

# 12

## A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM EXAME DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.015/09

Clarissa Bahia Barroso França

### 1. INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 1980, os fenômenos da violência e do abuso sexual cometidos contra crianças e adolescentes têm sido objeto de uma crescente mobilização social voltada à adoção de políticas públicas para seu enfrentamento, tanto por parte de setores da sociedade civil quanto de representantes dos poderes públicos. No plano político, especialmente em virtude da elaboração do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, foram estabelecidas propostas de medidas preventivas, além de ter sido estimulado o empreendimento de “ações sociais especializadas e multiprofissionais dirigidas ao atendimento de crianças, adolescentes e famílias envolvidas com a violência e o abuso sexual”<sup>1</sup>.

No âmbito jurídico, por sua vez, verifica-se que essa mobilização social surgiu em um momento em que se colocou em evidência a afirmação dos direitos das crianças e de adolescentes. Assim, com o advento da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 e da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, exigia-se também a elaboração de leis e a utilização dos meca-

<sup>1</sup> CASTANHA, Neide (Org.). *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Uma Política em Movimento Relatório do Monitoramento 2003-2004*. Brasília, 2007, p. 12.

nismos jurídicos como forma de efetivação do combate à violência e ao abuso sexual das crianças e adolescentes.

O Direito Penal, nesse contexto, por se tratar do ramo da ciência jurídica que age na tutela dos bens mais relevantes na vida do indivíduo e da sociedade, há muito atua no enfrentamento à violência e ao abuso sexual cometido contra as crianças e adolescentes. Entretanto, ainda que não haja dúvidas acerca da necessidade da criminalização dessas condutas em razão da necessidade de se assegurar um desenvolvimento sadio às crianças e adolescentes, os crimes sexuais sempre foram fonte de inúmeras divergências quanto à construção de sua tipicidade legal e de sua adequação social.

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, na tentativa de aprimorar a legislação penal relativamente aos crimes sexuais, promoveu diversas modificações no Código Penal. Dentre todas elas se destaca a criação de um novo tipo penal intitulado estupro de vulnerável, que possui como sujeito passivo o menor de 14 anos, de ambos os sexos, e ao qual é cominada a severa pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Sem a ambição de apresentar respostas definitivas acerca da polêmica tipificação da violência e do abuso sexual cometido contra crianças e adolescentes, muito menos de empreender uma análise dogmática completa do crime descrito no artigo 217-A do Código Penal, o presente artigo pretende elucidar o conceito de dignidade sexual, mostrando a importância de uma abordagem específica nas hipóteses que envolvem crianças e adolescentes.

## 2. A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Segundo leciona Bitencourt,<sup>2</sup> com base nos ensinamentos de Jescheck,<sup>3</sup> “o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais”. Nessa esteira de pensamento, uma detida

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326.

<sup>3</sup> JESCHECK, ao tratar das distintas funções exercidas pelo bem jurídico em Direito Penal, assevera que “o bem jurídico deve ser o conceito central do tipo, em torno do qual devem girar todos os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, constitui importante instrumento de interpretação” *In*: JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., nota 2, p. 326.*

análise do bem jurídico tutelado em cada um dos diversos grupos de tipos penais revela-se de fundamental importância tanto para a compreensão da razão de ser dos delitos tipificados pelo legislador quanto para possibilitar a correta identificação das condutas efetivamente puníveis mediante sanção penal. A necessidade de se perceber esses dois aspectos do tipo penal representa a garantia da aplicação do princípio fundamental da ofensividade, o qual, de acordo com Bitencourt,<sup>4</sup>

tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. (Grifos do original)

Como não poderia ocorrer de modo diverso com relação ao tipo penal de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), a discussão acerca da definição do bem jurídico por ele protegido torna-se imprescindível.

A Lei 12.015/09 criou um capítulo destinado à proteção dos indivíduos considerados vulneráveis e instituiu um novo tipo penal que contém uma nova modalidade de estupro, específico para os casos em que a vítima possui menos de 14 (quatorze) anos. Contudo, essas não foram as únicas inovações. Entre outras, a referida Lei também modificou o bem jurídico resguardado no Título IV do Código Penal. Assim, deixou o legislador de tutelar os costumes para proteger bem jurídico mais amplo representado pela dignidade sexual.<sup>5</sup> A mudança de objeto da proteção legal não poderia ser mais coerente, pois se coaduna melhor com os ditames do Estado Democrático de Direito

<sup>4</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, nota 2, p. 28.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Niterói: Impetus, 2009. Adendo Lei n. 12.015/2009, p. 3.

adotado pela Constituição Brasileira de 1988,<sup>6</sup> eis que deixa de ter em vista o simples resguardo da moral pública sexual<sup>7</sup> e dos bons costumes, para prezar pela tutela da dignidade da pessoa humana do ponto de vista sexual.<sup>8</sup>

Embora seja notável a maior harmonia com os preceitos constitucionais, a adoção pelo legislador da dignidade sexual como bem jurídico protegido também traz consigo algumas dificuldades que, por exigirem maior empenho por parte do aplicador do Direito, serão tratadas no presente capítulo.

A primeira delas trata-se da fluidez do conceito do qual deriva a dignidade sexual, qual seja a dignidade da pessoa humana. Apesar de nos parecer lógico entender a dignidade sexual como uma das dimensões<sup>9</sup> da dignidade da pessoa humana,<sup>10</sup> a compreensão do que vem a ser a dignidade sexual não é tão facilmente dedutível. Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro uma definição explícita do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, inexistindo também, por conseguinte, definição de dignidade sexual. Além disso, são raras as

<sup>6</sup> CAPEZ, Fernando. A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7510). Acesso em: 9 ago. 2010.

<sup>7</sup> Sob a perspectiva da redação original do Código Penal, lecionava Damásio Evangelista de Jesus, “a lei penal, (...), protege o interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protege-se a moral pública sexual. Evidentemente, o intérprete e aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem”. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial: Dos crimes contra a Propriedade Imaterial e dos Crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1982/1983, v. 3, p. 91.

<sup>8</sup> CAPEZ. *Op. cit.*

<sup>9</sup> Segundo Andreia Sofia Esteves Gomes, “o conceito de dignidade da pessoa humana emerge da necessidade (...) de proteger a pessoa humana na integralidade de suas várias dimensões”. GOMES, Andreia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*

manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de construir tais conceitos de modo mais concreto, verificando-se mais frequentemente entre os doutrinadores e aplicadores do Direito a tendência de deixar o significado intrínseco do que vem a ser a dignidade para a compreensão intuitiva.<sup>11</sup> Conforme afirma Schachter,<sup>12</sup> embora em algumas situações uma definição abstrata de dignidade não seja necessária para se verificar a violação a esse bem jurídico, “não é inteiramente satisfatório aceitar a ideia de que a dignidade humana não pode ser definida ou analisada em termos gerais”.<sup>13</sup> Isso porque, explica o citado autor,

sem uma idéia razoavelmente clara de seu significado geral, não podemos rejeitar o uso falacioso do conceito, nem podemos, sem compreender seu significado, traçar implicações específicas para uma conduta relevante.<sup>14</sup>

A segunda dificuldade, por sua vez, refere-se ao intrincado conceito de sexualidade que, na atualidade, não mais é entendido como restrito às manifestações vinculadas ao ato sexual. Se com relação aos adultos a sexualidade esteve na origem dos maiores tabus da sociedade, a ideia inicialmente desenvolvida por Freud<sup>15</sup> de que as crianças não são seres assexuados provocou, e até hoje provoca, certo espanto ou desconforto na opinião popular.<sup>16</sup> Contudo, com a eleição da dignidade

<sup>11</sup> SCHACHTER, Oscar. Human Dignity as a Normative Concept. *The American Journal of International Law*, [s.l.], American Society of International Law, v. 77, n. 4, p. 848-854, 1983, p. 850, trad. livre.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Nesse sentido, aduz Freud que “faz parte da opinião popular sobre a pulsão sexual que ela está ausente na infância e só desperta no período da vida designado da puberdade. Mas esse não é apenas um erro qualquer, e sim um equívoco de graves conseqüências, pois é o principal culpado de nossa ignorância de hoje sobre as condições básicas da vida sexual. Um estudo aprofundado das manifestações sexuais da infância provavelmente nos revelaria os traços essenciais da pulsão sexual, desvendaria sua evolução e nos permitiria ver como se compõe a partir de diversas fontes.” In: FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: IMAGO, 1972, v. III, p. 193.

<sup>16</sup> IPPÓLITO, Rita. O lugar da escola na educação sexual: Algumas Questões para o Debate. In: CASTANHA, N. (Org.). *Direitos sexuais são direitos humanos*.

sexual como bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, os reflexos da polêmica questão referente à sexualidade infantil passam também a incidir na esfera jurídica. Isso porque surge a necessidade de se determinar (i) se as crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos têm direito ao exercício de sua sexualidade e (ii) de que forma devem fazê-lo, tornando, então, especialmente complexa a compreensão da dignidade sexual dos indivíduos considerados vulneráveis.

Portanto, mesmo que se vislumbre a impossibilidade de se definir de modo extremamente concreto a dignidade da pessoa humana e dignidade sexual, a discussão acerca dos contornos desses conceitos mostra-se necessária para a compreensão das condutas penalmente relevantes no contexto da proteção dos menores de 14 (quatorze) anos.

### 3. A DIGNIDADE SEXUAL: ORIGEM CONCEITUAL E AS ESPECIFICIDADES NO CASO DAS CRIANÇAS

Com origem no vocábulo latino *dignitas*, que quer dizer merecimento, respeito e nobreza,<sup>17</sup> o conceito de dignidade, nas lições de Gomes, é fruto de um permanente processo de construção,<sup>18</sup> cujo início remonta à antiguidade. Assim, as noções do que vem a ser dignidade e de quais indivíduos dela são titulares, tal como conhecemos hoje, evoluíram ao longo da história, tendo sido fortemente influenciadas em um primeiro momento pelo ideário cristão.<sup>19</sup> Ao abordar as modificações no conceito de dignidade trazidas pela filosofia cristã, sintetiza Agra:

Na antiguidade, o conceito da dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual, etc. Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma lingua-

---

Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008, p. 98.

<sup>17</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 253.

<sup>18</sup> GOMES. A dignidade..., cit. In: MIRANDA; SILVA. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>19</sup> GOMES. A dignidade..., cit. In: MIRANDA; SILVA. *Op. cit.*, p. 24.

gem própria, que era designada pela palavra *logos*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidade de respeito aos homens por essa capacidade e distinção. Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, a integridade dos homens faz parte da essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada.<sup>20</sup>

Conforme assevera Gomes, além da filosofia cristã, em que se destacam o trabalho de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino, outras formulações advindas do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII contribuíram de forma importante para a determinação do sentido atribuído à dignidade da pessoa humana,<sup>21</sup> sendo que a principal característica dos aportes dos pensadores dessa época foi a verificação de “um processo de racionalização e laicização do conceito de dignidade da pessoa humana, sem, contudo, se desconsiderar a nota de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”.<sup>22</sup> Nesse contexto, uma influência decisiva na construção da ideia de dignidade humana foi a filosofia kantiana, segundo a qual a dignidade humana, entendida como “o respeito pelo valor intrínseco de cada pessoa”,<sup>23</sup> “deve significar que os indivíduos não podem ser percebidos ou tratados meramente como instrumentos ou objetos da vontade dos outros”.<sup>24</sup>

A concepção de dignidade com fundamento na doutrina de Kant serviu, assim, de inspiração para a adoção do princípio da dignidade humana como a pedra angular dos direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.<sup>25</sup> A partir de então, refe-

<sup>20</sup> AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 100, *apud* SIQUEIRA JR., A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 253.

<sup>21</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> SCHACHTER. *Op. cit.*, p. 850, trad. livre.

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 25. Registre-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu Artigo I, estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

rências a esse princípio são encontradas nas mais diversas resoluções e declarações emanadas de organizações internacionais,<sup>26</sup> bem como em constituições de inúmeros países.<sup>27</sup>

Essas breves considerações acerca da construção histórica do conceito de dignidade, embora sejam de extrema importância para a compreensão dos fundamentos da concepção de dignidade da pessoa humana, não elidem os vagos e imprecisos contornos do conceito.<sup>28</sup> Entretanto, mesmo diante da reconhecida dificuldade de se chegar a um conceito suficientemente concreto, de acordo com o que aduz Gomes, é preciso “procurar densificar o conceito de dignidade da pessoa humana para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental”.<sup>29</sup> Nesse sentido, as lições de Almeida fornecem um aprofundamento sobre o tema<sup>30</sup> que julgamos satisfatório, afirmando o aludido autor que a dignidade:

refere-se ao reconhecimento do valor intrínseco e soberano da pessoa perante quaisquer condições externas, valor que se impõe por igual a todos os membros da sociedade e vai muito para além da *dignitas* ligada à honra, ao prestígio ou ao mérito social de qualquer cidadão em particular. Cada pessoa, só pelo fato de o ser, é merecedora do máximo respeito e proteção sociais, sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana. Tal valor postula a existência de garantias que assegurem a respectiva proteção, seja no plano subjetivo, como bem ou

---

São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

<sup>26</sup> SCHACHTER. Human Dignity as..., *Op. cit.*, p. 849, trad. livre.

<sup>27</sup> Conforme aduz Gomes, “disposições semelhantes existem, designadamente, nas Constituições belga (artigo 23º), finlandesa (artigo 1º), alemã (artigo 1º), grega (artigo 2º), espanhola (artigo 10º, nº. 1), colombiana (artigo 1º), romena (artigo 1º), cabo-verdiana (artigo 1º), russa (artigo 21º), sul-africana (artigos 1º, 10º e 35º), polaca (artigo 30º) e timorense (artigo 1º). Constituições como as da Índia, da Bulgária, da Irlanda ou da Venezuela também aludem, expressamente, à ‘dignidade da pessoa humana’ nos respectivos preâmbulos”. GOMES, A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Tratado..., op. cit.*, p. 23.

<sup>28</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 25.

<sup>29</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 26.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 46, n. 1, p. 623-648, 2005.

conjunto de bens jurídicos atribuídos e titulados pelas pessoas individualmente consideradas, seja no plano objetivo, como algo a integrar nos bens comuns da coletividade e a proteger, preventiva ou sucessivamente, sempre que for questionada ou posta em perigo a incolumidade da pessoa humana. De resto, a dignidade deve ser afirmada em todas as circunstâncias e fases da existência humana, em qualquer posição social em que se encontre a pessoa e independentemente da organização política a que se encontra sujeita.<sup>31</sup>

Igualmente de grande valia, destacamos o conceito contido nas lições de Salgado:<sup>32</sup>

Entende-se a dignidade humana como uma expressão tipicamente moderna que exprime o valor inquantificável do ser humano, a sua natureza de fim em si mesmo, natureza que, por sua vez, exige um tratamento compatível com o seu valor, que será posterior e gradativamente garantido e efetivado através de direitos que, justamente por tutelarem o homem em sua dignidade, recebem o nome de fundamentais. A dignidade humana permite uma visão absolutamente universal do homem, prescindindo de qualquer outra qualificação, como raça, religião ou atuação político-social.

Uma leitura atenta dos conceitos de dignidade da pessoa humana traçados pelos aludidos autores nos leva a destacar alguns pontos importantes. Primeiramente, sobreleva-nos notar a ampla abrangência da dignidade, como característica essencial e inerente a qualquer ser humano, seja qual for seu gênero, orientação sexual, idade, condição socioeconômica, sendo inclusive irrelevante sua capacidade civil, política ou de discernimento. Em outras palavras, nos dizeres de Bulos “a força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem”.<sup>33</sup>

Em segundo lugar, relevante observar que a dignidade, enquanto “valor intrínseco e soberano da pessoa perante quaisquer condições

<sup>31</sup> ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 631. (Grifos não constantes no original).

<sup>32</sup> SALGADO, K. *A filosofia da dignidade humana*; A contribuição do alto medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 13-14. (Grifos não constantes no original).

<sup>33</sup> SIQUEIRA JR.. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 253.

externas”, deve ser observada nas mais variadas dimensões da vida do homem, envolvendo tanto aspectos “espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.)”.<sup>34</sup> como “materiais (renda mínima, saúde alimentação, lazer moradia, educação etc.)”.<sup>35</sup> A respeito da extensão do princípio da dignidade humana na tutela do indivíduo, pertinente a ponderação de Gomes:

A dignidade como dimensão intrínseca do ser humano articula-se com o processo de construção da identidade pessoal de cada um, permitindo a cada pessoa orientar a sua vida de acordo com o seu projeto espiritual e desenvolver livremente a sua personalidade.<sup>36</sup>

Por fim, e talvez mais importante, destaque-se que a dignidade da pessoa humana, tal como acima definida, revela-se como cerne do conjunto de direitos chamados fundamentais. A dignidade humana possui, então, não apenas um aspecto subjetivo, intimamente relacionado à autonomia individual de cada ser humano de desenvolver livremente a sua personalidade (autodeterminação), mas também se limita por um aspecto objetivo, representado pela indisponibilidade dos direitos fundamentais. Desse modo, a garantia da dignidade não poderá ser eliminada, nem mesmo nas situações em que o indivíduo age voluntariamente no sentido de renunciá-la,<sup>37</sup> isto é, conforme aduz Matos, “o homem não escolhe se quer ter ou não dignidade, nem

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> Nesse sentido também se posiciona Malby, trazendo à luz alguns casos paradigmáticos do direito europeu: “o caso *Brown* da ECtHR [Corte Européia de Direitos Humanos], o caso *Lancer des Nains* [Lançamento de anões] do Conselho de Estado francês, e a decisão alemã *Peep Show* mostram que, no espírito europeu, a dignidade não está indissolúvelmente ligada a uma visão liberal-individualista do seres humanos como pessoas cujas escolhas de vida merecem respeito. Em *Brown*, o tribunal declarou que, em relação aos masoquistas consentidos ‘a proteção da vida privada significa a proteção da intimidade da pessoa e da dignidade, e não a proteção de sua baixaza ou a promoção do imoralismo criminal’. Em *Lancer des Nains* [Lançamento de anões], o Conselho de Estado francês decidiu que era uma afronta à dignidade humana para permitir o lançamento (por esporte) de uma pessoa escolhida por causa de sua deficiência física, não obstante a participação voluntária do anão envolvido” MALBY, Steven. *Human Dignity and Human Reproductive Cloning. Health and Human Rights*, Harvard

esta pode, em momento algum, ser olvidada”.<sup>38</sup> O posicionamento da doutrina e jurisprudência, principalmente as de origem europeia, tem corroborado esse caráter objetivo da dignidade da pessoa humana, conforme afirma Malby:<sup>39</sup>

Esta abordagem sugere que o Estado pode introduzir regulamentações para restringir a liberdade das pessoas de fazer escolhas que, do ponto de vista do Estado, interfiram na dignidade de um indivíduo, de um grupo social, ou da raça humana como um todo. Note que este recurso para o elemento objetivo da dignidade da pessoa não é necessariamente um recurso à dignidade do indivíduo interessado, ou até mesmo à dignidade das pessoas diretamente afetadas pela ação. Pelo contrário, as ações de um indivíduo podem ser capazes de violar a dignidade coletiva, ou mesmo serem incompatíveis com uma (mais metafísica) noção de dignidade, mesmo se nenhuma perda concreta para o grupo ou a sociedade possa ser diretamente identificada.

Diante de tão amplo espectro de indivíduos merecedores do reconhecimento de sua dignidade, bem como da vasta extensão dos aspectos da vida humana que devem ser orientados segundo esse valor, é imperioso reconhecer a necessidade de se formular um juízo de concretização do termo segundo as características de cada situação examinada.<sup>40</sup> Nesse contexto, a sexualidade, devido a sua importância na vida de todas as pessoas, vem a ser uma das perspectivas cuja proteção jurídica deve ocorrer sob a ótica da dignidade.

---

School of Public Health/François-Xavier Bagnoud Center for Health, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 102-135, 2002, p. 110, trad. livre.

<sup>38</sup> MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco António Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 83.

<sup>39</sup> MALBY. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>40</sup> A esse respeito, assevera Almeida que a dignidade “Trata-se de um critério em boa parte indeterminado, que necessita, portanto, de um indispensável juízo de concretização a formular de situação para situação. Diferentes tradições valoram de forma diferente o conteúdo e o alcance do critério da dignidade”. In: ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 639

A noção de sexualidade é complexa<sup>41</sup> e abrange mais do que os comportamentos físico ou socialmente considerados estritamente sexuais,<sup>42</sup> motivo pelo qual não pretendemos, no presente trabalho, esgotar profundamente todos os aspectos a ela relacionados. Entretanto, convém destacar o conceito estabelecido pelas orientações conjuntas da Organização Mundial da Saúde e a Organização Panamericana de Saúde, o qual define a sexualidade como

uma dimensão essencial do ser humano o qual inclui sexo, gênero, identidade sexual e de gênero, orientação sexual, erotismo, afeto emocional/amor, e reprodução. Ela é vivenciada ou expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, atividades, práticas, papéis, relacionamentos. A sexualidade é o resultado da interação de fatores biológicos, psicológicos, socioeconômicos, culturais, éticos e religiosos/espirituais.(...)

A sexualidade está presente em todo o ciclo de vida, embora as diversas expressões e influências que afetam a sexualidade possam variar ao longo do tempo.<sup>43</sup>

Como se pode observar, a sexualidade é um aspecto que integra a personalidade humana desde o nascimento,<sup>44</sup> sendo, por conseguinte, fundamental que se assegure a todos os indivíduos seu desenvolvimento em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a todos os seres humanos deve ser garantido um processo livre, autônomo e saudável de construção de sua sexualidade, o que se traduz no ordenamento jurídico pela inclusão dos direitos sexuais no rol dos direitos fundamentais.

<sup>41</sup> VANCE, C. S. (Org.). *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, London: Pandora Press, 1992, p. 04, *apud* MILLER, Alice M. *Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights*. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, Reproductive and Sexual Rights, p. 68 -109, 2000, p. 74, trad. livre.

<sup>42</sup> MILLER. *Op. cit.*, p. 73, trad. livre.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, maio, 2000, p. 8-9, trad. livre.

<sup>44</sup> GROFF, Alcione Maria. Sexualidade e Contexto Escolar. *EDUCERE – Revista da Educação*, v. 2, n. 2, p. 192, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/educere/article/viewFile/849/746>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a classificação dos direitos sexuais como direitos fundamentais, assevera Graupner<sup>45</sup> que a autodeterminação sexual abrange dois aspectos básicos: o direito de engajar-se em uma manifestação de sexualidade desejada e o direito de ser livre e de estar protegido de manifestações de sexualidade indesejadas, assim como do abuso sexual e da violência sexual. Assim, conclui o citado autor, a menos que estes dois aspectos sejam cumpridos, a dignidade sexual não pode ser realizada na sua verdadeira essência.

Se, como já dito, o exercício dos direitos sexuais deve ser a todos assegurado, observando-se o respeito à dignidade humana, não poderia ocorrer de modo diverso com relação às crianças e adolescentes, visto que eles não são seres assexuados, ao contrário do que demonstram as construções do conceito de infância manifestadas pelo senso comum.<sup>46</sup> Embora não prevista de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no cenário internacional a garantia do desenvolvimento digno da sexualidade já encontra guarida nos princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os chamados Princípios de Yogyakarta, elaborados em 26 março de 2007 por um grupo de especialistas em direitos humanos.<sup>47</sup> Em seu artigo 6º, o referido documento inova afirmando que não apenas adultos, mas “todas as pessoas com idade superior à idade de consentimento” têm o direito de exercer atividade sexual, sem, no entanto, especificar um padrão ideal de idade. Também a declaração da Federação Internacional de Paternidade Planejada (FIPP) reconhece o direito dos menores de 18

<sup>45</sup> GRAUPNER, Helmut. Sexuality and Human Rights in Europe. *Journal of Homosexuality*, [s.l.], Routledge, v. 48, n. 3, p. 107-139, 2005, p. 110, trad. livre.

<sup>46</sup> SAYÃO, Débora Thomé. Gênero, Infância, Sexualidade e Educação. In: CASTANHA, N. (Org.). Direitos sexuais são direitos humanos. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008, p. 45.

<sup>47</sup> O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, [s.l.], Oxford University, v. 8, n. 2, p. 207-248, 2005, p. 208, trad. livre.

anos à atividade sexual, estabelecendo, contudo, limites subjetivos ao exercício de tal direito. Nesse sentido, a citada Organização não-Governamental afirma que devida atenção deve ser dada à evolução das capacidades sexuais de cada indivíduo menor de 18 anos, lembrando a existência de um especial dever de assegurar que essas pessoas não sejam sexualmente abusadas:

Diversos princípios governam o inter-relacionamento entre os direitos da criança e do adolescente e outros interesses. Entre eles: o reconhecimento de pessoas menores de dezoito anos como sujeitos de direitos, o maior interesse da criança, o desenvolvimento das capacidades da criança, a não-discriminação, e a responsabilidade de assegurar condições para o desenvolvimento.

No contexto dos direitos sexuais, estes princípios requerem uma abordagem individualizada, permeada pela demonstração de maturidade e consideração de circunstâncias particulares, tais como: a capacidade de discernimento da criança ou adolescente; condições de saúde física e mental; relacionamento com os pais ou outras partes interessadas; relações de poder entre os envolvidos, e a natureza do assunto em pauta.

(..) Todas as crianças e adolescentes têm o direito de desfrutar de proteção especial contra todas as formas de exploração. Isto inclui proteção contra a exploração sexual, prostituição infantil e todas as formas de abuso sexual, violência e assédio, inclusive a submissão de crianças à participação em quaisquer atividades sexuais ou práticas sexuais e o uso de crianças em espetáculos e materiais pornográficos.<sup>48</sup>

A discussão acerca da atividade sexual dos menores e em que medida ela ocorre pautada no princípio da dignidade humana exige, portanto, uma análise do caso concreto que ultrapassa a questão do consentimento, mais atenta às especificidades de cada criança ou adolescente envolvido, a fim de se cumprir as exigências de proteção contra o abuso sexual.

<sup>48</sup> INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Direitos sexuais: uma declaração da IPPF- International Planned Parenthood Federation*. Rio de Janeiro: BEMFAM, 2009, p. 14.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 46, n. 1, p. 623-648, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTANHA, N. (Org.). *Direitos sexuais são direitos humanos*. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008.

CASTANHA, Neide (Org.). *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Uma Política em Movimento Relatório do Monitoramento 2003-2004*. Brasília, 2007.

CAPEZ, Fernando. A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7510). Acesso em: 9 ago. 2010

FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: IMAGO, 1972, v. VII.

GRAUPNER, Helmut. Sexuality and Human Rights in Europe. *Journal of Homosexuality*, [s.l.], Routledge, v. 48, n. 3, p. 107-139, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Niterói: Impetus, 2009.

GROFF, Alcione Maria. Sexualidade e Contexto Escolar. *EDUCERE – Revista da Educação*, v. 2, n. 2, p. 192, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/educere/article/viewFile/849/746>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Direitos sexuais: uma declaração da IPPF – International Planned Parenthood Federation*. Rio de Janeiro: BEMFAM, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial: Dos crimes contra a Propriedade Imaterial a dos Crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1982/1983.

MALBY, Steven. Human Dignity and Human Reproductive Cloning. *Health and Human Rights*, Harvard School of Public Health/François-Xavier Bagnoud Center for Health, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 102-135, 2002.

MILLER, Alice M. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, Reproductive and Sexual Rights, p. 68 -109, 2000.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, [s.l.], Oxford University, v. 8, n. 2, p. 207-248, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, maio, 2000.

SALGADO, K. *A filosofia da dignidade humana: A contribuição do alto medievo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SCHACHTER, Oscar. Human Dignity as a Normative Concept. *The American Journal of International Law*, [s.l.], American Society of International Law, v. 77, n. 4, p. 848-854, 1983.

Impresso em setembro de 2011