanto a pena está embasada no grau de culpabilidade desse indivíduo.¹⁶⁸

Ao considerar a periculosidade como característica inerente a todos aqueles que cometem crimes, independente do grau de perigo que oferecem para a sociedade, o sistema do duplo binário, como também é conhecido, autoriza o Estado a aplicar uma medida de segurança mesmo após o delinquente ter cumprido a pena consoante a sua culpabilidade; logo, prevê a aplicação cumulativa e sucessiva da pena e da medida de segurança.¹⁶⁹

Evidente é a dupla retribuição pelo crime cometido, o que caracteriza o chamado *bis in idem*.¹⁷⁰

¹⁶⁷ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 110.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 112.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 560.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 560.

2.4.3.2 Sistema monista

O sistema monista não vislumbra qualquer diferença entre a medida de segurança e a pena que têm o mesmo objetivo social e portanto, as mesmas finalidades.¹⁷¹

Frente às semelhanças existentes entre as duas formas de tratar o crime e o criminoso; para este sistema só seria viável e plausível a aplicação ou da pena ou da medida de segurança, não sendo admitida, com relação a um mesmo crime, a imposição de ambas.¹⁷²

2.4.3.3 Sistema vicariante

Apesar de possuírem finalidades semelhantes, as penas e as medidas de segurança, parafrasando as elucidações transcritas acima, apresentam distintas diferenças entre si e assentindo com essa máxima, o sistema vicariante propõe que, da mesma forma, essas sanções penais assumam aplicabilidades distintas.¹⁷³

Dessa forma, se o caso requer a imposição de pena, não há o que se falar em medida de segurança; nem mesmo quando cessado o cumprimento da reprimenda. De igual modo, quando a medida de segurança for a proteção social adotada, não caberá a aplicação de pena concomitante com a medida e tampouco após a sua realização. A cada caso, uma sanção distinta.¹⁷⁴

Concluindo as explanações sobre os sistemas de execução das penas e das medidas de segurança cabe salientar que no Brasil, antes da reforma da parte geral do código penal em 1984, o sistema aplicado era o duplo binário que, em

¹⁷¹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 112.

¹⁷² *Ibid.*, p. 112.

¹⁷³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 749.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 561.

conseqüência das mudanças ocorridas, foi substituído pelo sistema vicariante que é o atual sistema utilizado pelo código penal brasileiro.¹⁷⁵

No Brasil, portanto, a análise da periculosidade do indivíduo, das suas implicações psíquicas e biológicas é de suma importância para a correta, adequada e eficaz aplicação da sanção penal. Tudo com o intuito de assegurar a proteção da sociedade e a recuperação social do delinquente.

2.4.4 Espécies de Medida de Segurança

Como visto anteriormente, a Medida de Segurança, hoje, no Brasil, é destinada a conceder ou reaver a tranquilidade da sociedade por meio de intervenções sociais, psicológicas, médicas no tratamento do delinquente com o objetivo de readaptá-lo ao convívio social, de forma que não mais represente perigo à tranquilidade da comunidade.¹⁷⁶

Essas intervenções, no entanto, se dão quando a periculosidade do agente se manifesta ativamente com o cometimento de crimes, ou seja, após a manifestação da periculosidade ou do transtorno típico do delinquente, chamadas aqui de medidas pós delituais. Quando não houver o cometimento de crime, não há o que se falar em medida de segurança preventiva, ou pré delituais, tendo em vista que essa espécie de medida foi extinta do Código Penal Brasileiro.¹⁷⁷

Cabe salientar, que mesmo diante de situações que autorizem a aplicação da pena ou da medida de segurança, conforme cada caso, há que atentar-se para os princípios que regem as sanções penais e o Direito Penal, sempre a serviço dos interesses sociais e humanitários dos indivíduos.¹⁷⁸

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 560.

¹⁷⁶ KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 171. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 157-204.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 562.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 561.

2.5 PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS DE APLICABILIDADE DA SANÇÃO PENAL.

Princípio é algo a ser seguido, é um preceito que “carrega” os anseios, a cultura, a alma da sociedade e, portanto, representa o alicerce sob o qual devem estar sustentados todas as interpretações, conclusões e aplicações do Direito Positivo. São como luzes ao fim do túnel que iluminam o caminho da justiça.¹⁷⁹

Para José Afonso da Silva: “O conceito de princípio jurídico indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas”.¹⁸⁰

Nucci completa a ideia acima dizendo que: “O processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei”.¹⁸¹

No Direito Penal, os princípios, talvez mais do que em qualquer outro ramo do Direito, devem estar intrínsecos a todas as ações e aplicações penais para que não se desvirtue do real objetivo das sanções e acabe por deixar as decisões a cargo das virtudes e vaidades inerentes ao ser humano.¹⁸²

2.5.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade remete-se, de uma forma ainda precária, com o livro de “Manu”, a Bíblia do povo hebreu e Código de Dracon na Grécia, ao período da Antiguidade, onde a necessidade de se punir apenas os crimes previamente previstos em uma norma legal nasceu como instrumento inibidor do arbítrio desmedido da autoridade estatal que detinha o poder de criar e aplicar as sanções e que o fazia em prol do Estado e em detrimento da dignidade do indivíduo e do senso de proporcionalidade entre ação e coerção.¹⁸³

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 78.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 85.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁸² *Ibid.*, p. 78.

¹⁸³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 27-33.

Essa ideia, ainda prematura, evoluiu ao longo de todo o período influenciador e criador do atual Direito Penal Contemporâneo; vindo a assumir, hoje, sob a égide de um progressista Estado Democrático de Direito, não apenas uma função garantista da legalidade formal da lei; mas também e, primordialmente, uma função social decorrente da realidade onde está inserida a sociedade.¹⁸⁴

O cenário social, cultural, político, econômico e científico, que é o reflexo da realidade de uma época, representa uma espécie de termômetro dos anseios e das características que servirão de parâmetro para limitar ou expandir o princípio da legalidade penal.¹⁸⁵

Por esse ângulo, o Princípio da Legalidade assume duas vertentes: aquela de que a lei definidora da infração deve ser anterior ao crime; e outra que sedimenta o princípio e a extensão da sua aplicabilidade à vontade da sociedade e aos limites impostos por ela.

2.5.2 Princípio da Proporcionalidade

Fruto de uma “luta” iniciada já no período Contemporâneo, e proveniente do revolucionário pensamento difundido por Cesare Beccaria, a proporcionalidade das penas foi a “bandeira” levantada pelos seguidores da Escola Clássica.¹⁸⁶

A justa medida entre crime e pena aplicada, representa para todos os indivíduos, a certeza de que responderão apenas e na medida do mal causado à sociedade, ou seja, na medida da sua culpabilidade.¹⁸⁷

A imposição de penas indiscriminadas, geradoras de desrespeito aos direitos fundamentais do delinquente é modalidade ultrapassada de imposição penal e, vista sob as tendências humanistas atuais, representa uma infração ao já consolidado Princípio da Proporcionalidade Penal.¹⁸⁸

¹⁸⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios da legalidade penal*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1994. p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 96.

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 83.

¹⁸⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 83.

No entanto, para que o princípio da proporcionalidade seja respeitado é mister que haja uma concentração de esforços nesse sentido, como bem analisa, Alberto Silva Franco:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houve um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o 'estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).¹⁸⁹

2.5.3 Princípio da Humanidade

Oriundo do período Contemporâneo, juntamente com o princípio da proporcionalidade e do da legalidade, o princípio da humanidade, nos dizeres de Silvia Sánchez, tratam-se de princípios garantísticos, ou seja, *“estão arraigados na consciência popular, motivo pelo qual o legislador não pode deles abster-se, sob o pretexto de alcançar a eficácia preventiva e orientadora das sanções”*.¹⁹⁰

A dignidade da pessoa humana é o alvo a ser atingido com a aplicabilidade do Princípio da Humanidade.

2.6 A PEDOFILIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Todo o estudo acerca da culpabilidade serve como alicerce no estudo da doença chamada crime de pedofilia.

¹⁸⁹ FRANCO, 1997 apud GRECO, 2005, p. 82.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ, 1992 apud MARQUES, 2008, p. 146.

É notório que não existe crime sem lei anterior que o defina e, no Direito Penal Brasileiro, não há crime denominado pedofilia.¹⁹¹

Os comunicólogos, a sociedade, os políticos, os formadores de opinião reúnem os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis sob um único título: pedofilia.¹⁹²

Assim as condutas abrangidas por esse “crime” vão desde a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos, passando pelo induzimento de menor de 14 anos à satisfação da lascívia de outrem e pela prática da lascívia na presença do menor; até à exploração sexual de vulnerável e o tráfico de menor para fins de exploração sexual.¹⁹³

As condutas descritas acima são todas contra a sexualidade do menor e estão inseridas no Título VI do CPB que trata sobre os crimes contra a dignidade sexual que, segundo os sábios ensinamentos abaixo, assim se definem:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. [...] Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.¹⁹⁴

O Código Penal Brasileiro contém em seu bojo artigos específicos para a proteção dos vulneráveis demonstrando um maior zelo com relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena.¹⁹⁵

Enfim, para a caracterização dos crimes ditos de pedofilia, assim como nos demais crimes e em prol da dignidade da pessoa humana, é preciso a caracterização do juízo de culpabilidade.¹⁹⁶

¹⁹¹ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

¹⁹² *Ibid.*, p. 108.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 109.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 14.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 293.

3 PEDOFILIA, UMA DOENÇA PSICOLÓGICA

A análise evolutiva percorrida no Capítulo I deste trabalho monográfico conduzem ao entendimento de que o estudo da pena e de suas finalidades assume a partir da segunda metade do século XVIII uma visão humanitária marcada pela preocupação com a proteção da sociedade e com a readaptação social do delinquente.¹⁹⁷

Essa preocupação com a recuperação e conseqüente reinserção do delinquente ao convívio social representou uma nova visão voltada para o caráter preventivo da pena que, segundo Oswaldo Marques: “estaria incompleta sem a investigação das causas da criminalidade”.¹⁹⁸

É nesse contexto ideário e em decorrência do processo evolutivo do Direito Penal que surge a Criminologia e a sua associação ao Direito na busca por desvendar o crime e o criminoso, uma conexão destrutiva da ordem social.

Criminologia é a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinqüência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal.¹⁹⁹

Nesse sentido, o estudo sobre a pedofilia requer uma análise acerca do seu significado, das suas implicações, causas e possíveis tratamentos; para que se possa enquadrá-la no contexto penal do direito brasileiro.

Esse estudo específico sobre a pedofilia envolve a contribuição de várias áreas e ciências sociais que, cada uma dentro do seu âmbito de atuação e dos seus conhecimentos, em consonância, ajudam a desvendar o transtorno criminológico chamado pedofilia.²⁰⁰

E ele não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas,

¹⁹⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 92.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 92.

¹⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 66.

²⁰⁰ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

educadores, funcionários da administração penitenciária, fracionam o poder legal de punir.²⁰¹

3.1.ORIGEM E SIGNIFICADO DA PALAVRA

A origem da palavra pedofilia é grega, onde *paidos* é criança e *philia*, amizade ou amor. Significa, portanto, “atração sexual por crianças”.²⁰²

Essa atração, no entanto, pode se manifestar tanto pela penetração genital, como por atos como carícias, contatos genitais e pornografia.²⁰³ São diversas as formas de atentado à dignidade sexual das crianças em prol da satisfação da libido do pedófilo que podem resultar até mesmo em agressões físicas em casos de possíveis ameaças ao sucesso de tais comportamentos.²⁰⁴

É classificada no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Sexual (DSM-IV) como um Transtorno Sexual enquadrado dentro das chamadas parafilias.²⁰⁵

Da mesma forma, na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) a pedofilia está inserida nos chamados Transtornos Mentais e de Comportamento, mais precisamente dentro dos Transtornos de Preferência Sexual.²⁰⁶

Esclarecidos a origem e o significado da palavra pedofilia e sua classificação como um transtorno de cunho sexual; resta para a aferição do comportamento pedofílico, a elucidação sobre o que vem a ser parafilia, sobre as características inerentes aos pedófilos, as possíveis causas do transtorno e a eficácia dos tratamentos indicados ao caso. A partir daí é possível fazer uma conjectura da pedofilia e dos tipos penais a ela atribuídos com a aplicabilidade das penas impostas nesses casos.

²⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 22.

²⁰² TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

²⁰³ HISGAIL, Fani. *Pedofilia: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Iluminuras, 2007. p. 58.

²⁰⁴ TRINDADE; BREIER, op. cit., p. 23.

²⁰⁵ Ibid., p. 31.

²⁰⁶ Ibid., p. 35.

3.2 UM TRANSTORNO SEXUAL

Como já visto no item anterior, a pedofilia é tida como um transtorno relacionado ao sexo, mais especificamente, de acordo com a classificação dada por Holmes, como uma parafilia.²⁰⁷

Em sendo uma parafilia, a pedofilia é uma forma de satisfação sexual utilizando-se de meios não convencionais; no caso, a criança. Essa distorção sexual, apesar de representar uma violência contra um ser inofensivo e frágil e de causar repúdio à sociedade, trata-se de um comportamento que também gera um sofrimento clínico para aquele que é portador desse mal.²⁰⁸

As parafilias caracterizam-se pela busca de satisfação sexual através de meios inadequados. Uma delas é a pedofilia, na qual a inadequação reside na escolha da criança como objeto de satisfação sexual, assim como na condição de risco em que naturalmente a coloca.²⁰⁹

Na busca por satisfazer o seu desejo, o pedófilo se utiliza de meios astuciosos, ludibriosos e de maneiras variadas e distintas, valendo-se, se for preciso, da agressão, para alcançar o seu intuito que é o de obter a satisfação sexual com crianças.²¹⁰

[...] os pedófilos podem apresentar comportamentos imprevisíveis e, embora possam revelar uma série de características psicológicas e comportamentais comuns entre si, compõem um conjunto muito amplo e diversificado de indivíduos que agem com diferentes práticas e de variadas maneiras. Dessa forma, torna-se difícil definir uma imagem típica do pedófilo [...]²¹¹

Diante de tão variados comportamentos e formas de atingir a sua “presa”, a definição e delimitação de traços característicos a todos os pedófilos, constatação que tornaria mais fácil e sucinta a identificação desses indivíduos, se torna tarefa complexa.²¹²

²⁰⁷ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 32.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

²¹¹ *Ibid.*, p. 23.

²¹² *Ibid.*, p. 32.

Não há comportamentos específicos e formas de agir pré determinadas, o que suscitou, no DSM IV, apenas a delimitação de alguns critérios imprescindíveis a serem observados na elaboração do diagnóstico do pedófilo.²¹³

Dentre os aspectos a serem observados está a persistência temporal das fontes imaginárias que devem perdurar por um período superior a seis meses e, por óbvio, devem envolver crianças com idades, geralmente, inferiores a 13 anos ou pré-púberes.²¹⁴

Com efeito, vale ressaltar que não é necessário para a caracterização da violência, o contato físico com a criança. O atentado a sua dignidade, sob qualquer forma e por si só já representa um abuso ou uma violência sexual.

3.2.1 Alguns aspectos inerentes aos pedófilos

Como já frisado, não há formas de agir e qualidades específicas a todos os pedófilos. O que existem são alguns traços comuns nos casos de pedofilia. A situação de sofrimento por parte dos pedófilos é um deles.²¹⁵

As ações pedofílicas apesar de gerarem um prazer a seus agentes, também causam um sofrimento ao algoz. Esse sofrimento tanto pode ser de caráter emocional como pode ser fruto de possíveis problemas sociais gerados na vida do pedófilo em decorrência do desvio sexual.²¹⁶

Mesmo sendo fruto dos desejos sexuais errantes dos pedófilos, as moléstias direcionadas e realizadas contra as crianças, também são causas de transtornos e sofrimentos psíquicos e de natureza social a esses indivíduos; o que pode levar a um entendimento de que a pedofilia não é puramente uma forma de satisfação

²¹³ GONÇALVES, Hebe Signorini. Violência contra a criança e o adolescente. p. 281. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 277-304.

²¹⁴ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34-35.

²¹⁵ Ibid., p. 32.

²¹⁶ Ibid., p. 32.

sexual por prazer, mas decorrente, igualmente, de um transtorno interno do agente com ele mesmo.²¹⁷

Outro traço a ser constatado é a diferença de idade entre o delinquente e a criança. Para ser considerado um pedófilo o agente deve ser maior de 16 anos e ter, no mínimo, cinco anos a mais do que a vítima.²¹⁸ Esse requisito se faz necessário para evitar possíveis equívocos entre transtornos sexuais de adultos pedófilos contra crianças e relações sexuais, violentas ou não, entre adolescentes.²¹⁹

Os critérios acima elencados não se esgotam e não são precisos já que, segundo os ensinamentos de Jorge Trindade e Ricardo Breier:

A pedofilia tem como característica um grande polimorfismo fenomenológico que parece fazer parte da própria condição pedofílica, sendo difícil traçar uma fotográfica nítida de sua personalidade.²²⁰

Da mesma forma que elencar os traços inerentes aos indivíduos considerados pedófilos é tarefa ainda complexa, diagnosticar as causas do transtorno sexual chamado pedofilia também representa um obstáculo a ser descoberto e ultrapassado.²²¹

3.3 CAUSAS DA PEDOFILIA

Como qualquer tema complexo, a pedofilia e suas causas são objetos de estudos e de teorias engajadas em desvendar esse transtorno sexual.²²²

As contribuições mais significantes para o aprimoramento e descobertas desses estudos foram as originárias dos apanhados freudianos que se utilizam do modelo psicodinâmico para explicar as razões da pedofilia; as embasadas no

²¹⁷ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 32.

²¹⁹ GONÇALVES, Hebe Signorini. Violência contra a criança e o adolescente. p. 294. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 277-304.

²²⁰ TRINDADE; BREIER, op. cit., p. 23.

²²¹ *Ibid.*, p. 39.

²²² *Ibid.*, p. 39.

modelo comportamental e ainda, as teorias que atribuem a pedofilia a fatores estritamente biológicos.²²³

3.3.1 O modelo psicodinâmico de Freud

Freud foi um importante colaborador nas descobertas acerca dos desvios sexuais em geral. Das suas observações empíricas surgem os conceitos de fixação, catexia e escolha objetal que influenciaram na elaboração do já citado DSM e nas classificações das psicopatias ou transtornos sexuais.²²⁴

A psicopatia refere-se a práticas eróticas incomuns, por se tratarem de pessoas que procuram dominar a outrem, com a intenção de gozar com o corpo da vítima. Apenas, nos séculos XIX e XX, especialistas e médicos tentaram classificar as doenças mentais abrigadas nos crimes sexuais, esforçando-se por encontrar as causas dessas anomalias.²²⁵

Para Sigmund Freud as causas dos desvios sexuais teriam sua natureza em um dos três conceitos abaixo:

- 1) *Fixação*: ponto que corresponde a uma parada (*stop*) numa determinada fase do desenvolvimento psicosexual, dificultando ou impedindo a passagem para a etapa posterior;
- 2) *Catexia*: uma determinada quantidade de energia psíquica vinculada a uma condição específica;
- 3) *Escolha objetal*: a forma individual pela qual cada sujeito promove a escolha de seus objetos sexuais.²²⁶

3.3.2 Modelo Comportamental

Para esse modelo a pedofilia origina-se na infância e tem como objetivo inconsciente atingir o amor ou o sexo. Seria o caso de uma vinculação com a imagem sexual formada na infância de maneira desvirtuada. Sob esse ponto de vista

²²³ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-47.

²²⁴ HISGAIL, Fani. *Pedofilia: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Iluminuras, 2007. p. 52.

²²⁵ *Ibid.*, p. 51.

²²⁶ TRINDADE; BREIER, op. cit., p. 39.

o tratamento para esse “mal” estaria centrado numa terapia voltada para a mudança e adequação desse desvio pueril.²²⁷

Muitas técnicas do tipo comportamental têm sido propostas através de programas de estímulos negativos ou aversivos para a conduta indesejada e de reforçamento positivo para o comportamento desejado, às vezes mediante a combinação de terapia aversiva com reeducação social.²²⁸

3.3.3 Fatores biológicos

Os adeptos dessa visão atribuem aos altos índices hormonais as causas da pedofilia. O desejo descomedido observado nos transtornos sexuais seria fruto de uma taxa desproporcional de hormônios masculinos.²²⁹

Nesse caso, porém, esse desejo incontrolável deve estar associado a outros quatro fatores para que se possa falar em pedofilia: motivação, inibições internas, inibições externas e resistências.²³⁰

Os fatores que associados ao desejo conduzem o indivíduo a práticas pedofílicas estão relacionados portanto, à vontade íntima de satisfazer a sua libido com crianças, agindo para isso, de forma a construir uma atmosfera como se o seu ato fosse natural e não gerasse qualquer prejuízo para à vítima; à eliminação das barreiras externas que possam representar impedimentos ao seu intento e finalmente o envolvimento da criança na sua fantasia, no seu transtorno.²³¹

O certo é que, para atingir as etapas que coligadas conduzirão à satisfação do objetivo final, distintos são os caminhos a serem percorridos o que implica no surgimento de variadas circunstâncias e obstáculos:

Na verdade, como antes ressaltado, não existe um perfil único para descrever o sujeito pedófilo. Essa é uma condição multivariada, que depende de inúmeros fatores, inclusive educacionais, institucionais e culturais. A personalidade do pedófilo costuma ser polimorfa [...] ²³²

²²⁷ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42-43.

²²⁸ *Ibid.*, p. 43.

²²⁹ *Ibid.*, p. 43.

²³⁰ FINKELHOR 1984 apud SANDERSON 2005 apud TRINDADE; BREIER, 2010, p. 43.

²³¹ *Ibid.*, p. 43-44.

²³² *Ibid.*, p. 44.

As explanações feitas até esse ponto do trabalho dão uma visão do quão minucioso, complexo e científico é o estudo dos transtornos sexuais, e mais precisamente do estudo da pedofilia. Os aspectos psíquicos, biológicos, sociais, comportamentais inerentes ao tema conclamam a união de vários ramos da ciência para que se possa avaliar, qualificar, tipificar, culpar e aplicar as medidas necessárias ao combate, prevenção e proteção da sociedade frente a comportamentos que abalam tanto a ordem social.

3.4 A PSICOLOGIA NO DIREITO PENAL

Um dos princípios basilares para a execução das penas é o da individualização da sanção penal segundo critérios psicológicos e sociais, o que acarreta em uma avaliação criminológica do delinqüente.²³³

Para João Farias Júnior, a Criminologia é uma ciência voltada para o estudo do homem e do seu e complementa que trata-se de uma ciência que estuda:

A ciência humano-social que estuda:

- a) o homem criminoso, a natureza de sua personalidade e os fatores criminógenos;
- b) a criminalidade, suas geratrizes, o grau de sua nocividade social, a insegurança e a intranqüilidade que ela é capaz de causar à sociedade e a seus membros;
- c) a solução do problema da criminalidade da violência através do emprego dos meios capazes de prevenir a incidência e a reincidência do crime, evitando ou eliminando sua causas.²³⁴

Portanto, o estudo do homem criminoso e do seu comportamento como tal é o objeto de estudos da criminologia.²³⁵

Por certo, há outras ciências também voltadas para o conhecimento do ser humano enquanto ser integrante da sociedade que auxiliam e complementam os diagnósticos da criminologia como a medicina, a psicologia e a sociologia.²³⁶

²³³ CARVALHO, Salo de. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 141. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 141-155.

²³⁴ FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21.

²³⁵ *Ibid.*, p. 23.

²³⁶ RIGONATTI, Sérgio Paulo; SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Edgard Luiz de (Org.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003. p. 250.

Essa interação entre ciências humanas torna-se o alicerce na construção do procedimento criminológico que envolve: “diagnóstico – reabilitação – prognóstico”.²³⁷

Nesse contexto da Criminologia e do exame criminológico cabe frisar que o procedimento de análise do indivíduo criminoso, no âmbito da Criminologia, é um estudo pós condenação:

É importante salientar que o exame criminológico difere do exame de personalidade [...] o exame criminológico só é empregado após declarada culpa ou periculosidade do indivíduo partindo do binômio delito-delinquente, enquanto que o Exame de Personalidade é empregado tanto na fase processual, na execução e na medida de segurança, visando uma investigação do indivíduo além do crime cometido.²³⁸

O objetivo é direcionado à uma individualização da pena, ou seja:

Abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa.²³⁹

Dessa forma, ao exame criminológico são anexados os exames de classificação, que correspondem àqueles realizados pelo juiz no momento da dosimetria da pena, e o parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) que, segundo explicativo ensinamento de Tânia Kolker, é:

[...] presidida pelo Diretor e composta, no mínimo por dois chefes de serviços, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. Essa Comissão tem como atribuições estudar e propor medidas que aprimorem a execução penal, acompanhar a execução das penas, elaborar o programa individualizador, apurar as infrações disciplinares e avaliar as condições dos presos com direito a livramento condicional ou progressão de regime.²⁴⁰

O parecer do CTC unido ao exame criminológico nos leva ao entendimento de que:

[...] Ao longo do processo penal, e da execução da pena prolifera toda uma série de instancias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicam em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou

²³⁷ RIGONATTI, Sérgio Paulo; SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Edgard Luiz de (Org.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003. p. 251.

²³⁸ *Ibid.*, p. 252.

²³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. p. 1013.

²⁴⁰ KOLKER, Tânia. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 194. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 157-204.

psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir [...]²⁴¹

Ocorre que princípios e entendimentos construídos no século XIX, com a Escola Positiva, enfatizada no Cap. I deste trabalho monográfico, já demonstravam a preocupação e importância de um estudo e de uma visão voltada para a pessoa do delinqüente:

[...] Os adeptos da Escola Positiva de Direito Penal voltam-se para o homem delinquente e as características que os distinguem dos demais. Com esse objetivo tentam individualizar os fatores que condicionam o comportamento criminoso e, apoiados em pressupostos deterministas e na noção de hereditariedade, passam a criticar a noção de livre arbítrio e a questionar a responsabilidade dos criminosos. [...] entendo que a sociedade tinha direito de se defender desse perigo e que as leis não tinham o mesmo efeito de intimidação sobre os diferentes homens, os positivistas propõem que é preciso criar alguma sanção para neutralizar os delinqüentes natos, reservando as penas tradicionais aos criminosos ocasionais, susceptíveis de serem disciplinados e incorporados ao mercado de trabalho.²⁴²

Nesse contexto, urge saber que o conhecimento psíquico do homem, o que inclui as motivações, experiências, ações que conduzem o ser humano a determinados atos e comportamentos é a natureza da Psicologia moderna:

[...] investigar os *fenômenos psíquicos*, isto é, o conjunto de fatos que formam, subjetivamente, nossa experiência interna e que se acusam do ponto de vista objetivo como manifestações do funcionamento global do organismo humano ou, dito de outro modo, como ações da pessoa. A moderna psicologia não pretende, por conseguinte, estudar a essência mas os resultados da atividade psíquica e, para isso, baseia-se, como toda outra ciência natural, na observação e na experimentação.²⁴³

Não é possível julgar um delito sem compreendê-lo, mas para isto é preciso não só conhecer os antecedentes da situação, mas também o valor de todos os fatores determinantes da reação pessoal que antes estudamos; e este é o trabalho psicológico que compete ao jurista realizar se quiser merecer este nome. Dos delitos aparentemente iguais e determinados pelas mesmas circunstâncias extremas podem, no entanto, ter uma significação inteiramente distinta e devem, por conseguinte, ser julgados e condenados de um modo absolutamente diferente.²⁴⁴

Diante do fato da psicologia ser uma ciência voltada para os fenômenos psíquicos e, no que concerne a sua atuação no campo do Direito, extrai-se que a

²⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 22.

²⁴² KOLKER, Tânia. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 174. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008. p. 157-204.

²⁴³ MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003. p. 2.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 131.

sua contribuição no âmbito penal, primeiramente se dá na fase de pré condenação do indivíduo, onde ele será considerado imputável ou inimputável. Em sendo considerado imputável, a psicologia, agora numa segunda fase, irá novamente contribuir para a conclusão do exame criminológico e da conseqüente individualização da pena; o que demonstra a real aplicabilidade dessa ciência e de seus conhecimentos em todo o processo de avaliação do crime e de seu agente.

Os ensinamentos de Tânia Kolker bem resumem o cerne de todo o questionado acima:

[...] com a consagração do princípio de individualização das penas, ampliam as oportunidades em que um condenado será tornado alvo de uma avaliação técnica e crescem em importância os procedimentos que visam diagnosticar, analisar ou estudar a personalidade e a história de vida dos condenados, com o objetivo de adequar o tratamento penitenciário às características e necessidades de cada preso ou de prever futuros comportamentos delinqüências.²⁴⁵

3.5 PEDOFILIA: DOENÇA MENTAL OU PERTURBAÇÃO MENTAL

A consagração do princípio da individualização da pena, a humanização da sanção penal e a conseqüente preocupação com o delinqüente, com as circunstâncias psíquicas que influenciaram na realização do ato criminoso, representam uma mudança na forma de avaliar o crime e de impor uma penalidade.²⁴⁶

A investigação da mente do indivíduo antes do julgamento penal objetiva esclarecer a sua culpabilidade diante do fato cometido.²⁴⁷

Discorrido no capítulo anterior acerca da imputabilidade penal e da análise biopsicológica do delinqüente como forma de analisar a capacidade de determinação, o livre arbítrio e a sanidade mental do indivíduo no momento do cometimento do crime; resta averiguar se a pedofilia enquadra-se nos critérios da imputabilidade penal, o que conduziria o delinqüente ao cumprimento das penas

²⁴⁵ KOLKER, Tânia. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 198. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008. p. 157-204.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 171.

²⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009. p. 291.

privativas de liberdade tipificadas no CPB, ou se trata, pelo fato de ser um transtorno mental, de uma situação passível de conduzir o indivíduo aos tratamentos das medidas de segurança:

Importa agora, não apenas estabelecer que lei sanciona esta infração, mas verificar, também, até que ponto a vontade do réu determinou o crime, se o infrator apresenta alguma periculosidade e de que maneira ele será melhor corrido. Isso significa que a partir de agora o juiz já não julgará sozinho. De um lado, a medicina mental será chamada ao tribunal para decidir sobre a responsabilidade e a periculosidade do criminoso, avaliando se ele se encontrava em estado de loucura na hora do ato e se ele é acessível à SANÇÃO PENAL e de outro, uma nova modalidade de técnicos avaliará o efeito da pena sobre o condenado e se ele merece ou não posto em liberdade.²⁴⁸

Ratificando a informação acima, apesar de ser pacífico que a pedofilia é um transtorno sexual, a sua classificação como doença ou perturbação mental é assunto que suscita diversas discussões:²⁴⁹

Pedófilos, em geral, são plenamente capazes de entender o caráter ilícito do fato (aspecto cognitivo ou intelectual). Mais sutil, entretanto, é o exame da capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento (aspecto volitivo).²⁵⁰

Dessa forma o poder de determinar-se transformasse no cerne da discussão que envolve a imputabilidade penal do pedófilo e, conseqüentemente, a penalidade a ser imposta.²⁵¹

Com efeito, a pedofilia, embora contemplada pelos sistemas classificatórios vigentes (CID-10 e DSM-IV), tem sido considerada uma entidade atípica. Nesse sentido, ela não encerraria a condição plena de doença ou perturbação mental como qualificativos restritos do sujeito-corpo e, talvez, pudesse melhor descrita como uma desordem distintivamente moral.²⁵²

Caracterizada como uma parafilia, por certo enseja comportamentos pertinentes e intensos que, sob outro foco, que não o de doença ou perturbação mental, requer um tratamento.²⁵³

Sendo considerada, porém uma doença mental, o indivíduo tido como pedófilo seria, segundo orientação do CPB, considerado inimputável, passível

²⁴⁸ KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. p. 171. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008. p. 157-204.

²⁴⁹ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

²⁵⁰ Ibid., p. 84.

²⁵¹ Ibid., p. 84.

²⁵² Ibid., p. 84.

²⁵³ Ibid., p. 85.

somente de submissão a uma medida de segurança. Sendo, no entanto, portador de uma perturbação mental, a penalidade aplicada ao caso poderia ser reduzida e o sujeito considerado semi-imputável, ou ser-lhe-ia aplicada uma medida de segurança em prol do seu tratamento e da proteção da sociedade. Conclui-se assim, que, em ambos os casos, o indivíduo seria passível de se submeter a tratamento individual embasado no transtorno sexual inerente a todo pedófilo.²⁵⁴

Urge salientar que o fato da pedofilia ser classificada como um transtorno sexual de difícil cura definitiva e apesar de existir “[...] uma tendência universal de considerar pedófilos imputáveis”, não se pode fugir da finalidade precípua da pena que é proteger a sociedade. Em sendo um transtorno, não pode ser encarada como um crime cometido por um indivíduo mentalmente normal sob pena de infringir princípios constitucionalmente consagrados.²⁵⁵

Corroborando com a necessidade de um estudo cauteloso sobre a pedofilia e com a máxima protetiva da sociedade, está a premissa de que um abusador sexual, nem sempre é um pedófilo: “[...] muitos abusos sexuais que se cometem contra a infância são praticados por agressores ou abusadores sexuais, e não indivíduos propriamente pedófilos”.²⁵⁶

Diante de situações tão antagônicas, NOME DO AUTOR, sintetiza da seguinte forma a questão da pedofilia, uma espécie de parafilia:

As parafilias não provocam turvação de consciência, transtornos perceptíveis ou do juízo da realidade. Sua ação é a alteração qualitativa na escolha do objeto de desejo e, em alguns casos, quantitativa do impulso. Apesar de a grande maioria dos parafilicos sem co-morbidade psiquiátrica ser inteiramente capaz de determinar-se, admitimos a possibilidade de existir um desequilíbrio entre o instrumental psicológico de autocontrole e a intensidade do impulso. Para avaliar essa hipótese, são necessários bom senso do perito e detalhada análise do caso [...].²⁵⁷

Conclui-se que há distinções entre pedófilos e abusadores sexuais, e portanto, sanções distintas devem ser impostas e cautelas devem ser tomadas para que não se puna com sanções que em nada contribuirão para a manutenção da ordem social e proteção social e tampouco servirão como formas humanitárias de

²⁵⁴ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 85.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 34.

²⁵⁷ TRIPICCHIO, Adalberto. *Sexologia forense*. Disponível em: <<http://www.intra.redepsi.com.br/teste/portal/modules/smartsection/item.php?itemid=515>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

tratar, prevenir e ressocializar o delinquente; ao contrário serão uma nítida afronta aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

As orientações do DSM-IV associadas ao laudo psiquiátrico irão determinar se no caso concreto deve ser aplicado medida de segurança ou redução penal. Por fim, os traços psíquicos do indivíduo determinarão se ele é imputável ou semi-imputável.²⁵⁸

3.6 FORMAS DE TRATAMENTO

Assim como a pedofilia é objeto de estudos inconclusivos, os tratamentos a ela propostos também se mostram em fase de análises e são alvos de críticas e questionamentos com relação as suas eficácias.²⁵⁹

O fato de o perfil psicológico do pedófilo ser diversificado, impossibilitando uma precisa relação de seus atos com a sua personalidade e das causas da pedofilia serem distintas, contribui para a laboriosa delimitação de um tratamento.²⁶⁰

As terapias de cunho psicológico e a castração química ou física são os atuais tratamentos aplicados aos pedófilos.²⁶¹ As primeiras se propõem a, num processo terapêutico de conscientização e reabilitação, atingir uma melhora ou até a cessação da prática do abuso, tarefa esta que não vem apresentando sucesso.²⁶²

Mesmo em um processo terapêutico considerado bem sucedido, deve-se deixar claro que os pedófilos podem não ficar curados, sendo preferível referir uma condição de melhora e de cessação do abuso, uma vez que, sob algum fator desencadeante, a conduta pedofílica pode ser reeditada e se manifestar como forma de recidivismo.²⁶³

Diante de um baixo nível de satisfação, as castrações químicas e até mesmo a física se apresentam como solução para o problema. Ocorre que acabam por esbarrarem em princípios e orientações humanitárias e éticas de cunho jurídico e

²⁵⁸ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 49.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 43.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 49.

²⁶² *Ibid.*, p. 49.

²⁶³ *Ibid.*, p. 49.

social, o que contribui para o surgimento de inúmeras polêmicas e questionamentos que acabam por retardar os estudos direcionados a esse tipo de tratamento.²⁶⁴

[...] 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 de obstrução do impulso e do desejo sexual.²⁶⁵

Frente a essa situação de prognósticos restritos com relação à pedofilia, somado ao sentimento populacional arraigado de vingança frente a comportamentos tão repudiosos, é comum orientações no seguinte sentido:

[...] pedófilos costumam reincidir e precisam ser tratados para o seu bem e para o bem das hipotéticas vítimas futuras, e adverte, ainda, para necessidade de prudência, uma vez que as múltiplas abordagens psicoterapêuticas não têm sido exitosas, razão pela qual refere que, no interesse social, a reclusão prolongada funcionaria um bom preventivo.²⁶⁶

Esse tipo de pensamento, porém, além de ir contra o princípio da proporcionalidade entre o ato cometido e a pena a ele imposta, representa uma marginalização do delinquente e um retrocesso ao período da vingança própria dos povos primitivos. E vai da mesma forma contra toda a explanação acima descrita com relação a sua classificação como transtorno sexual e aos diversificados fatores que envolvem o assunto pedofilia:

[...] a questão da violência contra a criança encerra ainda muitas surpresas, e se não estivermos atentos a elas corremos o risco de analisar e agir pautados nas crenças advindas do senso comum, que tende a reforçar escalas de valores auto-referentes e a desconhecer a diversidade.²⁶⁷

O certo é que a pedofilia é uma doença classificada internacionalmente no CID-10 e deve ser tratada como tal. Os princípios constitucionais e penais devem servir de alicerce norteador da aplicabilidade penal para que haja o respeito tanto aos interesses da sociedade como aos direitos individuais de cada ser humano.

²⁶⁴ Ibid., p. 49.

²⁶⁵ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

²⁶⁶ Ibid., p. 54.

²⁶⁷ GONÇALVES, Hebe Signorini. Violência contra a criança e o adolescente. p. 281. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 277-304.

CONCLUSÃO

Finalizado o trabalho, resta a sensação de cumprimento dos objetivos explícitos e implícitos suscitados na introdução.

Os questionamentos foram respondidos e conduziram à conclusão de que a pedofilia, como um desvio sexual que é, não pode ser tratada com os rigores de um crime cometido por um indivíduo que goza de todas as faculdades, sob pena de infração a princípios basilares constitucionais.

A vingança e o sentimento de punição latente na população, ratificados, muitas vezes, pelos doutrinadores, pelos elaboradores de nossas leis e até pelos conhecedores das normas e princípios basilares da Ordem Constitucional Brasileira, os juristas é um sentimento retrógrado, desprovido do sentimento humanitário das leis penais e que só remete ao período primitivo da humanidade.

Ignorar o fato de a pedofilia ser um transtorno sexual que pode ensejar em condições de indeterminismo ou de uma parcial capacidade de determinar-se é retroceder à era da vingança sem precedentes, sem limites e que só é compatível com sociedades primitivas e alheias aos direitos humanos e ao respeito aos indivíduos.

O inconclusivo estudo acerca de todos os fatores que envolvem a pedofilia não pode ser a bandeira levantada para justificar um tratamento igual a indivíduos totalmente desiguais, os pedófilos e os agressores sexuais.

Ao contrário, o fato de ainda não se ter chegado a conclusões definitivas sobre a pedofilia enseja em cautela na aplicabilidade das sanções para que não se caia na armadilha de, sob o argumento de proteção da sociedade, infringir direitos individuais e sociais alcançados durante toda a evolução do Direito Penal Brasileiro e ultrapassar a tênue linha entre a impunidade e a justiça.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. Título original: Dei delitti e delle pene.

BRASIL. *Decreto- lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 1 de mai. de 2010.

CARVALHO, Salo de. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 141-155.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>. Acesso em: 1 de maio de 2010.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008. Título original: Fundamento y finalidad de La sanción: um derecho a castigar?

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. Título original: Surveiller et punir.

GONÇALVES, Hebe Signorini. Violência contra a criança e o adolescente. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 277-304.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. 1 v.

HISGAIL, Fani. *Pedofilia: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Iluminuras, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.

KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Pontes (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 157-204.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios da legalidade penal*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1994. 1 v.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de direito penal: parte geral*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008.

RIGONATTI, Sérgio Paulo; SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Edgard Luiz de (Org.). *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

TRIPICCHIO, Adalberto. *Sexologia forense*. Disponível em: <<http://www.intra.redepsi.com.br/teste/portal/modules/smartsection/item.php?itemid=515>>. Acesso em: 10 mai. 2010., 17:55:01.