

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS
DELITOS SEXUAIS: O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A (IN)
VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA**

MARIANA FARIA FILARD

Itajaí/SC, 01/09/2011

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS
DELITOS SEXUAIS: O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A (IN)
VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA**

MARIANA FARIA FILARD

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador[a]: Professora Doutora Daniela Mesquita Leutchuk de
Cademartori**

Manaus/AM, 01/09/2011

AGRADECIMENTOS

À Deus,
Senhor de tudo o que há e virá,
pela Fidelidade e Amor.

À minha Família:
meu esposo Marcius, filhos Giuglia e Enrico,
pelo Amor, Compreensão e Incentivo
indispensáveis em qualquer caminhada.

À minha Orientadora
Dra. Daniela Cademartori pela Confiança,
Estímulo e Generosidade em dividir
a excelência de seus conhecimentos.

Aos componentes da banca
examinadora pelas Importantes Contribuições.

Aos meus colegas Mestrandos,
pelo Companheirismo e Amizade.

E por fim, a todos aqueles
que direta ou indiretamente contribuíram
para a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, *in memoriam*,
Ana Maria e Olavo,
por gratidão à Vida,
ao Exemplo e ao Amor a mim devotados...

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Manaus/AM, 01/09/2011

Mariana Faria Filard
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA**

ROL DE CATEGORIAS

Direitos Humanos

A expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspira, a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹.

Direitos Fundamentais

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado².

Dignidade da Pessoa Humana

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³.

Dignidade Sexual

Deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade da pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.33.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.33.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana – parte II**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 223

própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual⁴

Delitos Sexuais

A definição de crimes sexuais deve considerar todos aqueles atos delituosos que tenham o propósito de satisfação sexual, referindo-se àqueles que se enquadrem nos Crimes contra a Dignidade Sexual⁵.

Estupro de Vulnerável

Infração que inicia o capítulo voltado à tutela da dignidade sexual das pessoas chamadas vulneráveis, assim entendidos aqueles que se incluam nos contornos dados pelo caput do art. 217-A do CP e no seu § 1º⁶.

⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61.

⁵ DIETZ, P. **Sex Offenses**: Behavioural Aspects. In Encyclopedia of Crime and Justice, New York: Free Press, 1983.

⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185.

SUMÁRIO

RESUMO	ix
RESUMEN	x
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	15
1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	15
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.3 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	32
1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	38
1.5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	47
CAPÍTULO 2 - DIGNIDADE SEXUAL E OS DELITOS SEXUAIS	55
2.1 DIGNIDADE SEXUAL COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	55
2.2 A HISTÓRIA DA SEXUALIDADE HUMANA.....	59
2.3 DIREITO PENAL SEXUAL	66
2.4 DELITOS SEXUAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA, SOCIOLOGICA E JURÍDICA	68
2.5 A PROTEÇÃO SEXUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DO CÓDIGO DE MENORES AO ECA (A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO-CIDADÃO)	75
CAPÍTULO 3 - ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.105/2009: A (IN) VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	81
3.1 REFORMA LEGAL NO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL: DOS COSTUMES À DIGNIDADE SEXUAL	81
3.2 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL SEXUAL.....	87
3.3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O CONSENTIMENTO	90
3.4 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA RELAÇÃO SEXUAL	92
3.5 A TUTELA DO BEM JURÍDICO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (VULNERÁVEL).....	94
3.6 VULNERABILIDADE X CAPACIDADE DE COMPREENSÃO.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	116

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a reforma introduzida pela Lei 12.015/2009 no que tange aos Delitos Sexuais. Seu objetivo é a reflexão acerca do Estupro de Vulnerável e a (in) validade do consentimento da vítima. Iniciou-se com o estudo da origem e desenvolvimento dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, registrando o processo de afirmação histórica das gerações/dimensões de direitos e recepção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pela Constituição da República Federativa do Brasil. Posteriormente foi dado enfoque aos Delitos Sexuais e o desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Dignidade Sexual. Conceituou-se Delito Sexual – objeto do Direito Penal Sexual - e a História da Sexualidade Humana sob abordagem sociológica e jurídica, evidenciando sua estreita ligação com a Moral Sexual. Finalmente, observam-se as alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 no que concerne ao Título VI do Código Penal Brasileiro - antigos “Crimes contra os Costumes” – denominados “Crimes contra a Dignidade Sexual” e mais especificamente o Delito Estupro de Vulnerável que, a partir da reforma penal, passou a desconsiderar a presunção de violência relativa para estabelecer o critério etário como suficiente para invalidar por completo o consentimento da vítima, “solucionando” a celeuma em torno da questão até então, não jurisprudencialmente pacífica. A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade Sexual. Estupro de Vulnerável.

RESUMEN

Este trabajo pretende estudiar el principio de la dignidad humana y la reforma introducida por la Ley 12.015/2009, con respecto a los delitos sexuales. Su objetivo es reflexionar acerca del Estupro de Vulnerable y la validez (o no) del consentimiento de la víctima. Se inició con el estudio del origen y desarrollo de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, teniendo en cuenta el proceso histórico de afirmación de las generaciones / dimensiones de los derechos y la recepción del principio de la dignidad humana en la Constitución de la República Federativa del Brasil. Más tarde se centró el interés en los delitos sexuales y el desarrollo del principio de dignidad humana en dignidad sexual. Se conceptualizó el delito sexual - objeto del Derecho Penal Sexual - y la Historia de la Sexualidad Humana desde un enfoque jurídico y sociológico, que muestra su estrecha relación con la moralidad sexual. Por último, se observan los cambios introducidos por la Ley 12.015/2009, en lo que se refiere al Título VI del Código Penal brasileño - el antiguo "crimen contra la moral" - llamados "delitos contra la dignidad sexual" y, más concretamente, Estupro de Vulnerable, que a partir de la reforma penal comenzó a desconocer la presunción de la violencia relativa para establecer el criterio de edad como suficiente para invalidar por completo el consentimiento de la víctima, "solución" del problema sobre el tema que era, hasta entonces, no jurisprudencialmente pacífico. Esta tesis se inserta en la línea de investigación: El constitucionalismo y la producción del derecho.

Palabras Clave: Derechos Humanos. Derechos Fundamentales. Dignidad de la Persona Humana. Dignidad Sexual. Estupro de Vulnerable.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Dissertação é analisar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Delitos Sexuais, abordando a validade do consentimento da vítima para descaracterização do estupro de vulnerável⁷. A importância do tema está na discussão da reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 que deixou de reconhecer a existência de presunção relativa quanto ao delito de estupro do menor de catorze anos, hoje denominado de estupro de vulnerável.

Trata-se de uma reflexão acerca da validade do consentimento da criança e do adolescente menor de catorze anos, para a descaracterização do crime de estupro de vulnerável, trazendo à tona, discussões acerca da (in) adequação da Lei 12.015/2009 ao contexto social atual, do estabelecimento do critério etário para a tipificação penal e da (des) necessária proteção estatal à dignidade sexual, aspecto da dignidade da pessoa humana.

O objetivo institucional desta Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é demonstrar, que, o consentimento da vítima descaracteriza o estupro de vulnerável, devendo-se reconhecer a presunção relativa de violência.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) Os direitos das crianças e adolescentes inserem-se na categoria de direitos fundamentais, visto que a partir da Constituição cidadã de 1988 e com o Advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, estes passaram a ser assim considerados e, seus titulares, sujeitos de direitos.

⁷ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.206

b) A reforma ocorrida no Título VI do Código Penal, no que tange aos Crimes contra os Costumes, que passaram a ser denominados Crimes contra a Dignidade Sexual veio corroborar com o reconhecimento dos direitos da criança e adolescentes menores de 14 anos, quanto à preservação de sua dignidade sexual.

c) A reforma não ocorreu somente na nomenclatura do Título, passando a desconsiderar o contexto social no qual ocorrem os delitos sexuais, sobremaneira importante para a individualização das condutas e aplicação das penas em matéria penal.

d) A reforma penal excluiu a possibilidade de reconhecimento de presunção relativa de violência, quanto aos delitos sexuais, entendendo pela existência de violência mesmo quando presente o consentimento das vítimas menores de 14 anos, que a partir de então, é legalmente e positivamente desconsiderado.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue.

O Capítulo 1 aborda os Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, partindo da concepção da expressão “Direitos Humanos” e da falta de precisão na sua utilização. Primeiramente expõe-se a ausência na esfera conceitual, dessa expressão e o esclarecimento da distinção entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais.

Posteriormente é realizada abordagem histórico-evolutiva dos Direitos Humanos para que se compreenda a importância e função desses direitos no contexto social. Com destaque, traremos à lume a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento representativo da manifestação histórica em âmbito universal, do reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os seres humanos. Considera-se tal época como um verdadeiro marco, um “divisor de águas” do processo de consolidação e internacionalização dos Direitos Humanos.

Ainda neste Capítulo, são analisados, os critérios das distintas gerações dos Direitos Humanos, abordando-se as principais características de cada uma das gerações/dimensões de Direitos Fundamentais, a relação entre os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua inserção no ordenamento constitucional brasileiro.

O Capítulo 2 discorre sobre a Dignidade Sexual e os Delitos Sexuais, analisando a Dignidade Sexual como desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste Capítulo, discorre-se também acerca da História da Sexualidade e o controle da sexualidade pelo Direito Penal Sexual.

Ainda no presente Capítulo, há a definição de Delito, e consequentemente, dos Delitos Sexuais e da proteção sexual da Criança e do Adolescente – sujeitos cidadãos - contra violência e abuso sexual.

O Capítulo 3 dedica-se à análise das Alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 no Título VI, do Código Penal Brasileiro, que passou a ser denominado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Analisa-se também a História do Consentimento e, mais precisamente a importância do Consentimento da vítima na relação sexual e para a caracterização do estupro de vulnerável. Discorre-se também sobre a vulnerabilidade e a capacidade de compreensão, como forma de exclusão do delito em comento, trazendo-se à lume, decisão do Ministro Marco Aurélio Mello, anterior à reforma, na qual admite a existência da presunção relativa de violência, formando seu convencimento, a partir da análise do caso concreto e do contexto social.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Delitos Sexuais, abordando a (in) validade do consentimento da vítima no estupro de vulnerável.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método⁸ utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva⁹. Foram acionadas as técnicas do referente¹⁰, da categoria¹¹, dos conceitos operacionais¹² e da pesquisa bibliográfica¹³.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados, no momento oportuno, ao longo do texto e/ou nota de rodapé.

⁸ "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* p.206.

⁹ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 81 a 105.

¹⁰ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 54.

¹¹ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 25.

¹² "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 37.

¹³ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 207.

CAPÍTULO 1

DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A expressão “Direitos Humanos”, segundo a doutrina, não possui precisão conceitual, o que sobremaneira dificulta sua utilização. Sarlet¹⁴ aponta que essa cada vez maior falta de precisão, ocasiona ausência na esfera conceitual, inclusive no que diz respeito ao significado e conteúdo de cada termo utilizado.

Há expressões largamente utilizadas como sinônimos, tanto na doutrina como no direito positivo, tais como “Direitos Fundamentais”, direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades fundamentais”, todas expressões utilizadas para designar uma mesma categoria jurídica, sendo que a preferência por uma determinada designação varia no tempo e no espaço, como afirma José Afonso da Silva¹⁵.

Paulo Bonavides¹⁶, aponta que a melhor designação, preferida pela tradição germânica, qual seja, a de “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou simplesmente “Direitos Fundamentais”. José Afonso da Silva¹⁷ em sua obra ainda deixa claro que a “qualificação” fundamental daria a entender que se tratam de “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Já, qualificativo “da pessoa humana” implica que tais situações “a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos mas concreta e materialmente efetivados”.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004. p.33.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.179.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16.ed. São Paulo; Malheiros, 2002. p.514.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. p.182.

Apesar de todas as considerações feitas, a expressão mais utilizada hodiernamente, é “Direitos Humanos”.

Neste sentido, relevante se faz classificar a distinção entre as expressões “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. Sem sombra de dúvidas, os Direitos Fundamentais, de certa forma, serão também sempre Direitos Humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos.

Ingo Sarlet¹⁸ aponta distinção substancial e que nos parece a mais coerente

Em que pese sejam ambos os termos (“Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “Direitos Humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspira, a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Toledo¹⁹ acrescenta à posição doutrinária de Sarlet que:

A expressão *Direitos Humanos* refere-se ao grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas, elevados a direito dos homens *universalmente*, ainda que *não positivados*; *Direitos Fundamentais*, ao contrário, representam o grupo desses valores *expressamente* consagrados nos *ordenamentos jurídicos* nacionais.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.33.

¹⁹ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado democrático de direito**. São Paulo:Landy, 2003.p.23.

Coadunando com a posição dos autores já referidos, Ricardo Luis Lorenzetti²⁰ afirma que

a expressão “direitos fundamentais” é a mais apropriada porque não exclui outros²¹ sujeitos que não sejam o homem e também porque refere-se àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial.

Flávia Piovesan, considerando a historicidade dos direitos, afirma que “(...) Na condição de reivindicações morais, os Direitos Humanos nascem quando devem e podem nascer”. Menciona também a autora, o realce de Norberto Bobbio: “Direitos Humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas”²².

Acerca da construção paulatina dos Direitos Humanos, Hannah Arendt, aduz que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”²³. Coaduna com essa posição, Joaquín Herrera Flores

os Direitos Humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido,

²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 151.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

²³ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979. A respeito, vide também LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo, Cia das Letras, 1988, p. 134. Sobre a questão e no mesmo sentido, aduz Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos com direitos” (SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania**, in **Direitos humanos no século XXI**. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998, p. 156). Ainda sobre o tema, Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente” (ROSAS, Allan. **So-called rights of third generation**, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, **Economic, social and cultural rights**, p. 243).

uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana²⁴.

Tais conceituações, como se vê, situam os Direitos Humanos como categoria de direitos intrínsecos a todo e qualquer ser humano, independentemente de serem ou estarem reconhecidos pelos países dos quais façam parte. São direitos ligados à noção de dignidade humana, esta, paradigma e referencial ético a orientar o constitucionalismo contemporâneo. No dizer de Cançado Trindade “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade²⁵”.

Com efeito, correto é afirmar que o Direito Fundamental é decorrente de um processo legislativo interno de um determinado país, que eleva à positivação, sendo então, um direito outorgado e/ou reconhecido, enquanto que os Direitos Humanos possuem caráter supralegal, sendo desvinculados de qualquer legislação escrita ou tratado internacional, pois é pré-existente a eles.

Neste diapasão, J.J. Gomes Canotilho reconhece a dimensão objetiva ao mencionar a “*fundamentação objectiva*” das normas consagradoras de Direitos Fundamentais, explicando:

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse publico, para a vida comunitária. É esta fundamentação objectiva que se pretende salientar quando se assinala à liberdade de expressão uma função objectiva, um valor geral, uma dimensão objectiva para a vida comunitária (liberdade institucional)²⁶.

Os Direitos Fundamentais, portanto, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Lei Maior,

²⁴ FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Mimeo.p.7.

²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la corte interamericana de derechos humanos**. 2.ed.atual.e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. p.206.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1240-1241.

devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas). Vale referir a lembrança de Habermas, no sentido de que os direitos fundamentais, que manifestam como *direitos positivos de matriz constitucional*²⁷.

Os autores já referidos, mesmo ao reconhecer a diferença, não desconsideram a íntima e estreita relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, os quais se apresentam cada vez mais interligados.

Pode-se observar que na categoria Direitos Humanos, ao longo da sua evolução histórica, os significados e sentidos políticos e jurídicos foram sendo alterados de forma significativa, sofrendo constantes transformações e amplificações, o sobremaneira reflete na teoria política e jurídica contemporânea, não apresentando esta um significado único e pacífico.

Norberto Bobbio, por sua vez, postula que os direitos do homem são uma categoria cambiante, de sorte que se modificam conforme mudam as condições históricas determinantes. Assim, afirma inexistir direitos fundamentais por natureza²⁸. Nesta direção converge José Afonso da Silva, que acredita serem os Direitos Fundamentais:

[...] históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas²⁹.

Ante essas dificuldades conceituais, Pérez Luño³⁰ apresenta sua definição de Direitos Humanos: (...) [...] como um conjunto de faculdades e

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.32.

²⁸ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro:Campus, 1992. p.19.

²⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p.179.

³⁰ PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed.Madri:Ed.tecnos, 2003.p.46-47. Texto original: El termino 'derechos humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

instituições, que, em determinado momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

Destarte, a positivação dos Direitos Humanos, dando origem aos Direitos Fundamentais, é a nítida amostra da consciência de um determinado povo de que certos direitos do homem são de tal relevância que o seu desrespeito inviabilizaria a sua própria existência do Estado. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência de Direitos Humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais³¹.

Para Jairo Gilberto Schäfer

a expressão Direitos Fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional³².

Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os Direitos Humanos (em nível internacional) e os Direitos Fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade³³.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

³² SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 26.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 33.

Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos Direitos Fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder³⁴.

Jose Castan Tobeñas³⁵ ao comentar sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da mesma forma se manifesta afirmando que

alguns escritores definem os Direitos Humanos em um sentido axiológico mas neutro, sem apoio em fundamentação nenhuma na tradição jusnaturalista. São chamados Direitos Humanos aqueles direitos fundamentais aos quais todo homem deveria ter acesso, puramente por sua qualidade de ser humano e que toda sociedade autenticamente humana deve garantir a seus membros. Neste sentido, os Direitos Fundamentais são os reconhecidos por um determinado ordenamento jurídico.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema proposto neste trabalho, que envolve os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, liga-se diretamente à história, requerendo-se, portanto, uma análise dessa natureza.

Paulo Ferreira da Cunha afirma que a plena compreensão dos Direitos Fundamentais implica sua perspectivação no tempo, como sucede

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.36.

³⁵ TOBEÑAS, Jose Castan. **Los Derechos Del Hombre**.4.ed. Madrid:Réus S.A,1992.p.14/15.Texto original: Algunos escritores definen los derechos humanos, em um sentido pretendidamente axiológico pero neutro, sin claro apoyo em fundamentación ninguna inspirada em la tradición iusnaturalista. Así, el delegado de Estados Unidos ante La Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas, Morris B. Abram, dice que << se llaman derechos humanos aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, em virtud puramente de su calidad de ser humano y que, por tanto, toda sociedad que pretenda se uma sociedad autenticamente humana debe garantizar a sus miembros>>(…) (...) Em este sentido, los derechos fundamentales humanos son los reconocidos como tales a través de um determinado Ordenamiento jurídico estimado em su totalidad normativa. Como há dicho el profesor Del Vecchio, <<La declaración de los derechos fundamentales, em ningún caso puede ser considerada com separación de toda La constitución jurídica Del Estado. Su real eficacia depende de La correspondência y complemento que encuentre no solo em las leyes de orden público, sino también en las civiles (...)

com a maioria ou mesmo a totalidade das coisas do espírito, e especificamente das realidades jurídicas³⁶.

Segundo Leal³⁷ não recorrer à história significa realizar estudos parciais, limitados a determinados âmbitos de sua realidade, como o jurídico, o político e o social.

Assim, os Direitos Humanos foram se expressando em cada uma dessas etapas, surgindo primeiro como idéias políticas, e em seguida, incorporados no plano jurídico.

Entre os hebreus, com sua visão de Cosmos e religião monoteísta, e na condição de povo perseguido, é possível identificarmos uma certa primazia dada ao tema dos direitos da pessoa humana³⁸.

O ser humano, ante sua eminente posição no mundo, sempre foi e sempre será, o centro de toda preocupação do Direito.

Na lição de Fábio Konder Comparato³⁹

A justificativa da proeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a idéia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Ainda sobre o tema, o Autor acima afirma que mais tarde, com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, põe-se

³⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Editorial Verbo. Coimbra, 2000.p.91.

³⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p.33. Acerca do tema, também nos ensina o Autor que a história dos Direitos Humanos no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado.

³⁸ MICKEON, Richard. **Las bases filosóficas y las circunstancias materiales de los derechos del hombre**. Madrid: Siglo veintiuno, 1993.p.159.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**.p.04

nova justificativa para sua eminente posição no mundo. A sabedoria grega expressou-a com vigor, pela voz dos poetas e filósofos⁴⁰. Isso vem a demonstrar que a Filosofia possui como indagação central o que o ser humano representa, levando-nos a pensar que por conta de sua característica ímpar, que é a racionalidade, e conseqüentemente a reflexão, ele representa o ápice de toda a cadeia de evolução das espécies existentes.

A partir das constatações acima, vê-se que, na Antiguidade, faz-se referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas sim dado a estes pelos deuses⁴¹.

Para Paulo Ferreira da Cunha,

A Antiguidade clássica não foi uma época serena desprovida de agudas crises⁴². [...] Grécia e Roma não foram modelos estáticos...nem o cúmulo de isonomia e perfeição. [...] O problema da Liberdade dos Antigos e dos Modernos pode ser posto de muitas maneiras, mas resume-se em poucas palavras. [...] Para os clássicos, a liberdade era a cidadania participativa (por parte da minoria de cidadãos plenos, recorde-se) era a vinculação da vontade individual pelas leis gerais, era a construção da vontade comum pela activa participação nos negócios da Pólis. [...] Pelo contrário, para os modernos, tudo na idéia de liberdade releva da defensiva e da tentativa de preservação (e aqui e ali alargamento) da esfera privada, em que se têm direitos públicos (direitos subjectivos públicos por vezes) em função do interesse da esfera privada⁴³.

Já no Império Romano, em parte contemporâneo do que foi o mundo grego, afirma Ihering⁴⁴

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**.p.04

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**.2. ed. rev. e atual.São Paulo: Saraiva, 1998.p.12-15.

⁴² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**.p.93.

⁴³ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**.p.94-95.

⁴⁴ IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**.Madrid:Paidós,1975.p.73

(...) os romanos, apesar de sedimentarem a lei como instrumento maior de regulação social, a partir dos contornos do Direito Natural e da vontade do Imperador com sua cultura militarista e pragmática, serviram aos Direitos Humanos como forma de exemplo (negativo) do seu desrespeito institucionalizado.

No caso do Império Romano (476 d.C), que chegou a ter mais escravos do que cidadãos, o Cristianismo estabelece uma verdadeira ruptura com o modelo de sociedade existente, postulando a inexistência de diferenças entre amos e escravos. Neste sentido, Dahrendorf⁴⁵ relata ao fato de que com o passar do tempo, as relações entre senhores e servos, foram se alterando por diversas causas,

(...) sendo possível perceber que por volta do século V, a organização de povoados e aglomerações urbanas, oportunizando o surgimento de um novo modelo de relações sociais, marcado por um certo grau de discussão política mais descentralizada, principalmente entre os poderes instituídos e os cidadãos.

Segundo Leal⁴⁶, trata-se de um momento histórico importante na abordagem dos Direitos Humanos, eis que nos espaços públicos e privados dessas cidades é que os temas que interessam às pessoas atingem um nível mais intenso e direto, de debate e participação. Respeitando os limites e os objetivos deste trabalho, acrescenta-se à notícia histórica que vimos enfocando que a escravidão do homem, como expressão maior do desrespeito aos seus direitos, surgiu com as primeiras lutas e teve origem no direito da força, que foi tomando corpo e se espalhando, primeiro entre homens isolados, destes às famílias, depois às tribos e por fim, às nações e aos estados organizados. Duas poderosas forças históricas alteraram, em parte essa situação: o advento do Cristianismo e a evolução natural do direito.

Do fim do Império Romano, no ano de 476, durante toda a Idade Média (476 a 1453) e durante o período da Idade Moderna, que vai até a Revolução Francesa (1789) e às raias da Revolução Industrial, o mundo ocidental

⁴⁵ DAHRENDORF, Ralf. **Sociedad y libertad**. Madrid:Técno,1991,p.18-21.

⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. p.34.

adotou modos de produção que exploraram o trabalho escravo e que, em consequência, desprezavam os direitos da pessoa humana como tal.

Cumprе salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governos, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal⁴⁷.

À Magna Charta, esses pactos se caracterizavam “pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos de modo especial as liberdades constantes da Magna Charta, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos Direitos Fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu já referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a ainda prestigiada tese de George Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vê a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião⁴⁸.

Em que pese a importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.40.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.41-42.

Direitos Fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalte-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal)⁴⁹.

Ainda neste contexto, é de lembrar que, enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência, em consequência da qual se faz necessária uma nova Constituição. Cabe citar aqui a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos Direitos Fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas Direitos Fundamentais, a França legou ao mundo os Direitos Humanos⁵⁰.

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos Direitos Fundamentais⁵¹.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.43.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.44.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.45.

Bobbio⁵² denomina esta fase como *fase das teorias filosóficas*⁵³, sendo aquela ligada ao jusnaturalismo moderno do século XVII, cujo pai é John Locke. Sua idéia central é de que o homem enquanto tal tem por natureza direitos inalienáveis que ninguém, nem mesmo o Estado, pode subtrair-lhe. Para Locke, (...) a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão.⁵⁴

Bobbio⁵⁵ afirma que “(...) a idéia do direito natural significa a existência de uma influência da moral ideal universal sobre a legislação positiva. Trata-se de um momento que exige, não apenas leis criadas pela força, como também o caráter humano das leis que governam a vida civil”.

A partir do século XVIII e XIX é que vamos encontrar, na humanização dos processos sancionatórios e das garantias processuais penais, influenciados pelos pressupostos do direito natural, uma sensível atenção aos direitos da pessoa humana e aos sujeitos de direito.

Em meados do século XVIII vamos encontrar (fruto de uma confluência de poderes políticos bem identificados, como Estado e Igreja, lutando pelo domínio e controle das ações individuais) critérios bastante criativos de avaliação das condutas sociais, divididas em ações de foro interno e externo, estando as primeiras sob o domínio ou a orientação da Moral, e as segundas, sob o império do Direito⁵⁶. Vários autores positivistas modernos e contemporâneos vão polemizar esta perspectiva jusnaturalista, e é assim que os chamados direitos da pessoa humana, se tornam verdadeiras conquistas valorativas da cultura jurídica e política do Ocidente.

⁵² NORBERTO BOBBIO, filósofo e jurista italiano, nascido em 18.10.1909, em Turin. Depois de graduar-se em Direito na universidade de sua cidade natal, foi professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino de 1935 até 1938, em Siena de 1938 até 1940 e em Pádua de 1940 a 1948, quando voltou a exercer a docência em Turin.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.29.

⁵⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p.22

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2.ed. Tradução: Sérgio Bath. Editora: UnB, 1998. p.20.

⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. p.48

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, faz uma distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. O homem é colocado como alguém que existe fora da sociedade, eis que preexiste a ela e seus direitos são naturais e inalienáveis. No que tange ao cidadão, ele se encontra exatamente no centro da sociedade e sob a autoridade do Estado, seus direitos são positivos e garantidos pelo direito positivo.⁵⁷

Canotilho⁵⁸ muito bem explicita este conceito, ao tratar em sua obra, da revisão da Constituição Portuguesa de 1982, e da terminologia nela inserida sobre o Estado de Direito:

A recusa da caracterização do Estado como um Estado de direito assentou no caráter ambivalente e equívoco da idéia de Estado de Direito. Uns, já notara Engels, pensavam no Estado de Direito como ‘expressão idealizada da sociedade burguesa’; outros julgavam que, através da idéia de Estado de Direito conseguiriam travar a tendência rasgadamente conformadora (social e econômica) do Estado; outros, ainda, não se afastavam muito de concepções místicas, vendo no Estado de Direito a manifestação da ‘idéia fundamental do direito, que está inscrita na alma.

Segundo Gregório Peces-Barba, os Direitos Fundamentais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento dão-se no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução⁵⁹. Assim, depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os Direitos Fundamentais não são

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**.p.37

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.p.256.

⁵⁹ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales:teoria general**. Madrid:Universidad Carlos III de Madrid, 1995.p.146.

um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção⁶⁰.

José Afonso da Silva apoiando essa opinião aduz que “Bem se sabe que os Direitos Fundamentais são históricos: nascem e se transformam”⁶¹.

Sérgio Cademartori afirma que os direitos conhecidos como fundamentais apresentam características, e dentre elas a de serem direitos históricos, frutos de condições reais ou históricas, que demarcam a passagem da monarquia absoluta para o Estado de Direito, ao lado de condições subjetivas ou ideais ou lógicas, que são dadas ao pensamento de igualdade entre todos os homens⁶².

Cabe frisar que na Modernidade os Direitos Humanos nascem como Direitos Fundamentais, ou seja, primeiramente são concebidos como direito interno⁶³, como direitos do cidadão, mas ainda que direito nacional-interno com ampla vocação e pretensão universal como direitos do homem genérico, referindo-se a todos os seres humanos.

Direito fundamental caracteriza-se pelo fato de que eles existem para facilitar a vivência humana, sendo certo que, sua restrição, a dificultaria ou a tornaria impraticável. Desta forma, para que se tenha vida em sociedade harmônica, esses direitos fundamentais devem ser previstos, respeitados e exercitáveis. Embora as pessoas tenham suas características peculiares, que as tornam diferentes como tal e as fazem com que respeitem o próximo. “As pessoas são diferentes, mas continuam todas iguais como seres

⁶⁰ GARCIA, Marco Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar** / In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.p.176.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Fundamentos Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente**. In Revista de Direito Ambiental 27, Ano 7 – julho- setembro 2002. Revista dos Tribunais.p.51.

⁶² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.33-34. Vide também BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**.p 02.

⁶³ GARCIA, Marco Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar** / In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.p.176.

humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais”, afirma Dallari⁶⁴.

Historicamente, o conceito de Estado Democrático de Direito, nas lições do mestre Canotilho, seria oriundo da Teoria do Estado do liberalismo e fortemente influenciada pelas concepções jusracionalistas e, fortemente ligadas à idéia de legalidade e à idéia da realização da Justiça.

Pode-se observar pelo pensamento de Canotilho e trazendo a discussão ao nosso ordenamento jurídico, é que o Estado Democrático de Direito traria em seu conceito todo o ideário de justiça, igualdade e dignidade, com um mínimo normativo capaz de fundamentar os direitos e pretensões da sociedade e também de princípios formais do Estado de Direito inerentes à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana - elemento balizador do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, que seria o valor que concederia unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana. Segundo o autor citado, teríamos ainda que esse fundamento afastaria a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual.

Dessa forma, Canotilho teria sugerido uma integração, a seu ver, pragmática, como teoria de cinco componentes: como a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade, a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito e a Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a Lei.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed.reform., São Paulo:Moderna, 2004. p.14.

Posicionamento contrário à classificação das chamadas gerações de direitos Cançado Trindade⁶⁵ aponta:

A noção simplista das chamadas “gerações de direitos” histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúdico a inspirar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão generacional” parecia supor, os direitos humanos não se “sucedem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais.

Sobre a questão da “geração dos direitos”, Willis Santiago Guerra Filho faz comentário acerca do termo, preferindo, na aplicação dos Direitos Fundamentais, o termo dimensão. Argumenta que

a categoria “dimensão” é utilizada, não porque uma geração só pode acontecer após outra, mas porque segundo seu entendimento, seria um mero preciosismo, porque uma geração não desaparece apenas porque surgiu outra. A justificação para essa substituição seria de que os direitos nascidos em uma determinada geração, com o advento de uma ordem jurídica de outra geração sucessora assumiriam uma outra dimensão. Portanto, “os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los⁶⁶

Dentre as classificações geracionais adotadas pela doutrina, serão abordadas as características principais de cada uma das dimensões dos Direitos Humanos.

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. V.1.p.24.

⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p.39. Muito embora a substituição do termo “Geração” por “Dimensão” tenha sido comentado por Willis Santiago, o primeiro a fazer esta sugestão entre os autores brasileiros, tenha sido Paulo Bonavides, em sua obra Curso de Direito Constitucional.

1.3 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre a pesquisa acerca das gerações ou dimensões de direitos, observamos que como direitos de primeira dimensão destacam-se os três Princípios Fundamentais desse marco histórico para a humanidade: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão são os direitos da Liberdade, correspondendo, por uma razão histórica, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente⁶⁷.

Os Direitos Fundamentais de primeira geração, como prefere José Afonso da Silva, surgiu no século XVIII, com o advento das revoluções liberais. Alguns autores adotam como marco a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), oficializada por ocasião da independência dos Estados Unidos, enquanto outros preferem adotar como ponto de partida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), promulgada na esteira da Revolução Francesa. Outros, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho preferem apontar o Bill of Rights (1689), ensejado pela Revolução Inglesa, como o início da primeira geração de Direitos Fundamentais:

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração de direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a I Guerra Mundial, com o fito de complementá-los: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade⁶⁸.

Marcelo Antônio Theodoro ressalta:

Historicamente podem ser também os direitos fundamentais ser classificados quanto à sua dimensão ou geração. Trata-se dos direitos fundamentais de primeira geração aqueles decorrentes de revoluções burguesas, marcadas pelo individualismo. São os chamados direitos de cunho negativo, ou seja, de abstenção dos poderes públicos [...]. São direitos de notória inspiração

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.563.

⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.06.

jusnaturalista, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal)⁶⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, Paulo Bonavides destaca que os direitos de primeira dimensão ou Direitos civis e políticos têm por titular o indivíduo e que são de resistência ou de oposição ao Estado, traduzindo como faculdade ou atributos da Pessoa e ostentam uma subjetividade que é sua característica mais evidente, permitindo a constatação da efetivação democrática do poder⁷⁰.

Ingo Sarlet afirma que no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, assumem posição de relevância os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei⁷¹.

Dentre todas as gerações ou dimensões como prefere Sarlet, pode-se afirmar que a primeira é a mais ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que esta foi vilipendiada pelos regimes absolutistas europeus, principalmente no que concerne ao Direito Penal, o qual criminalizava manifestações essenciais dos denominados direitos naturais do homem.

Já os direitos de segunda dimensão, principal benefício do movimento socialista iniciado na primeira metade do século XIX recolhido pela humanidade, compreendem, ainda segundo Paulo Bonavides,

os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula⁷².

⁶⁹ THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba:Juruá, 2002. p.28-29.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.564.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2004. p.55.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.564.

Ainda sobre essa questão, Bonavides afirma:

da mesma maneira que os de primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico, uma vez que proclamados de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra⁷³.

Estes, não tiveram uma aceitação imediata, passando por um ciclo de provações em razão de que o seu surgimento foi uma grande conquista para a humanidade, sendo agregados os de segunda dimensão. E os direitos sociais representam, atualmente, um aspecto destacado de quase todas as Constituições aprovadas no século XX⁷⁴”.

Quanto à esta dimensão de direitos, também há divergências quanto ao seu marco cronológico. Muito embora alguns apontem o sistema de seguridade social alemão instituído em 1889 como início, a maior parte dos doutrinadores aponta a Constituição da República de Weimar (1919) como o marco a ser adotado.

Os direitos de segunda geração são reflexo inicialmente da crise do liberalismo, acompanhada das doutrinas socialistas emergentes que, ante os graves problemas sociais e econômicos do século XIX, requisitaram a intervenção estatal para garantir as liberdades, agora através do Estado. São aqueles decorrentes da necessidade de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão. Elencam-se aí o direito à saúde, educação, trabalho, assistência social, etc⁷⁵.

A distinção desses direitos é sua dimensão positiva, visto que não se trata mais de evitar a intervenção estatal na esfera da liberdade individual, mas sim proporcionar, conforme afirma Celso Lafer, “(...) o direito de

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.564.

⁷⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**.p.142.

⁷⁵ THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais e sua concretização**.p.29.

participar do bem-estar social”, ou seja, não mais da liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado⁷⁶”.

Conforme esta doutrina, tais direitos solicitam prestações positivas do Estado que deverá oferecer proteção aos interesses sociais, propriamente ditos⁷⁷, que compreendem direitos relativos à saúde, educação, previdência e assistência social, lazer, trabalho, segurança e transporte. Buscam assegurar condições para o pleno exercício dos primeiros, expurgando ou amenizando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

Os direitos a prestações, conforme destaca Sarlet, obtiveram grande receptividade no constitucionalismo brasileiro, de forma que nossa Carta Magna abriga um capítulo especialmente dedicado à inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, outros trechos da Constituição relacionam extensa lista de direitos a prestações, como os incisos XXXV e LXXIV do art. 5º⁷⁸.

A cristalização dos direitos de terceira dimensão se deu ao final do século XX. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, não são exclusivamente de proteção individual, mas sim de proteção ao gênero humano. Esta dimensão o considera como valor supremo em termos de existencialismo, surgindo a partir da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação e à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural da Humanidade⁷⁹.

Caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa, desprendendo-se da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos (família, povo, nação)⁸⁰. São também denominados de “novos” direitos, devido a suas especiais condições, diferentes

⁷⁶ LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos**.p. 127.

⁷⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos**. p.02.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 186.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.569.

⁸⁰ LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos**.p. 131.

dos demais direitos fundamentais, pois são ao mesmo tempo individuais, coletivos e difusos, ou seja, transindividuais. Têm relação com o valor solidariedade.

Daniel Sarmento traz à tona a chamada “dimensão objetiva dos Direitos “Fundamentais”, realçando que, com o advento do Estado Social, a concepção de Direitos Fundamentais, até então visualizados numa perspectiva subjetiva pelo então Estado Liberal, cuidando-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica⁸¹, passou a adotar um novo efeito, qual seja: “a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, as bases da ordem jurídica da coletividade”⁸². Continua:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. Tal fenômeno foi bem captado por Perez Luno, quando este assinalou que, com a passagem do modelo do Estado Liberal para o de Estado Social, “(...) los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio de poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de La acción positiva de los poderes públicos.

Mas não é só. A dimensão objetiva do reconhecimento de que os Direitos Fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os Direitos Fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. Neste sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção

⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006. p. 105.

⁸² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p.105-106.

aos Direitos Humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade.

Carlos de Cabo Martín possui a visão de que a noção do valor solidariedade é uma característica essencial, um princípio básico, do constitucionalismo do Estado social de Direito⁸³.

Os direitos de quarta dimensão são resultado da globalização dos Direitos Fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na opinião de Bonavides, a derradeira fase de institucionalização do Estado Social⁸⁴.

A democracia, para Mezzaroba, também deve ser considerado um direito de quarta dimensão, pois

(...) significa que ela principia a ter ingresso na ordem jurídica positiva, a concretizar-se em âmbito internacional, a possuir um substrato de eficácia e concretude derivado de sua penetração na consciência dos povos e dos cidadãos, donde há de passar ao texto das constituições e à letra dos tratados⁸⁵.

Assim, são direitos de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua missão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência⁸⁶. Referem-se à informática e à pesquisa e manipulação genética *Lato Sensu* e, atualmente, encontram-se em desenvolvimento, principalmente no que tange a questões éticas quanto à necessidade de regulamentação das pesquisas⁸⁷.

⁸³ CABO MARTÍN, Carlos de. **Teoria Constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p.45.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.571.

⁸⁵ MEZZAROBBA, Orides. **Humanismo latino e o estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2003. p.40.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.571.

⁸⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p.145.

Muito embora Bonavides sustente a dimensão da globalização, critica Sarlet⁸⁸

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno (...) e internacional, não passando, por hora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica (...)

Na abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entende-se que seu fundamento primeiramente e em parte, encontra-se nos direitos de primeira dimensão, persistindo e tornando-se mais consistente na segunda, para finalmente, ter seu reconhecimento na terceira dimensão.

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No que tange ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais como valores voltados para o homem, estes não foram prontamente reconhecidos. Sua conquista foi árdua. Na medida em que surgem situações onde o homem se torna desprotegido do arbítrio social e estatal, este reconhecimento impõe-se como forma de proteção de uma vida com dignidade.

Devido à sua complexidade, a Dignidade Humana envolve variados aspectos das mais variadas realidades. Sob a luz do direito de igualdade, que todo ser humano, simplesmente por sua condição existencial, deve ser respeitado como tal, coíbe-se toda e qualquer conduta que tente desrespeitar esse princípio. Muito embora essa igualdade seja nata, réu reconhecimento apenas ocorreu em com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na tentativa de buscar minimizar os efeitos do belicismo e atrocidades cometidas nas duas grandes Guerras Mundiais.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.60.

O respeito à Dignidade da Pessoa Humana, como bem afirma Fábio Konder Comparato “resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita⁸⁹”.

No cerne do entendimento acerca dos Direitos Humanos está intrínseca a idéia de Dignidade⁹⁰ Humana bem como os esforços empreendidos no sentido do seu reconhecimento.

A Filosofia ocupa-se da dignidade desde os tempos remotos. Na Antiguidade, relacionava-se à posição social da pessoa, o que nos faz pensar que havia seres mais dignos que outros⁹¹. Conceituada na modernidade como valor, antes mesmo que como princípio, precede aos demais, decorrendo simplesmente em razão da essência humana de todo ser. Trata-se de característica inerente à condição de ser humano.

Na fase Iluminista, pensou-se a dignidade atrelada à razão, sendo valor atribuído a qualquer ser racional, independentemente de seu comportamento social.

Segundo pensamento de Immanuel Kant,

a racionalidade é característica do homem que é sujeito da sua história, não simples instrumento, idéia baseada na premissa de que o homem é um fim em si mesmo e, portanto, que a centralidade das ordens normativas deve estar no homem, não no Estado. O materialismo histórico, de seu lado, postula que o homem, embora possua dignidade, não encontra o seu reconhecimento numa sociedade dividida em classes, em que uns vendem sua força de trabalho a outros; só um Estado em que o trabalho constitua uma atividade libertadora e não alienante é

⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**.p.21.

⁹⁰ A etimologia do termo indica que dignidade provém do vocábulo latino *dignus*, que se relaciona a *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito, honraria ou estima. Dignus é merecedor, justo, conveniente. (Dicionário escolar latino-português. Rio de Janeiro:Departamento Nacional de Educação. Ministério da Educação e Cultura, 1967, p.310.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.30. São Tomás de Aquino preconizou que “o humano sem dignidade decai à condição de besta”.

capaz de reconhecer verdadeiramente a dignidade do ser humano⁹².

José Afonso da Silva sobre a questão,

reconhece a dignidade como um valor apriorístico, o qual, em termos políticos e não estritamente individualistas, constitui elemento fundante do Estado, da ordem jurídica, econômica, social e cultural. É a razão de ser de toda norma de proteção à pessoa, já que é sua emanção necessária. Possui natureza de valor absoluto, o que significa que não pode ser relativizado ou substituído por outro equivalente⁹³.

Fátima Bernardes oferece sua contribuição levando a discussão pro campo da autonomia, mencionando que a dignidade deriva da capacidade humana de agir, de decidir segundo sua própria autonomia e do fato do ser humano pensar e agir de forma racional⁹⁴.

Essa concepção racionalista traz à lume duas problemáticas, uma relacionada ao reconhecimento da dignidade àqueles seres humanos privados da capacidade de reflexão e o domínio do pensamento jurídico ocidental a partir da universalização de valores.

Contudo, as questões sobre o que vem a ser a Dignidade Humana suscitam inúmeros desafios, mas que devem ser ponderados sob o ponto de vista jurídico. Para tanto, se faz conveniente a afirmação de Pequeno⁹⁵ de que é desnecessária a apreensão exata e aprofundada da noção de dignidade humana para entender sua importância no sentido do respeito ao ser humano e em defesa de sua não degradação. Renato Marcão e Plínio Gentil, referindo-se ao significado de dignidade afirmam que

⁹² MARX, Karl; Engels, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69.

⁹⁴ BERNARDES, Fátima. **Dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2006, n.849, p.727-735.

⁹⁵ PEQUENO, Marconi. **Sujeito, autonomia e moral**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p.195.

O adjetivo *conveniente* dá a idéia de conformidade, equilíbrio, que parece a mais ajustada ao sentido do que hoje se dá à palavra dignidade: um sentido de conformidade entre duas grandezas próprias das relações sociais, que bem podem ser a pessoa humana de um lado, e o respeito que lhe devem as demais, de outro⁹⁶.

Ensina o filósofo que, apesar das dificuldades de se fornecer uma definição satisfatória da Dignidade Humana, é comum designá-la como aquele elemento fundamental que define a essência do homem, ou ainda, o atributo responsável por conferir humanidade aos indivíduos. Tratar-se-ia, pois, de um valor ou qualidade inata dos sujeitos, incondicional, incomensurável e inalienável, capaz de tornar todos os homens idênticos em suas desigualdades⁹⁷ ou ainda, nas palavras de Rabenhorst ⁹⁸, uma categoria moral atribuída aos homens para posicioná-los na escala dos seres.

No direito positivo, conforme aduzem Renato Marcão e Plínio Gentil,

A dignidade ocupa lugar destacado, certo que muitas vezes de efeitos mais retóricos que práticos. É mencionada na Carta das Nações Unidas, de 1945, e, logo mais, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual se vê associada à razão e à consciência. Outros documentos de direito internacional, notadamente aqueles voltados à tutela dos chamados direitos humanos, fazem solene menção à dignidade do homem, situando-a como fundamento e objetivo de suas normas. O art. 11⁹⁹, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) faz referência à dignidade, bem como a Constituição Alemã (1949), a Portuguesa e a Espanhola.

⁹⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.34.

⁹⁷ PEQUENO, Marconi. **Sujeito, autonomia e moral**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos, p.194.

⁹⁸ RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.15.

⁹⁹ Art. 11: Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)

No mais, comporia a amplitude da Dignidade Humana, um conjunto de necessidades básicas, objetivas e universais, que funcionariam como condições prévias para o status de ser humano ¹⁰⁰.

Tais necessidades podem ser entendidas como predicados indissociáveis das pessoas, cuja privação repercutiria diretamente no desenvolvimento de suas vidas, tal como as exigências de manutenção física do organismo (saúde biológica) e as garantias de autonomia (sem as quais o homem perderia sua condição de ser racional e livre).

Também preocupado em conceituar Dignidade da Pessoa Humana, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta uma conceituação jurídica que reúne a perspectiva ontológica e a busca da sua faceta intersubjetiva (relacional) e das suas dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional)

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁰¹.

Verifica-se que na definição do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Ingo Sarlet¹⁰² a associa ao reconhecimento de cada indivíduo como merecedor de consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, razão pela qual possui uma série de direitos constitucionalmente garantidos.

¹⁰⁰ RABENHORST, Eduardo R. **Necessidades básicas e direitos humanos**. In: TOSI e BITTAR, Giuseppe e Eduardo C. B. Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 57.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana – parte II**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 223.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.35.

Rizzato Nunes¹⁰³, ao abordar o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana admite que

É colocado, assim, como pressuposto, o ser humano e sua condição existencial como princípio de investigação. A Ciência do Direito deve, portanto, respeitá-lo na inteireza de sua dignidade e, nos limites postos e reconhecidos universalmente como seus; a vida, a saúde, a honra, a intimidade, a educação, a liberdade etc., bens essenciais e indisponíveis que, em conjunto com bens sociais como a verdade, o bem comum e a Justiça são norteadores de todo o material de investigação da ciência do Direito.

Dignidade é, portanto, todo valor dado à pessoa, é intransponível por quaisquer que sejam as normas ou questão social, motivo pelo qual prevalece sobre qualquer outro princípio, pois a dignidade é absoluta.

Apesar dessa inicial constatação de conexão entre Dignidade da Pessoa Humana e consideração e respeito, dada sua generalidade e dinâmica própria, resultante da própria complexidade do constitucionalismo, pensamos que não há definição precisa nem delimitação de seu alcance na lei, na doutrina e jurisprudência. Na ordem jurídica estatal e internacional de qualquer modo, tem se apresentado como princípio fundamental.

Ainda sobre o tema, Sarlet¹⁰⁴ afirma que no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da Dignidade da Pessoa Humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desígnios.

¹⁰³ RIZZATO NUNES. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. Saraiva: São Paulo, 2001. p.55.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.31.

Sobre esta concepção, sabiamente afirma Immanuel Kant¹⁰⁵ dizendo que esta Dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo.

A Dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável e invulnerável de valores que devem ser respeitados pela sociedade, tendo o ser humano o direito à autodeterminação e à liberdade na condução da própria vida, devendo ser protegido pelo Direito e suas normas, como medida de reconhecimento da própria essência e da condição de ser humano.

Nesta quadra, é pertinente a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, panegirista do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da constitucionalização do direito civil, ao parafrasear Kant:

No mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em

¹⁰⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003. p. 178. Ainda sobre o mesmo tema, o Autor afirma que “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama coisas, ao passo, que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não poder ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

conta, como sua finalidade máxima, a realização de valor intrínseco da dignidade humana¹⁰⁶.

O importante de todos esses conceitos é a nossa eterna busca deve ser no sentido da transposição do ideário de Justiça, para a nossa vida cotidiana. No tocante à Dignidade da Pessoa Humana como valor absoluto, agrega em si os valores de autodeterminação, autonomia e liberdade, por ser o comando central do sistema jurídico, preocupado com as questões sociais e diminuição das desigualdades. Logo, fundamentalmente, devemos respeitar o direito das minorias, respeitando o direito à sua cultura, sua diversidade, e o direito à diferença.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como princípio maior e aglutinador dos demais, como a liberdade, igualdade e a autonomia, deve expressar para a sociedade a segurança e a realização de condições da igualização dos indivíduos em sociedade, de forma harmônica, e sem discriminação de qualquer ordem.

Observamos que a Dignidade como Princípio absoluto resvala, inexoravelmente, como já afirmamos, na liberdade e autonomia do homem, na sua autodeterminação. Passemos à análise filosófica de Kant¹⁰⁷, que achamos pertinente ao tema: "A autonomia é fundamental, porque a idéia de autonomia é a idéia de um imperativo racional querido por motivos puramente racionais (...)"

No dizer de Canotilho¹⁰⁸, a densificação dos direitos, liberdades e garantias seria mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado "Dignidade da Pessoa Humana". E afirma ainda que a raiz antropológica reconduziria o homem como pessoa, cidadão, como

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, normativo. 115-116.

¹⁰⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**.p.178. Sobre tal questão, ainda acentua Kant, que age de tal maneira que trates a humanidade, em tua própria pessoa e na pessoa de outro ser humano, jamais meramente como um meio, porém sempre ao mesmo tempo como um fim.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.p.1217.

trabalhador e como administrado. Adverte também, em sua análise, quanto à Dignidade da Pessoa Humana, que a literatura mais recente procuraria evitar um conceito mais "fixista", filosoficamente sobrecarregado (Dignidade Humana em sentido "cristão e/ou cristológico", em sentido "humanista-iluminista", em sentido, "marxista", em sentido "sistêmico", em sentido "behaviorista").

Importante salientar a importância da Dignidade da Pessoa Humana como princípio, posto que sendo um princípio maior, inerente da condição humana, agregando em si a mais alta carga valorativa, é dotado de máxima carga de normatividade, do qual se derivam os direitos e garantias fundamentais, que se tornam imprescindíveis à realização do Princípio.

Algumas teorias buscam dar interpretação originária ao princípio. Os defensores do jusnaturalismo sustentam, por exemplo, que se trata de direito inerente à condição do ser humano, o que independeria do direito positivo.

Admitindo-se o jusnaturalismo na sua amplitude intrínseca, importaria, contudo, defender que o juiz pode criar o direito, o que contraria a teoria da integridade de Dworkin e não se compatibiliza com os valores estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, que pressupõe a divisão dos poderes.

Em contraposição a concepções que procuram estabelecer um valor a priori para a própria compreensão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a premissa da integridade proposta por Dworkin¹⁰⁹ pode ser aplicada na compreensão desse princípio que instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p.79.

1.5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a estabelecer expressamente, como princípio fundamental, a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III). Certamente o constituinte originário de 1988 foi influenciado por outras Constituições que inseriam em seu texto a proteção à dignidade da pessoa, como fez, e.g., a Constituição Italiana de 1947 (artigo 3º: Todos os cidadãos têm a mesma Dignidade e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais) e a Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 1º: Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na Dignidade da Pessoa Humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária).

Flávia Piovesan, frisa que:

a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país¹¹⁰.

E ainda,

o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988,

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos *In* BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de.(orgs) Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro:Renovar, 1999. p.128-129.

esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Na Constituição brasileira, como afirmado, a Dignidade da Pessoa Humana encontra-se em terceiro lugar dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), que se proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Observa-se que o constituinte a considerou valor dos valores, em torno do qual os demais deverão operar, sendo assim, conforme declinou José Celso de Mello Filho, valor-fonte de toda a ordem social¹¹¹.

Os países europeus, atônicos pela crueldade e pela degradação desumana das duas grandes guerras mundiais, buscaram na noção cristã de “Dignidade Humana” um instrumento de proteção contra os abusos do Estado. Em um primeiro momento histórico, apenas o Estado se subordinava aos comandos constitucionais, e não o indivíduo. Atualmente, no novo contexto econômico mundial da globalização e no resgate dos motes liberais, vislumbra-se a necessidade da incidência imediata do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à toda a sociedade, e não somente ao Estado. Como bem observado por Cármen Lúcia Antunes Rocha¹¹², a produção da miséria não se faz apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo fascista, que busca dominar idéias e práticas políticas-econômicas contemporâneas, gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo, tal como posto na fórmula de Hannah Arendt. Antes, negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se

¹¹¹ (...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º,III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LXXVIII).EC 45/2004. Doutrina. Jurisprudência” (STF, HC 98.878/MS, rel. Min. Celso de Mello, j.27-10-2009).

¹¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) **Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)**. In: O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29.

com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo.

E sobre essa mesma questão, a autora também observa

(...) a coisificação do homem pode ser medida em preço. E a dignidade é qualidade do que preço não tem. Os mercados, incluídos os dos homens, atravessam desertos de humanidade em todos os pontos do planeta. Cumpre fazer florescer o mundo de homens e mulheres dignos em sua vida, do nascer ao morrer¹¹³.

É deste princípio que extraímos a consciência cívica, o sentimento e o desejo de justiça social constantes da Constituição Federal de 1988. Outrossim, podemos dizer que é da consciência de direitos e deveres que adaptamos nossa conduta para fazê-la compatível com o ordenamento jurídico e com os costumes sociais.

Este princípio é o fundamento da República Federativa do Brasil, pois a pessoa é o bem mais valioso que uma nação democrática possui, o que confere ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana o *status* de consequência do Estado Democrático de Direito.

Trata-se do elo de concretude dos Direitos Fundamentais, do qual resulta a cláusula geral de tutela humana. Ana Paula de Barcellos¹¹⁴ esclarece que o conteúdo jurídico da Dignidade se relaciona com os chamados Direitos Fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada a sua Dignidade o indivíduo cujos Direitos Fundamentais forem observados e realizados, ainda que a Dignidade não se esgote neles.

¹¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) **Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)**. In: O direito à vida digna. p. 3.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: 2002. p. 110-111.

Já para Luiz Edson Fachin¹¹⁵, os Direitos Fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, são invioláveis e inerentes à Dignidade da Pessoa Humana; neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela Dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para aquela se torne possível.

Raimundo Simão de Melo acrescenta que o valor ou Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas “retóricas” ou de estilo ou de manifestação de bons propósitos¹¹⁶.

Por isso, é mister dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que poderão realmente garantir a Dignidade da pessoa, assim considerada a preocupação sobre a pessoa humana (valor existencial – “ser”) e não sobre o patrimônio (valor monetário – “ter”), como era propugnado pelos códigos oitocentistas (liberalindividualista).

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os Direitos Fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos. É precisamente neste contexto que assume relevo a lição de Ferrajoli, no sentido de que todos os Direitos Fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito¹¹⁷.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181. Como resultado dos novos estudos dos movimentos jurídicos em defesa do existencialismo, decorrente da “despatrimonialização”, ou também chamado de “constitucionalização”, do direito privado, Luiz Edson Fachin peleja em favor de um “patrimônio mínimo” da pessoa, conexado ao princípio da dignidade da pessoa humana. (p. 287).

¹¹⁶ MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 31, n. 117, p. 208, jan./mar. 2005.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.59-60.

De outra parte, importa referir a função decisiva exercida pelos Direitos Fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia. Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os Direitos Fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os Direitos Fundamentais e algumas dimensões da democracia¹¹⁸.

Com base no que foi exposto e à luz do direito constitucional pátrio, verifica-se, de plano, ser inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os Direitos Fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição. Em primeiro lugar cumpre referir que o conceito materialmente aberto de Direitos Fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de Direitos Fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Além disso, a diversidade de conteúdo do catálogo dos Direitos Fundamentais (composto por um número sem precedentes de direitos de liberdade, concretização do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais, etc.), impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade. Outrossim, também os Direitos Fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, havendo que reconhecer, neste sentido, no mínimo relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação¹¹⁹.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.61.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.71.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos ao limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade¹²⁰.

É preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutela em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.

O direito à saúde (assim como os demais direitos sociais do art. 6º) é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, mas não o é (a despeito de ninguém questionar a fundamentalidade da saúde para a vida e dignidade da pessoa) na Constituição Espanhola de 1978.

Há Constituições, como novamente é o caso da brasileira, que asseguram aos direitos dos trabalhadores a sua fundamentalidade, sabendo-se que outras ordens constitucionais não seguem esta mesma orientação, assegurando, e mesmo com variações importantes, proteção estritamente legal a tais direitos.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.74-75.

Em Robert Alexy, direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo, e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal¹²¹.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º, § 2º, da CF são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º a 4º) de nossa Carta. Os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Os direitos políticos (de modo especial, o sufrágio, o voto e a possibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos) são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Logo, boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado Social de Direito¹²².

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde a sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.76-77.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.94.

do homem-objeto, como visto, constitui, justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana¹²³.

Sustentou-se, recentemente que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência. Neste sentido, há que se compartilhar do ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento¹²⁴.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.104.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.p.109.

CAPÍTULO 2

DIGNIDADE SEXUAL E OS DELITOS SEXUAIS

2.1 DIGNIDADE SEXUAL COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana, sem qualquer dúvida, é reconhecida como núcleo essencial dos direitos fundamentais, e tal reconhecimento gerou como consequência a afirmação dos direitos concernentes a cada ser humano.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, a pedra angular dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”¹²⁵, a fonte ética, que confere unidade de orientação, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais¹²⁶, o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais”¹²⁷. Em suma, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-à lhe negando a própria dignidade¹²⁸.

¹²⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. p.54

¹²⁶ MIRANDA, Jorge. p.166-167

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p.549.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.87.

Decorrendo desse princípio constitucional, entendido por Luño como o conjunto de garantias positivas e negativas¹²⁹, temos a dignidade sexual¹³⁰.

A Lei 12.015/2009, que trouxe alterações significativas ao Código Penal Brasileiro, primeiramente substituiu a denominação constante do Título VI, “Dos Crimes contra os Costumes¹³¹” pela denominação “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

Quanto à alteração do título, Plínio Gentil e Ana Paula Jorge advogam que não há razão aparente para mudança, a não ser um desejo de se harmonizar o título com a Constituição de 1988, que traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º,III)¹³². Marcão é mais crítico, quando se atribui a mudança a uma espécie de modernização

o termo costumes diria respeito aos hábitos correntes de uma sociedade; dignidade sexual expressaria mais adequadamente a objetividade jurídica dos bens tutelados, num tempo em que há uma reconhecida liberalização dos costumes. Não é isso. Por mais que tenha havido uma flexibilização dos costumes, que não necessariamente significa liberalização – os jovens, em geral, apresentam-se politicamente mais conservadores que o foi a geração de seus pais, e a atitude frente ao sexo é também de certa forma uma atitude política – aquelas condutas listadas como crimes contra a dignidade sexual inequivocamente configuram

¹²⁹ “La dignidade humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la persona de la personalidad de cada individuo.” **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p.319.

¹³⁰ Deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade da pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.p.61).

¹³¹ O termo costume significa uso, hábito, deriva do latim consuetudo. (CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.22) A palavra latina tem o exato sentido de costume, hábito, o que conduz ao sentido corrente na linguagem jurídica de uso considerado como lei. Assim, o que a lei penal conforme a antiga nomenclatura visava proteger, eram os hábitos tido como regularmente válidos.

¹³² GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. Disponível em: www.memesjuridico.com.br. Acesso em 28 jul 2011.

agressão aos costumes socialmente vigentes, tanto antes como agora¹³³.

Ao alterar inicialmente o título, o legislador mostrou tendência a adotar padrões contemporâneos de moralidade política vigentes nas democracias liberais, cuja normatividade se baseia em dois pontos principais: a ampliação das esferas de autonomia e liberdade individuais, por um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos no convívio social, por outro.¹³⁴

Outro autor que entende tais pontos como decorrentes do liberalismo político é De Vita:

Certa interpretação da tolerância é um componente central de qualquer variante de liberalismo político. Formulando a noção no grau mais elevado de abstração possível, uma comunidade política liberal justa é aquela que propicia a seus cidadãos as condições para que cada um possa agir com base em suas próprias convicções sobre aquilo que tem valor último. Para qualquer variante de liberalismo político, a justiça só pode ser “procedimental”. Um Estado liberal justo deve limitar sua intervenção à garantia de uma estrutura de instituições políticas, legais – o Estado de Direito – e socioeconômicas sob a qual indivíduos e grupos têm liberdade para perseguir os fins e os objetivos que julgarem corretos – sujeitando-se a uma norma semelhante ao “Harm Principle” de John Stuart Mill, segundo o qual a coerção coletiva da sociedade só pode ser empregada para restringir a liberdade individual quando isso for necessário para evitar que danos sejam causados a outros.¹³⁵

¹³³ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao título VI do Código Penal. p.35.

¹³⁴ Em sentido contrário, FRANCO critica a última tentativa de reforma da Parte Especial que propôs alteração do título “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a dignidade Sexual”, como se fosse possível fazer uma nítida diferença entre atos sexuais dignos dos atos sexuais indignos. Assim, defende seu ponto de vista: “em matéria de sexualidade, enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida do sexo digno ou indigno, mas tão somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível mais ou menos de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana, encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal.” (FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007,p.3.059)

¹³⁵ VITA, Álvaro de. **Sociedade democrática e tolerância liberal**. in: Novos Estudos, nº 84, julho de 2009, p.62. Baseado no mesmo princípio de liberalismo, NATCHEDAREZ constrói seus argumentos.(NATSCHEDAREZ, Karl. O direito penal sexual: conteúdo e limites. Coimbra: Almedina,1985)

A tese de que o direito penal possui como principal função fornecer os parâmetros e limites para o exercício da liberdade e tolerância, coaduna com a tendência contemporânea de despenalizar condutas sexuais que se desenvolvam em espaços privados, acompanhando, como afirmam Alessandra Pedro Greco e João Daniel Rassi, o fenômeno da privatização da sexualidade.¹³⁶

Perez Luño, também sustenta que

El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de um lado, El reconocimiento de la total *auto disponibilidad*, sin interferências o impedimentos externos, de lãs posibilidades de actuación propias de cada hombre; de outro, la auto determinación (Selbstbestimmung des Menschen) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de uma predeterminación dada por la naturaleza.¹³⁷

Durante a Revolução Francesa, os direitos relativos à personalidade, desde há muito reivindicados, cingiam-se apenas aos direitos de propriedade, tendo assumido novas delineações a partir do momento em que foram entendidos dentro do conceito de dignidade humana. Tais direitos, passaram a apresentar caráter público e coletivo, visto que levou-se em conta que representavam não somente o direito à intimidade do homem em sua esfera individual, mas também em âmbito coletivo.

Como verdade irredutível, o Homem que é um ser incompleto, necessita relacionar-se com o mundo para poder agregar-se e suprir suas naturais deficiências¹³⁸ – *ubi homo, ibi societas* – e neste relacionamento obedecer a diversos princípios orientadores, para que por meio de uma densa *rede de normas*¹³⁹ encontre sentido e uma certa ordem.

¹³⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p.60.

¹³⁷ LUÑO, Perez. p.319

¹³⁸ Cfr. a este respeito: MACHADO, Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996, p.8.

¹³⁹ BOBBIO referindo-se ao contraste entre o mito da liberdade com um certo determinismo: “*Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidissima red de reglas de conducta, que desde El nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección*” (**Teoria general del derecho**. Trad. Para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p.3)

Desta feita, a vida do Homem em sociedade vincula-se ao ordenamento jurídico – muito embora este não cubra a generalidade dos fenômenos sociais – recebendo também algum sentido e ordem de normas religiosas, morais, de educação, de etiqueta, que se podem enfeixar, em certa medida, em um conjunto de valores éticos. Esses valores não possuem coercibilidade, mas impõem de qualquer forma, disciplina e algumas categorias de sanções.

Sobre sanções que não advém do ordenamento jurídico, Del Vecchio leciona

Tanto El Derecho como la Moral, tienen sanciones propias, y son ambos perfectos em su respectiva esfera y a tenor de su modo próprio. Si la coercibilidad es uma sanción propia Del Derecho, también la Moral posee por su parte otras sanciones: ante todo, El sentimiento de satisfacción o de remordimiento que sigue a la observância o la transgressión del deber moral; después, la sanción de la opinión pública, que em el fondo es el reflejo de aquel mismo sentimiento de satisfacción o de remordimiento de la conciencia individual¹⁴⁰.

2.2 A HISTÓRIA DA SEXUALIDADE HUMANA

Importante observar a história da sexualidade humana, para constatar que esta é a própria história do mundo. Dessa forma, “desde que mundo é mundo, seres humanos e animais são dotados de corpos sexuados e as

¹⁴⁰ VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia del derecho**. 9.ed. Trad. ao espanhol revisada por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, [s.d.], p.337. Bobbio, no entanto, fala-nos da sanção moral puramente interior: “La única consecuencia desagradable de la violación de uma norma moral es el sentimiento de culpa, um estado de incomodidad, de turbación, a veces de angustia, que em el lenguaje de la ética se denomina “remordimiento” o “arrepentimiento”, situando as sanções sociais como a reprovação e a exclusão do grupo, na ordem de sanções exteriores” (**Teoría general del derecho**. Trad. Para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p.106-108). Mas pertencendo tais sanções sociais ao domínio do senso ético social, não será de refutar a tese de que seu surgimento radica na norma moral dos indivíduos integrantes do grupo, que a exteriorizam pela adesão.

práticas sexuais obedecem a regras, exigências naturais e cerimônias humanas”¹⁴¹.

Apesar de encontrarmos nas civilizações antigas modelos de sociedades mais ou menos estruturados, nos quais o sistema político destacava-se da organização estritamente familiar (o que não ocorria nas comunidades primitivas), observamos uma forte influência mítico-religiosa em suas instituições e na própria dinâmica daquela área de atuações sociais. A sustentação da mulher como chefe do clã, assim como várias outras representações humanas, deve-se à existência dos chamados mitos de origem¹⁴².

Neste momento histórico, a fêmea representava o divino na terra, ligada à fertilidade e aos animais. Eram tidas como deusas no mundo, visto que havia a crença de que a vida tinha origem do corpo de uma mulher. Imaginava-se que as mulheres geravam filhos sozinhas, independente da atividade sexual masculina. O papel do homem neste período era desconhecido, sendo relevante apenas com a expansão dos kurgos, povo das estepes, que invadiu a Europa em 5000-4000 a.C., que mais tarde constituiu a base da repressão sexual pela dominação masculina violenta. Daí originou-se o sistema patriarcal. Mais tarde, com os gregos, o amor e o sexo eram considerados algo

¹⁴¹ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida**. p.13. PUGLIA estabelece distinções entre as funções sexuais humanas e dos animais: “A) o ato sexual nos animais é inconsciente quanto aos fins, aos meios empregados e às circunstâncias, ao passo que, sob todos os aspectos, consciente no homem; B) o ato sexual exigindo como fator fundamental a sensibilidade tátil, o contato é, no animal, violentíssimo, ao passo que na espécie humana, apesar de enérgico o contato, apresenta outros aspectos; C) para tornar possível o ato sexual, o animal o busca usando da violência, o que perdura nas sociedades primitivas, mas se extingue pouco a pouco para dar lugar às manifestações afetivas como aos artifícios; D) o ato sexual é espasmódico nas espécies inferiores, dando lugar comumente a manifestações de ferocidade, não revestindo essa feição no homem normal”. (PUGLIA, **Delitti di Libidine**, p. 21-22, *In* GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. 6ª ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, p.15).

¹⁴² GIMBUTAS, M.A. “Vênus monstruosa” da pré-história. *In*: CAMPBELL, J. et AL. (Org.). **Todos os nomes da Deusa**. Trad. Beatriz Pena. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p.36 ss. V., ainda, TAYLOR, Timothy. **A pré-história do sexo**. Rio de Janeiro: Campus, p.13 ss.

natural, sem que houvesse a imposição de qualquer tabu ou culpa, várias vezes alvo de atenção por parte dos filósofos e pensadores da época¹⁴³.

Platão em suas obras *A República* e *As Leis*, afirmou que as relações sexuais deviam se limitar exclusivamente à procriação e ao matrimônio. Considerava-se a mulher um ser inferior ao homem, estando essa a serviço destes e o sexo era apenas utilizado para procriação, idéia reforçada por Aristóteles (384-321 a.C)¹⁴⁴.

Com os romanos, os temas sexuais eram tratados de forma objetiva, de forma extraordinariamente “desapaixonada”¹⁴⁵. Nesta época, os matrimônios, permitidos apenas às classes superiores, era orientado pela preocupação com a política e o poder, mais do que com satisfação emocional dos nubentes. Os *paterfamiliae* possuíam como principal objetivo a perpetuação de seu poder por meio da procriação. Os seus herdeiros cuidariam de seu patrimônio e prolongariam a existência de seus clãs¹⁴⁶.

A partir do cristianismo, a sociedade ocidental passou a encontrar fundamentos para justificação de suas crenças e atitudes sexuais para o sexo, tendo o estoicismo (escola helenística) influenciado o mundo também em relação à doutrina da sexualidade.

Esta escola possuía visão bastante rígida e restritiva sobre o prazer sexual, atribuindo a este insignificante valor, sendo inclusive considerado

¹⁴³ Platão (428-347 a.C) foi quem influenciou crenças ocidentais acerca da moral sexual, observando o sexo ora como algo positivo que exerce força positiva na psique humana, ora como algo negativo, sendo uma distração da verdade e da beleza como ou traço perturbador e negativo da experiência humana. (BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 35).

¹⁴⁴ Aristóteles não condenou o amor, pois este transcende o desejo físico, mas em contrapartida considerou o sexo um prazer corrupto, pois afasta o homem da razão. (BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 26).

¹⁴⁵ Os romanos toleravam várias práticas sexuais, sem que houvesse qualquer estigma moral em relação à masturbação feminina ou masculina, considerada uma forma de obter prazer sexual em substituição à prática sexual insatisfatória. A sociedade era patriarcal e as relações sexuais diziam respeito mais à manutenção da propriedade (BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 44-45).

¹⁴⁶ BRUNDAGE afirma sobre a questão que “O divórcio passou a ser comum, assim como sempre foi aceito o concubinato como instituição básica de sua sociedade. A prostituição foi próspera ao longo de toda a história romana, sendo praticado por todos, homens e mulheres adultas. (BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 35).

como “desejo inferior”, devendo ser controlado pelo ser humano. Tal escola preconizava que o ato sexual faria desaparecer a razão humana, recomendando-se até mesmo a abstinência. É certo que tal doutrina anos após, foi adotada pelos padres cristãos e pela Igreja Católica.

Após a queda do Império Romano, houve a dissolução das cidades romanas e a formação dos feudos na Europa, com a ascensão da Igreja Católica ao poder de forma soberana. Nesse período, observa-se rigorosa restrição das liberdades individuais. Muito embora tenha sido um período marcado pela austeridade religiosa, a moral cristã foi paulatinamente sendo construída, enrijecendo e se consolidando ao longo do tempo, visto que nem sempre o tratamento dado à sexualidade foi sempre o mesmo.

Inicialmente, a sexualidade era vista somente como meio para a perpetuação da espécie, recusando-se a concupiscência (desejo) e o prazer; Após esse momento, nos séculos XII e XIII, pregou-se o casamento cristão, monogâmico e indissolúvel, instituição na qual o exercício da sexualidade (com desejo e prazer) era permitido, pois considerada legítima.¹⁴⁷

O helenismo estóico, inspiração de teóricos do cristianismo, eram adeptos da virgindade, especialmente a feminina – virtude e obrigação¹⁴⁸ -, justificando tal inclinação a partir de escritos constantes do Novo Testamento, que recomendavam a abstinência como forma de purificar o espírito.¹⁴⁹ A castidade masculina era encarada como um desafio ao viver casto, estado superior que levava ao conhecimento da fé e das vontades humanas, e pressuposto para o exercício da autoridade moral aos clérigos.¹⁵⁰

O matrimônio era considerado um mal, pois era entendido como pressuposto do “pecado das relações sexuais”, mas o menor deles, pois ao menos impedia a diversidade de parceiros.

¹⁴⁷ BOZON, Michel. **Sociologia da sexualidade**. Rio de Janeiro:FGV,2002 trad. Maria de Lourdes Menezes, p.26-27 Cf., sobre o tema, Ronaldo VAINFAS. Casamento, amor e desejo no ocidente cristão. 2.ed.São Paulo:Ática, 1992, p.16 ss.

¹⁴⁸ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. 2.ed.São Paulo:Ática, 1992, p.16 ss.

¹⁴⁹ PAULO, Carta aos Coríntios, VII,8.

¹⁵⁰ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. p.16 ss.

Já no período germânico, o casamento simbolizava a transmissão de heranças e títulos, a formação de alianças políticas e especialmente os valores das linhagens que se uniam através do casamento, por isso, muitas vezes estes ocorriam entre membros da mesma família. O casamento era, assim, um privilégio da aristocracia, e mesmo dentro desta camada social, não era desejável a todos os seus membros, para que se evitasse a divisão do patrimônio¹⁵¹.

Para os filhos mais novos havia, no entanto, alternativas ao casamento, que formavam um intermédio entre o “verdadeiro casamento”, privilégio dos nobres, e a vida com diversas companheiras. Estes poderiam reunir-se com moças não pertencentes à nobreza, através do pagamento de um dote aos seus pais, sem a celebração do casamento, mas com a qual viveriam e constituiriam família por um certo período da vida. Esta união, no entanto, poderia ser desfeita por vontade do nobre, que poderia iniciar uma nova união, com outra mulher, através do mesmo sistema de dotes, o que evidencia que houve sempre uma linha muito tênue entre o casamento e o concubinato.¹⁵²

Durante quase dez séculos, a Igreja Católica manteve-se alheia à instituição do casamento, mesmo diante dos textos escritos por Santo Agostinho, no século V, que apoiavam tal instituto.

No momento em que houve a desagregação do Império Carolíngio, a partir do século IX, a Igreja passou a ter maior ingerência sobre a realeza e a aristocracia, regulando o matrimônio conforme seus dogmas. Houve a incorporação de algumas tradições germânicas e populares à sua teologia, com objetivo de aproximação dos possíveis fiéis e estender seu alcance sobre as relações sociais. Dessa forma, desconsidera a união entre homem e mulher como pecado, passando a visualizar o casamento como instituição divina. Observa-se que o pano de fundo é sobretudo, político¹⁵³.

¹⁵¹ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. p.26.

¹⁵² VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. p.8 ss.

¹⁵³ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. p.21 ss. NATSCHERADETZ acrescenta que “a sexualidade é um setor de controle privilegiado” (**O direito penal sexual: conteúdo e limites**, Coimbra:Almedina.p.74)

Nos séculos XII e XIII, já com a idéia de que o casamento era um sacramento inafastável, a Igreja toma para si a tarefa de regular o casamento bem como a vida dos cônjuges. Assim, proíbe o casamento entre membros da mesma família até a sétima geração, contrariando tradição dos guerreiros e germânicos, o que tempos depois foi modificado para até a quarta geração, mantendo, no entanto, a proibição do incesto¹⁵⁴.

Por tudo que vimos, seria um erro pensar-se numa “moral cristã” homogênea e imóvel. Melhor seria falar-se de várias “morais”, que se articularam ou se opuseram conforme a época. Mas podemos falar de uma problemática cristã da carne, múltipla em suas expressões, original e obsessivamente ligada ao seu ideal de renúncia. Ideal que se adaptou às ambições do clero, dos nobres e dos reis. As “morais” cristãs não foram, pois, meras formações discursivas, engendradas unicamente pelas aflições dos que possuíam o poder e o saber. É sempre preciso ligá-las ao social, remetê-las à seu tempo, decifrar, enfim, a sua história¹⁵⁵.

Somente em meados do século XV, por meio da cultura renascentista que trouxe inúmeras transformações políticas, culturais e econômicas decorrentes da transição do capitalismo para o feudalismo, inicia-se um resgate do homem enquanto indivíduo, por meio de seu potencial criativo. Houve inúmeras obras literárias tratando o ser humano masculino e feminino sem a austeridade da Igreja, difundidas por toda a Europa.

Apesar das idéias surgidas neste século, a sexualidade tornou a ser tratada a partir das regras morais sobre a conduta sexual medieval, sendo um paradigma para a moderna sociedade ocidental.

Verdadeiramente, uma das duas rupturas da história da sexualidade ocorreu no século XX. Foucault afirma que os mecanismos de repressão teriam começado a se afrouxar a partir deste século, visto que no final do século XIX até a primeira metade do século XX, muitos pensadores passaram a valorar a individualidade na idade moderna, como estrutura da organização da

¹⁵⁴ BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 285.

¹⁵⁵ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. p.85 ss

sociedade capitalista, o que ocasionou a constituição de um sujeito político, livre, portador de direitos e cidadania e erigiu a subjetividade como tema central para a constituição da identidade¹⁵⁶.

Dois importantes eventos marcaram esse período de liberdade individual no que tange à sexualidade: a) o desenvolvimento de métodos de contracepção, que rompe com a idéia de sexo apenas para fins reprodutivos e mobilização de alguns segmentos da sociedade civil e estudos doutrinários.

Surgem movimentos feministas, que promoveram um crescimento sobre os estudos de gênero, dando novas perspectivas sobre as questões teóricas e de investigação sobre a sexualidade, que passaram a ser vistas em uma complexa dimensão social e política da relação entre sexualidade, saúde, construção de cidadania e o exercício efetivo de direitos, ou seja, os “direitos sexuais”¹⁵⁷ e dos homossexuais, contra as desigualdades decorrentes da moralidade sexual vigente.

Outras conseqüências desse fenômeno, vistas nesse período foram a alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e psychologização das relações conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social às diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também maior tolerância em relação ao sexo pré-marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre homem e mulher; o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a sexualidade do adolescente, que passou ao amadurecimento sexual mais precocemente, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez indesejada; e, por fim,

¹⁵⁶ CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e sexualidade**. Brasília: Unesco Edições, 2004, p.30. Na visão marxista v. KOLLONTAI, Alexandra. **A nova mulher e a moral sexual**. 3.ed. São Paulo: Global, 1968.

¹⁵⁷ Verificar conceito de direito penal sexual.

a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais¹⁵⁸.

Observa-se que a partir do surgimento desses fenômenos, houve verdadeira “privatização do sexo”, havendo uma visível passagem do controle social externo para o autocontrole da moral da sexualidade, o que terminou por desencadear os chamados movimentos discriminatórios inicialmente percebidos nos países da Europa e cujos reflexos estão sendo sentidos aos poucos nos países latino-americanos.

No Brasil, o comportamento sexual do brasileiro também sofreu transformações, muito embora sempre tenha sido mais propenso ao exercício das liberdades efetivas e emocionais¹⁵⁹ por motivos históricos e culturais. A miscigenação étnica no povoamento do território, provocou representações sexuais bem distintas em várias regiões, sendo umas mais conservadoras, onde as instituições da repressão sexual são atuantes e outras nem tanto.

No Brasil colônia, os portugueses mantinham relações sexuais pluriétnicas: inicialmente com as índias, seguindo-se o encontro com as negras e mulatas, formando-se assim o povo brasileiro. Havia abuso sexual de índios e escravos e concubinato, severamente punidos pela Inquisição desde que fosse do seu interesse¹⁶⁰. Tais práticas significavam a expressão de senhorio dos colonizadores.

2.3 DIREITO PENAL SEXUAL

De todas as formas de controle social exercidas sobre a sexualidade humana, a mais importante é a realizada pelo Direito. Observa-se,

¹⁵⁸ I.S KON *in* OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.685.

¹⁵⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Direito penal sexual: fundamentos e fontes**. Curitiba: Juruá, 2003, p.28.

¹⁶⁰ No mais das vezes, aos transgressores de tais condutas, consideradas de lesa-majestade e, portanto, sujeitas a pena de morte, eram aplicadas meras advertências. SIQUEIRA afirma que a função da Inquisição era incutir o medo, por meio do qual se obtinha o arrependimento e a vigilância, do que propriamente aplicar o castigo. (SIQUEIRA, Fábio Ramos Martins de. **História da sexualidade brasileira**. São Paulo: Leitura Médica, 2008, p.32-35)

que todo sistema jurídico trata a sexualidade como uma manifestação individual e que varia de acordo com os valores morais e éticos de cada sociedade em um determinado momento histórico¹⁶¹

O Estudo do Direito Penal Sexual, dada sua estreita relação com os valores constantes da sociedade que regula, jamais poderia prescindir de uma análise mais profunda e próxima do contexto social em que se encontra apoiada.

Assim, do ponto de vista sociológico, é verdadeiro dizer que a *construção social* é o elemento central do estudo da sexualidade, pois consistente na “coordenação de uma atividade mental com uma atividade corporal, apreendidas ambas através da cultura”, e a sexualidade extrai sua importância política daquilo que contribui, em retorno, para estruturar as relações culturais das quais depende, na medida em que as ‘incorpora’ e ‘representa’. O não sexual confere significado ao sexual, e os próprios limites do sexual, por serem histórica e socialmente definidos, são movediços. Sob esse enfoque, a sexualidade deixa de ser um fenômeno meramente biológico para se deslocar para o plano da sociedade, cultura e história¹⁶².

Desse modo, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sob a diferença entre o que é “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo” na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época¹⁶³.

Nesse sentido, própria é a afirmação de KON, de que a distinção entre os motivos e ações sexuais e não sexuais em todos os níveis, individual ou social, é estabelecida pelos próprios membros da comunidade,

¹⁶¹ BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval**. p. 22. e NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**. Almedina: Coimbra, 1985, p.75 ss, versando sobre a relatividade das normas sexuais. Aduz o autor que a regulamentação das normas sofre modificações na medida em que o tempo e a cultura sofrem.

¹⁶² BOZON, Michel. **Sociologia da sexualidade**. Rio de Janeiro:FGV,2002 trad. Maria de Lourdes Menezes, p.13-14.

¹⁶³ Nas palavras de NATSCHERADETZ: “Determinadas normas sexuais que muito ‘naturalmente’ regeneram nos seus tempos, com o decurso dos séculos deparam hoje com –para não dizer mais – um repúdio generalizado” (NATSCHERADETZ,Karl. **O direito penal sexual:conteúdo e limites**. p.75)

sendo, portanto, convencional, dependendo dos valores gerais de uma sociedade¹⁶⁴.

2.4 DELITOS SEXUAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA, SOCIOLOGICA E JURÍDICA

As infrações penais dividem-se em crimes ou delitos e contravenções, divisão esta considerada bipartida. Já na concepção tripartida¹⁶⁵, admitida pelo Código Penal francês de 1810, bem como nos Códigos Penais belga e alemão, vislumbra-se a divisão das infrações penais em crimes, delitos e contravenções.

Não existem distinções ontológicas entre crime e delito, nas legislações que optam pela divisão tripartida. A diferença de gravidade – fundamento arbitrário – é que estabelece a demarcação, a fixar-se na qualidade ou intensidade das penas e até na competência para o processo e o julgamento.

No Brasil, há tradicionalmente a dicotomia, tal como acontece em Portugal e Itália, adotando-se um método empírico, no qual as infrações a que a lei penal comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente ou cumulativamente com a pena de multa, são denominadas crimes ou delitos e àquelas a que a lei penal comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, denominadas contravenções¹⁶⁶, tendo em vista que as propostas doutrinárias de diferenciação, não demonstravam a segurança esperada.

Existem conceitos formais e substanciais de crime, também denominado delito.

¹⁶⁴ Tais formulações são relativas, visto que dependem de um contexto, podendo ocorrer em alguns padrões comportamentais considerados obviamente disfuncionais ou incorretos, como, por exemplo, a reprodução ou manutenção das relações de família, podem ser inteiramente funcionais e úteis em outro contexto, se no caso proporcionar satisfação emocional ou de bem estar, conclui o autor supramencionado (I.S KON *in* OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.685)

¹⁶⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. **La clasificación de los delitos por su gravedad**. La Ley. Buenos Aires, 1949, vol.56, p.862.

¹⁶⁶ Para conhecimento das variadas teorias que buscam fixar a diferença entre crime e contravenção, ver G. SABATINI. **Delle contravvenzioni in particolare**. Milão, 1937, p.55.

Sob o aspecto formal, Liszt afirma que crime é o acontecimento a que a legislação relaciona a pena, como consequência de Direito, ou, consoante disse Manzini, é o fato individual com que se infringe um preceito jurídico, provido da sanção específica que é a pena em sentido próprio.

As definições substanciais põem em relevo, sem uniformidade, aspectos particulares da noção de delito: o seu caráter danoso ou, pelo menos, perigoso, a perturbação que acarreta às condições vitais da sociedade, o estado psíquico do agente, a forma de execução, se ativa ou omissiva; por vezes, o antagonismo da conduta com a moral, o que aliás, não é elemento constante, dado o critério a oportunidade que dita a incorporação de certas figuras aos textos repressivos.

Um dos entraves que encontra a conceituação substancial decorre de que o fenómeno delituoso sofre inevitáveis flutuações no tempo e no espaço. A forma de avaliação da conduta humana, para que ocorra eventual repressão, tem variado bastante. Fatos que antigamente eram considerados passíveis de punição hoje são reputadas irrelevantes, e, vice—versa.

Somente à título de ilustração, Romagnosi observava no delito um fato socialmente nocivo e injusto; Jeremias Bentham, o via como violação do dever jurídico; Rudolph Von Ihering, como ataque às condições fundamentais da vida social e o positivista Garafolo, por meio da observação dos sentimentos dominantes na sociedade, chegou à conclusão de que a criminalidade natural dos fatos se aquilata pelos paradigmas da piedade e da probidade.

Em resumo, os conceitos substanciais indagam a natureza do fato e cingem a existência do delito à ocorrência de lesão ou exposição lesão, dos bens ou interesses jurídicos. Já os conceitos formais cingem o delito à violação da lei penal.

É bem verdade que Binding, com sua teoria das normas, salientou que o delito não é um fato contrário à lei penal, e sim conforme a ela,

porquanto se acomoda inteiramente ao relato do tipo. O delito, portanto, infringe norma que inspira a lei penal.

Podemos então definir o delito como sendo ação humana, antijurídica, típica, culpável e punível, muito embora haja restrições de numerosos penalistas no sentido de desconsiderar a punibilidade como qualificativo para a existência do crime.

O comportamento delituoso do ser humano pode revelar-se por atividade positiva ou omissiva, contrário ao direito e revestir-se de antijuridicidade¹⁶⁷. A tipicidade é decorrente da conformidade da conduta com a figura traçada pela lei penal, a partir da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

O termo tipicidade passou a ser largamente utilizado na doutrina desde 1906 com Beling a partir da construção da Teoria Tatbestandsmässigkeit (adequação de um fato ao delito-tipo) afirmando que, para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada na lei.

Para Reinhart Maurach, cujo pensamento é análogo ao de numeroso grupo de modernos penalistas alemães, dentre os quais Welzel, o tipo é a descrição terminante, a padronização de uma ação antijurídica, o que exclusivamente ao legislador compete. Desempenhando papel nuclear no Direito Penal, separa da conduta punível a impunível e permite distinguir os diferentes delitos¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Estudos monográficos sobre a antijuridicidade, ou injuricidade, ou ilicitude jurídica: VALLETTA, Alfonso. **L'antigiuricità penale in relazione allo scopo della norma**. Nápoles, 1951; MORO, Aldo. **L'antigiuricità penale**. Palermo, 1947; PETROCELLI, Biagio. **L'antigiuricità**. Pádua, 1945; MESSINA, Salvatore. **L'antigiuricità nella teoria del reato**. Spoleto, 1942; LOPEZ, E.González. **L'antigiuricità**. Madrid, 1929.

¹⁶⁸ MAURACH, Reinhart. **O conceito finalista da ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro, 1966, nº 14, p.21.

Os delitos sexuais¹⁶⁹, objeto deste trabalho, encontram-se tipificados no Título VI, composto pelos arts. 213 a 234, do Código Penal Brasileiro. Tais delitos encontram-se presentes no ordenamento jurídico pátrio, tendo o legislador a preocupação de apoiar-se à política criminal para decidir acerca da constituição do direito penal positivo.

O decisionismo do legislador do qual provém legítima e imediatamente o conteúdo e o *lógica* do *corpus iuris*, não deve estar restrito à explicitar formalmente as zonas de liberdades dos cidadãos e as esferas de atuação estatal ou, num outro nível de entendimento do direito penal material, não se deve ficar em apenas determinar a proteção aos bens jurídicos de natureza individual: no Estado Moderno que superou as fontes liberais, definido atualmente como Welfare State, vocacionando, portanto, à procura e à promoção do bem estar social, não mais se contentará o legislador penal apenas com a proteção dos bens jurídicos de índole individual: deverá investigar nas fontes que dão origem ao bem estar social os requisitos para a definição do direito penal material¹⁷⁰.

As estratégias de política criminal são traçadas, com base em dados recolhidos pela Criminologia, mas não são dissociadas dos conteúdos axiológicos da comunidade, identificados e plasmados na Constituição e de outras normas à ela subsumidas.

Quanto à questão sexual, a moral social sempre guardou relação estrita com o direito penal, muito embora Figueiredo Dias advogue que

No pensamento do Estado de direito material persiste a idéia-mestra de que toda a soberania reside no povo e de que este só aliena, para a formação do poder do Estado, a quota-parte indispensável à criação de condições de livre realização da personalidade de cada homem. E porque o homem deve ser

¹⁶⁹ A definição de crimes sexuais deve considerar todos aqueles atos delituosos que tenham o propósito de satisfação sexual, referindo-se àqueles que se enquadrem nos Crimes contra a Dignidade Sexual. (DIETZ, P. Sex Offenses: Behavioural Aspects. In Encyclopedia of Crime and Justice, New York: Free Press, 1983).

¹⁷⁰ Sobre essa viragem do direito penal ocorrida na passagem do Estado liberal para a forma de Estado do bem estar DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p.26 e ss.

inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece por inteiro legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais para tutelar a moral ou uma certa moral. Neste campo, tudo deve ser deixado à livre decisão individual. Daqui a minha segunda tese: num Estado de direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, e cuja violação constitui o crime¹⁷¹.

A partir dessa leitura, verifica-se a posição contrária do autor acerca da influência da moral no direito, levando-nos a lembrar do aparecimento de normas penais em branco no Código Criminal do Império do Brasil (1830) e no Código Penal Brasileiro de 1890, que abriam precedente para interpretações diversas.

As normas da moral social, não possuem caráter coercitivo, mas poderão vir acompanhadas por verdadeiras sanções aplicáveis diretamente pela sociedade. Natscheradetz aduz que “Trata-se, pois de modelos de comportamento que regulam as condutas em sociedade e que são impostos por efeito da pressão social, sendo sancionados pela censura ou aplauso social, e controlados por instâncias informais¹⁷²”

A manifestação sexual do homem, muito embora possa encontrar-se vinculada ao seu autodesenvolvimento, sempre esteve ligada a preconceitos, crenças e tabus, que variam ao longo da história de sociedade a

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal e Estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime)**. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, s/n.p.43.

¹⁷² NATSCHERADETZ, Karl. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**.p.65.

sociedade. Stuart Mill a chamaria de *inward forces*, visto que seria necessária ao seu desenvolvimento, aperfeiçoamento e realização enquanto pessoa humana¹⁷³.

Importante ressaltar que, sexualidade¹⁷⁴ compreende toda manifestação do instinto sexual e todas as normas sociais, jurídicas e religiosas que a regulam ou apresentem alguma sanção¹⁷⁵. Dessa forma, e neste aspecto, a sexologia contemporânea é um campo multidisciplinar, que une perspectivas médico-biológicas, socioculturais e psicológicas¹⁷⁶, diferentes disciplinas que enfatizam, de forma complementar, cada um dos aspectos específicos da

¹⁷³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Direito penal sexual: fundamentos e fontes**. 1ª.ed. Juruá, 2009.p.15/16. O autor lembra que “por mais que se defenda um regime político-jurídico democrático estreitamente conexado à liberdade, uma tal idéia (e preferimos situar a liberdade no campo das idéias, como já queria Kant) não pode cair no rotundo desgaste provocado pela interpretação cada vez mais abusiva (e desvirtuada) de um sentido real conformado nas exatas condições impostas pelo viver em sociedade) que se lhe tem dado. Este desgaste, acelerado pela massificação das idéias em bases não muito sólidas, provoca o seu próprio esvaziamento (...) Colocando as coisas desta forma, e não podendo deixar de lado o caráter do Homem de um-ser—que-vive-em-sociedade, temos de afirmar que esta condição de viver em sociedade tem a força ordenadora e normativa. Baptista Machado, analisando a realidade social como realidade historicamente instituída e que serve como ponto de partida para o entendimento do significado do direito, afirma que “(...) a realidade social é uma realidade de ordem. Ela não existe independentemente das referidas estruturas ordenadoras – que o mesmo é dizer, sem normas – e representa qualquer coisa de muito diferente de uma simples unidade de agregação. Uma sociedade, um grupo humano, para merecer tal nome, é necessariamente uma verdadeira unidade de ordem, cimentada por normas que lhe dão coerência e estrutura interna, por tal forma que o resultado final seja sempre algo de diferente da simples soma ou agregação das partes” (MACHADO, J.Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996, p.13). Mas àquelas idéias de ordem e sentido preconizadas pelo autor, fundadas numa perspectiva antropológica e sociológica, acrescemos a necessidade de o processo social ser realizado através da disciplina. O discurso de ordem, sem mais, pode cair no vazio: haverá de conformar-se, pois, com a idéia de disciplina.

¹⁷⁴ Note-se que sexo não se confunde com o substantivo *sexualidade*. Enquanto que o primeiro compreende a própria anatomia funcional, normal e patológica, ou seja, a própria genitália do indivíduo, a sexualidade é a mais notável manifestação do sexo. Cf. **Novíssimo Digesto Italiano** – v.VIII, Torino:Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, verbete sessualità, p.234 ss, Rinaldo PELEGRINI. Marilena CHAUI, ao estabelecer a mesma diferença, utiliza-se do termo *sexual*. Pela pesquisa da autora, o termo sexual ou sexualidade, só aparece em 1938 na biologia, na psicanálise teria aparecido na data de 1924, o que na conclusão dela é um equívoco, já que Freud escreve em 1905 as Três conferências sobre a teoria da sexualidade (CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida**. São Paulo: Círculo do Livro, s.d., p.17 ss)

¹⁷⁵ Cf. **Novíssimo Digesto Italiano** – v.VIII, Torino:Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, verbete sessualità, p.234 ss.

¹⁷⁶ Freud teve como uma de suas descobertas principais a separação entre sexualidade e instinto. A diferença estabelecida pela psicanálise entre esses dois aspectos é a seguinte: enquanto o instinto sexual é um comportamento fixo e pré-formado, pela própria natureza da pessoa humana, a sexualidade se caracteriza pela plasticidade, invenção em relação à história pessoal de cada um (Marilena Chaiui acrescenta ainda, que a sexualidade não se confunde com um instinto, nem com um objeto (parceiro), nem com um objetivo (união dos órgãos genitais no coito), já que qualquer região do corpo é suscetível de prazer sexual, sendo a sexualidade poliforma, polivalente, tendo a ver com a simbolização do desejo (CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida**. p.18)

sexualidade: fisiológicos, evolutivos, antropológicos, etiológicos, socioculturais e normativos, cognitivos, motivacionais, semióticos etc.

A manifestação da sexualidade, bem como a condução sexual é uma fonte suficientemente poderosa e explosiva ínsita a todo ser humano em qualquer meio social, para que alguma sociedade possa permitir a sua absoluta liberdade¹⁷⁷.

No entanto, para o viver em sociedade, foram necessárias intervenções das comunidades no agir humano, para imposição de limites e repressão de tais manifestações, combinando-se diversos mecanismos de controle social, como leis, moral e religião. Esses mecanismos são denominados repressão sexual, ou seja, “conjunto de interdições, permissões, normas, valores, regras estabelecidas histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade e que são interiorizadas pela consciência individual, graças aos inúmeros procedimentos sociais utilizados como controle, como, por exemplo, a educação em todos os níveis e o Direito¹⁷⁸.

Daí é percebido que sempre por trás dos instrumentos de controle da sexualidade, como forma de repressão, estão as relações de poder. Isso porque o exercício do poder de repressão da sexualidade não apresenta suas conseqüências somente em relação à conduta sexual individual. Também reflete na maneira pela qual as instituições crescem e se desenvolvem¹⁷⁹.

A repressão será eficaz na medida em que conseguir ocultar, dissimular ou disfarçar o caráter sexual daquilo que está sendo reprimido, do comportamento. Lembramos que, da mesma forma que os comportamentos sexuais das sociedades são variáveis no tempo e no espaço, assim também são as respectivas formas de repressão, atreladas às complexas simbologias que diferentes culturas elaboram suas relações com a natureza, espaço, tempo,

¹⁷⁷ BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. Carretera Picacho-Ajusco: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 22.

¹⁷⁸ Marilena Chaui sustenta que “Essas regras, normas, leis e valores são definidos explicitamente pela religião, pela moral, pelo direito e, no caso de nossa sociedade, pelas ciências também” (CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida**. p.13)

¹⁷⁹ BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval**. p. 22.

diferenças sexuais, nas relações interpessoais, com vida e morte, o sagrado e o profano, o visível e o invisível.¹⁸⁰

2.5 A PROTEÇÃO SEXUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DO CÓDIGO DE MENORES AO ECA (A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SUJEITO-CIDADÃO)

A criança e o adolescente somente foram objeto de preocupação do legislador brasileiro, a partir da independência política, na Constituinte de 1823, que resguardava as escravas grávidas de trabalhos incompatíveis com sua condição, bem como a possibilidade do trabalho próximo ao filho.

Após 1860, a escravidão, ainda existente, passou a incomodar os intelectuais, precursores de campanhas abolicionistas, aprovou-se lei de autoria de Silveira da Mota que proibia a venda de escravos sob pregão e exposição pública, bem como a proibição de, em qualquer venda, separar o filho do pai e o marido da mulher¹⁸¹.

Após essa primeira demonstração de que os Direitos Humanos da criança e do adolescente ganhavam destaque, em 1871 foi aprovada a Lei do Ventre Livre, promulgada pela Princesa Isabel, cujo objetivo era conceder liberdade às crianças nascidas de mães escravas. Esta lei ocasionou posteriormente problemas quanto à inserção dessas crianças negras (ingênuos) no meio social, pois ainda continuavam sendo exploradas, seja pelo Governo ou seus senhores. Somente algumas eram registradas, outras eram enviadas a casas onde infanticídios eram realizados, ou mesmo encaminhadas a Casas de Expostos, que devido à escassez de recursos materiais e humanos, era grande o número de crianças que não resistiam às precárias condições a que eram submetidas¹⁸², o que terminava por contribuir para a mortalidade infantil.

¹⁸⁰ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des) conhecida**. p.25

¹⁸¹ MACEDO, Sérgio Diogo Teixeira de. **Crônica do negro no Brasil**. Rio de Janeiro:Record, 1974. págs. 113-114.

¹⁸² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo:LTr, 1999.p. 16.

Arthur Moncorvo Filho afirma que

Não é de estranhar que a mortalidade infantil, sobretudo nos primeiros meses de vida, fosse ali excessiva como sempre vinham afirmando, desde quase dois séculos, administradores e médicos a ela pertencentes, chegando-se a cotá-la por vezes em 70, 80 e até mais de 90%¹⁸³

A partir da metade do século XVIII, observa-se um crescimento desordenado e desorganizado das cidades, acarretando o aparecimento de doenças infecto-contagiosas em proporções endêmicas, principalmente pelo clima tropical e medicina rudimentar e incipiente. Tal fato ocasionou o abandono de crianças pelos pais que faleciam ou por aqueles que não tinham como criá-las.

As instituições que assistiam essas crianças eram ligadas à associações civis e religiosas. As instituições organizadas e fundadas por doações particulares proliferavam, dando vazão aos objetivos filantrópicos e caritativos da sociedade e da Igreja. O Brasil funcionando sempre em função de uma dependência econômica e política, tinha na família, na coroa portuguesa e na Igreja o tripé fundamental da ordem social que, em função da constante exploração mercantilista, transplantava para cá os padrões culturais de metrópoles como Portugal, França e Inglaterra, advindo daí os diversos tipos de assistência. A figura da criança carente nessas fases de dependência era encarada como elemento passível de receber caridade, não havendo uma preocupação específica com ela¹⁸⁴.

A partir de 1920, fortaleceu-se a opinião de que ao Estado caberia a tarefa de assistir a criança. Foi então que surgiu o Código de Menores em 1927, que compilou legislações desde 1902, objetivando conferir especial relevo à situação dos menores de idade. A assistência à infância deveria passar da esfera somente punitiva para a educacional, iniciativa inovadora e influenciada

¹⁸³ MONCORVO FILHO, Arthur. **Histórico da proteção à infância no Brasil – 1500-1922**. Empresa Gráfica Editora, 1926. p.38.

¹⁸⁴ COSTA, Maria Berenice Alho da. **História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro: 1907 a 1927**. Dissertação apresentada no Departamento de Serviço Social da PUC/RJ, agosto de 1986.

pelo positivismo, que defendia que quanto mais cedo houvesse uma intervenção, para tratamento deste menor de idade – abandonado ou delinqüente - mais chances teria de ser recuperado e reintegrado à sociedade.

Com o Código de Menores transformou o pátrio poder em pátrio dever, sendo possível ao Estado intervir na relação familiar e substituir a autoridade paterna caso este não tivesse condições de oferecer educação regular.

Constitucionalmente, as Cartas Magnas de 1824 e 1891 são omissas com relação à criança, sendo referida apenas na Constituição de 1934, ao estabelecer vedação ao trabalho para menores de 14 anos. Com a Carta de 1937, é ampliada a esfera de proteção à criança desde a infância, restando ao Estado a assistência supletiva. A Constituição de 1946, continuou essa proteção desde a maternidade.

A Constituição Federal de 1967 manifestou-se acerca da idade mínima de 12 anos para o trabalho infanto-juvenil, ampliada para 14 anos pela Constituição de 1988, tendo sido garantido pelo texto legal, o direito à educação fundamental.

Pode-se inferir a partir dessa análise histórica, que a expressão “menor” fora utilizada pelo legislador desde as Ordenações do Reino, como categoria jurídica, denominando aqueles que se encontravam em situação de carência moral ou material, bem como os que estavam envolvidos na prática de infrações penais.

Com o surgimento do Código de Menores, vislumbra-se uma outra categoria, a de “menor em situação irregular”, ou seja, aquele vitimado, seja materialmente ou moralmente, com desvio de conduta ou autor de infração penal. Criticava-se muito o Código referido, por trazer em seu bojo disposições que contrariavam princípios do contraditório e ampla defesa, como por exemplo, a prisão “cautelar” para averiguação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, como muitos denominam, foi inserido em nosso ordenamento jurídico para colocar fim

às situações de ameaça aos direitos das crianças e adolescentes – termo esse mais adequado e que atende à Doutrina da Proteção Integral, sugerida pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁸⁵, cuja concepção consiste em exigir do Estado políticas de prioridade dos interesses das novas gerações. A infância passa então a ser entendida não como um objeto de medidas tuteladoras, mas se reconhece, a partir disso, a criança como sujeito de direitos.

O art. 227, *caput*, da Constituição de 1988, dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Ainda verificamos o §4º do mesmo art. 227, que diz, *ipsis litteris*: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. A Constituição, portanto, passa a proteger os direitos da criança e do adolescente, norteados pela aplicação das leis destinadas à punição necessária para quem violar a dignidade destes seres sujeitos de direito.

Coadunando com essa lógica, é preciso evocar alguns princípios constitucionais pertinentes ao melhor entendimento sobre a construção jurídica do estupro de vulneráveis, como a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, oferecendo ao sistema jurídico o seguinte conteúdo substancial:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

¹⁸⁵ A Convenção representa um consenso de que existem alguns direitos básicos universalmente aceitos e que são essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso de uma criança. Representa em definitivo, o instrumento jurídico internacional mais transcendente para a promoção e o exercício dos Direitos da Criança. (PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse sentido, Nery¹⁸⁶ afirma sobre a dignidade da pessoa humana que é o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.

Essa demonstração de o Estado ser subserviente ao ser humano, ao posicionar a pessoa à frente do ordenamento como foco principal, caracteriza a supremacia dos valores constitucionais estabelecidos em seus princípios.

O desenvolvimento pleno do ser humano depende do comprometimento jurídico com as modificações sociais e, para isso, o Estado deve se aproximar da sociedade, ajustando direitos e interesses às necessidades sociais e coletivas, vinculando intimamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

A criança e do adolescente, tendo em vista o referido dispositivo constitucional deve ser protegida de toda forma de violência: maus tratos, violência psicológica, exploração de sua mão de obra, exploração e abuso sexual, enfim, de um sem número de atentados à sua condição de pessoas humanas, de atentados à sua cidadania.

Sem dúvida alguma, muitas das violências ocorridas, até mesmo em âmbito familiar, encontram-se associadas a ações ou omissões ligadas a questões sociais como falta de emprego, as quais podem ser fomentadoras ou mesmo as desencadeadoras dessa violência¹⁸⁷.

No entanto, as causas não são justificadoras para que as violências deixem de ser rechaçadas pelo Poder Público. O art. 130, do Estatuto

¹⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁸⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**.p.193.

da Criança e do Adolescente determina que “Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente responsabiliza a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público pelo asseguramento dos direitos já referidos. A referida lei tem como fundamento ético-político a proteção integral da criança e do adolescente e foi elaborada a partir de amplo debate e participação popular, em um momento de redemocratização da vida nacional¹⁸⁸.

No que concerne às demais pessoas, bem como aos integrantes das famílias nas quais as crianças e os adolescentes se encontram, também há tratamento dispensado pelo ordenamento penal, no Título VI, com alterações introduzidas pela Lei 12.105/2009.

¹⁸⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao direito neste trânsito para a pós-modernidade.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 12 - n. 2 - p. 309-319 / jul-dez 2007.

CAPÍTULO 3

ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.105/2009: A (IN) VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 REFORMA LEGAL NO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL: DOS COSTUMES À DIGNIDADE SEXUAL

As alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009 foram muito mais significativas que a modificação do Título VI do Código Penal de “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. A reforma de todo o Título, que culminou na promulgação da Lei acima referida, iniciou-se no contexto de uma Comissão Parlamentar de Mista para investigação de casos de pedofilia e que originariamente, conferia ao Título VI do Código Penal nome de Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual, e contava com a seguinte justificativa

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, parágrafo 4º, de que ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Fonte: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado.

Todos os crimes constantes do Título VI, atentam contra o meio social (vitimização formal). No entanto, e segundo a nova legislação, enfatizou-se a violação à autodeterminação sexual da vítima como violação à dignidade na sua vertente sexual, como bem jurídico atingido. A opção do legislador segue a linha constitucional de considerar especialmente um bem jurídico amplo - dignidade da pessoa humana - e dividi-lo em diversos ramos como a sexualidade, a honra, a incolumidade física, a liberdade, etc.

Nota-se que o legislador optou pela adjetivação da dignidade, a seccionando: uma de natureza sexual, outra eleitoral ou trabalhista e assim sucessivamente. Fracionou-se então, o conceito.

Tadeu Dix Silva, ao comentar a Lei nº 11.106/2005, anterior, portanto, à última reforma, e que entre outras alterações, revogou delitos como o adultério e a sedução, lembra que inicialmente a mudança do Título VI proposta pela Senadora Serys Slhessarenko, não foi bem recepcionada, pois:

Crimes contra a Dignidade Sexual não significam delitos contra a liberdade sexual. Essa expressão vincula-se à idéia-força da tutela penal a partir de um prisma moralista: como se fosse possível 'fazer nítida separação entre atos sexuais dignos e atos sexuais indignos' (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes contra os costumes, in CP e sua interpretação jurisprudencial**), uma vez que existem práticas sexuais que poderiam ser consideradas indecorosas ou impudicas que, entretanto, 'não se contendem com a livre determinação sexual [visto que] na construção da criminalidade dever-se-á omitir todo o tipo de conotações à moral e ao pudor' (RAPOSO, Vera Lúcia. **Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual**. In: COSTA, José Faria da. et alii (orgs.) *Lieber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2003, p.940)¹⁹⁰

Ainda sobre a questão, e comentando a Lei 11.106/2005, Tadeu Dix Silva afirma que:

¹⁹⁰ DIX SILVA, Tadeu Antônio. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/05**. Leme: Mizuno, 2006, p.39.

não caminhou bem o substitutivo do Senado Federal ao efetivar a mera alteração do Título VI do Código Penal para 'Delitos contra a Dignidade Sexual', sem propor a modificação dos crimes contra a liberdade sexual para a localização sistemática onde deveriam ser inseridos, ou seja, nos crimes contra a liberdade individual. Em se tratando a liberdade sexual como uma das manifestações da liberdade humana, encontra ressonância enquanto concretização da liberdade pessoal, e se traduz na liberdade do indivíduo 'no campo do exercício da própria sexualidade, e, de certa maneira, da disposição do próprio corpo' (MJ, Relatório da 1ª. Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, 1994, p.33)¹⁹¹

Não houve, apesar da reforma do Código demonstrar tendência a adoção de padrões contemporâneos de moralidade política onde há predominância da autonomia e liberdade individuais, abrandamento da tutela dos bens jurídicos em questão. Pisapia ponderava que a objetividade jurídica constitui elemento interpretativo essencial e se mostra como único critério sistemático capaz de permitir uma classificação dos crimes, sem qualquer empirismo¹⁹².

Imprescindível então, é compreender e delimitar o exato alcance do valor protegido em cada um dos Títulos da Parte Especial do Código Penal, pois assim serão reveladas as consequências como a classificação sistemática do crime, a própria compreensão do tipo, o conflito aparente de normas, além de se produzir efeitos processuais. No que concerne aos delitos sexuais, a identificação passa pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, não punindo as condutas consideradas meramente morais.

No entanto, a classificação legal não é definitiva, porque pode o legislador errar em sua opção, como o interprete erra ou entende mal. Ou também, especialmente nos crimes sexuais, pode a denominação ficar

¹⁹¹ DIX SILVA, Tadeu Antônio. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/05**. Leme: Mizuno, 2006, p.40.

¹⁹² PISAPIA, G.Domenico. **Introduzione alla Parte Speciale Del Diritto Penale**. Milano: Giuffré, 1948, p.73.

ultrapassada em face da evolução sobre a finalidade que se tem sobre o direito penal, como ocorreu em relação “aos crimes contra os costumes”¹⁹³.

Ante esse entendimento, toda classificação com base no bem jurídico tutelado, deverá ultrapassar dois obstáculos: interrelacionamento dos bens jurídicos e opção pelo bem jurídico preponderante, no caso de crimes pluriofensivos. Diferentemente dos que criticam a nomenclatura do Título VI do Código Penal pátrio, Greco o vê com conteúdo semântico abrangente, visto que dele se extrai vários outros significados, como liberdade, intimidade sexual, etc¹⁹⁴.

Passando-se à análise do primeiro aspecto, verifica-se que os bens jurídicos possuem interrelação, agrupando-se em círculos concêntricos; uns situam-se no núcleo ao redor dos quais gravitam bens jurídicos de menor importância, denominados periféricos, que se entrelaçam ou não aos demais. Quanto ao segundo aspecto, a opção se fará levando-se em conta o bem jurídico predominante, escolha essa influenciada pela ideologia dominante ou por questões de política criminal¹⁹⁵.

O Estupro de Vulnerável, objeto deste trabalho, faz parte do Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, denominação que substituiu a antiga denominação Dos Crimes contra os Costumes.

A Lei 12.015/2009 ainda modificou o art. 213, sobre o estupro, dando-lhe novo significado e ampliando os possíveis sujeitos. As figuras do atentado violento ao pudor e da violência presumida, baseadas nos artigos 214 e 224, alínea “a”, do Código Penal, foram extintas e agregadas pelo novo crime de estupro, conforme se verifica na transcrição da nova redação dada ao art. 213:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

¹⁹³ GRECO FILHO, Vicente. **Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.** São Paulo:Quartier Latin, 2006, p.159 ss.

¹⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.** p.161.

¹⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.** p.159.

A Lei nº. 12.015/2009 alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, e implementou, pelo artigo 217-A, a nova figura penal estupro de vulnerável, pela qual basta que o agente ativo saiba que a vítima é menor de 14 anos e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, conforme segue:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

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

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Portanto, a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso, com menor de 14 anos configuram o novo tipo penal em debate, o qual surgiu devido à proteção constitucional especial e prioritária dada a esses seres considerados vulneráveis. Por isso, foi previsto também, no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, o crime de estupro de vulnerável, sendo este tipo penal insuscetível de anistia, graça e indulto. Antes da modificação feita na legislação penal, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor praticados contra menores de 14 anos se consumavam ao ocorrer a relação sexual com pessoas dessa idade, por existir norma legal que previa que sempre que isso acontecia estava caracterizada a violência ou a grave ameaça: a violência presumida¹¹. Esse entendimento estava baseado na incapacidade de discernimento das vítimas para consentir a prática do ato sexual.

O Código Penal descrevia no revogado art. 224 que:

Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, que o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Para muitos estudiosos, principalmente os mais legalistas, a presunção de violência era absoluta, já que a lei punia indistintamente aquele que praticava relações sexuais com menores de 14 anos, seja com ou sem o consentimento da vítima. Embora houvesse esse entendimento, outra corrente já cogitava exceção à regra do art. 224, alínea “a”, dependendo do caso concreto. Assim, raciocinavam no sentido de ser possível afastar a presunção e considerar a conduta atípica.

Julgado importante que coaduna com o entendimento da existência da presunção relativa foi o da Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹⁹⁶,

Ementa: RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO.

É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada

¹⁹⁶ MOURA, Maria Thereza de Assis Moura. Voto. 6ª Turma/STJ. REsp 804999 / SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicação no DJe 1.2.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+804999&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 15 de dez de 2010.

conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual. No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

Pela sistemática atual, a presunção de violência não é mais admitida. O novo tipo penal que surge para proteger os direitos dos infantes não requer violência ou grave ameaça e se consuma ainda que haja consentimento da vítima. Portanto, é considerado crime manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. A lei pune todo aquele que concorra para a prática do ato criminoso, considerando que pessoas menores de 14 anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, numa provável perspectiva de presunção *iuris et de iure*.

Na verdade, para o tipo penal, basta que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, mesmo sem utilização de violência ou ameaça pelo agente. É a objetividade fática explícita pela redação legal.

3.2 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL SEXUAL

O Direito Penal possui como principal função é a de prevenir lesões e ameaças de lesão a bens jurídicos atrelados à noção de autodeterminação da personalidade¹⁹⁷, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa

¹⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Civitas, 1997, p.517.

do Brasil. O exercício da autonomia da vontade, sofrendo restrições, faz com que o Direito Penal perca sua legitimidade punitiva.

Torna-se assim, relevante o estudo do consentimento do ofendido - que dentro da teoria da imputação objetiva, possui especial relevância - especialmente no que tange aos delitos sexuais, onde seu dissenso é base para construção de todo o injusto típico.

Em um estudo¹⁹⁸ sobre o comportamento da vítima nos crimes sexuais em que há o consentimento do ofendido, o conceito de a autocolocação em perigo da vítima não poderia deixar de ser abordado, em uma tentativa de não se confundir os institutos.

Esta temática não encontra posicionamento pacífico, sendo objeto de debates principalmente na Alemanha. A autocolocação em risco encontra-se no grupo genérico das chamadas “ações ao próprio risco”, onde um terceiro favorece ou cria situações contra seus próprios bens. Nesse contexto, difícil é precisar até que ponto o comportamento de quem se arrisca converte a conduta do terceiro em um risco juridicamente permitido, excluindo, portanto, a imputação¹⁹⁹.

Esse comportamento pode ser observado de duas formas: quando a vítima participa de uma autocolocação em perigo e quando há seu consentimento em uma colocação de perigo, realizada por terceiro. No primeiro caso, se é a própria vítima que tem o dever de evitar o resultado, o acontecimento será explicado como sua obra exclusiva, pois foi a vítima quem configurou ou modelou sua autolesão²⁰⁰. Não se torna juridicamente relevante saber se a vítima tinha pleno conhecimento da situação de perigo, mas sim se esta situação estava ou não dentro do âmbito de sua responsabilidade ou competência²⁰¹.

¹⁹⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004.p.103 ss.

¹⁹⁹ LOPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Colombia:Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, Colección de Estudios nº 5, 2000.p.141.

²⁰⁰ LOPEZ DÍAZ, Cláudia. *Introducción a la imputación objetiva*. p.150.

²⁰¹ LOPEZ DÍAZ, Cláudia. *Introducción a la imputación objetiva*. p.150.

Torna-se importante ressaltar que, o estudo sobre a autocolocação da vítima em perigo ou participação da mesma para a ocorrência do evento danoso, nos leva à análise do instituto do consentimento. Cláudia López Díaz sintetiza²⁰²:

1) Na participação em uma autocolocação em perigo, as próprias ações da vítima são as que a colocam em risco. Assim, numa espécie de divisão de tarefas, ela contribui para a organização da lesão. Isso não acontece com o consentimento, porque nele, a vítima deixa nas mãos do autor a decisão sobre o “sim” e sobre o “como” será efetivada a lesão ao bem jurídico;

2) Na participação no próprio risco, é a partir da conduta do terceiro que se verifica a competência da vítima para cumprir seus deveres de autoproteção, evitando toda conduta que possa lesionar ou por em perigo seus próprios bens²⁰³. Ao contrário, no consentimento a vítima aceita que o terceiro cause-lhe um dano posteriormente.

3) Na autocolocação em próprio risco, o que geralmente aceita é a colocação em perigo de um bem jurídico, já que se tem confiança em um deslinde feliz. No consentimento, o titular do bem jurídico tem a certeza, ao aceitar a interferência de terceiro, que vá produzir uma lesão ou um dano²⁰⁴.

²⁰² LOPEZ DÍAZ, Cláudia. Introducción a la imputación objetiva. p.164.

²⁰³ LÓPEZ DÍAZ, em sua obra, ao estabelecer limites entre o crime de homicídio consentido e uma ação a próprio risco, nos diz que importante é determinar o momento em que a vítima provocou o perigo. Exemplo utilizado é o de um paciente que pede ao cirurgião que não lhe feche a ferida no curso da operação e morre. O médico, como garante, responde por homicídio consentido, por omissão. Do contrário, se iniciado o tratamento e o paciente desiste de prosseguir-lo, vindo a sofrer lesões ou morte, o médico estará isento de responsabilidade, pois a vítima por ação de próprio risco, deu causa ao resultado. Em resumo, caso a vítima, com comportamento anterior, tenha transformado a contribuição de um terceiro em uma lesão a si mesma, isenta o terceiro da responsabilidade pelo delito, enquanto que na ação de próprio risco, a vítima dá causa à lesão após a conduta do autor. A autora afirma que importante é verificar que possuía a competência para evitar a lesão, no momento em que se cria o risco.(LOPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la imputación objetiva**. p.165)

²⁰⁴ Claus Roxin apresenta como exemplo um julgado pelo Tribunal Supremo Alemão do médico “A” que regressou de uma viagem a trabalho da Índia infectado de varíola e, não obstante se sentir doente, começou a tratar de seus pacientes sem qualquer tipo de análise prévia. Muitos médicos e pacientes foram contaminados por ele. Um sacerdote, consciente de que poderia também ser contaminado, insistiu a lhe fornecer ajuda espiritual enquanto o médico estava de quarentena. O médico só respondeu por lesões de seus colegas e pacientes, e não respondeu no que concerne ao sacerdote porque este agiu pelo seu próprio risco (ROXIN, Claus. **Derecho penal:parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.388

Doutra parte, também fazem parte do grupo das “ações ao próprio risco” o consentimento em uma autocolocação em perigo, realizado por outrem. Nessa hipótese, alguém não se põe em perigo, mas se deixa pôr em perigo por outrem, com a consciência do risco²⁰⁵.

No presente trabalho, o enfoque será dado à teoria do consentimento do ofendido, e não sob qualquer das “ações do próprio risco”, como a autocolocação em perigo.

3.3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O CONSENTIMENTO

Ulpiano²⁰⁶, no livro 47 do Digesto (D.7.10.1.5), já reconhecia, que o consentimento do lesionado, desonera o lesionador da responsabilidade penal.²⁰⁷ De pensamento mais radical, POLAINO-ORTS afirma que o titular de um bem jurídico possui capacidade de disposição sobre a sanção de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico²⁰⁸.

Grande parte da doutrina tem interpretado, de forma limitada, essa liberação da responsabilidade do lesionador. ROXIN afirma que os autores influenciados pela doutrina do direito natural, permitiam que o consentimento surtisse efeito somente no caso da renúncia dos direitos subjetivos e quando estavam sujeitos à faculdade de disposição do particular e não atentava contra a ordem objetiva comum. Ao contrário, a escola histórica do Direito não

²⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.393. Exemplo citado pelo autor é o caso do carona que aceita ser conduzido por um amigo seu, consciente de que ele se encontra embriagado, vindo a ocorrer o acidente em que o carona morre; ou o exemplo do carona que induz o motorista a empregar alta velocidade no veículo para chegar a tempo em uma cidade. Em virtude da alta velocidade empregada, ocorre um acidente e o passageiro morre. Esse caso citado traz hipóteses distintas da participação dolosa ou culposa em uma autocolocação em perigo. Não se trata da mesma coisa se com a própria conduta do titular do bem se ponha em perigo, do que aceitar que outra pessoa realize a conduta criminosa. (LOPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la imputación objetiva**. p.170-171)

²⁰⁶ (170-228 d.c)

²⁰⁷ Nulla iniuria est, quae in volentem fiat, ou seja, “o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto” – tradução livre com base na tradução do espanhol de ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.511.

²⁰⁸ POLAINO-ORTS, Miguel. **Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinction entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal. La reforma Del derecho penal militar**. Anuario de Derecho Penal 2001-2002, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica Del Perú, fondo editorial.p 216.

aceitava a influência do consentimento sobre a punibilidade, porque o Direito Penal como forma de manifestação histórica da ordem social, não pode estar sujeito à disposição do indivíduo²⁰⁹.

O crime como lesão de interesses era explicado pela escola sociológica do Direito, afirmando esta que o consentimento exclui a infração à norma.

Acerca desta questão, a concepção dualista advoga a tese de que o acordo seria causa de atipicidade e o consentimento causa de justificação²¹⁰; Já a doutrina unitária não trata tal questão como relevante, considerando que o consentimento exclui o tipo penal²¹¹; E, por fim, a doutrina diferenciadora, que estabelece distinção entre acordo e consentimento excludente do tipo e consentimento excludente da antijuridicidade²¹².

Em se tratando da Doutrina dualista, acordo e consentimento são distintos. POLAINO-ORTS citando Geerds, aduz que o acordo excluiria a tipicidade nos tipos penais em que o atuar contra ou sem a vontade do sujeito passivo²¹³ é elemento da descrição típica, inerente aos tipos penais em que a ação típica já pressupõe a manifestação de vontade. O consentimento não teria o condão de excluir a tipicidade, mas apenas efeito de justificação: há a lesão subsistindo o consentimento, mas em casos penalmente justificados.

²⁰⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.512.

²¹⁰ Posição defendida por ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para fundamentação de um paradigma dualista**.Coimbra: Coimbra Editora, 1991. Posição seguida por PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**.3. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, p. 72 e TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 171-172.

²¹¹ CHAVES CAMARGO. Antônio Luis. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**.São Paulo: Cultural Paulista, 2002.p.188 ss.

²¹² JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general, t. I, fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.ed. Madrid:Marcial Pons, 1997, p. 293 ss.

²¹³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.512.

Roxin em suma, aduz que a diferença estabelecida por esta concepção afeta o caráter predominantemente “fático” do acordo frente ao caráter essencialmente “jurídico” do consentimento²¹⁴.

Diante dessa constatação, pode-se afirmar que no acordo, a atitude interna do titular do bem jurídico não se exterioriza, enquanto que no consentimento esta é essencial (a exteriorização); o acordo teria eficácia apenas com a mera capacidade de vontade “natural” de quem demonstra aprovação, enquanto que no consentimento há que se verificar a capacidade de compreensão da lesão a seu bem jurídico; no acordo, os vícios de vontade seriam irrelevantes, enquanto que no consentimento, o tornariam ineficaz²¹⁵.

3.4 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA RELAÇÃO SEXUAL

O argumento que termina toda e qualquer discussão acerca do consentimento como causa de exclusão da tipicidade²¹⁶ e defendido por Roxin está baseada na teoria liberal do bem jurídico, referida a pessoa humana. Por esta teoria, como os bens jurídicos servem ao livre desenvolvimento de cada indivíduo, as ações baseadas na disposição do portador, constituindo sua expressão, são perfeitamente aceitáveis e atípicas, pois a garantia constitucional da liberdade de ação, impede o alcance do legislador penal.

Note-se que o consentimento eficaz faz com que não exista o desvalor do resultado, e, conseqüentemente o desvalor da ação, pois normalmente a ação consentida é normalmente recepcionada pela sociedade. Consentimento, em suma, trata-se de causa excludente de tipicidade e não causa

²¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.513-515.

²¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.513-515. Esquema também apresentado por POLAINO-ORTS, Miguel. **Volenti non fit injuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal. La reforma Del derecho penal militar**. Anuario de Derecho Penal 2001-2002, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica Del Perú, fondo editorial.p 223 ss.

²¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.517.

de justificação²¹⁷, visto que as últimas necessitam de juízos de ponderação de interesses e necessidade.

No entanto, nem todos os bens jurídicos são passíveis de admitir o consentimento como causa eximente de tipicidade, visto que determinados bens jurídicos cuja lesão se dirige à comunidade, não sendo, portanto, individuais e sim coletivos. Não há um titular específico que possa consentir, exteriorizando sua vontade.

No caso do legislador penal, nem sempre este admite o consentimento como causa de exclusão de tipicidade, como no caso dos delitos sexuais em que o legislador, no próprio tipo penal já impede que a vítima exerça essa faculdade, declarando a ineficácia do consentimento²¹⁸.

No entanto, em não havendo qualquer manifestação do legislador na reprovação de condutas como: cirurgias de mudança de sexo, cirurgias plásticas, esterilização, práticas sadomasoquistas, etc, não há que se falar em ineficácia do consentimento²¹⁹.

Esse consentimento, mais uma vez, deverá ser expresse, manifestado de forma conclusiva para que seja apreendido. Assim, no crime de estupro, caso a vítima não manifeste expressamente sua vontade nem por palavras, gestos ou de qualquer outra forma de modo a ser apreendida por parte do agressor, ficando apenas no plano interno, não há como se falar em excludente da tipicidade²²⁰. E não só a ação do autor, mas o resultado, também deve ser tido como objeto do consentimento, sendo possível revogá-lo até antes da execução do ato, não se produzindo efeitos jurídicos. Exemplo citado por

²¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.521.

²¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.528-529.

²¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.531.

²²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.534-535.

Roxin é o da vítima de estupro que, depois de sofrer violência ou grave ameaça empregada pelo meliante, consente na cópula vagínica²²¹.

Outro ponto a ser considerado é a capacidade de compreensão, que para Roxin independe do limite etário, sendo unicamente questão de fato²²². Já Pierangelli, entende que ante a ausência de dispositivo legal no direito penal brasileiro, fixou-se o da inimputabilidade para os menores de 18 anos²²³.

3.5 A TUTELA DO BEM JURÍDICO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (VULNERÁVEL)

Alessandra Orcesi menciona que:

O bem jurídico protegido pelo Direito Penal sexual no tocante aos menores é objeto de grande polêmica, pois além de todas as questões acerca da liberdade sexual, o fato de a vítima do crime sexual ser menor de 18 (dezoito) anos traz pelo menos dois elementos complicadores para a categorização do crime. O primeiro é que, com uma incidência maior do que as demais condutas que envolvem a sexualidade, é em relação ao menor que a moral social apresenta forte incidência. Depois, é a possibilidade de se considerar ou não o consentimento da vítima menor como válido, portanto, descaracterizando o crime²²⁴.

Para Natscheradetz, a proteção do menor não tem o objetivo de interiorização, pela juventude, de certos valores morais da conduta sexual, mas sim a protegê-los de certos estímulos, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios acerca de sua sexualidade²²⁵.

²²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal:parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.535.

²²² ROXIN, Claus. **Derecho penal:parte general**, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.p.538.

²²³ PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**.3. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, p. 138. Adotando mesmo posicionamento GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004, p.99.

²²⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004.p.64.

²²⁵ NATSCHERADETZ,Karl.**O direito penal sexual:conteúdo e limites**, Coimbra:Almedina,p.153.

Ripollés, considera que a confrontação sexual do menor pode provocar danos ao adequado e normal desenvolvimento de sua formação sexual, ou perturbações de seu equilíbrio psíquico derivados da incompreensão do comportamento²²⁶.

Ainda sobre a questão, Natscheradetz acrescenta que, não existe uma fase em que a maturidade do maior ou menor pode ser medida ou avaliada como qualquer aspecto do seu desenvolvimento físico, aceita em homenagem ao princípio da legalidade que “em lugar da característica material determinante constituída pela imaturidade sexual, nos tipos legais de crimes de protecção da juventude se coloque um limite geral fornecido pela idade do jovem”. O autor, no entanto, admite que certos contatos entre os jovens não podem ser qualificados como casos de exploração ou abuso e, sabendo-se que as experiências sexuais entre eles são benéficas para o seu crescimento sexual, devem ser elas excluídas do campo de atuação penal²²⁷.

Para Sanchez Tomas, não se pode restringir a liberdade sexual, em consideração a conteúdos éticos e morais ou de qualquer outra natureza, assim como não é feito em relação às outras espécies de liberdade. Todas têm a mesma natureza, apesar de suas especificidades que, a rigor, podem promover uma carga valorativa maior no que diz respeito à sanção²²⁸.

Tal autor construiu seu argumento a partir de uma interpretação constitucional do princípio da igualdade, o qual menciona não poder haver qualquer tipo de discriminação quanto ao consentimento do menor, que por possuir direito de gozar sua liberdade apresenta consentimento juridicamente relevante.

Assim sendo, o consentimento daqueles que estão em posição diferenciada é válido, embora limitado por certas circunstâncias, estando

²²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual**. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª. Época, nº 6 (2000), p. 81.

²²⁷ NATSCHERADETZ, Karl. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**, Coimbra: Almedina, p.154.

²²⁸ SANCHEZ TOMAS, Jose M. **Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental**. Cuadernos de política criminal. Madrid: Edersa, 1997. p.107.

o Estado obrigado a envidar esforços no sentido de evitar que sejam objetos de abuso e isso venha a interferir em seu processo de formação de vontade²²⁹.

E, qualquer pensamento contrário à Constituição é contra o Estado Democrático de Direito, que parte do princípio de que todos possuem necessidade de gozar de uma capacidade de conhecimento e vontade como meio para o exercício das diferentes manifestações de liberdade. Sanchez Tomas acredita ser absurdo considerar intangíveis todas essas manifestações de liberdade sem que as limitações impostas tenham relação com ataques à sua dignidade ou ao livre desenvolvimento dos menores. Isso não poderia ser valorado de uma maneira genérica apenas por meio de presunções iuris et de iure, por sua condição de menor ou alienado mental²³⁰.

Na Exposição de Motivos o legislador justifica a proposta de Lei no fato de que o Direito Penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes.

3.6 VULNERABILIDADE X CAPACIDADE DE COMPREENSÃO

A Lei nº 12.015/09, ao utilizar a expressão vulnerabilidade não só adotou significados trazidos pela Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, mas também adequou-se às situações mencionadas por doutrinas estrangeiras, quando estas referiam-se a abusos sexuais.

A presente Lei destacou em capítulo próprio os delitos sexuais cometidos contra menores de 14 anos (inseridos no conceito de vítima vulnerável), atendendo aos clamores de parte da doutrina que apontava a defasagem existente na anterior regulamentação do Título VI, acreditando na

²²⁹ SANCHEZ TOMAS, Jose M. **Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental**. Cuadernos de política criminal. Madrid:Edersa, 1997.p.110.

²³⁰ SANCHEZ TOMAS, Jose M. **Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental**. Cuadernos de política criminal. Madrid:Edersa, 1997.p.112.

necessidade de separação entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra menores²³¹.

A situação de vulnerabilidade, mencionada nos vários tipos penais trazidos pelas alterações constantes da já referida lei, principalmente no que tange à situação do menor de 14 anos, é de interesse do presente trabalho.

Inicialmente, cumpre-nos mencionar que o Art. 224 do Código Penal, que instituía a presunção de violência²³² ou violência ficta ou indutiva, no que consiste aos delitos sexuais, foi revogado. Em seu lugar, surge o Art. 217-A, denominado Estupro de Vulnerável²³³, cuja conduta é a prática de qualquer ato sexual com menor de 14 anos, considerando-o vulnerável.

O tipo penal possui a seguinte redação:

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

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

²³¹ SILVA FRANCO, Alberto; SILVA, Tadeu. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007,p.1019.

²³² COSTA JR destaca em sua obra que Carpzovio estabeleceu de forma pioneira a violência presumida, baseando-se em dois textos do Digesto; aquele que não pode querer, logo não quer (qui velle non potuit, ergo noluit). COSTA JR. Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, v.3, 2.ed.,1990, p.129). HUNGRIA também adepto de tal orientação aduz que: Em substituição à teoria de Carpzovio, criou-se na doutrina e no direito positivo alemão, ao lado do stuprum violentum, a figura do stuprum nec voluntarium nec violentum ou Schandung, isto é, a conjunção carnal, sem violência, com mulher alienada, embriagada ou adormecida, ou com impúbere. O Código Imperial alemão prevê a Schandung no mesmo parágrafo (176) em eu prevê o “atentado violento ao pudor” (Notigung zur Unzucht) e equipara ao stuprum violentum (Notzucht) o ato sexual com mulher preordenamente colocada pelo agente em estado de inconsciência (par. 177). É o sistema da equiparação, que os Códigos italianos (o de Zanardelli e o de Rocco) vieram a imitar, com repúdio do sistema do antigo Código sardo. Repita-se tanto vale fingir ou presumir violência quanto assimilar a ela a falta de consentimento válido. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2.ed.Rio de Janeiro:Forense, 1954, p. 220). Em consonância com os dois autores, citamos FRAGOSO “A primeira (D 50, 17, 40), de Pomponio, afirmava que os dementes e interditos têm vontade nula (nulla voluntas est). A segunda (D 50, 17, 189), de Celso, dispunha que o pupilo, nem quer, nem deixa de querer (nec velle, nec nolle),para significar que sua vontade é, juridicamente, irrelevante. Na base disso, Carpzovio formulou o célebre princípio: qui velle non potuit, ergo noluit. Quem não pode querer, consequentemente dissente, isto é, não quer, equiparando, assim, ao estupro o atentado ao pudor não violento, de menores e loucos. Essa teoria foi largamente seguida pelos autores e acolhida na legislação penal.” (FRAGOSO, Heleno.**Lições de direito penal:parte especial**. 5.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.187)

²³³ Vulnerável significa o “que pode ser vulnerado [...]”, ou seja, ferido (Novo dicionário Aurélio, 1986, p.1792).

Antes das alterações ao diploma penal, doutrinadores advogavam a tese de que a menoridade e a debilidade mental guardavam seu fundamento em uma ficção jurídica, o que nos fazia crer que a vítima somente pela idade ou situação mental não possuíam capacidade para consentir validamente, pois o tipo penal não faz referência ao constrangimento, bastando apenas o agente “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com pessoa vulnerável.

Há quem consiga observar que há implicitamente um constrangimento nesta figura delituosa. No entanto, a partir da análise dos núcleos verbais, elementares do tipo penal “ter e praticar” não é necessário o constrangimento para caracterização da conduta punível.

Com a definição desse tipo penal, o legislador pretende encerrar de uma vez por todas a polêmica acerca da presunção de violência, quando o estupro e o atentado violento ao pudor fossem cometidos contra menores de 14 anos ou contra alienados mentais, ou ainda, contra quem, por outro motivo, não pudesse oferecer resistência. Como a discussão girava em torno de se tratar de presunção absoluta ou relativa, o legislador trouxe um tipo penal onde não consta o elemento constranger, eliminando, pelo menos aparentemente, qualquer dúvida acerca da questão, ou seja, se se deveria considerar ou não o consentimento da vítima como válido para a caracterização ou não do delito.

A questão então, seria a validade jurídica do consentimento e não sua existência ou inexistência. No entanto, vislumbra-se que as práticas sexuais com menores de 14 anos não se radica somente na ausência de consentimento, mas na efetiva proteção dessas pessoas contra o ingresso precoce na vida sexual, a fim de lhes assegurar crescimento equilibrado e sadio sob esse aspecto²³⁴.

Tutela-se, então, de forma ampla, a dignidade sexual da pessoa em situação de vulnerabilidade, e não mais sua liberdade sexual, pois

²³⁴ STEFAM, André. **Crimes sexuais: Comentários à Lei nº 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57-58.

nessa condição, incapaz de consentir validamente com a realização do ato sexual. Mais especificamente, tutela-se a vulnerabilidade, quanto à questão sexual, das vítimas.

Contrariamente a esse entendimento, Guilherme Nucci vê porém, na rubrica da infração

uma fresta pela qual ainda pode passar a antiga dúvida sobre a validade do consentimento da vítima, no caso de presunção de violência, argumentando que, ao conservar o nome de estupro, este crime prossegue tendo a natureza de um ato praticado contra a vontade do ofendido, caso em que permaneceria presente a questão referente à sua configuração quando há consentimento do sujeito passivo, mesmo que vulnerável. Com isso estar-se-ia retornando, com nova roupagem, à velha discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da antiga presunção de violência, antes prevista no revogado art. 224 do CP. Sob essa ótica, seria preciso admitir que a liberdade sexual continua sendo bem jurídico tutelado pela norma do art. 217-A²³⁵.

Renato Marcão e Plínio Gentil, no entanto, discordam da posição do doutrinador acima referido, afirmando que

Não nos parece, contudo, haver espaço para contestar que a conjunção carnal, ou o ato libidinoso, com as pessoas mencionadas no art. 217-A configuram estupro de vulnerável, sem ter relevância alguma o seu eventual consentimento. Em resumo, a lei não permite a prática de atos sexuais com aqueles que têm por vulneráveis, assim considerados conforme a redação desse dispositivo. Vale aqui o entendimento que já era majoritário quando, antes da Lei nº 12.015/2009, a violência contra o menor de catorze anos era presumida. Confira-se: “O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.p.89.

nessa faixa etária. [...]”. Precedentes (STJ, EREsp 688.211/SC, 3ª. S., rel.Min Laurita Vaz, j. 8-10-2008)²³⁶.

Quando da vigência do artigo 224, no que tange à menor idade da vítima, nunca houve total uniformidade de posições doutrinárias, principalmente quanto à natureza jurídica da presunção de violência: uns a consideravam como absoluta e outros relativa. Houve inclusive doutrinas que pugnavam pela inconstitucionalidade²³⁷, tendo em vista ser um tipo que não se amolda ao princípio da reserva legal.

Sob o ponto de vista da presunção absoluta, não se considerava a experiência sexual do menor ou suas condições individuais, havendo sempre a presunção de invalidade de seu consentimento, tendo em vista ter sido esta a escolha do legislador. Um dos defensores deste absolutismo da presunção é Antônio Bento Faria²³⁸.

As maiores críticas feitas ao absolutismo da presunção consistiam no fato de haver graves violações ao princípio da presunção de inocência, busca da verdade real e do livre convencimento do magistrado, o impossibilitando de valorar a prova constante do processo criminal, acarretando “previsão de um crime de desobediência à moralidade e os bons costumes”²³⁹ socialmente dominantes²⁴⁰.

²³⁶ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.188.

²³⁷ Haveria inconstitucionalidade do dispositivo tendo em vista que o direito penal não admite presunção de culpabilidade. Dessa forma, o antigo art. 224 não teria sido recepcionado pela Constituição, ocorrendo a denominada inconstitucionalidade superveniente. O consentimento passaria a ser o referencial do julgador. Em se tratando do menor de doze anos, levando-se em consideração o critério estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, este não poderia consentir validamente. No que concerne ao adolescente, este teria “certa” capacidade de compreensão estando sujeito à sanções, sendo válido o seu consentimento desde que seja comprovado seu discernimento no caso concreto. (GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. p.91 ss).

²³⁸ FARIA, Antônio Bento. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. Rio de Janeiro:Record, 1961, p.65.

²³⁹ CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba:Juruá, 2004, p.39.

²⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente**, Discursos sediciosos:crime, direito e sociedade, ano 1, nº 2, Rio de Janeiro:Instituto Carioca de Criminologia, 1996, p. 277. Vide também acerca da questão GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

Luiz Flávio Gomes ainda tratando do tema, aduz que os fundamentos da opção pela presunção relativa dividiam-se em dois grupos²⁴¹:

O primeiro, de conteúdo moral, de que não haveria crime se comprovado tivesse a experiência sexual do menor. O outro, no fato de que o menor nos dias de hoje possui maior experiência a respeito dos atos sexuais, ainda que teórica, tendo condições de consentir. Também o entendimento que a presunção era relativa não foi imune a críticas embora tenha sido uma evolução do entendimento anterior. Quanto ao primeiro fundamento, que levava em consideração a vida pregressa da vítima, nada mais fazia do que tutelar a moral sexual, como se a honestidade fosse elementar do crime. Em relação ao segundo, mesmo que se inverta o ônus da prova, há ofensa ao princípio da presunção de inocência por continuar incriminando condutas por presunções.

Contrário à teoria do absolutismo da presunção, muito embora o legislador pátrio assim a considere, André Stefam entende que

o conceito de vulnerabilidade admite prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é sua “dignidade sexual”). A mudança do nome dado ao título, que deixou de proteger os “costumes”, não pode “passar impune”; é dizer, não ofende a dignidade sexual de um adolescente prestes a completar 14 anos o fato de manter, voluntariamente, relações íntimas com uma mulher. Reconhecer a existência de um delito qualquer, sobretudo grave como o crime do art. 217-A do CP (reclusão, 8 a 15 anos), é malferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se ignora que a intenção do legislador, ao substituir o modelo de presunção de violência para o atual, foi impedir a subsistência do entendimento no sentido de ser relativa antiga presunção legal. Ocorre, todavia, que a exegese das normas penais não pode dar-se, jamais, alijada de uma visão constitucional e, notadamente, da correta delimitação do valor protegido (objetividade jurídica) pela disposição. É por essa razão que entendemos, a despeito da peremptoriedade do texto legal, que nem todo contato sexual com menor de 14 anos ingressará

²⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**.p.75-76.

na tipicidade (material) da norma. É a *mens legis* que se sobrepõe à *mens legislatoris*²⁴².

E adiante continua:

Não se pode ignorar, outrossim, a injustiça que importa a adoção de um critério rígido, seja ele qual for. Qual a substancial diferença entre praticar um ato sexual com alguém, mediante consento, um dia antes de seu 14º aniversário e fazê-lo no dia seguinte? A interpretar a legislação sem o influxo de uma visão constitucional e vinculada ao bem jurídico tutelado, a diferença seria essa: no primeiro caso, o agente ficará sujeito a pena de reclusão de no mínimo 8 anos, e, no outro, o fato será considerado penalmente atípico²⁴³.

Renato Silveira, sublinhou, com propriedade, a defasagem da rubrica “crimes contra os costumes” e alertou para a necessidade de uma nova concepção de bem jurídico nesta seara, adiantando que: A reforma penal sexual há de se dar focando o bem jurídico protegido com implicações que este deve fomentar nos seus tipos particulares²⁴⁴. Inobstante esses questionamentos, com as alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009, não há mais previsão de violência presumida contra menores de 14 anos, alienados mentais ou quem não pode oferecer resistência, mas sim a constituição de tipo especial (art. 217-A) que define o fato de se manter relação sexual com pessoa em condição vulnerável, por si só, constitui crime. Encerra o legislador penal, qualquer discussão sobre a presunção de violência ser absoluta ou relativa: praticado o ato libidinoso, responde o sujeito pelo crime.

Em nosso Pretório Excelso, houve manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello, relator do HC 73.662-MG no sentido de admitir como relativa, a presunção de violência, no estupro de vulnerável:

Com a inicial de folhas 2 a 13, procuram os Impetrantes demonstrar que, na espécie, não restou configurado o tipo em relação ao qual foi condenado o Paciente, ou seja, aquele

²⁴² STEFAM, André. **Crimes sexuais:Comentários à Lei nº 12.015/2009**.p.59-60.

²⁴³ STEFAM, André. **Crimes sexuais:Comentários à Lei nº 12.015/2009**.p.60.

²⁴⁴ SILVEIRA. Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo:USP,2006. p.244; tese de livre docência.

consubstanciado no artigo 213, combinado com o artigo 224 do Código Penal. A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve o estupro em si, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria. Por sua vez, este último, após o episódio, ocorrido em 1991 quando contava com vinte e quatro anos, contraíra matrimônio, levando vida regular e sendo pai de filho menor. Ressalta-se que o Paciente pressupôs estar mantendo conjunção carnal com pessoa de idade superior aos dezesseis anos, verificando-se, assim, verdadeiro erro de tipo. É transcrita jurisprudência sobre a matéria. Aos autos veio a peça de folha 140, noticiando o julgamento, pela Primeira Câmara Criminal, de apelação interposta pela defesa, mediante o qual foi expungido o aumento da pena. Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se esta no sentido do indeferimento do pedido, salientando ser o habeas corpus impróprio ao reexame de provas.

É o relatório.

[...] No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta. Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. Esta, respondendo a perguntas endereçadas pelo Estado-acusador, foi categórica em afirmar que: "(...) já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a

autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica." (folhas 48 e 49)

[...] Soma-se ao depoimento da própria vítima a da testemunha Henrique Ambrósio de Souza, consoante o qual: "(...) tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor M.A.N. que, igualmente ficou sabendo pelo próprio acusado que ambos mantiveram relações sexuais; que a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos; é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito pela noite ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha." (folha 51). Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

[...] Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não? Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente. De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público. Na doutrina encontra-se a corroboração a esta tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra "a" do artigo 224 do Código Penal é relativa, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos: "Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé." (Direito Penal, 4ª ed., vol. 3/221). Também Heleno Cláudio Fragoso, em "Lições de Direito Penal", afirma que a presunção em comento não é absoluta, "pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção". Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente. É o meu voto.

A arbitrariedade da eleição de uma faixa etária com natureza absoluta fica evidente, ademais, quando se confronta o critério nacional (14 anos)

com outras legislações. Em Portugal, adotou-se a mesma idade, mas na Espanha, seu vizinho, o limite é de 13 anos, do mesmo modo que na Argentina. É de perguntar apenas para convidar à reflexão, se, em Portugal e no Brasil as pessoas demoram mais do que na Espanha e na Argentina para amadurecer sexualmente²⁴⁵.

Também é passível de nota o conhecimento por parte do agente da vulnerabilidade da vítima, para que se caracterizem os delitos sexuais. É imprescindível saber se o agressor era conhecedor dessa circunstância, caso contrário, poderá ter uma falsa percepção da realidade, levando à caracterização do erro de tipo, previsto no diploma penal pátrio no art. 20. Em suma, se o agressor tiver uma falsa ideia da realidade, motivada pela errada compreensão fática não terá perpetrado delito algum, pois o equívoco quanto à idade excluirá o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente da prática do ato criminoso. Exemplo que pode servir de ilustração à teoria referida, é o do rapaz que pratica ato libidinoso com uma adolescente de 13 anos, que conheceu em local onde só se permitia o ingresso de maiores, tendo ela omitido sua verdadeira idade e se mostrado desinibida sexualmente, o autor não terá cometido crime algum, visto que desconhecia as circunstâncias²⁴⁶.

Gentil e Marcão²⁴⁷, mencionam também a existência de correntes que sustentam a existência de duas espécies de vulnerabilidade, discordando no entanto, de Nucci²⁴⁸ quanto à idade para caracterização da presunção relativa ou absoluta, esclarecendo que a vulnerabilidade do ofendido deve ser mensurada no instante do crime, não importando se ela deixou de estar presente posteriormente.

Isaac Sabbá Guimarães afirma que a experiência jurídico-jurisprudencial de constituição do direito tem espaços fenomênicos muito menores

²⁴⁵ A escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consenso e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta, aduz Renato Silveira.(SILVEIRA. Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual**.p.244).

²⁴⁶ STEFAM, André. **Crimes sexuais:Comentários à Lei nº 12.015/2009**.p.62.

²⁴⁷ MARCÃO, Renato;GENTIL,Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual:comentários ao Título VI do Código Penal**.p.192.

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**.p.90.

em relação à experiência jurídica legislativa. Naquele, o juiz estabelecerá a norma jurídica concreta após analisar os direitos reclamados pelas partes, ponderando e estabelecendo juízos de valores baseados nos critérios da imparcialidade em relação às partes e do livre convencimento: portanto, o diálogo que trava é diretamente com as partes do processo. Já nesta, opera-se um verdadeiro processo comunicativo entre a sociedade e o poder legislativo, que deverá interpretar os valores e os anseios sociais, expressando-os.

Além disso, é preciso que o sistema de justiça produza normas que sejam adequadas à realidade vigente. O operador jurídico aplicador da norma deve analisar o caso concreto e, em conformidade com os direitos colidentes apresentados, garantir aos indivíduos seus direitos fundamentais, por meio de uma análise global e compatível com o ordenamento e com os demais princípios como o da isonomia, o da razoabilidade e o da legalidade.

Ao mesmo passo, para se atingir corretamente o fim almejado na aplicação da norma, é necessário observar o princípio da proporcionalidade, por meio de uma adequação axiológica e finalística, que usa o poder-dever de hierarquizar princípios e valores da maneira mais adequada à realidade social, guardando uma relação de proporcionalidade com a finalidade instituída pelas normas, após uma ponderação dos direitos fundamentais, conforme o peso a eles atribuído.

Esse princípio é uma ferramenta jurídica que, na definição de Magalhães Filho²⁴⁹:

(...) é o princípio dos princípios, pois somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia, na medida em que constitui a unidade e a coerência da constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto.

Notoriamente, o princípio da proporcionalidade é o princípio a ser evocado para a medida mais justa no caso de colisão entre direitos e interesses protegidos legalmente, evitando restrições desnecessárias ou abusivas

²⁴⁹ Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Ob. cit.* p. 208.

contra os direitos fundamentais e buscando a compatibilidade entre os meios utilizados e os fins almejados.

Nesse sentido, é também conhecido como princípio de proibição de excesso, pois sua base de existência está encravada na relação dos elementos meio e fim²⁵⁰ de acordo com os fatos concretos. Coadunando com essa lógica, Magalhães Filho²⁵¹ assim descreve:

Os meios são os modos possíveis de sopesar princípios e valores, objetivando-se encontrar uma solução para o caso concreto. Os fins são aqueles que são próprios a um Estado democrático de Direito. A relação entre meios e fins não será puramente pragmática, mas haverá uma dialeticidade entre meios e fins, porquanto a dignidade da pessoa humana que se encontra no fim estabelecerá um limite deontológico ao meio.

A partir da década de 80 do século passado, os tribunais brasileiros, principalmente os superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, a, do Código Penal²⁵², passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia se modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940. No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*)²⁵³.

Rogério Greco já defendia, antes da reforma, que o critério etário para caracterização do estupro de vulnerável era razoável e atendia à finalidade de proteção da dignidade sexual dos menores:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois não existe dado mais objetivo do que a idade, apontada como elemento integrante do tipo. Assim, não se

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 17. ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 398.

²⁵¹ Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Ob. cit.* p. 211.

²⁵² Art. 224 - Presume-se a violência: a - Se a vítima é menor de 14 anos.

²⁵³ GRECO, Rogério. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 307, 31 de Outubro/2009.

justificavam as decisões dos tribunais que queiram destruir a natureza deste dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal e que criavam as suas próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa vênia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (catorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento²⁵⁴.

Coadunando com o mesmo posicionamento Eudes Quintino de Oliveira Junior afirma que

É verdadeira a premissa de que toda pessoa humana é vulnerável, daí a existência da própria lei para realizar a tutela necessária. A proteção legal passa a ser a lente pela qual possa ser visualizado aquele que se apresenta como o mais frágil, necessitando de cuidados especiais. Pode-se dizer, genericamente, que todo indivíduo tem sua vulnerabilidade intrínseca, originária, criada pela sua própria insegurança ou pelos conflitos sociais geradores de tantos problemas que afetam a mente, em razão da evolução natural das pessoas.

Assim, vulneráveis seriam todas as pessoas humanas, merecedoras da tutela penal do legislador pátrio sobre seus bens jurídicos.

É impossível, todavia, desconsiderar a formação física e a maturidade do abusado, o que pode caracterizar uma falha no exercício do *jus puniendi* do Estado. O que ocorre atualmente é que a Lei nº. 12.015/2009

²⁵⁴ GRECO, Rogério. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 307, 31 de Outubro/2009.

estabeleceu a figura penal de estupro de vulnerável, criminalizando a prática de sexo com menores de 14 anos, seja consentida ou não, vindo a substituir a antiga figura da presunção de inocência. Essa realidade jurídica nos faz questionar se esse dispositivo penal está compatível com os preceitos constitucionais e com a finalidade do direito.

Há mérito na lei que enrijece e melhor protege a criança e o adolescente, bem como também há mérito quando dá à vítima papel ativo na participação da persecução criminal. O crescimento do raciocínio vitimológico certamente guina em direção das modernas doutrinas. Porém, cremos que a nova lei em parte reacende o debate da tipicidade fechada e tipicidade aberta e que, de acordo com o SILVEIRA, não se deve tolerar que haja graus de indeterminação no conteúdo dos tipos sexuais, pois que, destarte, afasta-se a segurança jurídica²⁵⁵ tendo-se em vista especialmente tais delitos serem de interpretação pendular conforme momento histórico da sociedade e cultura.

Entretanto, essa presunção relativa não deve ser aplicada a todos os menores de 14 anos, mas àqueles que, comprovadamente, possuem maturidade, desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social e permitem, conscientemente, a realização do ato sexual. Nesse sentido, constatamos que a lei abrange como sujeitos passivos do crime sexual contra vulneráveis todos os menores de 14 anos, inclusive os adolescentes recém saídos da fase infantil, ou seja, os situados entre 12 e 14 anos. Considera-os como seres que não possuem capacidade de discernimento para a prática do ato sexual, o que, na realidade brasileira, pode configurar a punição de pessoas que não mereçam toda essa repreensão, já que as equiparam, indistintamente, aos considerados piores estupradores.

Falamos dos namorados de adolescentes, pois muitas vezes há casais formados por pessoas de 13 e 18 anos, por exemplo. Seria correto punir aquele, com a maioridade penal já atingida, que manteve relação sexual

²⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual – São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 308 a 311.

com o parceiro com idade entre 12 e 14 anos da mesma forma que um adulto de 45 anos estupra uma criança de 5 anos de idade?

Diante disso, essa figura penal ofende o princípio da presunção de inocência, pois não permite que o réu se defenda, sendo impossível provar a sua inocência, pois não há necessidade de a vítima comprovar qualquer tipo de violência ou grave ameaça, sendo o tipo penal configurado somente pelo critério objetivo da idade do ofendido. É por isso que defendemos que, consentida a relação sexual por pessoas com idade entre 12 e 14 anos, consideradas adolescentes pela legislação, há uma relativização do disposto pelo artigo 217-A, dependendo do caso concreto. Isso por ser compatível com os fatos sociais, se analisados o contexto físico, o biológico e o psicológico supramencionados. O Juiz, aplicador da lei e formulador da sua íntima convicção, perante cada caso, não pode deixar de considerar a realidade da sociedade

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho analisou-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Delitos Sexuais, mais precisamente a (in) validade do consentimento da vítima no estupro de vulnerável.

No primeiro capítulo, verificou-se por meio da abordagem histórica dos Direitos Humanos, que o valor inerente à pessoa humana encontrou expressão ao longo da história, em épocas distintas. Verificou-se também, que a expressão Direitos Humanos, por vezes, é ainda utilizada como sinônimo de Direitos Fundamentais. Tal imprecisão conceitual tem sido preocupação constante da doutrina, tendo em vista a necessidade de reconhecimento formal e efetivação material destes últimos.

Vislumbrou-se que, os Direitos Fundamentais, foram ao longo da história transformados e encontram-se ainda em constante evolução, modificando-se conforme condições históricas determinantes, visto que são positivados, ou seja, constam do ordenamento jurídico de um determinado Estado.

Dentre os Direitos Fundamentais, encontra-se a Dignidade Humana, direito esse insculpido na Carta Constitucional de 1988, considerado fundamento do Estado Brasileiro. A Dignidade da Pessoa Humana, como Princípio, orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, visto que é o fundamento axiológico do Direito, razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade. O Estado, por conseguinte, para efetivar essa proteção e desenvolver plenamente o ser humano – erigido à posição de destaque - deve ajustar direitos e interesses às necessidades sociais e coletivas.

No segundo capítulo, passou-se a analisar a Dignidade Sexual como desdobramento da Dignidade da Pessoa Humana, verificando-se que parte da doutrina não entende que haja como dissociar as partes do todo. No entanto, o legislador optou pela adjetivação da dignidade, a seccionando, fracionando-se o conceito.

Superada essa questão, necessário foi o estudo da história da sexualidade e a evolução do comportamento sexual do homem para compreender que o Direito Penal Sexual, que possui como principal objetivo resguardar a dignidade sexual e a liberdade sexual, por vezes deve se adequar para atender às transformações sociais.

Considerando o objetivo do Direito Penal Sexual, fez-se imprescindível conceituar delito sexual observando-se aspectos históricos, jurídicos e sociológicos, principalmente concernentes à moral sexual, consistente em valores morais e éticos de cada sociedade em um determinado momento histórico. Em sequência, fez-se referência à proteção sexual da Criança e do Adolescente, hoje sujeitos de direito e merecedores de atenção estatal, tendo em vista doutrina da proteção integral difundida por documentos internacionais e recepcionada pelo Estado brasileiro.

No terceiro capítulo, analisaram-se as modificações introduzidas pela Lei 12.015/2009 que nominou o Título VI, do Código Penal: “Dos Crimes contra os Costumes” para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, introduzindo uma nova figura penal: Estupro de Vulnerável, para terminar a celeuma em torno da presunção relativa de violência constante do já revogado art. 224, adotando como critério absoluto o etário.

Ante tal questionamento, verifica-se que apesar de o legislador penal ter criado uma nova figura penal para proteção das crianças e adolescentes menores de 14 anos, “solucionando por completo” a possibilidade de o magistrado utilizar como critérios para seu convencimento, as modificações sociais do final do século XX e início do século XXI. Doutrina e Jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*). Verificou-se que, apesar do absolutismo da presunção, muito ainda é questionado, visto que ainda há graves violações ao princípio da presunção de inocência, busca da verdade real e do livre convencimento do magistrado, impossibilitando de valorar a prova constante do processo criminal.

Há decisões do STF e STJ, anteriores à reforma penal, trazidas ao presente trabalho, donde se depreende que o consentimento da vítima menor de 14 anos para a relação sexual foi considerado válido e a análise do contexto social foi sobremaneira importante para a avaliação da conduta do infrator.

A Lei 12.015/2009, que trouxe o Estupro de Vulnerável, com objetivo de combater a pedofilia caracterizada pelos abusos sexuais contra crianças e adolescentes menores de 14 anos, mostra-se, apesar de ter “solucionado a questão da presunção relativa”, mostra-se irracional e desproporcional a tutela penal aplicada à iniciação sexual consentida, por descon siderar a realidade social e a multiplicidade de situações relacionadas com o novo tipo penal.

Tal legislação encontra-se na contramão do contexto dos abusos sexuais a crianças e adolescentes e não abrange, em alguns aspectos, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da proporcionalidade, pois a finalidade dessa norma é manter crianças e adolescentes a salvo de situações de exploração, violência, e abuso sexual, devendo, obrigatoriamente, considerar essa dialeticidade entre o meio e a finalidade a ser consagrada pela aplicação da norma.

Em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro e os fundamentos constitucionais para o amparo de crianças e adolescentes vítimas de pedofilia, é certo que se deve descon siderar que essa faixa etária da população também possui direito ao livre exercício da sexualidade, pois são sujeitos humanos, possuidores de emoções e desejos e, portanto, seres sexuados.

Ao considerarmos esse amparo constitucional, afirma-se a proteção integral em um sistema democrático de direito, na perspectiva de consolidação dos Direitos Humanos de seres vulneráveis que estão em pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social e sexual, com direito a condições de liberdade e de Dignidade. Assim, preservamos a unidade e a coerência do texto constitucional no processo interpretativo das normas.

Entende-se, enfim que as crianças de 12 a 14 anos, possuem a possibilidade de consentir na prática sexual, o que não as excluiria do rol de vulnerabilidade, mas permitiria ao magistrado relativizar o dispositivo do artigo 217-A do Código Penal, sendo mais razoável, proporcional e respeitador dos Direitos Humanos consagrados pela Constituição Federal, acompanhando, assim, a evolução dos costumes e da moral de nossa sociedade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 2000.

_____. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 20 de dez de 2011.

_____. MELLO, Marco Aurélio Mendes Faria. Voto. **Decisão HC 73.662/MG**, 2ªTurma/STF, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicação no DJ de 20.9.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663> . Acesso em 02 de jan de 2011.

_____. MOURA, Maria Thereza de Assis Moura. Voto. **REsp 804999 / SC**, 6ª Turma/STJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicação no DJe 1.2.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+804999&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3> . Acesso em: 15 de dez de 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**:contributo para fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo Anti-Semitismo Imperialismo Totalitarismo tradução Roberto Raposo. 1ª reimpressão. São Paulo: Ed. Companhia das Letras. 1989.

ASÚA, Luis Jimènez de. **La clasificación de los delitos por su gravedad.**La Ley. Buenos Aires: Losada,1949.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERNARDES, Fátima. **Dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais. São Paulo:Revista dos Tribunais, julho/2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____ **Locke e o direito natural.** 2a ed. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto, Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: UnB, 1997.

_____ **Teoria generale del diritto.** Turim: G. Giappichelli Editore, 1993.

BOZON, Michel. **Sociologia da sexualidade.** trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro:FGV,2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.**16.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRUNDAGE, James A. **La ley, el sexo y la sociedad cristiana em la Europa medieval.** México:Fondo de Cultura Económica, 2000.

CABO MARTÍN, Carlos de. **Teoria Constitucional de la solidariedad.** Madrid:Marcial Pons, 2006.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. V.1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e sexualidade**. Brasília: Unesco Edições, 2004.

CHAUI, Marilena. **Repressão sexual** – essa nossa (des) conhecida. São Paulo: Círculo do Livro, 1992.

CAMARGO. Antônio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2004.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição** – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Coimbra: Editorial Verbo, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JR. Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. v.3, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedad y libertad**. Madrid:Técno,1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed.reform.,São Paulo:Moderna, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia del derecho**.9.ed. Trad. ao espanhol revisada por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona:Bosch. 2. ed. , 1948.

_____ **La Declaración de los derechos del hombre y Del ciudadano en la Revolución francesa**. In: el vol. Persona, Estado y Derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

_____ **La libertad de pensamiento, conciencia y religión** In: Revista de La Comisión Internacional de Juristas, edición especial, 1968, 1ª parte (diciembre 1967).

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal e Estado de direito material (sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime**. In: Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, 1982.

_____ **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual**. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª. Época, nº 6 (2000).

DIETZ, P. **Sex Offenses: Behavioural Aspects**. In: Encyclopedia of Crime and Justice, New York: Free Press, 1983.

DIX SILVA, Tadeu Antônio. **Crimes Sexuais:reflexões sobre a nova Lei 11.106/05**. Leme:Mizuno, 2006.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, Antônio Bento. **Código Penal Brasileiro (comentado)**. Rio de Janeiro:Record, 1961.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. a honra,a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Mimeo.

FRAGOSO, Heleno.**Lições de direito penal:parte especial**. 5.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007.

G. SABATINI. **Delle contravvenzioni in particolare**. Milão, 1937.

GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade:um estudo preliminar** In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.) Direito e Transnacionalidade. Curitiba:Juruá, 2009.

GENTIL, Plínio Antônio Britto;JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. Disponível em: www.memesjuridico.com.br. Acesso em 28 jul 2011.

GIMBUTAS, M.A. “Vênuns monstruosa” da pré-história. In: CAMPBELL, J. et al. (Org.). **Todos os nomes da Deusa**. Tradução de Beatriz Pena. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Célio Bastos Editor, 2003.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Direito penal sexual: fundamentos e fontes**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Lei no 12.015/2009 - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Atualização. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**. Tradução de Enrique Príncipe y Satorres, México: Oxford Press, 2001.

I.S KON *in* OUTHWAITE,William; BOTTOMORE,Tom. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro:Jorge Zahar, 1996.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, t. I, fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2.ed. Madrid:Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de???São Paulo: Martins Claret, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente**, apud Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, nº 2, 1996/2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

KOLLONTAI, Alexandra. **A nova mulher e a moral sexual**. 3.ed. São Paulo:Global, 1982.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**:um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPEZ, E.González. **L'antigiuricità**. Madrid, 1929.

LOPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Colombia:Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, Colección de Estudios nº 5, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, J.Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 3ª edição.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Tradução de José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.

MAURACH, Reinhart. **O conceito finalista da ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito**. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, 1966, nº 14.

MELO, Raimundo Simão de. **Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho**. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 31, n. 117, p. 208, jan./mar. 2005.

MESSINA, Salvatore. **L'antigiuricità nella teoria del reato**. 1942

MEZZAROBBA, Orides. **Humanismo latino e o estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

MICKEON, Richard. **Las bases filosóficas y las circunstancias materiales de los derechos del hombre**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORO, Aldo. **L'antigiuricità penale**. Palermo: Priulla, 1947.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. **O direito penal sexual**: conteúdo e limites. Almedina: Coimbra, 1985.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

Novíssimo Digesto Italiano – v.VIII,Torino:Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, verbete sessualità.

PAULO, Carta aos Coríntios, VII,8. Bíblia Sagrada. São Paulo: Edições Paulinas.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid:Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEQUENO, Marconi. **Sujeito, autonomia e moral**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Los derechos humanos**. 5.ed.Madri:Tecnos, 2004.

PETROCELLI, Biagio. **L'antigiuricità**. Pádua: Cedam, 1945;

PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**.3. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.São Paulo:Saraiva, 2006.

_____A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de. (orgs) **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

PISAPIA, G.Domenico. **Introduzione alla Parte Speciale Del Diritto Penale**. Milano:Giuffré, 1948.

POLAINO-ORTS, Miguel. Volenti non fit injuria? Sobre la discutible distinction entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal. La reforma Del derecho penal militar. **Anuario de Derecho Penal 2001-2002**, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica Del Perú, fondo editorial.

PUGLIA, **Delitti di Libidine** apud GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. 6ª ed.,Rio de Janeiro:F.Bastos, 2001.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____ **Necessidades básicas e direitos humanos**. In: TOSI e BITTAR, Giuseppe e Eduardo C. B (Orgs.) Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. Saraiva: São Paulo, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)**. In: _____ (Coord.). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSAS, Allan. **So-Called Rights of the Third Generation**, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, 1997.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais:proteção e restrições**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2001.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania**. In: **Direitos Humanos no Século XXI**, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SANCHEZ TOMAS, Jose M. **Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce años y abusando de trastorno mental**. Cuadernos de política criminal. Madrid:Edersa, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. Ed.Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana – parte II**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ **Fundamentos Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente.** In Revista de Direito Ambiental 27, Ano 7 – julho - setembro 2002. Revista dos Tribunais.

_____ Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p. 549.

SILVA FRANCO, Alberto; SILVA, Tadeu. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 8.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007.

SILVEIRA. Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual.** São Paulo:USP,2006. p.244; tese de livre docência.

SIQUEIRA, Fábio Ramos Martins de. **História da sexualidade brasileira.** São Paulo;Leitura Médica, 2008.

STEFAM, André. **Crimes sexuais:** Comentários à Lei nº 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAYLOR, Timothy. **A pré-história do sexo:** quatro milhões de anos de cultura sexual.Tradução de Ana Gibson. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais e sua concretização.** Curitiba:Juruá, 2002.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los Derechos Del Hombre.**4.ed. Madrid: Réus S.A., 1992.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado democrático de direito.** São Paulo:Landy, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la corte interamericana de derechos humanos**. 2.ed.atual.e ampl., San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. 2.ed. São Paulo: Ática, 1992.

VALLETTA, Alfonso. **L'antigiuricità penale in relazione allo scopo della norma**. Nápoles: Editora Jovene, 1951.

VITA, Álvaro de. **Sociedade democrática e tolerância liberal**. In: Novos Estudos, nº 84, julho de 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.