



**CONSIDERAÇÕES E FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ALEMÃO ACERCA DAS CONDUTAS INCESTUOSAS:
ANÁLISE DO CASO PATRICK STUEBING E OS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DE MENORES EM
PORTUGAL**

**CONSIDERATIONS AND FUNDAMENTALS USED BY THE GERMAN
CONSTITUTIONAL COURT ABOUT THE INCREASING CONDUCT: ANALYSIS
OF THE PATRICK STUDENT CASE AND THE CRIMES AGAINST FREEDOM
AND SEXUAL SELF-DETERMINATION OF CHILDREN IN PORTUGAL**

<i>Recebido em:</i>	10/11/2016
<i>Aprovado em:</i>	18/12/2016

Gilvardo Pereira de França Filho¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal, analisar os impactos emergidos pelas relações incestuosas, estas que serão observadas mediante os fundamentos utilizados no caso Patrick Stuebing, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, e que tem lucrado grande repercussão na esfera jurídica de diversos países. No decorrer de nosso estudo, fizemos uma equiparação aos argumentos utilizados na proferida sentença, esmiuçando as ramificações originadas pelas condutas incestuosas, além de correlacioná-las aos

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-criminais e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC); Graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2012); Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal; Endereço eletrônico: < gilvardofilho@gmail.com >.



denominados “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores na esfera jurídica portuguesa”, mediante uma perspectiva comparativa do que pode ser compreendido como delitos de cariz sexuais. Após desmistificar as consequências decorridas por estes comportamentos, apontaremos as principais falhas presentes na feitura desta decisão, além dos possíveis desvios existentes acerca das pretendidas finalidades buscadas pelo legislador. Trata-se de um tema polêmico e que tem suscitado diversas opiniões ao seu respeito, justamente por estarem atreladas aos princípios de caráter éticos-morais, e que, ao mesmo tempo, acabam por não escusar nossos olhares a observância de uma possível violação ao bem jurídico tutelado da liberdade e autodeterminação sexual optada pelos partícipes destas relações.

Palavras-chave: Incesto; Tribunal Constitucional Alemão; Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present work has as main objective to analyze the emerged impacts of incestuous relationships, which will be observed through the foundations used in the case of Patrick Stuebing, judged by the German Constitutional Court, and which has gained great repercussion in the legal sphere of several countries. In the course of our study, we made a comparison with the arguments used in the rendered sentence, analyzing the ramifications of incestuous conduct, and correlating them with the so-called "Crimes against freedom and sexual self-determination of minors in the Portuguese legal sphere", from a comparative perspective of what can be understood as sex crimes. After demystifying the consequences of these behaviors, we will point out the main flaws present in the making of this decision, besides the possible deviations about the intended purposes sought by the legislator. It is a controversial subject and has aroused diverse opinions about it, precisely because they are



linked to the principles of ethical-moral character, and that, at the same time, do not excuse our eyes the observance of a possible violation to the good Legal protection of the freedom and sexual self-determination chosen by the participants in these relations.

Key-words: Incest; German Constitutional Court; Crimes against freedom and sexual self-determination of minors; Dignity of the human person.

I - INTRODUÇÃO

As ponderações que giram em torno da constitucionalidade das relações incestuosas, foram tomadas mediante análise de diversos pareceres. Tais manifestações foram fundamentadas, via de regra, em favor de uma proteção estabelecida ao meio familiar, como base essencial para uma estrutura saudável, e que por sua vez não permitia que qualquer outro tipo de afinidade amorosa entre parentes, pudesse ser tolerada.

Destarte, tem o incesto suscitado grandes debates em sua horizontalidade, principalmente por ser um assunto que de certa forma é interpretado como polêmico, inaceitável pela sociedade em que vivemos, e que tem sua sombria originalidade no seio familiar.

Em Portugal, sabemos que com relação as questões jurídico-penais suscitadas à temática em causa, estas já se encontram plenamente definidas: o posicionamento adotado no plano jurídico-penal Português, não criminalizou as relações incestuosas em sua norma, levando-se em consideração as grandes e possíveis desvantagens acarretadas por estas práticas². Consequentemente, muito tem se falado acerca das comparações envolvendo o incesto e os delitos sexuais e com estas concepções, várias críticas decorrentes ao estudo dessa matéria acabaram por gerar uma certa confusão nestes diferentes tipos de relações.

² AZEVEDO, Maria Amélia. Guerra, Viviane. *Leis sobre incesto O incesto varia de "legal a proibido" nas legislações de diversos países*. Recria projetos educacionais e culturais – Nuvem de estudos, 2010 – 2014, p. 5. Disponível em: <<http://www.recriaprojetos.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Leis-sobre-incesto.pdf>>, Acesso em: 10/12/2015.



Sendo assim, além de analisarmos as definições e possíveis ramificações das relações incestuosas, observaremos também, os delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores na esfera penal portuguesa, com o intuito de que se possa estabelecer as possíveis diferenças entre tais relações, com os crimes que vão contrariar a liberdade e autodeterminação sexual de menores.

Por fim, analisaremos os fundamentos e argumentos utilizados pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, que entendeu que as condutas sexuais entre consanguíneos deveriam ser criminalizadas. Aqui, outras várias questões também foram colocadas em apreciação, como o dissidente voto do Juiz do Tribunal Constitucional Alemão Winfried Hassemer, Além das possíveis falhas apontadas por ele na decisão do caso colocado em exposição.

II- NOÇÕES PREAMBULARES DO INCESTO

Antigamente o Incesto era entendido como “Vergonha do Sangue”, ou “ajuntamento ilícito”³. Esta última denominação, surge no território Português ainda na época das ordenações⁴. Vem, portanto, do latim “*incestus*”, e traduz-se nas concepções que irão dizer respeito a impureza, “*mancha*”⁵. Todavia, implica naquelas relações consideradas como ilegais para a realização matrimonial, justamente pelo fato de já se existir uma grande afinidade consanguínea entre estes parentes. Trata-se, portanto, de um vínculo sexual entre indivíduos de uma mesma linha consanguínea.

³ GOLDSCHMIDT, Eliana Maria Rea. *Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista (1719-1822)*, São Paulo: Annablume, 1998, p. 36.

⁴ Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal Parte II da Legislação Moderna – *Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Recompiladas per Mandado Delrei D. Filippe o Primeiro*. Décima Edição, segundo a de Coimbra de 1824: Título CXVII, p. 429.

⁵ BARROS, Marco Antonio de. *A redenção Do Filho Incestuoso*. Revista Justitia, São Paulo, 1988, p. 10. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/a3d9b2.pdf>>, Acesso em: 10/12/2015.



O incesto já se encontrava presente nas concepções que iriam estar vinculadas ao Direito romano: (*Stuprum, lenocínio, adulterium*⁶), e que logo em seguida se tornariam dominadas pelo Direito canônico, o que por sua vez, desaprovava todo e qualquer ato que viesse a contrariar os padrões morais.

Evidenciou-se também, que na doutrina penal portuguesa de 1852⁷, o incesto de delito autônomo, seria agravante dos delitos sexuais, (que diziam respeito aos crimes contra a honestidade), previstos no capítulo IV, na Secção 1.^a do código penal.

Da mesma maneira, continuou a se fazer presente na doutrina penal de 1886, entendendo que as responsabilidades destas normas, deveriam se estender aos irmãos ou ascendentes da vítima, isto é, a gravidade seria considerada dependendo do vínculo assumido pelos partícipes da relação, conforme previa o art. 398.º do código Penal⁸.

Nota-se então, que fora a partir daí que houve uma maior tolerância acerca dos comportamentos considerados imorais. Tal pensamento deriva da ideia Iluminista de que o direito penal só poderá fazer qualquer intromissão naqueles casos em que um bem social se encontre em perigo, assim como os seus cidadãos. É somente desta maneira, que o direito penal poderá estabelecer e fazer valer as prerrogativas que lhes foram atribuídas. Consequentemente, há de se mencionar que, não é dever do Estado, ser um mero “*tutor moral*” das relações entre seus cidadãos⁹.

⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 3, 2002, Coimbra Editora, p. 349.

⁷ Art. 398.º do Código Penal Português de 1886:

1 - Ascendente ou irmão da pessoa ofendida;

2 - Se fôr tutor, curador ou mestre dessa pessoa, ou por qualquer título tiver autoridade sobre ela; ou fôr encarregado da sua educação, direcção ou guarda; ou fôr eclesiástico ou miistro de qualquer culto, ou empregado público de cujas funções dependa negócio ou pretensão da pessoa ofendida;

3 - Se fôr creado ou doméstico da pessoa ofendida ou da sua família, ou em razão de profissão, que exija título, tiver influência sobre a mesma pessoa ofendida;

4 - Se tiver Comunicado à pessoa ofendida afecção sífilítica ou venérea. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>>, Acesso em: 11/12/2015.

⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, p. 349.

⁹ *Ibidem*.



Várias foram as concepções designadas por estas relações. De grande importância, mencionaremos os estudos realizados por Freud e Levi – Strauss, que atribuíram conceitos desenvolvidos com base na evolução cultural dos nossos antepassados, bem como de sua formação. Destarte, o incesto é considerado como um fenômeno sociocultural de caráter universal e que tem perpassado por várias mudanças, estas, advindas de vários grupos e culturas diferentes¹⁰.

Levi – Strauss, entendia que o homem poderia ir além das relações que pretendia concretizar, em outras palavras, enxergava que proibir este tipo de conduta não seria a melhor maneira a ser tomada, acreditando inclusive, que o homem pudesse originar seus próprios vínculos, suas relações particulares, e que de certa forma seriam fortemente influenciados pela respectiva cultura dominante de uma suposta época¹¹. Defendia então, que o ser humano possuía vontades que estariam presas tanto ao seu extinto, quanto a sua natureza. Nota-se imediatamente, quão complexas foram tais análises, visto que ao proibir este tipo de relação, gerava-se uma situação que acabaria por punir várias ordens distintas, fossem estas: *sociais ou biológicas*.

Uma das grandes preocupações de Freud, estavam correlacionadas aos vários conceitos psíquicos atribuídos aos diversos comportamentos que o homem passou a apresentar. Deste modo, designou um novo termo que passou a ser conferido ao inconsciente humano, através de uma designação denominada por “*locus*”¹².

Com relação aos vários estudos atribuídos a esta matéria, aduz Manuel Laranjeira que¹³:

¹⁰ PONTES, Andréa Mello. *O Tabu do incesto e os olhares de Freud e Levi-Strauss*. Trilhas Revista do Centro de Ciências Humanas e Educação, Pará - Belém, v. 5, n.1, p. 13.

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem

¹³ AREIA, Manuel Laranjeira Rodrigues de. *A proibição do incesto: determinação social ou motivação biológica?* Contribuições para o estudo da Antropologia Portuguesa, Instituto de Antropologia da Universidade de Coimbra. - Vol. X, fasc. nº 5, 1980, p. 236.



O aspecto mais curioso e até antinómico da problemática da proibição do incesto resulta de facto, ao que parece único na história das investigações sobre o homem, de se tratar de um comportamento que é, por um lado, claramente cultural, mas que ao mesmo tempo se apresenta como característica de indiscutível universalidade.

Entende-se, portanto, que a problemática do tema em questão, diz respeito aquelas concepções que estão inteiramente vinculadas aos preceitos culturais, o que por sua vez, tornam-se automaticamente individuais e particulares¹⁴. Estas serão levadas em consideração, sempre que uma conduta de cariz universal estiver em causa, e que de imediato, já podem ser consideradas como condutas naturais¹⁵.

Françoise Héritier, com base na grande quantidade de estudos relacionados as relações incestuosas, passou a atribuir uma nova designação a matéria, subdividindo-as em duas nomenclaturas diferentes: o incesto de primeiro e de segundo tipo.

O incesto de primeiro tipo¹⁶, tratará de todas aquelas relações sexuais que dizem respeito a um contato mutuo entre consanguíneos. Estamos a tratar aqui das amplas modalidades de relações incestuosas, ou seja, as relações heterossexuais ou homossexuais. Como exemplo, citemos os casos em que a relação vai acontecer entre irmãos, ou entre um pai e uma filha, ou um tio e uma sobrinha.

Já o incesto de segundo tipo, ainda conhecido como indireto¹⁷, diz respeito ao envolvimento de um indivíduo que vai concretizar esta ligação, assumindo um papel de mero interlocutor, ou seja, este servirá como uma espécie de ponte interlocutora para que a

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ HÉRITIER, Cyrulnik, et.al. *O incesto*. Trad. de António Marques, Cascais, Editorial Pergaminho, 1ª edição, 2001. p.9.

¹⁷ Idem.



relação se realize. Diferentemente da tipificação designada anteriormente, podemos utilizar como exemplo, um caso bastante comum ocorrido na obscuridade de muitas famílias: uma filha que ao manter relação sexual com o próprio padrasto, estaria a estabelecer de fato, um mero contato com a sua própria mãe, uma vez que um dos parceiros presentes neste vínculo, é representado por uma figura paterna¹⁸.

A relação exemplificativa citada em questão, parece-nos em um primeiro momento não ser de fato considerada como incestuosa. Acontece que fora exatamente por meio desta conduta, que a filha passou a manter um contato direto com a própria mãe. Da mesma maneira, não se escusaria a possibilidade de haver relação incestuosa se uma mãe viesse a manter um vínculo sexual com o seu próprio genro¹⁹.

As respectivas intitulações foram passando por constantes mudanças, ainda que não viessem a se desprender da moralidade e da forte cultura dominante que tem acompanhado a problemática aos nossos dias atuais, ou ainda que se encontrem presas à preceitos tão tradicionalistas.

Na década de 80, um novo entendimento vai surgir em volta da problemática do incesto. Por conseguinte, este ganha uma nova designação: “*atração sexual genética*”²⁰, ou

¹⁸ SANDERSON, Christiane. *Abuso Sexual em Crianças – Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia*. São Paulo, 2005, p. 79 – 81. Cinco tipos de relações incestuosas surgem através dos estudos designados por Williams e Finkelhor: “*Os Sexualmente preocupados, os que regridem à adolescência, os que buscam um instrumento de auto-satisfação, os emocionalmente dependentes e os vingativos raivosos*. As ramificações ligadas ao pai que será o agressor sexual, surge mediante a análise de 118 casos de pais que estariam a abusar de suas próprias filhas.

¹⁹ HÉRITIER, Cyrulnik *Op. cit.*, p.9.

²⁰ IPUB- UFRJ. Temas e Controvérsias em Psiquiatria. “*A expressão não nos parece boa nem suficiente para denominar o fenômeno. A atração sexual está sempre associada à genética. Há trabalhos demonstrando que essa atração tem um aspecto complementar: a mulher se sentiria mais atraída por aquele que apresentasse, em seu sistema imunológico, predominância de imunoglobulinas diferentes em relação às suas. O apelo à palavra “genética” parece ter atendido à intenção de atribuir ao fenômeno um sentido de destino, retirando responsabilidades das pessoas.*” Disponível em: <<http://www.ipub.ufrj.br/portal/ensino-e-pesquisa/ensino/residencia-medica/blog/item/226-atra%C3%A7%C3%A3o-sexual-gen%C3%A9tica-ii%C2%B9>>, Acesso em:13/12/2015.



*Genetic sexual attraction (GSA)*²¹. A referida alcunha em que muitos especialistas vão entender como fenômeno, fora criada com base na justificativa dos relacionamentos que iriam surgir mediante uma possível reaproximação ocorrida entre parentes, um vínculo afetivo que de certa forma passou a ser confundido, e que veio inverter os devidos papéis que deveriam ser assumidos pela família. Tal nomeação é atribuída por Barbara Gonyo²², que após longos anos de experiência com crianças adotadas, mediante um grupo que veio a ser criado e sediado em Chicago por ela, tinha como maior intuito, a tentativa de estabelecer uma reaproximação dos filhos adotivos com os seus pais biológicos. Chegou à conclusão, que em 50% destes reencontros, houve uma inapropriada conexão afetiva claramente aceita entre estes familiares, sendo este o motivo principal do surgimento do referido fenômeno. A autora do termo assegurou que tal definição veio a existir, quando ela própria passou a admitir sentimentos inapropriados que se desviavam de sua relação de mãe, para com seu filho adotivo²³.

Em virtude das vertentes exemplificativas anteriormente, vimos o quanto tais concepções estão vinculadas com os meios e os fins que pretendem ser buscados com a possível acusação. Destarte, não nos custa apresentar os vários tipos de impedimentos que são gerados em torno da temática. Tais impedimentos poderão se dar de várias maneiras, podendo ser: de caráter civil, (quando da impossibilidade de que consanguíneos venham a

²¹ REAY, Alexa Tsoulis. *What it's like to date your dad*. In Science of us. Disponível em: <<http://nymag.com/scienceofus/2015/01/what-its-like-to-date-your-dad.html#>>, Acesso em: 13/12/2015.

²² Genetic Sexual Attraction - The Guardian, 2003. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/theguardian/2003/may/17/weekend7.weekend2>>, Acesso em: 13/12/2015.

²³ The Genetic Sexual Attraction - Dedicated to Supporting People Affected by Genetic Sexual Attraction and Adoption Reunion Issues. "What is Genetic Sexual Attraction?: Genetic Sexual Attraction also known as GSA, is a phrase popularized by Barbara Gonyo in the 1980's . Gonyo Founded "Truth Seekers In Adoption," a Chicago-based support group for adoptees and their new-found relatives after she herself was reunited with her adopted Son and recognized that the feelings she was experiencing were somewhat unusual to say the least. GSA refers to intense sexual desire that can arise between genetically related people are who are united in Adulthood, after having been denied the opportunity to form proper emotional bonds. The phenomenon known as Genetic Sexual Attraction can occur between any pair of close genetic relatives Siblings, and even Parents and their Long lost Children." Disponível em: <<http://www.gsaforums.com/>>, Acesso em: 13/12/2015.



contrair matrimônio), religiosos²⁴, (quando passam a contrariar as leis estabelecidas pela igreja, justamente por haver um certo desrespeito aos mandamentos divinos estabelecidos pela bíblia) ou, quando se constatar que estas condutas irão merecer uma repressão penal, (à medida que se esteja em questão um crime autônomo, enquanto conduta criminalizada por determinado Estado, como por exemplo na Alemanha), ou quando forem observadas como agravantes de delitos sexuais)²⁵. Os aspectos jurídico-penais serão de nosso maior interesse, levando-se em consideração que não serão todos os estados que irão considerar o incesto como delito²⁶.

Ainda que vários Estados não venham a criminalizar as relações incestuosas, a proteção também se estendeu em outro patamar, indo bem mais além e alertando das possíveis consequências genéticas e hereditárias que poderiam sofrer os filhos gerados por consanguíneos²⁷, ainda que estas advertências não estejam constando expressamente em suas respectivas normas. Estudos feitos em torno dessa problemática também apontam conclusivos resultados que, de fato, atestam cientificamente que os filhos nascidos deste tipo relação poderão possuir sérias deficiências. Este foi um dos motivos que se fizeram presentes na decisão do caso Patric Stuebing, proferido pelo Tribunal Constitucional

²⁴ O artigo 1091, Parte I, dos sacramentos, do Livro IV- Do múnus santificador da igreja, expressa claramente: § 1. Na linha recta de consanguinidade é inválido o matrimónio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais. § 2. Na linha colateral é inválido o matrimónio até ao quarto grau, inclusive. § 3. O impedimento de consanguinidade não se multiplica. § 4. Nunca se permita o matrimónio, enquanto subsistir alguma dúvida sobre se as partes são consanguíneas em algum grau da linha recta ou em segundo grau da linha colateral. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>, Acesso em:17/12/2015.

²⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, p. 348.

²⁶ O art.564.º do Código Italiano, considera o Incesto crime, quando estas relações venham a se tronarem públicas. *Código Penale Italiano*. Revista eletrônica de ciência penal y criminologya. Disponível em:<<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>, Acesso em:17/12/2015.

²⁷ COELHO, Mário Marcelo. *Impedimento de Consanguinidade. Incesto: Quais são os riscos e o que a Igreja diz sobre isso?* Disponível em: <<http://formacao.cancaonova.com/igreja/catequese/incesto-quais-sao-os-riscos-e-o-que-a-igreja-diz-sobre-isso/>>, Acesso em: 17/12/2015



Alemão, onde se fez questão de evidenciar as deficiências e consequências geradas aos menores nascidos de uma relação entre irmãos²⁸.

O geneticista Jorge Sequeiros, investigador do Instituto Molecular da Universidade do Porto²⁹, com base em estudos feitos em torno dos filhos gerados pelas relações entre consanguíneos e na tentativa de nos demonstrar as disfunções genéticas que seriam herdadas por estes, nos expõe:³⁰

Nos casais sem laços de consanguinidade e sem nenhuma doença recessiva na família, o risco de terem um filho com doença genética ou malformação congénita ronda os 2 ou 3%. No caso dos primos direitos, que partilham um oitavo da sua herança genética, esse risco aumenta para os 4%." E no caso de uma criança gerada por irmãos ou por um pai e uma filha? "A probabilidade aumenta para o dobro em comparação com os primos direitos, porque partilham metade dos seus genes.

Somos, então, levados ao entendimento de que a maneira cabível atinente as políticas preventivas, se dariam através de uma possível alerta por parte das organizações de saúde para com os Estados que não criminalizam esse vínculo afetivo, no sentido de que

²⁸ BVerfG, 2 BvR 392/07, n. ° 49 que dispõe de uma relação dos bens eugênicos e o Incesto, bem como da grande chance dos filhos destas relações nascerem com alguns problemas hereditários: "*cc) Der Gesetzgeber hat sich zusätzlich auf eugenische Gesichtspunkte gestützt und ist davon ausgegangen, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung erwachsen, wegen der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden könne (vgl. BTDrucks VI/1552, S. 14; BTDrucks VI/3521, S. 17 f.)*." Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.html>, Acesso em: 17/12/2015

²⁹ FARIA, Natália. IBMC – Instituto de Biologia Molecular e Celular. Jornal diário de notícias, 2012, Portugal, p. 3. Disponível: <https://www.ibmc.up.pt/sites/default/files/20.05.2012_PUBLICO.pdf>, Acesso em: 13/12/2015.

³⁰ Idem



estes venham a serem alertados de suas reais consequências. Mediante as demais questões analisadas até aqui, entendemos que não seria de pertinência do direito penal, se encarregar de proibir a procriação entre consanguíneos, ainda que venha a se comprovar dos perigos que muitos filhos destas relações poderiam sofrer, justamente por causa da grande quantidade de genes recessivos possuídos por estes bebês³¹.

Após analisarmos o conceito do incesto e suas ramificações, resta-nos, portando, que façamos uma breve análise dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, com base nas disposições que se encontram presentes na doutrina penal Portuguesa, estabelecendo e apontando os motivos que irão penalizar as condutas sexuais que foram entendidas pelo legislador como criminalizadas.

III - OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DE MENORES NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Após uma breve investigação do incesto e das ramificações que lhe foram atribuídas no campo de outras determinadas áreas, cabe-nos fazermos uma análise dos crimes que irão contrariar a liberdade e autodeterminação sexual de menores, mediante as prerrogativas estabelecidas pelo código penal português. A pertinência desta análise torna-se eficaz, se levarmos em consideração as constantes comparações entre as relações incestuosas e os delitos sexuais, bem como dos questionamentos direcionados ao legislador acerca dos motivos da não inclusão do incesto no corpo da norma penal portuguesa.

Em meados de 2002, em uma conferência da Women's Anti-Discrimination, precisamente organizada nos EUA pelo *Comité para a eliminação da discriminação contra as*

³¹ CUNHA. Maria da Conceição Fonseca Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto, 1995, p. 152.



*mulheres*³², discutiam-se medidas preventivas acerca de possíveis alternativas que estariam sendo utilizadas por diversos países na busca de que se eliminassem todo e qualquer tipo de violência proferida contra mulheres e crianças.

O Estado Português, que estava a ser representado pela Dra. Maria Braga da Cruz, Presidente da Comissão para a igualdade e direitos da mulher³³, recebeu grandes elogios acerca destas medidas, servindo, inclusive, como exemplo para outros países que estariam na luta contra este tipo de violência. Nesta mesma ocasião, além de serem mencionados os motivos da não inclusão do incesto como delito na doutrina penal portuguesa, apontou-se também, a necessidade de medidas que o governo deveria providenciar em favor de uma maior prevenção destes tipos de relações. Nestas mesmas circunstâncias, fora referido que o incesto só poderia ser entendido como um delito específico, se estas condutas viessem a recair aos menores, o que imediatamente, nos demonstra o quão embaralhada tornou-se a temática em debate, sendo este um dos principais motivos que nos leva a fazer um comparativo das relações incestuosas com os delitos sexuais de menores³⁴.

Em Portugal, os crimes sexuais vão ganhar um tratamento especial e um título único em meados de 1995, ano considerado bastante favorável aos delitos deste cariz, passando a serem tratados com uma maior “*autenticidade e exclusividade*”³⁵. Os menores também receberam uma grande atenção e suporte voltados à sua proteção, ao seu amparo, sendo este ponto, um dos fortes destaques da reestruturação penal.

Deste modo, antes de analisarmos algumas penalidades que irão recair a determinadas condutas, não poderemos deixar de ressaltar que só serão considerados

³² UNITED NATIONS - Meetings Coverage And Press Releases. Committee Experts Praise Portugal’s Efforts to Promote Equality of Women. Discrimination against Women, Twenty-sixth Session. (2002) Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2002/WOM1309.doc.htm>>, Acesso em: 10/12/2015.

³³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.*, p.344.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 708.



crimes, todos aqueles comportamentos que venham a colocar em perigo a liberdade e autodeterminação sexual de um indivíduo, a estes sim, irão carecer que recaiam as devidas repressões penais, levando-se em consideração que ocorreram fora das fronteiras do consentimento, e entre adultos³⁶.

Manuel da Costa Andrade, em referência ao bem jurídico tutelado aduz claramente:³⁷

O bem jurídico protegido assume a natureza de uma forma concreta de liberdade, por vezes referida como autodeterminação sexual e que talvez pudesse, com igual propriedade, nomear-se como liberdade e autenticidade de expressão sexual.

Notamos então, que a liberdade mencionada em questão, acaba por traduzir-se na livre vontade que cada indivíduo vai possuir em suas relações, nas suas escolhas, dadas mediante forma de uma expressão que por vezes vem a ser interpretada como autenticidade da expressão sexual, conforme vimos no exposto acima.

Algumas considerações não podem ser afastadas da análise de nossa temática. É importante que saibamos, que as repressões penais jamais poderão serem baseadas em preceitos morais ou religiosos, uma vez que se tais condutas fossem realizadas em espaço privado, com pleno consentimento entre estes adultos, não há porque considera-las como um tipo específico de delito.

A partir daí, percebemos que estas e outras condutas ganharam uma positiva adequação. Citemos um exemplo que descreve bem o porquê de a doutrina penal portuguesa não criminalizar alguns tipos de comportamentos. Relembremos os “*Atos homossexuais com adolescentes*”, que antes estavam previstos no art. 175.º do Código Penal

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra editora, 2012

³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra editora, 2004, p. 383.



e que passou a ser considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional³⁸, (por meio dos Acórdãos de N°247/2005³⁹ e o Ac N°351/05⁴⁰), com base no entendimento de que estes dispositivos acabariam por violar aqueles já existentes na Constituição Penal portuguesa. O princípio da igualdade arrolado no artigo 13.º⁴¹, assim como o artigo 26.º, que concedem tratamento aos “Outros direitos pessoais”⁴², eram alguns dos artigos que de certa forma estariam sendo feridos.

³⁸ PROJETO DE LEI N.º 219 X – *Altera o Código Penal eliminando a discriminação com base na orientação sexual existente no art.º 175. Por meio de uma “Nota justificativa” entendeu que:* Esta declaração de inconstitucionalidade do artigo de actos homossexuais com adolescentes, previsto no artigo 175.º do código penal, fora declarado inconstitucional através dos: Ac N°247/2005 e N°351/05) que buscava acima de tudo, a tutela do bem jurídico da Liberdade e da autodeterminação sexual. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624449784f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl219-X.doc&Inline=true>>, Acesso em: 17/12/2015.

³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Portugal, Acórdão n.º 247/05, de 10 de maio de 2005: “Julga inconstitucional a norma do artigo 175.º do Código Penal, na parte em que pune a prática de actos homossexuais com adolescentes mesmo que se não verifique, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima.” Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html>>, Acesso em: 20/12/2015.

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Portugal, Acórdão n.º 351/05, de 05 de julho de 2005: “Julga inconstitucional a norma do artigo 175.º do Código Penal, na parte em que pune a prática de actos homossexuais com adolescentes mesmo que não se verifique, por parte do agente, abuso de inexperiência da vítima e na parte em que na categoria de actos homossexuais de relevo se incluem actos sexuais que não são punidos nos termos do artigo 174.º do mesmo Código.” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/ebook/historico/volume_62.pdf>, Acesso em: 20/12/2015.

⁴¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - Artigo 13.º, acerca do princípio da Princípio da igualdade:

1 - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2 - Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>, Acesso em: 17/12/2015.

⁴² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - Artigo 26.º, acerca dos Outros direitos pessoais: 1 - A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2 - A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3 - A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.



Conquanto, fora com o Decreto Lei n.º48/95, de 15/3⁴³ que se aprovaram todos os dispositivos atinentes aos delitos sexuais, estes, que passaram a fazer parte do Código Penal Português de 1995, amparando novos bens jurídico-penais assim como novas espécies de agressão, tratando, portanto, dos delitos de cariz sexuais com uma maior segurança e precisão. Impossível não notarmos o quanto que estas mudanças atribuíram severas repressões aqueles que viessem a atentar contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores.

Os delitos atinentes a liberdade e autodeterminação sexual estão arrolados no Capítulo V, na parte especial do Código penal português. Estes ganham duas importantes sessões: a primeira, que diz respeito aos delitos que irão ferir a liberdade na esfera sexual individual, e a segunda sessão, que vai tratar de todos os delitos que estiverem a impedir que um menor se autodeterminasse sexualmente, no sentido de que a criança não venha a ter sua liberdade sexual atingida.

A primeira seção, concede um maior suporte aos crimes atinentes a: “Coacção sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, fraude sexual, procriação artificial não consentida, lenocínio e importunação sexual, que iniciam com o artigo 163.º, e vão até o 170.º⁴⁴. Notamos assim, que a idade do indivíduo em nenhum momento fora citada, o que por sua vez pode ser direcionada tanto aos adultos, quanto aos menores.

4 - A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>, Acesso em: 17/12/2015.

⁴³ DL n.º48/95, de 15/3, Código Penal de 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>, Acesso em: 15/12/2015.

⁴⁴ Código Penal Português I, dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Seccção I, Crimes contra a liberdade sexual. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>, Acesso em: 15/12/2015.



A coacção sexual estabelecida no rol do artigo 163.º, vai ocorrer quando um agente vier a constranger um indivíduo a exercer um ato sexual de relevo consigo, ou com um terceiro. O constrangimento citado aqui, traduz-se na violência ou na grave ameaça que estas vítimas estarão submetidas. Se este agente a tornou inconsciente ou impossibilitada em sua resistência, a ele poderá recair uma repressão penal que vai variar de um a oito anos de prisão⁴⁵.

O dispositivo seguinte diz respeito à violação. Encontrando-se estabelecido no rol do art.164.º, e se realizará quando a violência ocorrida a uma pessoa vier a manifestar-se através de suas variadas formas, seja pela prática de atos sexuais que venham a colocar à vítima na impossibilidade de resistência, seja pelo constrangimento que esta irá sofrer por ter sido induzida à prática de cópula, coito anal ou coito oral, conforme o que se consta no n.º2 do referido dispositivo⁴⁶.

Dando seguimento a outros importantes dispositivos ainda presentes nesta primeira sessão, não poderíamos deixar de fazer menção ao art.165^{º47} do código penal, que concede uma atenção especial aos delitos dos quais o agente se aproveitou de um indivíduo incapaz de resistência, punindo-o assim, com sanções que podem variar de seis meses a oito anos de reclusão. A pena será agravada, se em decorrência do ato sexual de relevo o agente praticou cópula, coito anal ou coito oral, bem como a introdução vaginal por partes do corpo ou objetos, resultando em repressões que poderão ir de dois a até dez anos de prisão.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário do artigo 163º (*Coacção sexual*), In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 714.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário do artigo 164º (*Violação*), In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 743.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário do artigo 165º (*Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*), In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.756.



As situações expostas acima, exemplificam claramente o exercer da função estabelecida pela doutrina penal portuguesa, que impõem severas repressões aos delitos que vão ultrapassar as fronteiras da liberdade sexual, punindo assim, as relações que iriam ultrapassar as barreiras consensuais de seus partícipes. Destarte, sempre que a um menor de 14 anos tiver ocorrido qualquer um dos delitos presentes na I sessão: coacção sexual, violação, bem como a procriação artificial não consentida, as sanções que irão recair ao agente que praticou o delito, serão imediatamente agravadas.

A segunda sessão, estabelece um tratamento especial, direcionado particularmente as crianças. Os delitos que dizem respeito a autodeterminação sexual de menores, seguem com o artigo 171.º indo até o artigo 179.º, que dispõem do “abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, actos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores, pornografia de menores, e, por fim, a agravação, da queixa e da inibição do poder paternal e proibição do exercício de funções⁴⁸. Analisaremos então, alguns dos principais casos em que o direito penal vai conceder tratamento e amparo a estes indivíduos.

O artigo 171.º do código penal, primeiro dispositivo da sessão que tratará do abuso sexual de crianças, deixa expressamente claro no rol de seu dispositivo, as várias formas de infrações que a estes poderão vitimizar, conforme os expostos elencados nos quatro números existentes em seu texto⁴⁹. Neste contexto, se o delito veio a atingir um filho com idade inferior aos 14 anos, ou se nesta mesma ocasião o menor fora induzido a manter relações sexuais com um terceiro, será este agente penalizado com uma sanção que pode ir de um, a até oito anos de prisão. Elencados no corpo do artigo em questão, mencionou-se também que, se o acto sexual de relevo vier a se concretizar mediante cópula, coito anal,

⁴⁸ CÓDIGO PENAL E DE PROCESSO PENAL E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR, Secção II, em sequência: arts. 171.º, 172.º, 173.º, 174.º, 175.º, 176.º, 177.º, 178.º e 179.º. *Op., Cit.* 108.

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário do artigo 171º (*Abuso sexual de crianças*) In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 832.



coito oral ou introdução vaginal por parte do corpo ou objetos, a sanção estabelecida será a prisão do agente, que vai variar de três a dez anos.

Já o artigo 172.º do Código Penal⁵⁰, refere-se ao abuso Sexual de menores dependentes, dispondo plenamente que o agente praticante de um ato sexual de relevo com menor de idade compreendida entre 14 e 18 anos, do qual fora confiado para fins educacionais ou de qualquer outro tipo de suporte voltado a uma assistência carecida por esta criança, será penalizado com uma sanção que vai de 1 a até 8 anos, inclusive, se este induzir o menor à prática de atos sexuais com terceiros. Estas repressões serão agravadas quando a relação entre o agente e o menor estiver em risco, ou seja, quando essa confiança for ferida pelo próprio responsável que a criança estivera mediante o seu cuidado. Destarte, as agravantes dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, firmam-se, particularmente no rol do artigo 177.⁵¹ do Código Penal, que vai conceder um tratamento mais severo de acordo com a ilicitude do crime.

⁵⁰ANTUNES, Maria João, *Comentário do artigo 172º (Abuso Sexual de Menores Dependentes)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 846.*

⁵¹ ANTUNES, Maria João, *Comentário do artigo 177º (Agravação)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 887.*

1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima: a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou

b) Se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.

2 - As agravações previstas no número anterior não são aplicáveis nos casos da alínea c) do n.º 2 do artigo 169.º e da alínea c) do n.º 2 do artigo 175.º

3 - As penas previstas nos artigos 163.º a 167.º e 171.º a 174.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível.

4 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 175.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 176.º e no artigo 176.º- A são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.



Evidenciou-se aqui, que o legislador optou por agravar algumas repressões com maior severidade, incumbindo assim, as penalidades necessárias aos que viessem violá-la. Conquanto, notamos que com todas as modificações que a doutrina penal Portuguesa passou a receber, a revisão ao código penal de 1995, não continuou a favorecer e amparar os bons costumes bem como os sentimentos que antes estavam presentes nas antigas doutrinas penais, tornando-se até então, considerada como a grande protetora em face aos direitos da dignidade do menor, e que passaram a estar plenamente resguardados na constituição Portuguesa.

Concluímos então, que mesmo a doutrina penal portuguesa não criminalizando o incesto como um tipo de delito autônomo, entendeu o legislador não ser de grande pertinência considerar-se necessário que todo e qualquer comportamento entre adultos capazes, sem qualquer tipo de violência ou coação, fosse impedido, afinal de contas, limitar a vontade de adultos em reciprocidade consensual não seria muito vantajoso do ponto de vista penal, o que de fato, é verdade.

Estas desvantagens relacionadas em se punir algumas condutas humanas, já eram referidas por São Tomás de Aquino:⁵²

a lei humana não pode punir ou proibir todos os males que se praticam, porque ao querer expurgar todos os males, seguir-se-ia

5 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 174.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.

6 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 16 anos.

7 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.

8 - Se no mesmo comportamento concorrerem mais do que uma das circunstâncias referidas nos números anteriores só é considerada para efeito de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena.

⁵² TOMÁS, de Aquino Santo. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução: Francisco Benjamin de Souza Neto. Rio de Janeiro: Vozes, 1995, p. 49.



que se suprimissem também muitos bens e se impedisse a utilidade do bem comum, necessário ao convívio humano.

Este forte vínculo decorrente entre a violência intrafamiliar, e as possíveis correlações com as condutas incestuosas, são enfrentados hoje, como um dos principais motivos de omissões por parte dos responsáveis por estas crianças.

Por fim, evidenciamos através dos exemplos cedidos anteriormente, algumas das prerrogativas em que o Direito Penal poderá interferir e conceder tratamento especial nas situações que dizem respeito aos delitos sexuais, além de um breve histórico de como estes crimes se adequaram no código penal português, o que é de grande pertinência mencioná-los, levando-se em consideração de que estes nos farão compreender esta breve correlação entre o incesto e os crimes sexuais.

Notamos claramente, que em todas as questões voltadas a liberdade e autodeterminação sexual de menores, estas foram agravadas pelo legislador com maior severidade, incumbindo-o assim, do uso das penalidades necessárias aos que viessem a violá-la⁵³.

IV - O TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO E OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO CASO PATRICK STUEBING

A Lei Fundamental Alemã não trata tão somente de preceitos declaratórios, mas sim, de prerrogativas de vigência imediata. Tal exigência, deve e pode ser feita por qualquer

⁵³ DL n.º48/95, de 15/3, Código Penal de 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>, Acesso em: 15/12/2015.



cidadão, através de uma reclamação constitucional, (*Verfassungsbeschwerde*)⁵⁴, que será direcionada ao Tribunal Federal Constitucional Alemão.

Estas encontram-se disponibilizadas no artigo. 1º *al*) 3 da (*Grundgesetz*)⁵⁵, que também passa a dispor particularmente que a dignidade do homem é inviolável, sendo de obrigação e dever do aparelho Estatal, assegurar seu devido respeito e proteção. É, portanto, um órgão constitucional autônomo, onde a estes são conferidas todas as prerrogativas de decisão que deverão serem tomadas acerca daqueles conflitos que vão contra os princípios constitucionais estabelecidos na Lei Fundamental, e normatizados através dos artigos 92.º ao 100.º da Lei Fundamental Alemã⁵⁶.

O Tribunal Federal Constitucional, será composto por dois Senados. Estes Senados, irão assumir diferentes posicionamentos no que concerne as responsabilidades atinentes as reclamações que irão receber. O primeiro Senado, por sua vez, estará encarregado de resolver todas as reclamações constitucionais que estejam relacionadas as possíveis violações proferidas à Lei fundamental Alemã, conforme analisaremos adiante. Já o segundo senado, responsabilizar-se-á daquelas reclamações que estiverem causando divergências entre os órgãos constitucionais e o controle normativo⁵⁷. Todas as decisões do tribunal andam em pleno vínculo com o poder Legislativo, executivo e Judiciário. Sendo assim, as

⁵⁴ KNUDSEN, HOLGER. *Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: A Decisão de 26.2.2008 NOS LIMITES ENTRE DIGNIDADE HUMANA E OS INTERESSES DA DOGMÁTICA JURÍDICA E DA SOCIEDADE*. In. Revista Mestrado em Direito, vol.9, n.º 1, ano:2009, p.174.

⁵⁵ Artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que dispõe dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da pessoa Humana:

1 - A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

2 - O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 20/12/2015.

⁵⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – IX Tribunal de Justiça. Artigo 93.º, 1, acerca da decisão do Tribunal Constitucional Federal. Disponível em: <https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_09/245142>, Acesso em 23/12/2015.

⁵⁷ KNUDSEN, HOLGER. *Op. Cit.* p. 175.



decisões referentes a legalidade da lei em seu âmbito de vigilância normativa, possui pleno poder conferido na norma para que se possa exercer esta lei⁵⁸.

Dando seguimento ao nosso estudo, analisemos então, as fundamentações utilizadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, que é convocado para formular sua decisão acerca das possíveis violações impostas por Patrick, o reclamante. Tais violações colocaram em evidência as prerrogativas pertencentes no rol do §173 de sua doutrina penal, restando-nos então, que debruçemos nossos olhares aos principais pontos desta tão repercutida decisão, que tem suscitado diversos questionamentos e opiniões distintas.

IV. I - O CASO

Aos três anos de idade, após ter sofrido vários tipos de abusos pelo próprio pai que possuía grandes problemas com alcoolismo, Patrick Stuebing é retirado de casa e colocado para adoção pelas autoridades da segurança social. Três anos depois quando já estaria com sete anos de idade, vem a ser adotado por um casal Alemão que passou a concedê-lo todos os cuidados necessários⁵⁹. Ao tentar manter contato com a sua mãe em meados de 2000, conhece Susan Karolewski, sua meia irmã nascida em 1984, que permanecera sob os cuidados da mãe até os cinco anos de idade, e que logo em seguida também veio a ser colocada para adoção, voltando novamente a conviver com o pai biológico anos depois. Ao reaproximar-se da irmã que até então desconhecera de sua existência, estabelece com Susan uma relação que iria além das fronteiras permitidas entre irmãos: um relacionamento amoroso. Desta relação entre Patrick e Susan, quatro filhos vão surgir no

⁵⁸ Artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, *al. 3*: “3 - Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 20/12/2015.

⁵⁹ O caso é exposto com precisão no N.º 22 da Decisão eletrônica do BVerfG, 2BvR 392/07. Disponível em: <http://www.bverfge.de/e/rs20080226_2bvr039207.html>, Acesso em: 23/12/2015.



decorrer dos próximos quatro anos: Nancy, Eric, Sophia e Sara. Tornou-se, então, responsável por 4 condenações, em que três destas condenações seriam convertidas em livramento condicional⁶⁰. O Tribunal também não deixou de levar em consideração alguns fatores referentes as condutas do reclamante, o que por sua vez, iriam desfavorece-lo com as penalidades que lhe seriam impostas.

Em resultado de todas as condenações que a ele estariam vinculadas, teve de cumprir uma pena de dezesseis meses de reclusão, esta que fora baseada nas agressões que o reclamante haveria proferido contra a própria irmã, vindo, portanto, a ser condenado neste último processo⁶¹.

Estas condenações foram levadas em consideração, quando o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que Patrick estaria a infringir as disposições previstas no §173, n. ° 2, da doutrina Penal Alemã, que trata da relação carnal entre parentes⁶². Analisemos então, os fundamentos dessa decisão.

IV.II – A DECISÃO

O relato do caso, veio a ser considerado como uma das decisões mais longas e de grande repercussão já proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão⁶³. Fora, portanto, transcrita através de vinte e três páginas, das quais constavam um rol de disposições que

⁶⁰ KNUDSEN, Holger, *Op. cit.*, p. 175.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Artigo 173.º do Código Penal Alemão, que vai tratar da: Conjunção Carnal entre parentes:

1 - Quem mantiver conjunção carnal com um descendente consanguíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com multa;

2 - Quem tiver conjunção carnal com um parente consanguíneo, na linha reta, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou com multa, ainda que a relação de parentesco tenha terminado. Do mesmo modo serão punidos os irmãos consanguíneos que mantiverem relação sexual entre eles,

3 - Descendentes e irmãos não serão punidos, de acordo com este artigo, quando eles ao praticarem o delito forem menores de 18 anos. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StGB/173.html>>, Acesso em 27/12/2015.

⁶³ KNUDSEN, Holger. *Op., cit.* p. 177.



analisariam a proibição das relações incestuosas conforme as argumentações do Legislador de 1871, que se resguardou de uma abordagem histórica e das funções que seriam assumidas pelo direito penal. Se analisarmos detalhadamente a decisão do BvR 392/07, notaremos que em vários momentos o Tribunal não compreendeu haver motivos relacionados à constitucionalidade de reações entre consanguíneos⁶⁴.

No desenrolar da decisão, passou a explicitar os fundamentos que o influenciariam na observância da constitucionalidade do caso, alegando que o Estado só poderia intervir nos direitos individuais e fundamentais, se estes possuísem fortes fundamentos baseados em justificativas que fossem guiadas por força de lei, assim como consta em seu ponto 32, que também deixa bem claro, “*da liberdade individual na esfera da intimidade sexual*”⁶⁵.

As infrações ao dispositivo § 173, assim como as demasiadas questões que este caso em particular estaria dizendo respeito, levou o Tribunal Constitucional Alemão ao entendimento de que, não seria pertinente que a responsabilidade da decisão fosse única e exclusivamente do Direito Penal. Solicitou então, que outros órgãos tivessem a oportunidade de participar da decisão, concedendo que estes realizassem pareceres acerca do assunto. Tais pareceres foram considerados de grande importância aos olhos do Tribunal, visto que iriam ser de tamanha influência na contribuição da decisão⁶⁶.

⁶⁴ GRECO. Luís. *Tem futuro a teoria do Bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º82, 2010, p.174.

⁶⁵ N.º32 da Decisão BvR 392/07. “ A Lei Fundamental Alemã, passou a conceder um tratamento especial a intimidade sexual individual, que são plenamente fundamentadas em seu art. 1.º.”

⁶⁶ Um dos fortes pontos da Decisão em apreço, fora o pedido feito pelo Tribunal Constitucional Alemão, que solicita pareceres a outros órgãos importantes, com o intuito de que os fundamentos proferidos por estes em relação ao caso em questão, viessem a contribuir com os fundamentos da decisão. Tais prerrogativas encontram-se arroladas no ponto 25 da Decisão em questão que dispunha: “*Dem Deutschen Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung, allen Länderregierungen, dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs, dem Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, dem Verein M.E.L.I.N.A Inzestkinder/Menschen aus VerGEWALTigung e.V., der Deutschen Bischofskonferenz, der Evangelischen Kirche in Deutschland, dem Deutschen Behindertenrat und dem Deutschen Kinderschutzbund Bundesverband e.V. wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben*” Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.6>, Acesso em:23/12/2015.



Dentre os demais órgãos que estariam presentes para a elaboração destes pareceres, contou o Tribunal com a participação da igreja, peritos especializados em casos que diziam respeito aos vários tipos de delitos sexuais, bem como de entidades voltadas a proteção de menores gerados por relações entre consanguíneos⁶⁷. Exemplificando alguns destes posicionamentos, não poderíamos deixar de fazer menção ao relatório concedido por uma associação que cuidava de menores vítimas das relações incestuosas, e de outros delitos sexuais. (*M.E.L.I.N.A*)⁶⁸, que especificou de forma minuciosa, as várias consequências que estes poderiam sofrer. Todas as informações contidas aqui, foram enxergadas como significativas aos olhos do Tribunal Constitucional, justamente por apresentarem estudos que além de serem cientificamente comprovados, eram baseados em casos sob os quais estes profissionais estavam habituados a lidar no dia-a-dia.

As consequências expostas por esta associação foram muitas, indo bem mais além daquelas que até são de nosso conhecimento. Dentre elas, alegou-se da possível perda da identidade pessoal do menor, justamente por este ter vindo de uma família cuja estrutura estaria visivelmente corrompida, além do alto índice de suicídio que poderiam cometer. O Tribunal Constitucional Alemão, entendeu que Patrick havia cometido várias infrações a determinados princípios: o princípio da tutela familiar e do matrimônio, (contidos no art.6.º, n. 1º da Constituição Alemã)⁶⁹, assim como faz referência aos princípios tutelares

⁶⁷ Ibidem, N.º25 da Decisão BvR 392/07

⁶⁸ De acordo com a CRIANÇAS M.E.L.I.N.A, uma associação Alemã que tem lutado por anos em prol das crianças vitimizadas pelas relações incestuosas, assim como por todas as demais formas de agressões sexuais que estas irão sofrer, manifestou seu contentamento em favor dos resultados obtidos no decorrer dos últimos anos, com relação as demasiadas formas de trabalhos feitos em busca da proteção e do cuidado proporcionado a estes menores. Recebem milhares de pessoas e entidades que pretendem ajudar crianças vitimizadas pelo incesto, além de serem totalmente conhecidas pela grande influência que vem exercendo em prol destas vítimas. “As numerosas medidas estabelecidas pela M.E.L.I.N.A, incentivou as pessoas afectadas na sua existência a apoiando em seus direitos, incentivando-as a lidar melhor com suas difíceis situações. Através do nosso trabalho e de nossa equipe dedicada, damos as pessoas afetadas uma voz, de modo que em seus direitos serão percebidos pelo por nós e pelo público, disse M. Dierkes Weiter.” Disponível em: <<http://www.melinaev.de/startseite/home.../>>, Acesso em: 24/12/2015.

⁶⁹ Artigo 6.º da Constituição Alemã, que dispõe sobre o Matrimônio, a família e os filhos:



dos direitos fundamentais responsáveis pela proteção da dignidade humana, (art. 1.º, n. 1)⁷⁰, que em conformidade com o art. 2.º, n.1 da Constituição)⁷¹, fazia menção a liberdade e autodeterminação sexual. O referido princípio da igualdade também estava em causa, este, que é disposto no art. 3.º, em seus números 1 e 3. da Constituição Alemã.⁷²

Desta maneira, notamos o quanto algumas condutas entendidas como imorais, poderiam influenciar nas decisões que o Tribunal Constitucional iria proferir, o que de certa forma também iria servir como um fator adicional, ainda que indiretamente na criminalização das condutas incestuosas, bem como em outros tipos de relações⁷³. Nesta senda, fora praticamente a partir daí que todo e qualquer tipo de relação sexual entre pessoas de uma certa proximidade sanguínea viriam a ser criminalizadas⁷⁴.

Deste modo, ainda que tais relações estivessem a ocorrer em seu âmbito privado, continuariam a dizer respeito não tão somente aos envolvidos, justamente pelos reflexos que iriam gerar. Estas eram as prerrogativas presentes no dispositivo 40 e 41 da decisão⁷⁵, considerados como um dos pontos principais que vão em favor da tutela familiar,

1 - O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

⁷⁰ Artigo 1.º, al.1) da Constituição Alemã, que dispõe sobre a Dignidade da pessoa Humana, dos direitos humanos e da vinculação jurídica dos direitos fundamentais:

1 - A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

⁷¹ Art. 2.º, n.º 1 da Constituição Alemã, que vai dispor sobre os direitos da Igualdade:

2 - Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

⁷² Art. 3.º, da Constituição Alemã, que dispõe da Igualdade perante a Lei:

1 - Todas as pessoas são iguais perante a lei;

3 - Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do sexo, da sua descendência, da sua raça, do seu idioma, da sua pátria e origem, da sua crença ou das suas convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado por causa da sua deficiência. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

⁷³ GRECO. Luís. *Op. cit.*, p.174.

⁷⁴ KNUDSEN, Holger, *Op. cit.*, p. 177.

⁷⁵ Pontos 40 – 41 da Decisão



mostrando as repercussões negativas que as condutas incestuosas gerariam a sociedade, e que por sinal foram descritas de maneira exaustiva⁷⁶.

IV.III - O CONTRADITÓRIO VOTO DE WINFRIED HASSEMER

O Juiz do Tribunal Federal Constitucional Winfried Hassemer, ao se afastar das demais opiniões formuladas na decisão, e que por meio de um voto brilhantemente transcrito, nos apontou de forma certa as demasiadas falhas existentes na elaboração das argumentações que fizeram parte do processo, formulou seu voto por meio de justificativas que vão nos mostrar que muitas das argumentações que ali constavam, eram plenamente desnecessárias, mas que ainda assim, acabaram por fazer parte da decisão.

É certo que o instituto da opinião discordante, ou *dissenting opinion*⁷⁷, é uma das prerrogativas conferidas pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão. Conquanto, não vemos com frequência que apenas um juiz se oponha as demais opiniões formuladas pelos colegas restantes da corte. Fora justamente o que aconteceu. O voto conferido pelo Juiz do Tribunal Constitucional Winfried Hassemer, veio a ser totalmente contrário aqueles estabelecidos pelos outros Magistrados, através de oito laudas que se iniciavam a partir do ponto 73 da decisão do Tribunal Constitucional Alemão⁷⁸. Vejamos então, algumas das principais observações que o levou a uma posição totalmente contrária aquelas compreendidas pelos demais colegas Magistrados.

Ao fazer uma crítica análise da decisão, deixou evidentemente claro, que a norma penal só aplicou suas repressões as condutas incestuosas de caráter heterossexuais, bem como aos maiores de dezoito anos, ou seja, vemos claramente uma possível ausência das repressões que deveriam recair as outras variadas formas de relações sexuais, como por

⁷⁶ *Ibidem*, ponto 50 da Decisão

⁷⁷ KNUDSEN, Holger, *Op. cit.*, p. 179.

⁷⁸ *Ibidem*, N.º73 da Decisão BvR 392/07.



exemplo, os relacionamentos entre homossexuais de uma mesma linha consanguínea⁷⁹. Outra grande falta relacionada a extensão que estas punições deveriam ter tomado, diz respeito não tão somente aos relacionamentos entre irmãos adotivos⁸⁰, bem como aqueles que possuíam um forte vínculo baseado pela convivência familiar. Esta exclusão, acabou gerando uma certa confusão acerca dos princípios que seriam devidamente tutelados à família e ao matrimônio⁸¹. As várias críticas e insatisfações manifestadas por Hassemer, não se limitaram somente nas questões que até aqui foram analisadas: destacou também, da grande desnecessidade de se utilizarem no rol da decisão, alguns dos métodos usados nos sistemas de diversos Tribunais estrangeiros, onde ao seu ver, estes seriam totalmente inutilizáveis, sendo também denominados por ele como “*nebulosos*”⁸².

Alegou também, ser totalmente arriscado utilizar-se de finalidades eugênicas, levando-se em conta que o crime previsto pelo 173.º, poderia existir quanto do uso de métodos contraceptivos, bem como da impossibilidade conceptiva física, o que por si só deixa claro que utilizar-se das via eugênicas não estaria sendo suficiente para dar tratamento a proibição colocada em questão.⁸³

Uma visível desproporção acerca da proteção dos descendentes contra as possíveis anomalias genéticas também foram mencionados por Hassemer, visto que a lei não poderá impor um direito de “*não nascer em vez de nascer doente em relação à eventual prole*”, ou seja, negar o direito ao nascimento de menores deficientes, estaria indo contra os princípios arrolados na constituição, o que colocava as demais argumentações, “totalmente fora de lugar”⁸⁴.

⁷⁹ Ibidem, N.º42 da Decisão BvR 392/07.

⁸⁰ Ibidem, N.º 94 da Decisão BvR 392/07.

⁸¹ Ibidem, N.º55 da Decisão BvR 392/07.

⁸² Ibidem, N.º81 da Decisão BvR 392/07.

⁸³ Ibidem, N.º82 da Decisão BvR 392/07.

⁸⁴ NISCO, Attilio. *Controle das escolhas de incriminação e eclipse do bem jurídico: o caso do incesto no direito Alemão*. Revista de estudos criminais, ano XI, n.º51, 2013, p.18.



Em relação a autodeterminação sexual, entendeu que esta fora apelada de maneira totalmente equivocada, uma vez que neste tipo de conduta, dever-se-ia ter levado em consideração que a relação estaria a ocorrer em âmbito privado, entre adultos e de forma totalmente consensual. Em decorrência desta falha, a lei impôs sua repressão a ambos, não apontando uma única vítima, o que acabaria por comprovar, que, se de fato estivesse em causa um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, não seriam estas as penalidades e agravantes impostas a um possível agente para o delito em questão. Sendo assim, houve um claro limite estabelecido por parte do legislador em referência a liberdade individual na esfera das relações entre parentes de uma mesma linha consanguínea⁸⁵.

Após analisarmos alguns dos pontos presentes na decisão, concluímos que as pretensões objetivadas pelo legislador, não foram, de certa forma, além do modo pelo qual atua, levando-se em consideração que ao ameaçar uma punição por meio de uma repressão estabelecida em “até dois anos de prisão e multa”, impôs uma moderada sanção penal⁸⁶.

Por fim, ficou inteiramente evidenciado que além das demais incongruências presentes na decisão, notou-se que as fundamentações aqui expostas, estariam vinculadas à preceitos atinentes a outras matérias, do que as considerações voltadas aos essenciais preceitos jurídicos, o que nos leva a uma compreensão de que presumir a existência da Teoria do Bem Jurídico⁸⁷ não seria cabível ao caso em questão, justamente pela falta de

⁸⁵ Ibidem, N.º86 da Decisão BvR 392/07.

⁸⁶ Ibidem, N.º106 da Decisão BvR 392/07.

⁸⁷ Nas palavras de Luís Greco: “Em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico seria controverso: “sobre o conceito de bem jurídico não há ainda qualquer consenso”. Ou se apresentaria como um “conceito normativo de bem jurídico”, que não diferiria da *ratio legis* e, por isso mesmo, seria incapaz de limitar o legislador, ou então se apresentaria como um “conceito naturalístico de bem jurídico” com pretensão de suprapositividade, o que estaria em contradição “com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos pelo direito penal”. Ainda que a teoria do bem jurídico tenha importância dogmática ou política-jurídica, “não fornece ela qualquer parâmetro substancial que tenha necessariamente de acolhido pelo direito constitucional”. p.169.



preceitos juridicamente formulados pela Constituição⁸⁸, bem como do evidente insucesso das diversas tentativas que a doutrina tentou traçar acerca deste conceito.⁸⁹

V - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Foi com a intenção de mostrar os danos que vão surgir em decorrência das condutas incestuosas, que o Tribunal Constitucional Alemão, por meio do parecer que fora concedido pelo *Max-Planck Institut*,⁹⁰ este destinado ao Direito Penal estrangeiro e Direito Penal de Freiburg, formulou as respostas que aqui foram concedidas, sendo através do princípio da proporcionalidade, que se transmitiram todos os fundamentos de interesse do Tribunal⁹¹. A proporcionalidade vai surgir, através das várias denominações que se encontram vinculadas ao poder que o Estado vai possuir para impor limites aos interesses individuais, e que deverão contribuir, de uma certa maneira aos interesses públicos.⁹² Nesta via, todas as informações fundamentais aqui, iriam tratar dos valores baseados na competência carregadas pela norma penal, conforme as disposições previstas no ponto 36 da decisão⁹³.

Levando-se em consideração que o princípio da *ultima ratio* estará em constante equilíbrio com a discricionariedade legislativa, tornar-se-á plenamente necessária, a seleção de um possível bem que tem como pretensão a sua criminalização. Contudo, irão ter como

⁸⁸ ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º1, 2013, p.8. Acerca do conceito da Teoria do bem jurídico, aduz: “A missão do direito penal consiste em assegurar aos cidadãos uma conveniência livre e pacífica, garantindo todos os direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos. Se esta missão é denominada, de modo sintético, pela ideia de proteção de bens jurídicos, então estes bens corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno desta finalidade”.

⁸⁹ NISCO, Atilio. *Op.cit.*

⁹⁰ Max – Planck – Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. *Judgment of Germany's Federal Constitutional Court*. Disponível em: <<https://www.mpicc.de/en/home.cfm>>, Acesso em: 10/01/2016.

⁹¹ *Ibidem*.N.º15 da Decisão BvR 392/07.

⁹² NEUMAN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de ciências criminais, 71, 2008, p. 224.

⁹³ *Ibidem*, N.º36 da Decisão. BvR 392/07.



limites desta discricionariedade, a proteção de dois pressupostos fundamentais: a idoneidade e a necessidade⁹⁴. Uma norma será considerada como idônea, quando estiver a alcançar todos os fins pretendidos pelo legislador. Necessária, por sua vez, quando o método utilizado pelo legislador venha a ser o menos gravoso, ou seja, trata-se daquelas medidas que menos irão criar limites em face de um direito fundamental que venha a estar em questão.⁹⁵ A proporcionalidade terá fim, quando houver uma exigibilidade de certas condutas por meio do destinatário. Estamos a falar da proporcionalidade em sentido estrito⁹⁶. Os meios aqui devem ser os que menos irão causar danos ou qualquer tipo de desproporcionalidade aos fins pretendidos, havendo então, a utilização da ideia apontada por muitos doutrinadores como sopesamento⁹⁷, ou seja, as vantagens que as medidas irão trazer, deverão superar todas as desvantagens.

V.I - CONCLUSÃO

Sabemos que tanto o Tribunal Constitucional Alemão⁹⁸, bem como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*TEDH*)⁹⁹, entendem que o caso em questão está em plena similitude com o delito arrolado no §173, 2º, do Código Penal¹⁰⁰, com a Convenção Europeia

⁹⁴ NISCO, Attilio. *Op. cit.*, p. 51.

⁹⁵ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*. Revista Brasileira de ciências criminais, n.º80, 2009, p. 58

⁹⁶ NISCO, Attilio. *Op. cit.*, p. 16.

⁹⁷ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Op. cit.*, p.59

⁹⁸Beschluss vom 26. Februar 2008 - 2 BvR 392/07. Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.html>, Acesso em: 10/12/2015.

⁹⁹ As fundamentações alegadas no Recurso ao TEDH, estavam totalmente interligadas e fundamentadas com base no art.8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Além do mais, estaria Patrick a alegar que, as prerrogativas que ele pretendia exercer, estariam por ser impedidas. A ele estava sendo totalmente impossibilitado de cumprir os papéis que não iriam contra os pressupostos dispostos no referido art.8º, não podendo o recorrente exercer a educação de seus filhos, bem como de desempenhar a sua liberdade e autodeterminação sexual. Disponível em: <> Acesso em 07/12/2015.

¹⁰⁰ § 173 StGB (2): "Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das



de Direitos Humanos, assim como se encontra disposto na própria Constituição Alemã, conforme vimos no decorrer da nossa exposição¹⁰¹.

Após o reclamante manifestar seu descontentamento com os argumentos presentes na decisão, alegou também que as autoridades não consideraram em nenhum momento, que o vínculo existente entre ele e Susan não poderia ser considerado como uma relação que vai surgir em torno de um “conturbado convívio familiar”, afinal de contas, ele não havia tido a oportunidade de conviver com a irmã na infância, sendo estes um dos motivos pelo qual tentou justificar através do recurso ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH).

Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu não existir nenhum “consenso em torno da legalidade das relações incestuosas, visto que esta conduta é considerada criminalizada por parte de seus Estados membros”¹⁰². Deste modo, o recurso foi julgado como improcedente, tendo Patrick ingressado com um pedido de perdão direcionado ao Ministro Presidente da Saxônia e que veio a ser recusado em maio de 2008, restando assim, que cumprisse as penas que lhe foram atribuídas.

Com relação a legislação penal do Estado Português, vimos claramente que as relações incestuosas não foram consideradas criminalizadas, visto que, se a conduta entre estes adultos se dera de maneira consentida, e se através destas não se comprovasse qualquer tipo de violência ou outro meio que estivesse a perturbar um destes partícipes, não entendeu o legislador ser pertinente punir tais atos. Utilizar os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores mediante uma comparação da esfera jurídica portuguesa em face das previstas na Constituição Federal Alemã, bem como de seu código penal, nos serviu como exemplo de como as relações sexuais podem ser encaradas

Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen”. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StGB/173.html>>, Acesso em: 12/12/2015.

¹⁰¹ NISCO, Attilio. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁰² *Ibidem*.



mediante vários aspectos e perspectivas, sejam estes de cariz religiosos, ético-morais, sociais, e ou inclusive histórico-culturais.

Por fim, dentre os demais pontos observados, podemos afirmar que muitos dos elementos utilizados e apreciados pelo Tribunal acabaram por não se desvincularem de preceitos ético-morais, estes que estariam sendo plenamente encadeados aos arcaicos e ultrapassados princípios que de certa forma influenciaram no caso, e que por sua vez tiveram as fundamentações desviadas dos essenciais contextos jurídicos que, de fato, não foram colocados em primeiro plano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra editora, 2004.

ANTUNES, Maria João, *Comentário do artigo 172º (Abuso Sexual de Menores Dependentes)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.*

ANTUNES, Maria João, *Comentário do artigo 177º (Agravção)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.*

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir*. Revista Brasileira de ciências criminais, n.º80, 2009.



AREIA, Manuel Laranjeira Rodrigues de. *A proibição do incesto: determinação social ou motivação biológica?* Contribuições para o estudo da Antropologia Portuguesa, Instituto de Antropologia da Universidade de Coimbra. - Vol. X, fasc. nº 5, 1980.

AZEVEDO, Maria Amélia. Guerra, Viviane. *Leis sobre incesto O incesto varia de "legal a proibido" nas legislações de diversos países.* Recria projetos educacionais e culturais – Nuvem de estudos, 2010 – 2014, p. 5. Disponível em: <<http://www.recriaprojetos.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Leis-sobre-incesto.pdf>>, Acesso em: 10/12/2015.

BARROS, Marco Antonio de. *A redenção Do Filho Incestuoso.* Revista Justitia, São Paulo, 1988, p. 10. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/a3d9b2.pdf>>, Acesso em: 10/12/2015.

Código Penal Português I, dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Seccção I, Crimes contra a liberdade sexual. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>, Acesso em: 15/12/2015.

COELHO, Mário Marcelo. *Impedimento de Consanguinidade. Incesto: Quais são os riscos e o que a Igreja diz sobre isso?* Disponível em: <<http://formacao.cancaonova.com/igreja/catequese/incesto-quais-sao-os-riscos-e-o-que-a-igreja-diz-sobre-isso/>>, Acesso em: 17/12/2015

Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal Parte II da Legislação Moderna – *Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Recompiladas per Mandado Delrei D. Filippe o Primeiro.* Décima Edição, segundo a de Coimbra de 1824: Título CXVII.

CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.* Porto, 1995.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto.* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. °3, 2002, Coimbra Editora.



DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1: Artigos 131º a 201º. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário do artigo 163º (Coacção sexual)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário do artigo 164º (Violação)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário do artigo 165º (Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência)*, In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo Artigos 131º a 201º. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário do artigo 171º (Abuso sexual de crianças)* In: DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Tomo 1 Artigos 131º a 201º. 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FARIA, Natália. IBMC – Instituto de Biologia Molecular e Celular. *Jornal diário de notícias*, 2012, Portugal, p. 3. Disponível: <https://www.ibmc.up.pt/sites/default/files/20.05.2012_PUBLICO.pdf>, Acesso em: 13/12/2015.

Genetic Sexual Attraction – The Guardian, 2003. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/theguardian/2003/may/17/weekend7.weekend2>>, Acesso em: 13/12/2015.

GOLDSCHMIDT, Eliana Maria Rea. *Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista (1719-1822)*, São Paulo: Annablume, 1998.



GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do Bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º82, 2010.

HÉRITIER, Cyrulnik, et.al. *O incesto*. Trad. de António Marques, Cascais, Editorial Pergaminho, 1ª edição, 2001.

HIPP, Dietmar. *Love: German High Court Takes a Look at Incest*. In Spiegel Online International, 2008. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/germany/dangerous-love-german-high-court-takes-a-look-at-incest-a-540831.html>>, Acesso em: 07/12/2015.

IPUB- UFRJ. *Temas e Controvérsias em Psiquiatria*. Disponível em: <<http://www.ipub.ufrj.br/portal/ensino-e-pesquisa/ensino/residencia-medica/blog/item/226-atra%C3%A7%C3%A3o-sexual-gen%C3%A9tica-ii%C2%B9>>, Acesso em:13/12/2015.

KNUDSEN, HOLGER. *Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: A Decisão de 26.2.2008 NOS LIMITES ENTRE DIGNIDADE HUMANA E OS INTERESSES DA DOGMÁTICA JURÍDICA E DA SOCIEDADE*. In. Revista Mestrado em Direito, vol.9, n.º 1, ano:2009.

Max - Planck - Institut fur auslandisches und internationales Strafrecht. *Judgment of Germany's Federal Constitutional Court*. Disponível em: <<https://www.mpicc.de/en/home.cfm>>, Acesso em: 10/01/2016.

MOORE, Tristana. *Casal de irmãos quer mudar a lei alemã do incesto*. In BBC BRASIL. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/03/070307_incestoalemaobc.shtml>, Acesso em: 07/12/2015.

NEUMAN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Revista Brasileira de ciências criminais, 71, 2008.



NISCO, Attilio. *Controle das escolhas de incriminação e eclipse do bem jurídico: o caso do incesto no direito Alemão*. Revista de estudos criminais, ano XI, n.º51, 2013.

ORSI, Vivian. *Tabu e preconceito linguístico*. Revista Virtual de Estudos da Linguagem, v. 9, n. 17, 2011.

PONTES, Andréa Mello. *O Tabu do incesto e os olhares de Freud e Levi-Strauss*. Trilhas Revista do Centro de Ciências Humanas e Educação, Pará - Belém, v. 5, n.1.

REAY, Alexa Tsoulis. *What it's like to date your dad*. In Science of us. Disponível em: <<http://nymag.com/scienceofus/2015/01/what-its-like-to-date-your-dad.html#>>, Acesso em: 13/12/2015.

REICH, Wilhelm. *As origens da moral sexual*. Tradução de José F. Fernandes e Jorge Mendes. Lisboa, Dom Quixote, 1988.

ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º1, 2013.

SANDERSON, Christiane. *Abuso Sexual em Crianças – Fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia*. São Paulo, 2005.

TOMÁS, de Aquino Santo. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução: Francisco Benjamin de Souza Neto. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

The Genetic Sexual Attraction - Dedicated to Supporting People Affected by Genetic Sexual Attraction and Adoption Reunion Issues. "What is Genetic Sexual Attraction?: Genetic Sexual Attraction also known as GSA, is a phrase popularized by Barbara Gonyo in the 1980's . Gonyo Founded "Truth Seekers In Adoption. Disponível em: <<http://www.gsaforums.com/>>, Acesso em: 13/12/2015.

UNITED NATIONS - Meetings Coverage And Press Releases. Committee Experts Praise Portugal's Efforts to Promote Equality of Women. Discrimination against Women, Twenty-sixth Session. (2002) Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2002/WOM1309.doc.htm>>, Acesso em: 10/12/2015.

**LEIS**

PROJETO DE LEI N.º219 X – Altera o Código Penal eliminando a discriminação com base na orientação sexual existente no art.º175. Por meio de uma “Nota justificativa”. Disponível em:

<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624449784f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl219-X.doc&Inline=true>>, Acesso em: 17/12/2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Portugal, Acórdão n.º 247/05, de 10 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html>>, Acesso em: 20/12/2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Portugal, Acórdão n.º351/05, de 05 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/ebook/historico/volume_62.pdf>, Acesso em: 20/12/2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - Artigo 13.º, acerca do princípio da Igualdade. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> >, Acesso em: 17/12/2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - Artigo 26.º, Outros direitos pessoais. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> >, Acesso em: 17/12/2015.

DL n.º48/95, de 15/3, Código Penal de 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo =>, Acesso em: 15/12/2015.



DL n.º48/95, de 15/3, Código Penal de 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_mio=>>, Acesso em: 15/12/2015.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – IX Tribunal de Justiça. Artigo 93.º, 1, decisão do Tribunal Constitucional Federal. Disponível em: <https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_09/245142>, Acesso em 23/12/2015.

Beschluss vom 26. Februar 2008 - 2 BvR 392/07. Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20080226_2bvr039207.html>, Acesso em: 10/12/2015.

Beischlaf Zwischen Verwandten - § 173 StGB (2). Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StGB/173.html>>, Acesso em: 12/12/2015.

Artigo 398.º do Código Penal Português de 1886. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>>, Acesso em: 11/12/2015.

Artigo 1091, Parte I, dos sacramentos, do Livro IV- Do múnus santificador da igreja Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>, Acesso em: 17/12/2015.

Artigo.564.º do Código Italiano. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>, Acesso em: 17/12/2015.

Artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Direitos Fundamentais e da Dignidade da pessoa Humana. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 20/12/2015.

Artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, *al.* 3. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 20/12/2015.

Artigo 173.º do Código Penal Alemão: Conjunção Carnal entre parentes. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StGB/173.html>>, Acesso em 27/12/2015.



Artigo 6.º da Constituição Alemã: Matrimônio, a família e os filhos. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

Artigo 1.º, al.1) da Constituição Alemã: Dignidade da pessoa Humana, dos direitos humanos e da vinculação jurídica dos direitos fundamentais:

Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

Artigo. 2.º, n.º 1 da Constituição Alemã: Direitos da Igualdade. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.

Artigo. 3.º, da Constituição Alemã: da Igualdade perante a Lei. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, Acesso em: 03/01/2016.