

ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEGUNDO A LEI 12.015/2009*

Valdeci Lima da Cunha**

Cláudia Elaine Costa de Oliveira***

RESUMO: A Lei nº 12.015/2009 entrou em vigor a partir da data de sua publicação, tendo o corpo do seu texto modificado o conteúdo do Título VI referente ao Código Penal brasileiro, no que diz respeito aos crimes nominados de contra os costumes. Esse Título passou a se dedicar aos crimes contra a dignidade sexual. A legislação ora citada, no Capítulo I, protege a autodeterminação sexual das pessoas. Este trabalho tem o objetivo geral de identificar as concepções sobre o crime de estupro de vulnerável a partir da promulgação da Lei nº 12.015/2009. Como objetivos específicos se elencam: compreender as concepções sobre o crime de estupro de vulnerável e pedofilia; conhecer os direitos humanos e as garantias individuais da criança e do adolescente; esclarecer sobre as penas privativas de liberdade no sistema prisional acusatório brasileiro e a compreensão sobre o crime de estupro na psiquiatria. A metodologia do trabalho se baseou em uma pesquisa de cunho bibliográfico. Como resultados, se conclui que a Lei constituiu o crime de estupro como hediondo, alertando-se que existe uma compreensão subjetiva acerca do pedófilo e estuprador de vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: ECA. Estupro. Legislação. Pedófilo.

ABSTRACT: Law No. 12,015/2009 entered into force from the date of its publication, and the body of its text modified the content of Title VI referring to the Brazilian Penal Code, with respect to crimes nominated against customs. This Title began to devote itself to crimes against sexual dignity. The legislation cited herein in Chapter I protects people's sexual self-pedophilia; to know the human rights and individual guarantees of the child and adolescent; to clarify about the custodial sentences in the Brazilian accusatory prison system and the determination. This paper has the general objective of identifying the conceptions about the crime of rape of vulnerable people from the enactment of Law No. 12,015/2009. As specific

* Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau em Bacharel em Direito.

** Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. E-mail: construtoracunhave@hotmail.com.

*** Professora Orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso. Graduada em Direito pela Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns – FECHA/GO, Mestre em Desenvolvimento Regional e Ambiental pela UNIALFA/GO, Doutoranda em Ciências Ambientais pela UNIEVANGÉLICA/GO, Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ.

objectives are related: to understand the conceptions about the crime of rape of vulnerable and understanding of the crime of rape in psychiatry. The methodology of the work was based on a bibliographic research. As a result, it is concluded that the Law constituted the crime of rape as heinous, warning that there is a subjective understanding about the pedophile and rapist of vulnerable.

KEYWORDS: ECA. Rape. Legislation. Pedophile.

1 INTRODUÇÃO

Ao discutir sobre o conceito de Direito, se observa que este se relaciona a uma ordenação, objetivando a garantia do bem comum, ou seja, o que cada ser humano pode realizar sem prejudicar o bem do outro. Por conseguinte, para que essa ordenação aconteça implica considerar uma estrutura tridimensional bilateral atributiva. Essa concepção bilateral atributiva se refere às relações de exigibilidade conforme uma proporção objetiva (MARTINS NETO, 2003).

Outrossim, o direito também implica em uma relação de proporcionalidade real e pessoal, cuja medida é o homem. O Direito diz respeito a uma ciência, ramo do conhecimento humano, cuja acepção contemporânea indica uma doutrina. À priori, a ciência do Direito teve o nome de jurisprudência que se associa a virtude da prudência considerada primordial para os juristas. O Direito em seu sentido axiológico pode ser empregado como sinônimo de justiça. O sentido subjetivo do Direito se relaciona ao direito de se dispor do que é nosso. Ao mesmo tempo em que ordena a conduta assegura o poder de agir. Os diversos significados da palavra Direito correspondem a três aspectos básicos: o fato (social e histórico), o valor (axiológico) e a norma (ordenamento), considerados a teoria tridimensional dessa ciência.

Como situações problema se definem: Quais as concepções sobre o crime de estupro a partir da instituição da Lei nº 12.015/2009? Quais são as penas privativas de liberdade presentes no sistema prisional acusatório brasileiro? Quais as características do sistema penas acusatório no sistema democrático de direito? Esse trabalho tem o objetivo geral de identificar as concepções sobre o crime de estupro de vulnerável a partir da promulgação da Lei. Como objetivos específicos se elencam: compreender as concepções sobre o crime de estupro de vulnerável e pedofilia; conhecer os direitos humanos e as garantias individuais da criança e do adolescente; esclarecer sobre as penas privativas de liberdade no sistema prisional acusatório brasileiro e a compreensão sobre o crime de estupro na psiquiatria.

A pesquisa partiu de uma revisão bibliográfica de obras publicadas sobre o tema, incluindo artigos e matérias veiculadas em revistas eletrônicas, abrangendo a análise da

legislação vigente, nacional e internacional do processo de prisão no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram feitas buscas por artigos construídos em língua inglesa, espanhola e portuguesa no *Scientific Electronic Library Online* - SCIELO. A busca dos artigos priorizou as seguintes palavras-chave: prisão, direitos, audiência de custódia, excluindo-se os que não atendessem a esses critérios elencados. No primeiro capítulo se fez a introdução. O segundo capítulo trata sobre o crime de estupro a partir da leitura da Lei, discutindo a origem da palavra pedofilia e a educação sexual como política de prevenção a esse crime. No terceiro capítulo se discute sobre os direitos humanos e as garantias individuais da criança e do adolescente, focando no direito à liberdade e princípio da presunção da inocência.

O terceiro capítulo aborda o sistema prisional brasileiro, focando na pena privatiza de liberdade e na compreensão psiquiátrica sobre o estuprador possuir uma doença mental. Por último, se fazem as considerações finais.

2 O CRIME DE ESTUPRO NO TEXTO DA LEI nº 12.015/2009

A Lei nº 12.015/2009 entrou em vigor a partir da data de sua publicação, tendo o corpo do seu texto modificado o conteúdo do Título VI referente ao Código Penal brasileiro, no que diz respeito aos crimes nominados de contra os costumes. Esse Título passou a se dedicar aos crimes contra a dignidade sexual. A legislação ora citada, no Capítulo I, protege a autodeterminação sexual das pessoas. Homem e mulher se unirem e formarem uma família é considerado uma atitude padrão na sociedade, sendo a mulher concebida como o objeto sexual do gênero masculino e o homem do feminino. Atualmente, modelos de família estão mais diversificados. É comum a família monoparental formada pelo pai ou mãe e o filho; a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos, e com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de maio de 2011, pode reconhecer a família formada por homossexuais.

É de suma importância, nos dias de hoje, que a família seja recebida e aceita com suas novas modalidades de relacionamentos. Não se pode entender que o conceito de família esteja em crise, mas sim que está passando por um processo de transformação diante das grandes mudanças sociais. Cada mudança existente na sociedade necessita de uma proteção do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira. Para isso, é de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais. Desta forma o preconceito com as pessoas do mesmo sexo vem diminuindo com o passar do tempo, com a evolução da sociedade e com os avanços jurídicos, garantindo assim, direitos a casais homossexuais, como a união entre eles, e seu reconhecimento como família.

Tanto o homem, quanto a mulher poderá ser vítima de estupro. O registro mais antigo sobre o crime de violência sexual se encontra escrito no Código de Hamurabi, Art. 130, o qual previa a pena capital, ou seja, a morte, para o homem que violasse uma mulher virgem que ainda morasse na casa dos pais. Em outras culturas, a forma de tratar o estupro era diferenciada, pois segundo o Código de Manu, o estuprador seria mutilado; os hititas puniam o estuprador com o apedrejamento até a morte; em Roma, a violência sexual era tratada pela esfera privada, ou seja, era competência do *pater*. (VIGARELLO, 1998).

Contemporaneamente, a Lei nº 12.015/2009 alterou a redação sobre o tipo penal estupro, inferindo-lhe tanto atualidade, quanto adequação. Nessa acepção, o estupro passou a ser considerado quanto for cometido pelo homem contra a mulher, como pela mulher contra o homem. Nesse sentido, conforme o Art. 213, do Código Penal, o estupro passou a ser considerado da seguinte forma:

Art. 213: constranger além, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso;
 Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos;
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos; Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos; § 2º Se da conduta resulta morte:
 Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Conforme a leitura da Lei, se muda o efeito relacionado à punição das condutas, pois o crime de estupro passa a ser considerado comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, sendo a vítima homem ou mulher. Se antes o estupro era considerado pela prática da conjunção carnal com a penetração do pênis na vagina e, portanto, somente cometido contra a mulher, a Lei faz a leitura que o estupro também pode ser cometido pela mulher.

O tipo objetivo do estupro é constranger, (obrigar, compelir, forçar, coagir) uma pessoa a fazer algo contra a sua vontade. Nesse sentido, não consentir a prática da sexo é pressuposto para o crime, sendo essencial haver a resistência séria e inequívoca por parte da vítima, manifestando sua discordância durante todo o ato sexual.

Portanto, o estupro pode ser cometido de duas formas: cometer o ato, participando o agente de forma ativa e permitir que se pratique, ou seja, a participação passiva do agente, podendo ser praticado por uma ação (regra) ou omissão (quando o sujeito possui o dever jurídico de agir (art. 13, § 2º). Nesse sentido, aduz que: “Os principais exemplos que as doutrinas trazem é o do carcereiro que está ciente da intenção dos demais detentos e não faz nada para impedir que estes estuprem um companheiro de cela, ou até mesmo uma parente

que
 vá fazer a visita íntima”.

Por esse ângulo, os atos libidinosos são todos que tenham por finalidade a conotação sexual, abrangendo o típico ato libidinoso; a conjunção carnal, dentre outros, como masturbação, o coito anal, toque ou o beijo nas partes íntimas. Portanto, para que seja configurado crime de estupro não se faz necessário. Para a configuração do crime de estupro, não mais é necessário que o contato físico aconteça, ou seja, somente basta que a se obrigue a vítima a se auto-mastubar, não se exigindo que o agente esteja envolvido no ato de forma física. Se configura, ainda, quando a vítima é obrigada a realizar ato sexual tanto no agente ou relacionado a terceiros. O estupro também se configura pela retirada da roupa da vítima, sendo praticado por qualquer pessoa e qualquer sexo, aplicando-se a mesma regra para o sujeito passivo, sendo possível cometer esse crime por homens e mulheres do mesmo sexo.

O dolo se institui como o elemento subjetivo, sendo o crime punido na forma dolosa. Nesse âmbito,

Vale salientar que já é pacífica a situação em que o marido comete estupro contra a própria esposa, isto porque o art. 226, II do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.106/05, passou a prever um aumento da metade da pena sempre que o crime sexual for cometido por cônjuge ou companheiro. (GONÇALVES, 2010, p. 22).

Se alerta que não é necessário que o sexo aconteça para ser considerado estupro. Na Constituição brasileira alguns princípios constitucionais demandam a concepção sobre a dignidade na ordem jurídico-cultural brasileira. Dentre estes princípios destacam-se o princípio da dignidade da pessoa humana. A ordem constitucional, ao reconhecer a valorização da dignidade da pessoa humana, assevera a essencialidade e a relevância da conduta para a afirmação do ser humano, tanto no plano individual quanto no plano de sua inclusão social. Portanto, a dignidade da pessoa humana é violada quando ela é tratada como objeto sexual de outra, à guisa de satisfazer os seus desejos sexuais por meio da força. Praticado o estupro contra a mulher, sua vontade é suprimida, devendo suportar sozinha os efeitos da gravidez. A Lei reconhece que todo ser humano deve ser respeitado em sua existência, sendo legitimada a prática abortiva.

No tocante ao enquadramento típico do fato, tendo em vista a vigência da Lei n. 12.015/2009, a qual alterou profundamente a legislação pertinente aos delitos até então constantes do Título VI do Código Penal, “Crimes contra os Costumes”, agora intitulado “Crimes contra a Dignidade Sexual”, cumpre trazer algumas ponderações. Em primeiro lugar, se destaca que não há de se falar em descriminalização do delito de atentado violento ao pudor, objeto da presente condenação. Verifica-se que a tipificação do crime permanece vigente, o que se alterou foi tão somente a definição legal antes denominada “atentado violento ao pudor”.

O antigo art. 214 do CP foi sim revogado, mas continua hígida na legislação a tipificação penal da conduta, agora, no entanto, parte integrante da definição do delito de estupro, cuja pena, ressaltado, permanece a mesma. Assim, como se depreende da exposição de motivos do Senado Federal quando da votação do projeto de lei n. 253/2003, que deu origem à Lei n. 12.015/2009,

O presente projeto, por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas de sexo masculino ou feminino. Seria renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende com sendo ato sexual vaginal. (BRASIL, 2009).

Nestes termos, a conduta praticada pelo requerente continua merecendo a reprimenda penal. Quanto ao novo tipo penal do art. 217-A do Código Penal, Estupro de Vulnerável, “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” – pena de reclusão, de 08 a 15 anos. A ordem constitucional de 1988 veio a consagrar os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, consoante refere o art. 227, abaixo transcrito:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para tanto, se faz necessidade precípua que os pais mantenham um diálogo aberto com seus filhos, tendo em vista esclarecer sobre a vida sexual ativa. Como o adolescente está suscetível a conflitos de ordem pessoal, cultural e social, sofrendo influências tanto biológicas, quanto físicas e psicológicas é necessário que seja educado e informado, de forma crítica e consciente, a respeito da sexualidade. O movimento nacional de proteção à infância e à juventude se respalda em um movimento maior, de cunho internacional, sob a tutela da Organização das Nações Unidas – ONU. Para que essa proteção realmente viesse a acontecer necessitou da transformação de alguns conceitos específicos acerca da infância e da família que se diferenciaram ao longo dos séculos, o que respaldou a criação de políticas públicas voltadas para esse fim. Em determinados momentos históricos e sociais a criança foi tratada de diferentes maneiras, sem o respeito à sua particularidade infantil e sofrendo o descaso natural das famílias, aspecto que se reporta ao período medievo.

Para que possam ter voz foi fundamental a delegação de sua representação a indivíduos que fazem o papel de mediadores. Contudo, no Brasil, a construção de leis de proteção à infância e à adolescência esteve marcada pela subjetividade em relação à condição social destes. No

século XIX o menor assim considerado, foi alvo de intervenções assistencialistas em instituições filantrópicas. Quando passou a ser alvo de ações do Estado, este fato se deu pelo interesse em ser inserido como mão-de-obra no mercado de trabalho.

Assim, a legislação anuncia e define um quadro de direitos para os que necessitam de tratamento especial, porém a prática social não corresponde ao estabelecido em Lei. Então, o que ficou estabelecido nessa Convenção apenas criou expectativas acerca de um controle maior sobre os direitos das crianças e adolescentes, uma vez que para as ações acontecerem de fato é primordial o comprometimento da sociedade.

No arcabouço dessas primeiras conquistas em termos de direitos, no Brasil, cria-se, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que institui, dentre outras inovações, a criação de Conselhos Tutelares objetivando realizar ações conjuntas com o Estado para proteger crianças e adolescentes, enfatizando que na ausência da sua família, estes, excepcionalmente, serão criados em famílias substitutas. As legislações criadas nas décadas posteriores, 1990 a 2000, trouxeram avanços no sentido de respeitar a supremacia do cuidado com a criança. Nesse sentido, o Estado passa a poder intervir em sua defesa caso seja detectado algum conflito que ameace o seu bem-estar social. Essa supremacia de direitos teve como arcabouço político normatizações que foram criadas no Brasil, gestadas ainda nas décadas de 1980 a 1990, conforme relatado anteriormente. (DEMARTINI; GONÇALVES, 2016),

Através da ratificação da Convenção de Haia, pelo Brasil, em 1999, criam-se as Comissões Judiciárias de Adoção – CEJA's. Dando ênfase à conquista de direitos e respaldados na Constituição Federal da República (1988), cria-se no ano de 2006, em parceria com a sociedade, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária – PNCFC, reconhecendo a necessidade de investimento em Políticas Públicas que priorizem a atenção às famílias e, anunciando a possibilidade de operacionalizar o ECA.

Educar e conscientizar cabe a toda a sociedade, mostrando que as pessoas podem conviver umas com as outras independentemente das suas escolhas pessoais. Nesse sentido, a diferença dará lugar ao respeito para que as pessoas possam conviver de forma harmônica.

A adolescência é definida pela Organização Mundial de saúde (OMS) como o período situado entre a infância e a idade adulta, delimitado cronologicamente pela faixa compreendida entre 10 e 18 anos de idade. O Ministério da Saúde (MS) considera esse mesmo período, enquanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o considera de 12 a 18 anos.

Na fase da adolescência ocorrem importantes transformações no corpo, sendo caracterizada por um período de transformações fisiológicas da puberdade e por ser um período de vulnerabilidade física, psicológica e social, com mudanças complexas no processo de

desenvolvimento do ser humano, no modo de pensar, agir e no desempenho dos papéis sociais. Sendo a adolescência um processo de desenvolvimento biopsicossocial, pode ser marcada por crises, dificuldades, mal-estar e angústia, fazendo com que essa faixa etária necessite de um cuidado mais amplo e sensível, uma vez que o indivíduo adolescente está com a vulnerabilidade aumentada nos âmbitos biológico, psíquico e social (ARAÚJO *et. al.*, 2015).

Vivenciar a adolescência é, em muitos casos, passar por etapas extremamente conturbadas como o confronto do modo de pensar dos familiares, a formação da identidade do indivíduo, e temas como namoro, brincadeiras e escolha profissional adquire uma maior relevância. Dessa forma a garota adolescente encontra-se mais vulnerável à gravidez não planejada, às doenças sexualmente transmissíveis (DST), à exposição aos acidentes em decorrência do comportamento desafiador, além de diferentes formas de violência. (ARAÚJO, *et. al.* 2015).

Devido a sua condição social e política, em especial ao desenvolvimento biopsicossocial e a obrigatoriedade imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a adolescência tem sido destaque no cenário social e científico assegurando de que o Estado e a sociedade atuem na garantia dos direitos desse grupo social. Neste âmbito, se cria a necessidade da atuação em promoção a saúde na adolescência, partindo-se da premissa que um sistema de saúde centrado em formas de cuidado exclusivamente curativas não viabiliza a melhoria da atenção, não diminui a sobrecarga de atendimentos, e, tampouco, incentiva a população à tomada de decisões em vista de aderir aos comportamentos de saúde. (ARAÚJO, *et. al.*, 2015).

A promoção de saúde para adolescentes deve estar associada a uma educação construtiva, libertadora, dialógica e promotora de sua autonomia no autocuidado. Novos paradigmas surgiram na área da atenção à saúde de modo que o modelo hegemônico centrado na doença dá lugar a uma lógica que busca a qualidade de vida das pessoas, especialmente das mulheres.

2.1 Origem e definição da palavra pedofilia

A pedofilia causa aversão e repulsa na sociedade e nos próprios profissionais clínicos que fazem atendimento às vítimas e aos doentes. Nesse sentido, a pedofilia pode ser caracterizada como uma perturbação mental integrada ao grupo das parafilias.

O termo parafilia substituiu o termo perversão no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders III* -DSM-III-R (1987), como uma tentativa de observar esta perturbação psiquiátrica, numa perspectiva mais científica, buscando determinar se o indivíduo que pratica a pedofilia contra uma pessoa considerada vulnerável possui desvios na área da sexualidade.

Nessa acepção, implica o estabelecimento de uma norma clara para o comportamento sexual, tendo em vista que é cada vez mais difícil definir o que é um comportamento sexual normal, uma vez que muitas formas de atividade sexual condenadas, no passado, são reconhecidas como parte do status quo sexual. Assim, relações oral-genitais passaram a ser aceitas como conduta sexual saudável e, a relação anal foi retirada da lista de atividades perversas. Nesse mesmo olhar, a homossexualidade não é mais considerada uma doença psiquiátrica. A respeito da atividade sexual perversa, Freud a classifica como sendo a sexualidade focada nas regiões não-genitais do corpo.

Freud observou que traços de perversão poderiam ser encontrados nas pessoas, cujo inconsciente fosse submetido à exploração psicanalítica, reforçando a existência de uma essência perversa latente em todos os indivíduos. Sobre as parafilias, de acordo com o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders IV - DSM-IV-TR*, são caracterizadas como perturbações tanto na escolha do objeto, quanto na expressão da gratificação sexual. A atividade sexual, para ser considerada parafílica, deve ser caracterizada por uma preferência pelo uso de objetos para conseguir excitação sexual. Outrossim, deve acontecer a imposição de humilhação ou sofrimento ao próprio, ou a parceiro, podendo estar envolvidos nessa prática adultos ou crianças.

Neste contexto, a atividade sexual parafílica poderá ser feita de forma compulsiva, mesmo que envolvendo fantasias, causando angústia pelo sujeito e/ou a outra pessoa. Para lidar com o *continuum* entre a fantasia e a ação, o DSM-IV-TR desenvolveu um espectro de gravidade. Na gravidade considerada leve, os doentes sentem-se muito ansiosos, mas resistem e não os colocam em prática. No grau moderado, os doentes realizam a ação, mas de forma esporádica e ocasional. Nos casos definidos como graves, os doentes colocam em prática os seus desejos parafílicos (ANDREASEN, 2009).

De acordo com Andreasen (2009), mais de 50% dos casos de parafilias iniciam-se antes dos 18 anos de idade, cujo auge ocorre entre os 15 e os 25 anos de idade. Algumas vezes, as pessoas que sofrem com parafilia procuram tratamento com o receio de ser preso devido às fantasias parafílicas. Outrossim, pode ter receio de perder a família, o cônjuge, dentre outros. Mas em qualquer caso, a pedofilia constitui a parafilia mais encontrada dentro dos casos parafílicos identificados no contexto legal. O pedófilo tem dificuldade em assumir essa parafilia diante o psiquiatra, uma vez que é ato condenável por toda a sociedade.

O pedófilo quando preso, é objeto de tortura na convivência com os outros presos. No que diz respeito ao abuso sexual de menores em que estão envolvidos crianças ou jovens, existe a satisfação sexual do adulto ou jovem mais velho, se colocando em uma posição de poder ou autoridade sobre a vítima. (SADOCK; SADOCK, 2007).

O abuso sexual pode ser caracterizado como levar a criança ou o jovem a presenciar conversas ou leituras obscenas, tomando conhecimento de objetos pornográficos. Também, os menores podem ser fotografados, filmados ou gravados em práticas sexuais como recebendo beijos na boca, carícias genitais e nos seios, sendo obrigado a manipular os órgãos genitais do abusador. Os menores também poderão ser sujeitos à realização de coito (oral, anal ou vaginal). Algumas dessas práticas não são compreendidas pelos menores em virtude da sua idade e/ou falta de experiência, tendo em vista não estar preparado para aquela ação, sendo incapaz de dar o seu consentimento consciente e que, em última instância, violam a lei (DIAS; RIBEIRO; MAGALHÃES, 2010).

Dentre os grupos de pedófilos se categorizam:

Pedófilos: a sua motivação é basicamente sexual e encontram-se, com maior frequência, no contexto extrafamiliar. Para estes abusadores, a criança é, em maior ou menor grau, o objeto sexual preferencial.

Não pedófilos: as motivações são mais variadas - não haver outro parceiro disponível, deficiências intelectuais, psicopatologia e comportamento social degradado. Mais frequentemente, estes casos ocorrem no contexto intrafamiliar. Desta forma, podendo reunir diferentes motivações para o abuso, não se trata, em qualquer caso, de uma preferência específica (GOMES *apud* SANTOS, 2014, p. 8).

Se alerta que um abusador sexual de menores pode não ser pedófilo. Nesse âmbito, um ato isolado de abuso sexual de uma criança menor quando perpetrado por um adolescente, não permite classificar um sujeito como pedófilo. Por outro lado, se existe uma relação entre um adulto e uma criança adolescente menor de 16 anos com seu consentimento, esta é punida pela lei, independente da maturidade psicosssexual da criança adolescente.

Nessa acepção, existe o limite dos 16 anos para o sujeito pedófilo, deixando de fora os abusadores de idades mais jovens. O início da puberdade e da menstruação colide com a idade dos 13 anos (DSM-IV-TR), considerada como referência para a definição da pré-puberdade. Acerca da pedofilia, Bradford (1999) possui uma prevalência semelhante à perturbação obsessivo-compulsiva. Santos (2014, p. 9), discutindo sobre o perfil do pedófilo, asseveram que:

A grande maioria dos pedófilos é do sexo masculino, sendo uma condição relativamente rara, no sexo feminino. O pedófilo, em geral, tem uma atração específica por uma determinada idade e pode preferir crianças do sexo masculino, do sexo feminino, ou de ambos os sexos. Numa perspectiva psiquiátrica e descritiva, podemos dividir os pedófilos em fixados ou regressivos.

Baseado no exposto anteriormente, no início da década de 1970, em pesquisa realizada na cidade de Massachussets voltada para compreender o comportamento de presos abusadores sexuais de menores, foi diagnosticado que o pedófilo se sente atraído sexualmente por crianças

mais jovens. Já o pedófilo regressivo não apresenta atração sexual por crianças, até entrar na fase adulta. (GABBARD, 2006).

Os pedófilos fixados podem cometer os seus atos contra meninos, enquanto os regressivos se direcionam para as meninas. As meninas são abusadas no contexto familiar, por meio de uma relação de incesto. Os pedófilos fixados escolhem meninos como objeto do seu desejo sexual, podendo estar associado à ideia de um predador homossexual patológico. Mas a classificação do comportamento pedófilo não pode ser generalizada, vindo daí a dificuldade em traçar perfis clínicos. Vislumbra-se que a pedofilia não é um termo jurídico, e sim um termo médico que se refere a um distúrbio de comportamento a ser diagnosticado no caso concreto. Por esse ângulo, a pedofilia, espécie do gênero parafilia, pode ser definida como perversão, sendo classificada pela psicanálise como transtornos de uma estrutura psicopatológica caracterizada pelos desvios de objeto e finalidade sexuais.

No que diz respeito ao uso do termo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. 1. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. ACOLHIDO.

Réu submetido à avaliação psiquiátrica cujo laudo diagnosticou tratar-se de indivíduo portador de pedofilia, reconhecendo o nexo de causalidade entre a referida patologia mental e a conduta criminosa praticada pelo réu.

Avaliação pericial que recomenda aplicação de medida de segurança para o tratamento da patologia apresentada. Sentença que desconsiderou a recomendação dos expertos e aplicou pena reclusiva em regime aberto, mesmo tratando-se de crime hediondo praticado contra criança de oito anos, mediante violência real. Patologia mental diagnosticada que conduz o réu a impulsos sexuais desviados, sendo forte a probabilidade de siga praticando abusos sexuais em crianças se não for submetido a um rigoroso tratamento médico. Possibilidade de cura para a patologia reconhecida pelos expertos. Substituição da pena reclusiva por medida de segurança que se mostra recomendável, nos termos do art. 98 do Código Penal. Determinada a internação do réu no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso (IPF), pelo período mínimo de dois anos. APELO PROVIDO. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70011372471, Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Lúcia de Fátima Cerveira. Acórdão de 09 julho de 2007.

Neste ponto do estudo, se observa que existem termos distintos em relação às parafilias, e, como tais devem ser tratados, ainda que entre eles exista algum elo de semelhança, tal como a consequência para as vítimas de ambos os atos. Enquanto a pedofilia é tratada como uma psicopatologia, um desvio no desenvolvimento da sexualidade, caracterizado pela atração sexual de forma compulsiva e obsessiva por crianças e adolescentes, a pornografia infantil é tipificada em alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente pela simples exposição de cenas de nudez que envolva crianças ou adolescentes, desde que contenham conotação pornográfica.

2.1.1 A educação sexual como prevenção à prática do estupro de vulnerável

A educação sexual deve ser compreendida como um processo permanente de ensino e aprendizagem sobre a sexualidade humana que deve ser realizada de modo formal ou informal. Nesse sentido, a educação formal acontece no seio do sistema educativo, baseada em uma didática sistemática e ancorada em pressupostos científicos.

No que se relaciona à educação sexual informal, tem a ver com um processo global e imanente, que ocorre de forma deliberada desde o nascimento, por meio das experiências do cotidiano, fundamentada em valores do contexto social e familiar, com repercussão direta ou indireta sobre a vida humana. Portanto, é no seio da família que se inicia a formação e o desenvolvimento de opiniões e comportamentos relacionados à sexualidade, pois os familiares são os responsáveis por transmitir as primeiras noções e valores relacionados à sexualidade. Porém, estudos apontam que os pais se constroem em abordar a sexualidade para com os filhos/as, não sabendo como e quando conversar sobre o assunto.

Tal fato pode estar relacionado às próprias vivências sexuais dos pais, que podem ter tido uma orientação sexual repressora no que diz respeito ao sexo. Enfatiza-se que o diálogo sobre o sexo está associado à influência de fatores tanto sociais, quanto culturais, que implicam na forma de ensinar os filhos/as noções de sexualidade e como lidar com sua expressão na sociedade. A esse respeito, de acordo com Louro:

De qualquer forma, investimos muito nos corpos. De acordo com as mais diversas imposições culturais, nós os construímos de modo a adequá-los aos critérios estéticos, higiênicos, morais, dos grupos a que pertencemos. As imposições de saúde, vigor, vitalidade, juventude, beleza, força são distintamente significadas, nas mais variadas culturas e são também, nas distintas culturas, diferentemente atribuídas aos corpos de homens ou de mulheres. Através de muitos processos, de cuidados físicos, exercícios, roupas, aromas, adornos, inscrevemos nos corpos marcas de identidades e, consequentemente, de diferenciação. Treinamos nossos sentidos para perceber e decodificar essas marcas e aprendemos a classificar os sujeitos pelas formas como eles se apresentam corporalmente, pelos comportamentos e gestos que empregam e pelas várias formas com que se expressam (LOURO, 2015, p. 8).

Pesquisa de Portugal; Alberto (2015), afirma que pessoas de classes sociais mais favorecidas e de contextos urbanos tendem a ter maiores níveis de educação e de comunicação sobre sexualidade com a família. É por isso que se faz necessário que a educação sexual seja ministrada na escola, desde a infância, comprometida com uma cultura de prevenção e promoção da saúde sexual e com atitudes coletivas de respeito às distintas formas de se relacionar, pautando-se na garantia dos direitos humanos.

Contudo, no contexto brasileiro, existem dificuldades para implementar a educação sexual na escola, havendo, também, a falta de políticas públicas sobre esse assunto. Assim,

frequentemente ela tem sido reduzida ao estudo da fisiologia humana e do aparelho reprodutivo (VIEIRA; MATSUKURA, 2017).

A esse respeito, dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE) de 2016, informam que 87,3% dos estudantes do 9º ano do ensino fundamental tem acesso a informações sobre sexualidade na escola. Outrossim, os dados relacionados ao assunto relatam que os alunos têm acesso às informações sobre as infecções sexualmente transmissíveis (IST), gravidez e características fisiológicas dos sexos (IBGE, 2016).

Recentemente, o movimento Escola sem Partido defendeu que as discussões sobre gênero e orientação sexual na escola fossem impedidas de ser viabilizadas, em virtude de compreenderem que seria uma forma de doutrinar politicamente e ideologicamente os alunos.

Conforme os autores do movimento, as discussões acerca do gênero e orientação sexual poderia representar um retrocesso na educação sexual escolar. Mas, se alerta que, possivelmente, a discussão sobre tais assuntos na escola poderia contribuir para a conscientização acerca da violência doméstica e sexual contra crianças e adolescentes, criando o pensamento crítico acerca das maneiras com que a cultura heteronormativa interfere nas relações de gênero entre homens e mulheres (COLLING, 2017).

Na contemporaneidade, discute-se que os comportamentos sexuais estão associados a desfechos negativos, como a aquisição de IST e gestações não planejadas.

Por fim, faz-se importante pontuar que a vivência da sexualidade na adolescência não se resume ao ato sexual propriamente dito. Ela integra os relacionamentos afetivos e as vivências sociais mais amplas, entre outros aspectos que serão relevantes para as experiências futuras. A forma como ocorre o desenvolvimento da aprendizagem sexual terá impacto nas vivências adultas posteriores, nas relações profissionais, no autocuidado em saúde e nas noções sobre cidadania (LOURO, *apud* FURLANETTO; MARIN; GONÇALVES, 2019, p. 6).

Assim, compreendendo a formação da identidade sexual como um processo amplo e contínuo, faz-se necessário avaliar o acesso e a qualidade da informação sobre sexo e sexualidade nos contextos familiar e escolar na perspectiva de adolescentes. Não obstante, embora o aprendizado sobre o uso de preservativo e outras formas de cuidados com a saúde sexual ocorra nos principais ambientes com os quais o sujeito interage abordar acerca da sexualidade ainda traz constrangimento. Esse constrangimento pode estar associado à construção histórica em que a sexualidade foi consubstanciada, ou seja, sua origem se associou à conotação moral. (LOURO, 2015).

A história dos direitos da população feminina caracterizou-se pelo intenso processo de desresponsabilização do Estado brasileiro, sendo na contemporaneidade marcada pelo racismo latente que causa desigualdades sociais, econômicas e ausência de políticas equitativas.

No que diz respeito à mulher negra, houve sua hipersexualização, culturalmente construída na história do Brasil, forçadas a trabalhar e serem escravas sexuais dos colonos a partir de um do processo de violência sexual. Para tanto, se faz precípua discutir nas escolas sobre a interseccionalidade, a qual se define como o estudo das interconexões relacionadas aos sistemas de opressão, dominação ou discriminação. Tal conceito tem sido utilizado por feministas, ativistas e mulheres. Esse conceito se afirma por meio da demonstração das condições e status deste grupo, pois se entende que para abordar esse contexto racista se deve levar em consideração a relação de interação em que a opressão por meio do racismo e sexismo se reforçam mutuamente (SANTOS, 2017).

A sexualidade teve períodos de maior repressão, limitando tais discussões às esferas médicas e psiquiátricas (LOURO, 2015). Mas essa visão repressora de abordar o sexo passou a ser transformada, a partir das revoluções sociais da metade do século XX, respaldadas no movimento feminista de Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, queer, intersexuais e outros - LGBTQI+.

Esses movimentos impulsionaram as concepções sobre os direitos sexuais e reprodutivos, reivindicando o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas aos ideais de liberdade e autonomia, vinculando a sexualidade à promoção de saúde e qualidade de vida. Sendo assim vale ressaltar que recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu de forma unânime pelos fundamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF, onde os ministros do Supremo reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, com aplicação igualitária do art. 1.723 do Código Civil. O ministro Ayres Britto, relator das ações, usou o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor ou religião. Assim, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

A esse respeito, Moraes; Vitale (2015), afirmam que a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994), enfatizou a necessidade da criação de programas de informação e orientação sexual para adolescentes, considerando-os sujeitos de direito, o que foi respaldado no Brasil por meio da criação dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) de 1998. Os PCNs avançaram em relação à educação sexual ao propor que o tema da sexualidade fosse trabalhado em todas as disciplinas, de forma transversal (FURLANETTO, *et al.*, 2018). Mesmo com o incentivo nos PCNs, orientando que a sexualidade seja abordada nas escolas, os adolescentes que participaram do estudo de Furlanetto; Marin; Gonçalves (2018), asseveraram que o primeiro contato a respeito do sexo foi tratado no ambiente familiar.

A esse respeito, relataram que a família é o ambiente que se sentiram mais confortáveis para conversar sobre o sexo e dirimir dúvidas acerca da sexualidade, seguido dos amigos, internet e profissionais da escola. Apesar disso, informaram que a família não lhes deu boas informações acerca desse assunto, não os auxiliando a dirimir as dúvidas, sendo que 62,1% declararam não gostar de falar sobre o assunto com algum familiar, denotando a dificuldade de dialogar sobre o assunto em questão.

Portanto, se deve ensinar valores morais que serão responsáveis por propagar as transformações na vida dos indivíduos. Os homossexuais são rejeitados e discriminados por quase toda sociedade, e, esse comportamento vai sendo reforçado pelos diferentes tipos de comportamentos exteriorizados pelos indivíduos, desse modo, um ato discriminatório deve ser totalmente reprimido. Além da perda da autoestima e de sua identidade, o homossexual perde seu espaço dentro da sociedade. Em busca de sua identidade, o indivíduo procura o seu grupo na sociedade, a fim de garantir segurança e estima pessoal, e nesse contexto, a formação da identidade é determinada através da interação do indivíduo com o meio.

A homofobia tem relação com atitudes e sentimentos negativos para com a homossexualidade das pessoas que são identificados como lésbicas, gays, bissexuais ou transgêneros (LGBT). Tais atitudes envolvem sentimentos de desprezo, preconceito, ódio, sendo caracterizado como um comportamento irracional relacionado às crenças religiosas ou a ignorância humana. Nesse sentido, a educação sexual, na escola, poderia ser uma alternativa para modificar o pensamento a respeito da homossexualidade.

3 DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CONTEXTO HISTÓRICO E FACTUAIS

Na contemporaneidade, a concepção dos direitos humanos goza de aprovação generalizada. Contudo, não se pode afirmar que a ideia dos direitos humanos universais foi acolhida em todas as formas de organização política e social humana. Nesse sentido, faz-se necessário refletir em torno do tema dos direitos humanos a partir do contexto histórico, político e sociocultural. Se alerta que os direitos humanos no contexto da Europa continental se diferenciam do contexto norte-americano, tendo em vista as diferentes histórias, tradições, valores, religiões, dentre outros fatores que se diferenciam entre esses dois continentes. Nesse aspecto, esses dois contextos formaram novas formas de enxergar o mundo, refletindo, por conseguinte, sobre a concepção dos direitos humanos.

À priori, os direitos fundamentais se constituíram como a continuidade da tradição anglo-saxônica que restringia político e institucionalmente os poderes do monarca, buscando efetivar liberdades individuais como de se manifestar, de pensar de forma livre, de se reunir e

se locomover, de livre exercício de atividade profissional, além de liberdades políticas e civis. Os direitos podem ser divididos em dimensões ou gerações. Assim, são considerados direitos fundamentais de primeira geração os relacionados à liberdade civil e política. “Não por acaso a liberdade de consciência, de culto, de reunião e a inviolabilidade do domicílio são exemplos de direitos de primeira geração que tem como titular o homem considerado individualmente” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 79).

Esses direitos de primeira geração colocam o Estado na posição de prestador negativo, ou seja, de abster-se de interferir ou intervir no âmbito particular e íntimo do homem considerado em sua individualidade e como um cidadão de direitos.

Os direitos fundamentais de segunda geração prezam que se assegurem os direitos sociais, econômicos e culturais, baseado no princípio da igualdade, obrigando o Estado a prestações positivas, ou seja, a interferir e intervir para que a justiça social seja realizada.

Sobre tais questões Sarlet, (2009, p. 47) afirma que:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bemestar social”.

Os direitos de terceira geração são marcados pela titularidade difusa ou coletiva, da coletividade e dos grupos sociais, sendo o direito ao meio ambiente, à proteção ao patrimônio histórico e cultural da humanidade, à paz, dentre outros. Analisando os direitos nominados, até o momento, nesse trabalho, Lafer (1995), assevera que:

Enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (LAFER, 1995, p. 239).

Ao constituir como um dos princípios fundamentais os valores sociais, abre-se uma prerrogativa jurídica que estrutura a existência e projeta o indivíduo e sua vida na sociedade.

Contemporaneamente, no que se relaciona ao contexto internacional, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada no dia 07 de dezembro de 2000, sendo aprovada após extensa discussão e apreciação pelos Estados-membros no Conselho Europeu de Nice (GUERRA, 2011).

Nesse aspecto, se pode admitir que a centralidade dos direitos fundamentais deve se fundamentar no respeito à pessoa humana, repercutindo em suas ações e/ou omissões. Dimoulis; Martins (2008), afirmam que os direitos fundamentais são público-subjetivos dos indivíduos, considerados tanto pessoas físicas, quanto jurídicas. Miranda, (1998, p. 7) conceitua os direitos fundamentais como:

Os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tal, individual ou institucionalmente considerada, assente na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direito fundamentais em sentido material.

Tais direitos estão assegurados em dispositivos constitucionais, encerrando caráter normativo supremo dentro do Estado, cujo fim limita o exercício do poder deste, respeitando-se a liberdade individual da pessoa. Assim, os direitos fundamentais possuem alguns elementos básicos, quais sejam,

Os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 52-53).

No que se define como fundamentalidade formal e material, tem-se a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico, afirmando que um direito será considerado como fundamental “se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. [...] todos os direitos garantidos na constituição são considerados fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 53).

3.1 Direito a liberdade

Ser cidadão hoje é gozar do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, ou seja, ter direitos civis, participando do destino da sociedade, na medida em que se têm direitos civis e políticos. Embora tais direitos não assegurem a democracia, são direitos sociais que garantem a participação do indivíduo na coletividade. Para Castoriadis (2002), exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais. A cidadania foi conceituada como a relação social que vincula entre si os membros de uma comunidade política e é exercida mediante a participação nas estruturas de decisão sobre os assuntos da comunidade. O cidadão, em oposição ao súdito, é o membro de uma comunidade política, que o reconhece e o protege como sujeito de direitos, enquanto que ele tem a obrigação de cumprir as leis ou normas dessa comunidade, bem como é convidado moralmente a adquirir e a praticar as competências pessoais, profissionais e cívicas para a sua manutenção e melhoria.

A cidadania integra os direitos dos indivíduos (que devem ser protegidos) e os seus deveres para com a comunidade (mediante o cumprimento das leis e o bom exercício dos papéis sociais que lhes correspondem). A integração de direitos e de deveres não é obtida sem o fortalecimento de um duplo vínculo: o da comunidade em relação aos seus membros, protegendo realmente os seus direitos, e o dos membros em relação à comunidade.

Como mulheres e homens das sociedades modernas fomos assumindo progressivamente a tradição dos direitos individuais, instaurada desde o iluminismo, mas parece que é como se estivéssemos isentos de obrigações e de responsabilidades. Cortina (2014), criticou a quem considera que só o Estado deve proteger os direitos dos indivíduos, enquanto que estes fazem “cada um o que melhor lhe parecer, porque são sujeitos de direitos, e não de responsabilidades” (CORTINA, 2014, p. 19). Destacou também que, curiosamente, essa situação de “dês-responsabilização” leva a um estado generalizado de anomia ou de falta de normas que não favorece ninguém, a uma situação na qual os cidadãos exigem que os seus direitos sejam respeitados, mas não têm a obrigação de assumir a sua responsabilidade na defesa dos direitos dos demais cidadãos.

Os direitos só podem ser protegidos se os cidadãos, além de fazerem exigências, também estão dispostos a aceitar as suas responsabilidades. A única forma de conseguir o respeito aos próprios direitos individuais é participando ativamente na comunidade.

3.1.1 Princípio da presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, instituída no ano de 1789 referia-se ao tratamento do acusado no curso do processo, presumindo-se se a pessoa era inocente até a declaração de sentença judicial, eu decidiria sobre a condenação ou absolvição.

Nesse sentido, “o processo inquisitório dá lugar ao processo penal acusatório, usufruindo de uma fase preliminar escrita, secreta e sem contraditório e uma fase instrutória, com a oralidade, a publicidade e o contraditório”. (BRASIL, 2016, p. 379). Pós 1789 se chegou à concepção de Direitos Humanos propriamente ditos, por meio da criação pela ONU, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A esse respeito, e, anteriormente, houve um ordenamento jurídico anterior que data do ano de 1776 nominado de Declaração do Estado da Virgínia, proclamando que

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar de seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter a felicidade e segurança. (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA, 1776, art. 1º).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 no Art. 11, afirma que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Baseado em Hobbes, se afirma que os direitos fundamentais nascem com o indivíduo. Portanto,

É por essa razão que no preâmbulo da Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, se diz que tais direitos são proclamados, afirmando claramente sua préexistência ao Estado, ficando claro que os Governos assumem a obrigação de proteger o indivíduo de qualquer forma de violação desses direitos (PIOVESAN; RECK, 2017, p. 71).

Essa Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu valores e princípios norteadores sobre as garantias individuais, tendo como características: “a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e a complementaridade” (PIOVESAN; RECK, 2017, p. 71). Nesse sentido, baseado nessas afirmações, se assevera que o indivíduo não pode renunciar aos direitos fundamentais.

Tais direitos devem ser respeitados mesmo em face do Estado de Direito ser substituído pelo Estado de Exceção. A consagração inicial desses direitos se faz em relação à pessoa humana de forma individual para posteriormente declarar seus direitos em relação à coletividade. Se considera como individual o direito à vida e à liberdade. Nessa acepção, por direito coletivo se menciona a nacionalidade, o direito de ir e vir e a propriedade.

Leyva (2013), tenta sistematizar todos os tipos de presunções que podem ser encontradas no Direito, reconhecendo o problema de unificação de seus conceitos. Seu estudo permitiu identificar seu uso em três acepções:

A primeira, como resultado da interpretação de indícios oferecidos no processo, sem valor probatório, ou de valor probatório reduzido;
a segunda, como sinônimo de prova indireta, significando ser a presunção o resultado de uma prova que faz referência a outra, da qual não se dispõe; e uma terceira, como regra de distribuição do ônus da prova. Nesse sentido, alerta o autor, seria um trabalho infrutífero tentar uniformizar todos os conceitos de presunção, seja em decorrência das diferenças de usos em cada ordenamento jurídico, seja porque cada uma de seus sentidos possui finalidades específicas. (LEYVA *apud* SANTOS, 2017, p. 13).

Sendo assim, toda presunção é resultado de um fato base, um fato presumido e uma ligação entre ambos de caráter lógico.

4 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

Sobre o estudo acerca do crime e do sujeito que o pratica, este é realizado pela ciência criminológica. Esta ciência considera a personalidade do indivíduo, o contexto sócio histórico em que sobrevive, sua fisiologia, além de fazer uso das ciências sociais, biológicas, da história, da estatística e outras ciências afins para poder chegar à conclusão do por que alguém comete um ato criminal. Assim, no contexto do estudo em tela, pode-se conjugar o direito penal e a criminologia para estudar, a partir de visões diferenciadas, o ato criminal (FARIAS JÚNIOR, 2002).

Então, o direito penal, por meio das leis, usa a norma jurídica para especificar os crimes, descrever os fatos ilícitos e aplicar as penas. A criminologia procura a causa dos fatos criminais, da conduta ilícita humana, auxiliando no estudo da reabilitação do delinquente, como também analisando a melhor intervenção para aprimorar a personalidade do criminoso.

4.1 Noções gerais relacionadas à pena privativa de liberdade

A constituição é clara em relação às hipóteses em que a prisão será permitida em lei. Da mesma maneira, no Código de Processo Penal, o artigo 283 dá a seguinte redação por meio da Lei 12.403/2011:

Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Assim, conforme Nucci (2013), será constituído crime de abuso de autoridade, o que está prescrito no artigo 4º, da lei 4.898/65, a qual enfatiza que “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder”.

Conforme o poder de polícia, as pessoas sob suspeita serão abordadas para a identificação e verificações necessárias, não se fazendo uso de exageros, tendo em vista não infringir o direito de liberdade de locomoção dos indivíduos. A prisão por averiguação permitia que os policiais detivessem pessoas de forma aleatória nas vias públicas. Tal prisão era justificada, tendo em vista averiguar, verificar os antecedentes criminais, buscando saber se as pessoas eram procuradas ou não pela justiça civil brasileira. Assim, as pessoas eram privadas de exercer seu direito à liberdade de ir e vir tendo em vista a autoridade policial examinar suas vidas pregressas. Tal modo de prisão foi usado pelo Estado na época da Ditadura Militar. (NUCCI, 2013).

Atualmente, para Mello e Bastos, a prisão para averiguação poderá ser feita no caso de transgressões militares e, quando houver suspensão das garantias constitucionais devido ao estado de defesa ou de sítio. Essa prisão somente será permitida em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. Sendo assim, a prisão deve ser sempre a exceção e não a regra. A prisão em flagrante é decretada durante o exercício do crime ou após este. A prisão em flagrante é decretada durante o exercício do crime ou após este. A prisão preventiva poderá ser usada durante a fase de investigações ou no decorrer da ação penal, à medida em que surgem as provas que são associadas ao crime. Já a temporária ocorre no período da investigação, tendo em vista o Ministério público coletar provas. (NUCCI, 2013).

A prisão em flagrante poderá durar até 24 horas; a preventiva de quatro meses até um ano e seis meses. A temporária poderá durar cinco dias ou mais. A prisão em flagrante será executada quando o sujeito cometer uma infração penal. No que diz respeito à prisão preventiva, esta será decretada quando o réu tiver sido condenado por outro crime considerado com dolo. Envolvendo a violência doméstica ou familiar, também poderá ser decretada a prisão preventiva.

A modalidade da prisão preventiva poderá ser decretada durante as investigações e no decorrer da Ação Penal. Nesse âmbito, o artigo 312 do Código de Processo Penal aponta a fundamentação da prisão preventiva. Dentre a fundamentação, se encontram:

- a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes);
- b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas);
- c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu).

A Constituição Federal determina que a culpa de um crime somente poderá ser decretada após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis. No que diz respeito à prisão em flagrante, esta poderá ser decretada ao ser presenciado o crime.

Sobre a prisão para a execução penal, os condenados serão presos se o processo que ensejou o crime não for mais passível de recurso. Essa regra só se aplica aos condenados que respondem o processo em liberdade. Mas a prisão preventiva poderá ser determinada sem fundamento, contanto que a peça sem processo transitado em julgado. Esta modalidade de prisão é regulamentada A Lei de Execuções Penais nº 7.210/1984 regula a prisão, possibilitando o sistema de progressão do regime e tratando dos direitos e deveres dos presos.

Sobre a Prisão preventiva para fins de extradição, esta é decretada para garantir o processo extradicional, somente podendo ser pedida depois da prisão do acusado. A justiça brasileira admite a prisão civil do não pagador de pensão alimentícia.

4.2 Medidas cautelares diversas da prisão

A Lei nº 13.964/2019, que institui a nova prisão preventiva, dá nova redação aos artigos 282, §2º, e 311 do Centro de Progressão Penitenciária - CPP, abolindo o “de ofício” na redação anterior, vedando a decretação de medidas cautelares, especialmente a prisão preventiva, sem provocação expressa do Ministério Público ou do querelante ou sem representação da autoridade policial durante o inquérito policial.

Nesse sentido, o juiz já não poderá decretar medida cautelar pessoal ou real de ofício, além de não poder converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva, porque ambas teriam que ser decretadas de ofício. Conforme o art. 282, parágrafo 4, proibir a prisão cautelar ou de ofício vale para revogar a medida cautelar diversa, com a consequente decretação de prisão preventiva, substituindo-a por outra mais grave. Nesse âmbito, de acordo com o CPP, art. 316: o juiz só não pode agravar a medida cautelar imposta ao réu ou ao investigado de ofício, mas pode atenuá-la mesmo de ofício. É que o princípio da legalidade penal constitui essencialmente uma garantia individual destinada a evitar abusos estatais no exercício do poder punitivo.

Assim, embora o juiz não possa decretar, por exemplo, uma prisão preventiva de ofício, pode perfeitamente revogá-la sem requerimento algum. Como regra, o juiz ou tribunal só poderá decretar medidas cautelares com observância do contraditório prévio, com prazo de 5 dias para manifestação da parte contrária.

Alvarenga (2020) assevera que estudos voltados sobre a personalidade do estuprador mostram que são portadores de algum transtorno de personalidade antissocial. Tais estudos se basearam em uma pesquisa sobre a bioquímica cerebral de indivíduos analisados, demonstrando que estes possuem um déficit no neurotransmissor serotonina. Nessa acepção, a diminuição dessa substância no cérebro tem sido associada a atos impulsivos, impensados, agressivos e suicidas. Alvarenga (2020), questiona-se se os crimes sexuais deveriam ser objeto de políticas criminais diferenciadas, ou seja, para além da pena de reclusão sugere que sejam usadas medidas direcionadas à saúde mental do réu.

Se for classificado como doente mental, questiona-se, neste aspecto, se o indivíduo que sofre de transtorno mental tem consciência de sua responsabilidade em cumprir com a ordem jurídica. A esse respeito, Damásio (2008, p. 469) assevera que a “inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação”. Sobre esta questão, o Código Penal Brasileiro em seu artigo 26, caput, Dos inimputáveis por doença mental afirma que:

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 (BRASIL, 2012a).

Conforme o exposto, o entendimento jurídico do Código Penal brasileiro é que o indivíduo acometido por doença mental não compreende o caráter ilícito do seu ato no momento da ação ou omissão.

Considera-se como semi-imputáveis os denominados *demi-fous* ou *demi-responsables*, acometidos por certas doenças mentais e debilidade mental; estados incipientes, estacionários ou residuais de psicoses; estados epilépticos e histéricos; intervalos lúcidos ou períodos de remissão; estados psíquicos fisiológicos, dentre os quais a gravidez, o puerpério, o climatério e as personalidades psicopáticas (HUNGRIA *apud* DAMÁSIO, 2008). A redução da pena para o indivíduo considerado semi-imputável está prevista no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal que anuncia:

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 (BRASIL, 2012a).

Fundamentado no exposto anteriormente, o indivíduo que sofrer de perturbação mental ou retardamento será beneficiado com a redução da pena prescrita. Sobre o estudo acerca do crime e do sujeito que o pratica, este é realizado pela ciência criminológica. Esta ciência considera a personalidade do indivíduo, o contexto sócio histórico em que sobrevive, sua fisiologia, além de fazer uso das ciências sociais, biológicas, da história, da estatística e outras ciências afins para poder chegar à conclusão do por que alguém comete um ato criminal. Assim, no contexto do estudo em tela, pode-se conjugar o direito penal e a criminologia para estudar, a partir de visões diferenciadas, o ato criminal. Então, o direito penal, por meio das leis, usa a norma jurídica para especificar os crimes, descrever os fatos ilícitos e aplicar as penas. A criminologia procura a causa dos fatos criminais, da conduta ilícita humana, auxiliando no estudo da reabilitação do delinquente, como também analisando a melhor intervenção para aprimorar a personalidade do criminoso (FARIAS JÚNIOR, 2002).

Neste contexto, a psiquiatria forense ou judicial tornou-se fundamental para o Direito à medida que “aplica os conhecimentos psiquiátricos aos mistérios da Justiça, visando esclarecer os casos nos quais o indivíduo, por seu estado alterado de saúde mental, necessita de consideração especial diante da lei”. Assim, em relação ao objeto de estudo, é primordial o exame de sanidade mental para esclarecer se o indivíduo que praticou o crime possui alguma doença mental (CROCE; JÚNIOR, 2012).

Assim, sendo constatada doença ou retardo mental estes sujeitos não poderão sofrer a culpa penal, na medida em que sejam considerados inimputáveis ou semi-imputáveis. Depois da análise acerca do sujeito possuir algum transtorno mental, poderá ser aplicado uma medida de segurança ou uma medida socioeducativa em se tratando de menores infratores. Nucci (2013) esclarece que à doença mental incluem-se as doenças de origem patológica e de origem toxicológica. Acerca do desenvolvimento mental incompleto ou retardado define-se:

Consiste numa limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar [...], tendo em vista ainda não ter o agente atingido sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica peculiar como o silvícola não civilizado ou o surdo-mudo sem capacidade de comunicação (NUCCI, 2013, p. 317).

Compreende-se, fundamentando-se no exposto anteriormente, que se considera o indivíduo com desenvolvimento mental incompleto ou retardado mental como aquele que não é capaz de entender intelectualmente o fato ilícito que cometeu, podendo entrar nessa categoria o menor infrator, o índio ou deficiente surdo-mudo. Em relação aos menores de dezoito anos, o artigo 27º do Código Penal assevera que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, que contemporaneamente corresponde ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90.

4 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.015/2009 entrou em vigor a partir da data de sua publicação, tendo o corpo do seu texto modificado o conteúdo do Título VI referente ao Código Penal brasileiro, no que diz respeito aos crimes nominados de contra os costumes. Esse Título passou a se dedicar aos crimes contra a dignidade sexual. A legislação ora citada, no Capítulo I, protege a autodeterminação sexual das pessoas. O crime de estupro, antes da Lei 12.015/09, trazia somente o homem como sujeito ativo, sendo, portanto, crime próprio. Após a referida Lei, passou-se a prever a possibilidade da mulher como sujeito ativo. Essas modificações tem o objetivo de resolver os temas que geravam discussões, dentre eles, o tipo penal de estupro. Nessa seara, a tipificação do estupro foi inovada no sentido de indicar a possibilidade do homem figurar como sujeito passivo, renovando a conduta antes definida como crime de atentado violento ao pudor.

Nesse sentido, o crime de estupro passou a ser considerado, também, como hediondo. É notório que a Lei nº 12.015/09 inovou em relação aos crimes sexuais. A redação do art. 213 do Código Penal modernizou e adequou o crime de estupro à atual realidade, unindo no mesmo

dispositivo o estupro e admitindo que a violência sexual pode ser praticada contra qualquer pessoa, não se vinculando somente ao sexo masculino.

A lei reconhece a criança e o adolescente como sujeito de direitos, devendo ser protegido pelo Estado. Na criminologia, existem várias formas de interpretar o pedófilo ou estuprador. Uma das interpretações, aborda a concepção do transtorno mental enquanto doença. Imbricada nessa questão médico-social se encontra o fundamento para que a Lei trate o doente mental, principalmente quando este pratica algum ato ilícito. Assim, discute-se a relação entre o crime e a insanidade mental, procurando compreender se o doente mental entende a responsabilidade sobre seu ato criminoso.

No Brasil, com o início das regulamentações penais para fundamentar o trato com o doente mental, este passa a ter punição severa no tocante à responsabilidade por seus atos criminosos. No entanto, respaldado pelo olhar das contribuições histórico-sociais, psicológica e psiquiátrica, passa-se a questionar se o pedófilo, potencial estuprador é capaz de compreender o delito que fez, como também o que determinou o seu crime. Neste contexto, busca-se a compreensão de que os transtornos mentais são causados por fatores de ordem biológica, psicológica e sociocultural.

Associando-se a este aspecto, o código penal brasileiro adota o entendimento de que o indivíduo que é acometido por alguma doença mental não possui a compreensão do seu caráter ilícito, considerando-se como semi-imputáveis os que, dentre outros transtornos mentais, são acometidos de debilidade mental; estados epilépticos e histéricos; intervalos lúcidos ou períodos de remissão, personalidades psicopáticas, reduzindo-se sua pena. Não se pode deixar de alertar que a justiça é morosa, contribuindo para demorar a apreciar e julgar o crime de estupro que ainda é submetido ao julgamento na cadeira pelos seus pares.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CL, SHMIZU HE, SOUSA AIA, et. al. **Incidência da Sífilis Congênita no Brasil e sua relação com a Estratégia de Saúde da Família**. Ver. Saúde Pública. 2015.

ANDREASEN, N., & Black, D. **Introdução à Psiquiatria**. Porto Alegre, Artmed, 2009.

BRASIL. Lei nº 12.015/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2015.

CASTORIADIS, C. **As encruzilhadas do labirinto IV**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

COLLING, A. M. O que representa a proposta de ideologia de gênero e escola sem partido? In M. N. Strey, & N. A. P. Souza (Orgs.). **Corpo e relações de gênero na contemporaneidade**. (pp. 1-35). Porto Alegre: Edipucrs, 2017.

CROCE, D.; JÚNIOR, D. C. **Manual de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

DEMARTINI, Zeila de Brito Fabri; GONÇALVES, Marlene. **Gênero, diversidade e resistência**. 1ª Ed. Editora CRV, 2016.

DAMÁSIO E. de J. **Direito Penal**. 29. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Unesco, 1998. Disponível em: Acesso em: 11 de maio de 2020.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA. 16 de junho de 1776. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: Acesso em: 11 de maio de 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, I., RIBEIRO, C. S., & MAGALHÃES, T. (2010). In T. Magalhães (coord). **Abuso de crianças e jovens**. Lidel, Lisboa, 2010.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 3. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2002.

FURLANETTO, M. F., LAUERMANN, F., COSTA, C. B., & MARIN, A. H. **Educação sexual em escolas brasileiras: Revisão sistemática da literatura**. *Cadernos de Pesquisa*. 48(168), 550-71. doi:10.1590/198053145084, 2018.

GABBARD, G. **Psiquiatria Psicodinâmica na Prática Clínica**. Porto Alegre, Artmed, 2006.

GAVA, T., & VILLELA, W. V. **Educação em sexualidade: Desafios políticos e práticos para a escola**. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 24, 157-171. doi:10.1590/1984-6487.sess.2016.24.07.a, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos Crimes contra a Dignidade Sexual aos Crimes contra a Administração**. Sinopses Jurídicas, 14ª edição reformulada, vol. 10, Editora saraiva, 2010, pg. 22.

GUERRA, S. **Direito Internacional dos direitos humanos**. Editora: Saraiva, 2011.

LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995.

LEYVA, Raymundo Gama. **Concepciones y tipología de las presuncones em el Derecho Continental**. *Revista de Estudios de la Justicia*, Ciudad de México, nº 19, 2013.

LOURO, G. L. **O corpo educado: Pedagogias da sexualidade**. Belo horizonte: Autêntica, 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais – Conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, S. P., & VITALLE, M. S. S. **Direitos sexuais e reprodutivos na adolescência: Interações ONU-Brasil. Ciência & Saúde Coletiva.** 20(8), 2523-2531. doi:10.1590/141381232015208.03112014, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e Processuais penais comentadas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PALOMBA, G.A. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal.** São Paulo: Atheneu, 2003.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico.** Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul – Brasil, 2013.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno.** São Paulo: Saraiva, 1990.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2009.

SADOCK, B. J., & SADOCK, V. A. **Kaplan and Sadock's Synopsis of Psychiatry.** 10 edition. Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins, 2007.

SAVEGNAGO, S. D. O., & ARPINI, D. M. **A abordagem do tema sexualidade no contexto familiar: O ponto de vista de mães adolescentes. Psicologia: Ciência e Profissão.** 36(1), 130-144. doi:10.1590/1982-3703001252014, 2016.

VIEIRA Júnior. **Teoria Dos Direitos Fundamentais: Evolução Histórico positiva, Regras e Princípios.** Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ- Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

VIGARELLO, G. **História do estupro: violência sexual os séculos XVI-XX.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.