

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Doutor em Direito

Livre-Docente em Direito Penal

*Professor Associado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

Presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel de Assuntos Penais e Criminológicos

CRIMES SEXUAIS

BASES CRÍTICAS PARA A REFORMA DO
DIREITO PENAL SEXUAL

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2008
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

dubitavelmente, deve-se ter cautela para não se mesclarem conceitos ou se estabelecerem novéis modos de interpretação. Aqui, repita-se, não se está a procurar novos conceitos de bem jurídico, mas, sim, evidenciar a sua aplicação no que toca à tutela do sexo em Direito Penal. Pretende-se, com isso, melhor focar as divisões científico-penais nessa área. Ao se estabelecer a separação do Direito e da moral, chegar-se-á, por derradeiro, à fundamentação discursiva. Como bem pondera Boix Reig, trata-se de uma análise evolutiva da moral à liberdade sexual.¹⁰

4.1. IDÉIAS TRADICIONAIS

A noção basilar, apontada por inúmeros autores clássicos, de que o Direito Penal não pode deixar de ter como lastro valores ético-sociais é o paradigma inicial das chamadas teses tradicionais. Na verdade, entendendo-se que tais valores sociais (que, em uma determinada fase de desenvolvimento cultural da sociedade, acabam por exigir uma proteção do Direito Penal), afirmando-se como reais valores que vivem, se agitam e se transformam com a "(...) maturação da situação histórica em que se acha um determinado povo (...)",¹¹ parece se defender o próprio referencial moral (ou de conteúdo moral) aplicado à seara penalística.

Problema de origens históricas remotas já era percebido desde a Antigüidade. Em Roma, três grandes grupos do que hoje poderia se ter por bens jurídicos podiam ser encontrados na esfera sexual: um atinente à liberdade sexual, encontrado, *v.g.*, nos casos de violação, tido como verdadeira *iniuriæ atroces*; o outro concernente à moralidade sexual ou ao conceito da sociedade sobre os limites das relações sexuais entre os seres humanos, como nos casos de estupro ou fornicação (aqui se reprimiam os casos de bestialismo ou sodomia, sendo vistos este e aquele como *pecado nefando*); e, por último, a categoria protetiva da ordem fa-

bem coloca, aliás, Díez Ripollés: "(...) aun aceptando la arbitrariedad de toda clasificación excesivamente simples, he dividido las posturas de los diferentes autores en dos grandes grupos, a los que he llamado 'tradicional' y 'moderno' con el deseo de que se asigne a ambas denominaciones la menor carga peyorativa posible.". DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 12.

10 Cuida-se, em especial, dos conceitos inerentemente relativos à própria concepção de Estado. Assim, enquanto um Estado autocrático acaba por aceitar a confusão entre Direito e Moral, um Estado de Direito configura-se, especificamente, como possuidor de um Direito protetor de liberdades. BOIX REIG, Javier. De la protección de la moral... cit., p. 11.

11 BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale...* cit., p. 94.

miliar, onde se encontrariam condutas como a bigamia e o adultério.¹² Reduzidos na modernidade, os bens jurídicos acabaram por se cindir, restando, à esfera sexual, muito mais um verniz subjetivo do que outra coisa qualquer. Fala-se em pudor, moral, honestidade e costumes, culminando no que se poderia ter por liberdade sexual.¹³

Na concepção de Vannini, o pudor aqui defendido não visava à proteção da moral de uma única pessoa (como ocorre na tutela da honra ou da incolumidade física), mas sim pretenderia o interesse da generalidade social ou, mesmo, que seria exigência da civilização, pres-
Trata-se, de certa forma, do apregoado inicialmente por Jhering, quanto à danosidade social de um dado fato, ou por Binding, com relação à questão sob um prisma positivista normativista, o qual haveria de determinar a proteção de um interesse através do pontuado legal.¹⁴ Exemplos embaixadores dessa tese podem ser vistos em muitos outros autores a ele contemporâneos, como Grispigni, ao mencionar que se teria como criminosa a conduta quando perceptível a ofensa ao direito subjetivo, público ou privado, de uma conduta vetada penalmente;¹⁶ ou como Bettiol, que tem para si que o Direito Penal, jungido a valores de uma determinada época, acaba por neles encontrar a sua razão última de ser.¹⁷ Aqui se defende ferrenhamente a moral sexual

12 BEGUÉ LEZAÚM, J.J. *Op. cit.*, pp. 11 e ss.

13 Sabadell, nesse sentido, coloca que a doutrina tradicional, fundada em uma concepção patriarcal, entendia que a função legítima da sexualidade é a procriação, devendo-se, assim, seguir a moral imposta pela estrutura familiar. Em última instância, isso significaria que as várias formas de violência sexual acabavam sendo vistas como ofensas a interesses superiores, tais como: ordem familiar, bons costumes ou pudor, e não como uma ofensa a uma pessoa. SABADELL, Ana Lúcia. Dalla 'dona onesta'... *cit.*, 171 e ss. Em verdade, o ganho de importância da esfera privada só se dá com o repensar do Direito Penal sexual, fundamentalmente após o Projeto Alternativo alemão.

14 VANNINI, Ottorino. *Op. cit.*, p. 639.

15 Assim é que sua concepção material do delito como verdadeira lesão a direito subjetivo "(...) decorre da teoria contratualista aplicada ao âmbito penal. Esse posicionamento - resultado da ideologia liberal-individualista dominante - apresenta-se como conteúdo sistemático funcional - conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente - proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como o instrumento mais eficaz para garantir a liberdade." PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico...* *cit.*, pp. 29 e ss.

16 GRISPIGNI, Filippo. *Op. cit.*, p. 283.

17 Assim, para o professor de Pádova, "(...) il valore o bene giuridico è nozione finalistica, teleologica, ed è perciò che noi, pur tenendoci fermi alla nozione stessa, preferiamo accogliere una concezione metodologica dello stesso, quale sinonimo di scopo cui il legislatore tende con la posizione della norma." BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale...* *cit.*, p. 156.

como sendo o verdadeiro elemento de sustentação e defesa do correto e ilibado.¹⁸ Com isso, evitar-se-ia uma eventual desordem social¹⁹ ou um desregramento dos costumes, que poderia pôr em risco os mais profundos e arraigados sentimentos quanto ao sexo na sociedade. Ainda assim, sustenta-se não estar estipulando um controle do instinto sexual, mas somente da esfera moral sexual.²⁰

Penalistas outros chegaram a mencionar ser o bem jurídico a honra sexual, que poderia ser entendida, de modo amplo, como a:

“(...) opinião que a generalidade da população professa acerca dos requisitos que qualificam uma pessoa como moralmente incensurável, sob o aspecto sexual.”²¹

Bem-posto por estudiosos como Binding, essa “honra sexual” (*Geschlechtsehre*) haveria de ter como fundamentos essenciais três aspectos básicos, a saber: a regulamentação da vida sexual dentro de limites do Direito e do costume; a missão de impedir sua utilização como instrumento da luxúria alheia e de se evitar, com ela, a excitação, o desenvolvimento e a satisfação dos impulsos sexuais que venham a ofender a honra sexual alheia.²²

Fala-se também – principalmente aqueles vinculados ao pensamento reinante até o projeto alemão oficial de 1962 – que não se poderia admitir que condutas que a consciência moral geral considerava reprováveis venham a ser ignoradas pelo Direito Penal, vez que isso implicaria em uma decadência dos preceitos morais. Apesar disso parecer, em certa medida, evidente aos olhos do século XXI, não o

18 Esse conceito é também dado por Chrysolito de Gusmão, para quem “(...) a moral sexual é a base, o *abstractum* de todo o edifício da moral, ou, antes, é a sua viga-mestra; ela se dilui indiretamente, mediata ou imediatamente, em forma inicialmente propulsora ou reflexa, todos os mais campos da moral social.” GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes...* cit., p. 73; RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. *Op. cit.*, p. 145.

19 VENDITTI, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 14; JÄGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 292.

20 RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. *Op. cit.*, p. 145.

21 SILVEIRA, Octávio Leitão da. *Op. cit.*, p. 107.

22 BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 1*. Scientia Verlag Aalen, 1969. p. 194. A idéia esposada de *Geschlechtsehre*, por meio da qual se intentava a regulamentação da vida sexual dentro de premissas do direito e do costume, o impedimento de seu uso a favor da luxúria alheia e, também, evitar a excitação, o desenvolvimento e a satisfação dos impulsos sexuais, os quais possam ofender a honra sexual de outrem, é bastante seguida nos tempos que se seguiram ao manual de 1902, chegando, mesmo, aos inícios dos anos 2000. A mesma consideração pode ser encontrada em NATSCHERADETZ, Karl. *Op. cit.*, p. 121.

era até a chegada do Projeto Alternativo. Semelhante tese, em verdade, parece conflitar com o preceito de que o povo não deve ter na lei penal seu código moral nem no juiz criminal, sua instância moral, já que isso implicaria em um seu empobrecimento espiritual.²³ Contudo, com a nítida perda do sentido semântico inicial no que toca à tal “honra sexual”, como já mencionaram Jäger e Natscheradetz (a partir do momento em que a violação de uma mulher, independentemente de sua reputação, é punível), mais lógica haveria em sustentar semelhante proteção.²⁴

De outro modo, von Liszt, para quem o bem jurídico haveria de ser tido como todo o interesse penalmente protegido,²⁵ em momento ainda anterior, sustenta que a moralidade sexual, vale dizer, “(...) a observância dos limites traçados pelo costume de cada época ao comércio sexual, não é bem jurídico, não é interesse da coletividade juridicamente protegido.” O que verdadeiramente se protege, segundo seu entendimento, é bifronte: a liberdade sexual e o sentimento moral.²⁶ É aliás essa concepção que, passada a fórmula primeira da moral, permeia boa parte da doutrina clássica. Welzel, apesar de considerar que o objeto maior de proteção reside na ordem sexual vigente, entendia a presença de bens outros, como a liberdade sexual, a imaturidade sexual e o sentimento público de pudor.

Ao criticar severamente a colocação da liberdade sexual como objeto jurídico dos crimes sexuais, Maggiore, por seu turno, pondera que se deve esperar algo diverso do conceito de liberdade, não devendo ampliá-lo, aqui, à questão sexual. Dessa forma, afirma a dificuldade de se falar sobre liberdade em campo ligado à moralidade pública, já que se poderia falar de proteção à castidade ou continência, mas nunca quanto a um direito à livre disposição de “órgãos obscenos”, já que isso implicaria no mesmo direito que têm os cães.²⁷ Prefere, por-

23 DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 18 e ss.

24 Por ambos, NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *Op. cit.*, p. 121, nota 101.

25 Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I... cit., p. 94.

26 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I... cit., pp. 111 e ss.

27 MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 51.

tanto, um título protetivo relativo ao pudor ou à pudícia individual, como já se consagrara, *v.g.*, com Carrara²⁸ ou Pessina.²⁹

A ponderação sobre a liberdade guardava, até os anos 60, questionável grau de segurança. De se dizer, ou questionar, *v.g.*, qual a liberdade de uma mulher casada quanto ao legalmente definido dever conjugal. Se hoje essa questão parece clara, não o era em momento no qual se entendia como obrigação absoluta a prestação do débito trazido pelo casamento. Não surgiam aí dúvidas, mas afirmações no sentido de que a mulher casada não poderia ser vítima de estupro por seu marido. Na literatura clássica nacional, até os anos 50 e 60, isso era veementemente colocado, entre outros, por autores como Hungria³⁰ e Magalhães Noronha.³¹ Essa situação modificou-se significativamente com o chamado Estatuto da Mulher Casada, nos anos 60, por onde esta ganhou graus de independência, culminando com a Constituição Federal de

28 Carrara, nesse sentido, estabelece nítida relação entre moral e moralidade e continência e pudor. CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Traducción de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1947. vol. VI, pp. 11 e ss. Em visão crítica, principalmente no que diz respeito a unidade ou pluralidade da questão da liberdade sexual, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Op. cit.*, pp. 113 e ss.

29 "Questo diritto, in quanto appartiene a tutti gli individui umani, appartiene pure alla società umana in generale, e piglia nome di pudore pubblico o pubblico costume." PESSINA, Enrico. *Op. cit.*, p. 347.

30 "Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constringe a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente (cân. 1.013, §1º): '*Matrimonii finis primarius est procreatio atque proles; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiæ.*' O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (art. 19, nº III)." HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. VIII... cit., pp. 125 e ss.

31 Magalhães Noronha encontrava algumas limitações para esse exercício de direito conjugal pelo marido. Em 1961, afirmava ele: "(...) as relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, a qual ela não pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode se furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja o mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido." NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. vol. 3, p. 130. Essa mesma assertiva foi transplantada a edições posteriores e atualizadas nos anos 80. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 3... cit., pp. 105 e ss. Exemplos outros podem também ser mencionados, como Cigna, o qual, no início do século passado, traçou importantes linhas a respeito do sexo dentro no matrimônio e suas repercussões penais: CIGNA, Domenico. *Reati di sesso nel matrimonio*. Torino: Bocca, 1912. pp. 115 e ss.

1988, onde foi consagrada, no art. 226, §5º, a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher.³² A dúvida sobre a assertiva do bem jurídico ser a simples liberdade sexual pode, no entanto, ser questionada. Observem-se, *v.g.*, situações em que se dê uma agressão sexual em pessoa afetada em sua capacidade intelectual, mediante a ingestão de drogas. Um agente dopado, inconsciente, não vê afetada sua liberdade, mas sim sua possibilidade de autodeterminação. Por princípio, de liberdade ele não dispõe. Agredido é sim em suas possibilidades de escolha, ou seja, de se autodeterminar.³³

Verdade é que, nos anos 90, tinha-se por bom progresso a consagração da liberdade sexual como bem jurídico a ser protegido na esfera sexual. Orts Berenger, *v.g.*, na Espanha pós-franquista, entendia que, com esse ganho, tinha-se o mérito de se haver prescindido de toda a

32 É de se constatar, em tal aspecto, a realidade alemã. O antigo §177 do *StGB* mencionava que o estupro deveria se dar em relações extra maritais, o que foi modificado na Reforma de 1997. Cf., sobre a situação atual nos casos de estupros maritais, onde nenhuma distinção é feita entre tais casos e de estupros entre outras pessoas. HÖRNLE, Tatjana. *Penal law... cit.*, pp. 657 e ss. Ainda assim, é de se ter que autores do porte de Schünemann, em momento imediatamente anterior à citada reforma, entendiam que o estupro marital deveria ser visto como menos agressivo do que entre pessoas não-casadas. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Mißachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht.* Berlim: R.v.Decker, 1996. pp. 310 e ss. Isso se refletia, também, no pensamento primevo de Binding, segundo o qual a proteção relativa ao estupro se dava em relações de pessoas não casadas e com a premissa de *femina honesta*. BINDING, Karl. *Lehrbuch... cit.*, p. 195.

33 Autores clássicos colocavam muita proximidade entre a idéia de autodeterminação e de liberdade. Antolisei, *v.g.*, menciona a noção de liberdade sexual como a liberdade de disposição do próprio corpo para fins sexuais. ANTOLISEI, Francesco. *Op. cit.*, p. 368. Da mesma forma, Contieri, ao mencionar que "(...) si tratta di delitti contro la libertà individuale, la cui determinazione e classificazione sono effettuate a parte, fuori del capo terzo del titolo dodicesimo del codice penale, a motivo della particolarità della sfera sessuale, entro la quale opera l'uso del proprio corpo da parte della persona di cui viene tutelata la volontà." CONTIERI, Enrico. *La congiunzione carnale violenta.* Milano: Giuffè, 1959. p. 15. Também Martínez assim o afirma, após uma ampla gama de citações de autores vários, contrariando a então preponderante noção de proteção ao pudor. MARTÍNEZ Z., Lisandro. *Op. cit.*, pp. 100 e ss. Entretanto, parece claro que é necessária uma separação entre os conceitos, pregando-se, assim, por melhor definição dos mesmos, justificando-se a posterior idéia de proteção de liberdade de autodeterminação sexual. Interessante também a observação de Vera Lúcia Raposo, quando assevera que "(...) a relação entre moralidade e liberdade preceituada por cada ordenamento jurídico pode antever-se dissecando o respectivo sistema de crimes sexuais. Um ordenamento conservador e moralista não abdicará da imposição de um certo tipo de relação sexual: relação heterossexual, entre pessoas casadas, consubstanciada na cópula. Paradoxalmente, poderá revelar-se liberal em questões como a não incriminação de certas ofensas sexuais (nomeadamente violações dentro do matrimônio) ou desculpabilizando o marido que assassina a esposa adúltera. Já um ordenamento mais liberalizante não hesitará em consentir relações entre pessoas não casadas, relações homossexuais ou materializadas em distintos modos de penetração." RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade... cit.*, p. 933.

carga moralizante característica destes delitos, podendo, assim, melhor identificar o escopo último da norma.³⁴ É bem certo que a compreensão histórico-geográfica justifica essa predisposição, sendo que a própria noção de liberdade é objeto de previsão constitucional espanhola.³⁵ Na Itália, cujas reformas do disposto no Código Rocco, inspirador que foi da lei nacional, se deram a partir de 1996, estabeleceu-se, como objeto de proteção, a liberdade sexual em casos de violência carnal. Crime contra a pessoa sim, mas sob nítida égide da liberdade sexual.³⁶

Mesmo com o alerta promovido por Maggiore, no Brasil, o tradicional entendimento sobre bem jurídico – em especial com relação a delitos como o estupro (art. 213 do Código Penal) e o atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) – tem escudado e dado lastro à doutrina do Código de 1940. Nesse particular, observe-se que a sanção se postava diferentemente em ambos os casos. Ao estupro, dava-se maior reprovação (de três a oito anos) do que ao atentado (de dois a sete anos). Nitidamente, o acesso vaginal à mulher merecia maior grau de proteção do que qualquer outro. Somente após a Lei n° 8.072, de 25.07.90, é que se igualou a pena cominada, agora de seis a 10 anos.³⁷ Entre outros, Hungria afirma que deve ser dado apoio jurídico-penal à moral sexual em situações que acabem por fugir à normalidade do intercurso dos sexos, visto aqui como o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-sexual ou a moral pública sob o ponto de vista sexual.³⁸ Magalhães Noronha, por sua vez, fala do pudor, da maturidade sexual e da liberdade sexual.³⁹ Em tempos mais recentes, outra não foi a interpretação, podendo ser mencionado Paulo José da Costa Jr., para quem protegem-se o pudor, os costumes e a liberdade sexual,⁴⁰ ou Regis Pra-

34 ORTS BERENQUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 22.

35 Constituição espanhola, artículo 17. 1. "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en ley."

36 ROMANO, Bartolomeo. *Delitti contro la sfera sessuale...* cit., pp. 22 e ss.

37 Dissertando sobre a necessária avaliação diferencial entre uma conduta e outra, principalmente em relação ao princípio da proporcionalidade e ao amplo espectro do atentado violento ao pudor: CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, pp. 36 e ss.

38 HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. VIII, p. 88.

39 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. vol. 3, pp. 94 e ss.

40 COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 3, pp. 98 e ss.

do⁴¹ e Bitencourt,⁴² comentando sobre a liberdade sexual. Há autores ainda que, mesmo sustentando a idéia de liberdade sexual, já criticavam as considerações quanto à moral pública.⁴³ Isso só veio a ter o devido posicionamento e amparo, com colocações outras, dentro do que se pode chamar de idéias contemporâneas sobre o Direito Penal sexual. As idéias tradicionais, portanto, sustentam, de forma geral, a vinculação do crime sexual em vertente de moral ou de bons costumes ainda hoje, mesmo após a Reforma de 2005, no Brasil, presentes na lei codificada.

4.2. IDÉIAS CONTEMPORÂNEAS

Toda a idéia anteposta quanto à implicação dos conteúdos morais a serem tidos no Direito Penal sexual, bem como a necessidade de uma repressão penal para a manutenção da pudícia entre os homens, resvalando nas próprias noções e considerações sobre o pecado, tiveram, até os anos 60 do século passado, enorme grau de poder e influência. Energicamente, bradava-se, como se viu, por um balizamento adequado, por parte da lei criminal, das condutas que pudessem, de qualquer forma e em especial no ligado ao sexo, ofender as bases sociais.

Foi motivo de grandes indagações como deveria o Direito Penal se comportar frente a mudanças dos costumes. Em outro tempo, Polaino Navarrate afirmou que, de acordo com um Ordenamento jurídico democrático e livre, a cominação penal deve dizer respeito unicamente a representações nas quais exista, na sociedade, um consenso geral acerca do que punir. Em uma sociedade pluralista, de cunho democrático, isso ganha matizes diversos. Só há de ser levado ao Direito Penal o que,

41 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. vol. 3, p. 195.

42 BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p. 2.

43 Desde os anos 60, Heleno Cláudio Fragoso já se postava dessa forma, atestando que "(...) as disposições de nosso CP nesta matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. O critério que hoje determina a incriminação de tais fatos é o de efetivo dano social, sendo inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais pelos que têm o poder de fazer as leis. Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por novos valores." FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 1. No mesmo sentido, ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. pp. 12 e ss. De modo amplo: SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais. Reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005*. Leme: Mizuno, 2006. pp. 50 e ss.

em sua globalidade, venha a agredir a totalidade dessa sociedade, nada mais.⁴⁴ Obrigatório deve ser o afastamento da moral dessa rama do Direito.⁴⁵ Mesmo assim, há aqueles que defendem que esse Direito deve ter por pressuposto as realidades sociais, assumindo uma função propulsora e educadora. É de se ver que diversos membros do grupo social não têm a pretensão de aceitar dogmas de alguns.⁴⁶

Em momento anterior às reformas havidas e levadas pelo Projeto Alternativo alemão, Roxin, em seu trabalho de habilitação sobre a autoria e o domínio do fato, de 1962, já atestava que, na maioria dos casos, quando se mencionam “crimes contra os costumes”, não se está diante de um intento do legislador de elevar a moral sexual, mas apenas de se preservarem vítimas inocentes ante agressões concretas de delinqüentes. Desse modo, já afirmava que seriam três níveis de bens jurídicos a serem protegidos, quais sejam:

- A integridade corporal e a liberdade de decisão na esfera sexual.
- A inexperiência e a falta de capacidade de resistência em jovens, enfermos e pessoas em relação de dependência, como hipossuficientes.
- A moralidade e decência pública.⁴⁷

Anos depois, quando membro da elaboração do Projeto Alternativo, Roxin amplia suas restrições à idéia da proteção moral.⁴⁸ Hoje em

44 Díez Ripollés, nesse sentido, manifesta-se confirmando que “(...) no hay duda que la sociedad pluralista se debe mantener firme en la defensa de sus principios básicos, y debe de reprimir sin contemplaciones su violación. Pero en la propia estructura de la sociedad pluralista, en su extremado celo por limitarse a lo verdaderamente básico, con el amplio campo libre que ello supone para los ciudadanos, está insita la posibilidad de que en ámbitos no considerados esenciales se vayan elaborando y desarrollando alternativas y opciones que, ciertamente, no inciden originalmente sobre el núcleo sustentador de la sociedad, pero que si se van propagando hacia un amplio número de ámbitos vitales tampoco considerados primordiales, pueden terminar consolidándose y ofreciendo una alternativa, ahora ya global y afectando a los principios esenciales, a la vigente sociedad pluralista.” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., p. 96.

45 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción...* cit., p. 39.

46 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 29 e ss.

47 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998. pp. 452 e ss.

48 Em suas próprias palavras, “(...) não é por mero acaso que, no PA, a exposição de motivos sobre os crimes sexuais começa com esta frase: ‘no que respeita à sua tendência para entender o direito penal como o último recurso da política criminal, o PA limita os tipos

dia, em que pesem alterações substanciais no que tange ao conceito de bem jurídico, a limitação da moral é pragmática.

A construção necessita, pois, de novos anteparos, sobretudo os atilistas, ou melhor, como, em uma representação plural de sociedade, podem ser aceitos espectros morais a conduzir incriminações penais. Rudolphi recorda, nesse passo, que, depois da Segunda Grande Guerra, as dúvidas quanto ao conceito do bem jurídico reaparecem basicamente em torno dos seus conteúdos de desenvolvimento histórico. Destarte, lastreiam-se as críticas ao Direito Penal sexual, no qual, em muitas de suas prescrições, não se percebem bens jurídicos determinados.⁴⁹ Se é verdade que a moral ou os conteúdos morais não podem se mostrar como bem jurídico aferível, também o é que não podem ser eles objeto de proteção penal, já que o conceito de bem jurídico se posta como um limite intransponível ao legislador e que não é aceitável que um Direito Penal não tutele bens, mas somente normas éticas e morais.⁵⁰ Isso se justifica em regimes teocráticos ou ligados à Igreja, sempre com viés marcadamente de força, não em regimes democráticos. Em Espanha, isto aconteceu de forma emblemática. Após o golpe de Estado de 1923, quando se enrijeceu o sistema penal, deu-se, no início de 1931, a instauração da Segunda República. Notadamente, sentiram-se os ares da liberdade vertidos em garantias maiores, como a igualdade entre os sexos e o fim de condutas criminosas, como o adultério. A partir da guerra civil e da vitória de Franco, reverteu-se a situação, incorporando ao

puníveis no capítulo 2º do P 1962 até o ponto de poder renunciar a reuni-los sob a denominação jurídica e penalmente neutra de 'crimes contra a ordem moral'." ROXIN, Claus. Franz von Liszt... cit., pp. 58 e ss. Note-se, a título ilustrativo, que, a partir da 4ª edição de seu *Strafrecht*, Roxin reformula ainda mais sua concepção, afirmando que, em certas criminalizações, não se verifica plenamente a existência de um bem jurídico a ser tutelado. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht...* cit., pp. 29 e ss. HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: El concepto de bien jurídico. Traducción por Gonzalo Medina Schulz. In: HEFENDELH, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 460.

- 49 RUDOLPHI, Hans-Joachim. Diferentes aspectos del concepto del bien jurídico. Traducción de Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal*, año 4, n°s 5 e 8, 1975. p. 335.
- 50 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción...* cit., p. 40. Semelhante crítica já foi aposta quando do lusitano Código Penal de 1982, em que se inseriu a sistemática da criminalidade sexual nos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade, situação só corrigida quando das reformas de 1995. RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade...* cit., pp. 937 e ss.

catálogo de delitos de proteção penal os valores próprios da concepção mais reacionária da ética católica.⁵¹

Nesse particular, Roxin vai mais longe, afirmando que, não obstante ser difícil de precisar o conceito de bem jurídico, é certo que não se podem considerar simples conceitos morais dominantes como sendo um bem jurídico, ainda que coletivo. A vagueza de sua determinação jamais poderia estabelecer as devidas fronteiras a uma punibilidade. Dessa maneira, não se justificaria a punição do homossexualismo por mera quebra da estrutura heterossexual das relações sexuais, como se via na Alemanha ou na Espanha até os anos 60-70.⁵² Isso se evidencia sob vários prismas. Além de uma não-funcionalidade da sanção a tratar de aspectos morais, já que nenhuma função teria a pena a tratar de aspectos moralistas, político-criminalmente intrometer-se no comportamento íntimo do homem por meio de ameaças de prisão não é somente sem sentido, como também socialmente muito nocivo, fator social de estorvo de primeira linha.⁵³ Forma-se, assim, o próprio conceito político-criminal do bem jurídico, o qual referendou as grandes reformas iniciais do Direito Penal sexual.⁵⁴

Apesar disso, com muitas das críticas presentes na própria doutrina alemã quanto à correção de estipulação da autodeterminação sexual em bem jurídico tutelável – uma vez que, com a heterogeneidade de circunstâncias, é de constatar possibilidades e condutas que não atentatórias à simples questão pessoal do agente –, identificada tem sido, como mais adequada, a posição deste bem como sendo a da conhecida liberdade sexual. De se ver, *v.g.*, que, apesar de sempre se ter por tutelada a liberdade sexual, esta se mostra de forma multifária, sendo duvidosa sua abrangência individual ou coletiva.

O estupro e o atentado violento ao pudor, sem dúvida, atentam contra uma liberdade individual. Outros tipos penais sexuais seriam dirigidos a uma proteção da coletividade como um todo, como o caso da pornogra-

51 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Op. cit.*, pp. 148 e ss.

52 ROXIN, Claus. *Strafrecht...* cit., pp. 14 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 54.

53 ROXIN, Claus. *Sittlichkeit...* cit., pp. 160 e ss.

54 GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma breve introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCrim* 49/96.

fia.⁵⁵ A autodeterminação, contudo, em sentido amplo do exercício da liberdade, deve fincar-se no referencial individual, sob a pena de, coletivamente, perder-se o lastro central da constelação de proteção concreta. À idéia ressurgida, algumas constatações tornam-se necessárias.

Em uma sociedade plural e multifária como a atual, parece que a proteção e a defesa da dignidade da pessoa humana são a meta última a ser alcançada. Essa percepção de *dignitas-hominis* não é de fácil constatação. Ao longo da história, a dignidade humana foi ofendida em muitos aspectos, postando-se, no entanto, como limite e fundamento político.⁵⁶ Os valores por ela representados, como ápice ético da personalidade ou denominador comum aos homens e mulheres, são interpretados de maneira tão diversa quanto possível. Dela se diz como princípio, como valor, como qualidade inerente ao ser humano, como decorrente dos traços peculiares do homem, como fundamento de autodeterminação, liberdade, razoabilidade ou felicidade, como valor transformista, camaleônico, no sentido de:

“(...) preencher todos os direitos fundamentais, servindo para justificar a necessidade de um ‘alojamento decente’ ou de uma escolha sexual livre, por exemplo.”⁵⁷

Os valores múltiplos acabam incorrendo em real desacordo sobre seu conteúdo tanto sob prisma de insulto, quanto da própria ética.⁵⁸ Isso justifica, pontualmente, o necessário tratamento igualitário en-

-
- 55 Em detalhes: SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG...* cit., pp. 868 e ss.
- 56 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225. De se ver, assim, que a Constituição brasileira garante, em seu art. 1º, III, que “(...) a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana.” Em um mesmo passo, de forma mais ampla, a própria Constituição Européia faz menção à dignidade da pessoa humana, sustentando, em seu art. 10.1., que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem pública e da paz social.
- 57 MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação)*. Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. p. 122.
- 58 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* vol. 97, pp. 108 e ss. Cf., para uma percepção geral da noção de dignidade da pessoa humana na história do pensamento humano, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003. pp. 21 e ss.

tre condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, já que ambas podem, igualmente, agredir a dignidade da vítima.⁵⁹

Chaves Camargo entende que toda pessoa, pela sua condição natural de ser, acaba, com sua inteligência e exercício de liberdade, se destacando na natureza e se diferenciando dos seres irracionais. Expressam os homens verdadeiramente um valor, elevando todo e qualquer ser humano à categoria própria e merecedora de respeito próprio, indistinto de preconceitos.⁶⁰ Apesar disso, o grau a ser definido no exercício de tal liberdade e valor é de muito difícil constatação prática.

Na Alemanha o problema também se mostra bastante presente, ainda mais em se considerando que expressamente se encontram figuras aparentemente antepostas, como as de que a dignidade humana é intocável, sendo, conforme a Lei Fundamental, obrigação do poder do Estado respeitá-la e protegê-la (§1º, 1, *Grundgesetz* – GG), e a noção de que a lei deve respeitar a lei moral (§2º, 1, GG). Ora, percebe-se que a dignidade humana não é unicamente fundamento legal do Estado, senão seu fundamento ético. Nesse sentido, deve-se ter como protegida a idéia de que a orientação moral não é dada em termos individuais, mas em termos de espécie. Protege-se a dignidade da humanidade como um todo, o que seria, de fato, a única moral ainda de importância ao Direito Penal.⁶¹ A ponderação de Hörnle é bem interessante para a tentativa de delimitação do conceito de bem jurídico protegido no que se entende por crimes

59 Observe-se que a mencionada Reforma da legislação alemã de 1997, ao unificar o §177 e o §178 do *StGB*, vale dizer, as figuras do estupro e da coação sexual, acabou por aceitar o já visto, de que não importa o como se agride, mas sim a agressão. Situações de introdução anal ou oral, bem como introdução de outros objetos ou simples ejaculação na vítima, v.g., pode se mostrar tão ofensivo como a conjunção carnal. HÖRNLE, Tatjana. *Penal law... cit.*, pp. 656 e ss.; LAUBENTHAL, Klaus. *Op. cit.*, pp. 66 e ss. O mesmo foi percebido na Reforma italiana, levando Marino a afirmar que "(...) il Codice Rocco aveva incentrato la definizione di violenza sessuale distinguendo le due ipotesi della violenza carnale e degli atti di libidine violenta. Oggi le due ipotesi sono unificate nella unica fattispecie criminosa che accorpa sia la congiunzione carnale, sia l'ipotesi di atti di libidine. Naturalmente la violenza carnale era punita più gravemente degli atti di libidine violenta, perchè il coito può far perdere la verginotà o dar luogo a gravidanza, e quindi è fonte di maggior disonore." MARINO, S. Beltrani R. *Op. cit.*, p. 13. Entretanto a abrangência do conceito de atentado violento ao pudor, como se mostra na lei nacional, é, como visto, por demais aberto, podendo levar a incongruências e imputações absurdas.

60 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 27.

61 HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten... cit.*, pp. 62 e ss. Cf. também, ROXIN, Claus. *Strafrecht... cit.*, pp. 569 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal... cit.*, pp. 532 e ss.

sexuais. Para a autora de Munique, o problema germânico agiganta-se devido à previsão constitucional do que chama de tríade de limitações contidas no §2º, 1, da lei Fundamental, relativos ao direito alheio, à ordem constitucional e aos bons costumes. Um alicerçando o outro, acaba por formar um sistema de referências interligadas, fechando o conceito de dignidade.⁶² Ainda assim, o problema está longe de solução.

A própria jurisprudência tem absoluta dificuldade de identificar as linhas delimitadoras do conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que se encontre, também no Brasil, expressa disposição constitucional a esse respeito, com se vê no art. 1º, III da Carta Maior:

“(...) a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamento” entre outros, “a dignidade da pessoa humana”.

Judith Martins-Costa, discorrendo sobre o assunto, aponta variadas interpretações dadas em tribunais nacionais para dizer sobre a dignidade, podendo até chegar ao direito de sepultamento, enriquecimento sem causa, impenhorabilidade de bens, direitos à personalidade ou efeitos jurídicos patrimoniais de união homossexual.⁶³ No que concerne ao Direito Penal sexual, a dignidade da pessoa humana deveria se caracterizar pela necessidade de autodeterminação de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual. Habermas, ao realizar o diferencial das normas jurídicas e morais, conclui, em espectro de coletividade, que a autonomia moral dos sujeitos singulares deve ter lastro na autonomia política, na vontade de todos ou em termos conglobantes. Mas a sobreposição de autonomies, vistas como autodeterminação, há de ser tida como o limite dos direitos jurídicos e como inegável prisma dos direitos

62 HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten...* cit., pp. 49 e ss. Em detalhes, a interpretação quanto ao livre desenvolvimento da personalidade tido em SCHWABE, Jürgen (col.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. pp. 187 e ss.

63 Na realidade, os tribunais dão uma caracterização que abarca a dignidade em todas as formas e espécies. As dificuldades no uso desta expressão, relata Martins-Costa, “(...) não decorrem apenas do amor desmesurado aos modismos, da irreflexão sistemática que parece contagiar a contemporânea sociedade.” Mais do que isso, é que a “(...) expressão pode atuar, concomitantemente, como fundamento, como norma e como postulado.” MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, pp. 123 e ss.

humanos.⁶⁴ Em outras palavras, é neste contexto de autodeterminação, base maior da dignidade da pessoa humana, que se deve encontrar a fronteira última do Direito Penal sexual.

O próprio Natscheradetz com isso anui.⁶⁵ E com tal aceitação pondera, ainda em sentido mais profundo, sobre os limites de interpretação da liberdade ou da autodeterminação sexual. Conclui que dois poderiam ser os entendimentos de tal órbita de liberdade. O primeiro, em sentido positivo ou dinâmico, tem como liberdade sexual "...a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais". Em outro sentido e acepção, ter-se-ia o contorno estático ou passivo da liberdade sexual, sendo esta o "(...) aspecto defensivo de tal liberdade, no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais".⁶⁶

O autor lusitano coloca, em mesma linha, duas estruturas diversas: a liberdade e a autodeterminação sexual. Ambas não se equivalem, apesar de se encontrarem em esferas concêntricas de atuação. A liberdade sexual, indubitavelmente, tem sua importância destacada, sendo que hoje, em dias em que, ao menos em termos normativos, se extinguem ou se restringem as diferenças sempre sentidas quanto às distinções relativas ao gênero, ela deve ser vista de forma diversa do que já se deu no passado. Se as mulheres têm inegável direito de preservação de sua liberdade sexual, nem todas as situações que envolvam tal liberdade merecem dignidade penal. Algumas, em que há mera importunação, não parecem apresentar necessidade de proteção penal, já que esta deve ser reservada à *ultima ratio*. O que realmente deve ser garantido e protegido pelo Direito Penal é a idéia de autodeterminação sexual, já que esta, por óbvio, se reflete em condições de condutas proativas. Essa mudança de referencial só pode ser entendida se observadas as particularidades dos princípios do Direito Penal sexual.⁶⁷

64 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade de validade I*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. pp. 139 e ss.

65 Conforme o citado monografista, fazendo-se alusão à Constituição portuguesa, "(...) a liberdade sexual possui dignidade constitucional – é um direito fundamental da pessoa humana – e a sua convivência social, abarcando os diversos domínios em que a liberdade sexual se manifesta, entre os quais a esfera sexual, de que me ocupo, possui particular relevância." NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *Op. cit.*, p. 141.

66 NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *Op. cit.*, pp. 141 e ss.

67 O Código Penal espanhol de 1995, o qual, como se viu, pontuou como protegida a

A consagração de que não mais está a se falar em um bem de horizonte moral, coletivo em sua essência, mas sim de um bem atinente à liberdade do indivíduo, teve, a seu tempo, objeções de forte monta. Ao se falar genericamente de liberdade sexual como segmento da idéia de liberdade, incorre-se em erro, uma vez que, com isso, se poderiam ter respostas por demais simplistas, que não dariam o norte adequado ao deslinde do problema. Poder-se-ia assim justificar:

- ou que bastaria integrar as condutas sexuais incriminadas aos tipos previstos no capítulo atinente à liberdade (como, *v.g.*, ocorreu no Brasil, com a revogação do crime de rapto e a sua incorporação ao crime de seqüestro para fim libidinoso);
- ou que bastaria o traslado dos tipos contra a liberdade sexual ao capítulo referente à liberdade, mas se mantendo sua identidade própria (como pretendia o Projeto Alternativo);
- ou, apesar de se manter uma epígrafe específica, bastaria estruturá-la ao redor da modalidade de ação, ou melhor, da forma com a qual se atacasse a liberdade.⁶⁸

Não se trata de uma única relativização quanto à liberdade, mas também a ela. Nisso se funda a diferenciação colocada.

Nem sempre a isso se percebe. Falou-se, alhures, que, em outras épocas, poder-se-ia criticar a noção de liberdade, pois, *in casu*, nem sempre se teria, ao menos até os anos 60, amplo grau de liberdade. Isso continua a se dar, conforme as especificidades das vítimas. A se ver: um oligofrênico ou doente mental, um incapaz ou hipossuficiente por qualquer razão, sabidamente não têm (total) capacidade ou liberdade de escolha.⁶⁹ O eventual crime haveria de ser contra essa sua

liberdade sexual, não concorda com a tese exposta, asseverando, em sua exposição de motivos, que, com a reforma e a proteção desta liberdade, "(...) se pretende con ella adequar los tipos penales al bien juridico proyegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos."

- 68 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 218 e ss.
- 69 Para Faggioni, "(...) a liberdade sexual pode ser entendida em uma acepção positiva e noutra negativa. Na primeira, é ela a livre disposição do próprio corpo para fins sexuais, livre poder de escolha de parceiros e da atuação no momento da prática sexual. Na outra, a liberdade sexual revela o direito de não sofrer condutas de natureza sexual contra a sua vontade. Direito de não participar de atividades sexuais, de abster-se da sua realização ou de suportá-las." FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O atentado violento ao pudor*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1995. p. 50. As situações mencionadas, que refletem, como se verá, em atuações de equiparação à violência, não devem ser vistas como agressivas à liberdade, mas sempre à idéia de autodeterminação.

posição de não poder se autodeterminar contra a possibilidade de autodeterminação sexual.⁷⁰ Mais acertadas e pausadas parecem ser, pois, as palavras de Figueiredo Dias, que prefere não uma distinção positiva dos termos, mas uma sua interação.⁷¹

A isso se ter, há de se perceber que a pretensão de se colocar a liberdade sexual como bem supremo a ser tutelado pela norma penal sexual implicaria em tê-la como exemplo maior da liberdade. Se assim o é, melhor seria qualificá-la, como se mencionou, junto aos crimes contra a liberdade individual, tidos, na legislação nacional, a partir do art. 146, e não topograficamente tão distante, em outra seara de guarda. Isso já fora defendido por parcela do pensamento feminista, que dá preferência a colocá-los entre os crimes contra a pessoa, como o fez o Código Penal português ou o espanhol, ambos de 1995, ou no Brasil, como pretendem, entre outros, Faggioni⁷² e Nagib Eluf.⁷³ Entretanto isto não parece acertado. A liberdade, seguramente, é bem supremo, mas sua exteriorização no prisma sexual há de se dar no contexto da autodeterminação que lhe seja possível.⁷⁴

70 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. pp. 195 e ss. Críticas à tais conceituações e presunções serão, ao depois, e em momento oportuno, formuladas.

71 Como identifica o professor de Coimbra, relativamente ao Código Penal lusitano, "(...) seria apressado – e em definitivo equívoco – que se pensasse, seguindo literalmente as expressões utilizadas pela lei, que na primeira secção o bem jurídico protegido é a *liberdade sexual*, na segunda a *autodeterminação sexual*, e se procurasse, muito provavelmente sem êxito, traçar a linha de fronteira por sobre a via que hipoteticamente separaria a liberdade da autodeterminação. A razão de ser da distinção é outra: a de que a Secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer acepção de idade; enquanto a secção II estende essa protecção a casos que não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou, em todo caso, um menor de certa idade." DIAS, Jorge de Figueiredo. *Dos crimes...* cit., p. 442.

72 FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O atentado...* cit., p. 52.

73 ELUF, Luiza Nagib. *Op. cit.*, p. 12. Na Itália isso também já se fizera presente desde o início dos anos 80, quando foi apresentado projeto de lei de iniciativa popular – notadamente dirigido por grupos feministas – o qual asseverava: "Noi donne, oggi più che mai, siamo ancora più convinte che la violenza sessuale è un delitto contro la persona e non, , come è considerato ora, contro la morale; è incredibile, infatti, che se io donna vengo picchiata, è un delitto contro la persona. Pertanto tutti gli articoli, dall'articolo 8 all'articolo 25, (contenuti nella medesima proposta di legge) verranno inseriti nel titolo XII: dei delitti contro la persona." PECORATO-ALBANI, Antonio. *Violenza...* cit., pp. 17 e ss.

74 Como recorda Burgess-Jackson, esse se mostra como um dos mais antigos debates entre as teses feministas e as demais vertentes de teorias sexuais. O problema parece residir em outra sede, já que se deve, mais profundamente, analisar o tema do consentimento. BURGESS-JACKSON, Keith. *A theory of rape. In: A most detestable crime. New philosophical essays on rape*. New York: Oxford University Press, 1999. pp. 94 e ss.

Na realidade, são eles conceitos que se completam e interagem. A consagração da liberdade de expressão sexual, alerta Costa Andrade, como símbolo de tutela penal, tem evidentes conotações de política criminal, dogmáticas e práticas jurídicas.⁷⁵ Talvez melhor colocação tenha feito, *v.g.*, a lei penal portuguesa, segundo a qual se protegem, sucessivamente, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, ou, melhor colocando, de modo amplo e genérico, a liberdade de autodeterminação sexual, considerando-se que uma pode se mostrar incompleta sem a outra. Este sim talvez o mais ideal mote de proteção: a liberdade de autodeterminação sexual. Para sua configuração, alguns outros pontos parecem de necessária constatação. Talvez aqui seja perceptível até um avanço dado à simples menção da autodeterminação sexual, mencionada na lei alemã (*sexuelle Selbstbestimmung*).⁷⁶

De modo geral, relações consentidas entre pessoas adultas e capazes não deveriam dizer respeito à seara penal. Homossexualismo, pederastia e sodomia, além da livre relação heterossexual entre adultos, escapariam à óptica penal; podem ser criticadas e reprovadas em outros termos, quer cívicos, quer religiosos, mas nunca pelo Direito Penal. Com tais relações, que eventualmente dizem respeito à liberdade de a pessoa se autodeterminar conforme sua vontade, nenhum efeito deletério se faz presente frente às unidades funcionais de outros indivíduos quanto ao livre desenvolvimento de suas personalidades, tampouco agridem a função da vida social.⁷⁷

Na legislação nacional, não seriam, portanto, de se ter, ainda, primeiramente conceituações como “crimes contra os costumes”. Em sede tipológica própria, se deveriam evitar conceitos por demais abertos, como o são, *v.g.*, o atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal) ou o assédio sexual (art. 216-A do Código Penal). No

75 ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, pp. 394.

76 Schroeder assevera, com razão, que o conceito de autodeterminação possui um sentido mais amplo que o da liberdade pessoal, englobando, sem dúvida, a imposição de atividade e exibições libidinosas ou sexuais contra a vontade do indivíduo, além da própria proteção ao menor, pois ela explica o fato de que a maturidade sexual do adulto em relação a estímulos sexuais ainda não foi devidamente alcançada pelos jovens, sendo externos a este. SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG...* cit., pp. 868 e ss.

77 RUDOLPHI, Hans-Joaquim. *Op. cit.*, p. 345.

primeiro, vem a ser crime o constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. De início, a menção ao pudor, dada no almarge do tipo, já é falha por não definir o ideal contexto de proteção, nunca se mostrando, como seria de se esperar, ao menos indiciária ao tipo. Por outro lado, a noção de "libidinoso" dada lexicamente é por demais abrangente,⁷⁸ permitindo amplas considerações e fazendo com que autores pretendam a distinção diferencial de condutas: aquelas que importem em penetração e as em que isso não se dá.⁷⁹ O assédio deita sombra em dificuldades interpretativas, já que não se tem por claro o que seja a abrangência do que a sua tipologia intenta proteger quando menciona o fato criminoso de se constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao emprego, cargo ou função. A "vantagem ou o favorecimento sexual" parece aqui por demais vaga e simbólica.⁸⁰ A isso, todavia, que se analise ao depois.

A questão posta, inequivocamente, diz respeito a uma nova formação do conceito de bem jurídico penal sexual, o que implica, por obrigatório, uma nova adequação dos tipos penais em questão. De sempre

78 Genericamente são encontrados, em sinonímia a libidinoso, termos como lascivo, sensual, voluptuoso, impudico, dissoluto, devasso, incontinente, que têm apetites sexuais, relativo à sexualidade. Os termos que a ele se ligam são, pois, abertos e vagos.

79 Tal separação é proposta, v.g., por Faggioni, ao afirmar pelas "(...) condutas divididas em duas classes: as que importem em penetração e aquelas em que isso não ocorre, sendo as primeiras mais gravemente agravadas." FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O atentado...* cit., p. 116. Na Espanha, isso já se encontra inserido no texto legal, como se viu, desde 1995. Torna-se um tanto duvidosa a equiparação quando se imagina que um simples beijo erótico poderia ser assim considerado, bem como ao fato de que em situações de simples acesso oral não se estaria defronte a situações que, implicitamente, pudessem trazer outros riscos, como a gravidez ou a transmissão de doenças venéreas. Cf. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Op. cit.*, pp. 6 e ss. Semelhante consideração foi, aliás, motivo de recente preocupação na Argentina, onde, através da Lei nº 25.087, se introduziu nos crimes *contra la integridad sexual*, art. 119, §3, do Código Penal argentino, a figura do abuso sexual com acesso carnal por qualquer via. A dúvida fundamental é se aqui englobar-se-ia ou não a figura do *fellatio in ore*, vale dizer, de acesso oral. Cf. AROCENA, Gustavo A.; BOUVIER, Hernán G. *Sobre la fellatio in ore. Una aproximación al nuevo tipo penal del art. 119, párr. 3º, del código penal argentino, desde la teoría general del derecho*. Córdoba: Advocatus, 2000. pp. 21 e ss. Outras tantas legislações, como já mencionado, fazem explícita menção a situações de conjunção carnal, coito anal ou oral. A vagueza, tão característica de outrora, hoje se vê, sempre que possível, substituída pela exata menção dos termos sexuais contrários à lei.

80 SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG...* cit., pp. 875 e ss.

se recordar o alerta de Buzaid quanto às reformas pontuais, muitas das quais, modificando partes normativas, acabam por olvidar outras, transformando a lei em um mozaico de cores distoantes.⁸¹ A reforma penal sexual há de se dar focando o bem jurídico protegido com as implicações que este deve fomentar nos seus tipos particulares.

4.3. MUDANÇA DE PARADIGMAS

Em rápida confrontação das tradicionais com as contemporâneas idéias do bem jurídico a reger o Direito Penal sexual, algumas questões, de pronto, se colocam. Inegável a percepção de mudança de paradigmas a reger o norte interpretativo desta seara científica.

Em primeiro lugar, existe clara tendência em se deslocar o mote subjetivo a um campo objetivo. Se as idéias tradicionais têm por base ponderações vagas, como a pudicícia, o pudor, a honestidade, os bons costumes, enfim,⁸² as tendências modernas e contemporâneas abandonam, nitidamente, tais cinzentas considerações. Aliás, parece evidente, hoje, que não se pode mais admitir que bens jurídicos acabem sendo referendo a criminalizações para influências externas à sociedade. Essa foi a maior característica da formação da repressão judaico-cristã da sexualidade. Hoje, porém, em uma sociedade pluralista, mudanças redacionais e interpretativas devem se perceber.

81 Buzaid, quando da reforma processual civil de 1973, ponderava acerca das reformas parciais ou globais, garantindo que, "(...) ao iniciarmos os estudos depararam-se duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos. Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mozaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções." BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.1.1973)*, item 1.

82 Todos os conceitos mencionados têm a mesma base epistemológica. Como ressalta Vera Lúcia Raposo, "(...) o conceito 'pudor' está intrinsecamente ligado ao de 'moralidade sexual', isto é, o conjunto de regras que demarcam em cada sociedade, em determinado momento histórico, os limites do comportamento sexual aceite." RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade...* cit., p. 939.

Na sociedade moderna, advirta-se, é visível a característica básica de uma multiplicidade de idéias, interesses e valores, o que vem a determinar que os bens jurídicos acabem por assumir formas diversas, refletindo direitos subjetivos de cada um.⁸³ Isso permite aceitar que pensamentos vários se encontrem em harmonia, bem como morais individuais diferentes. Nada pode ser tido apriorística e absolutamente certo ou errado, virtuoso ou pecaminoso. Não é de se dizer o que esta sociedade aceita e que se encontra em perdição. O quadro perceptivo no que toca a ela se alterou sobremaneira no último século, o que possibilita um repensar de seu tratamento penal. A visão alterada do sexo implica, necessariamente, em um novel tratamento.⁸⁴ Os códigos penais tradicionais mencionam uma série de disposições que dão vazão a múltiplas interpretações, incorrendo até em situações de cunho eminentemente imoral, sem nenhum possível prejuízo à sociedade.⁸⁵ Em não havendo malefício a esta, não há de se aceitar uma inserção do Direito Penal.

Jäger, quando dos comentários ao projeto oficial do Código Penal alemão, já mencionava o quão obscuros eram os conceitos de “concepções morais fundamentais do povo”, “concepção dominante da população” ou “as concepções morais da comunidade cultural”, especialmente para uma argumentação político-jurídica.⁸⁶ Maior reforço, portanto, a uma superação de tais idéias. Clara está a prevalência das teses contemporâneas. Para sua devida aplicação, devem ser erigidos alguns princípios comuns a lhes dar ideal sustento.

Em última instância, deve-se ter afinada a preponderância dos elementos normativos de valoração jurídica, que têm de preponderar sobre os elementos de valoração cultural. Mezger a isso já se referia ao atestar que se deve evitar, na medida do possível e se tendo em vista os elementos normativos de valoração jurídica (aqui entendidos como elementos descritivos do tipo), a todo e qualquer juízo valorativo ofertado pela construção penal, ou seja, a elementos de valoração meramente cultural.⁸⁷ Estes, além de altamente indeterminados e assumidamente

83 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva...* cit., p. 127.
84 Cf. SAINZ CANTERO, Luis. *Op. cit.*, pp. 868 e ss.
85 RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Op. cit.*, p. 336.
86 JÄGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 292.
87 MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, pp. 389.

subjetivos, são fonte de verdadeira insegurança jurídica. Jescheck e Weigend afirmam que, em termos de técnica legislativa garantista, se devem sempre preferir os elementos descritivos do que os normativos. Estes últimos, sendo dotados de simples valoração subjetiva, podem ser tidos como conceitos jurídicos indeterminados, os quais remetem o julgador a critérios imprecisos e extrajurídicos.⁸⁸ O combate da vagueza terminológica torna-se, assim, meta primeira de um Direito Penal vincado com escopo de Justiça em uma sociedade separada de conceitos morais religiosos e de cunho pluralista.⁸⁹

Além disso, cuidado deve ser tido, em especial na verificada atual pretensão de neocriminalização de condutas de cunho sexual, notadamente as relativas a menores, ao tráfico de pessoas (em nova versão do incentivo à prostituição) e às práticas de pornografia, em especial pela rede mundial de computadores (Internet). Os conceitos a estes aplicado, em princípio, não diferem dos demais já expostos. A sua diagramação, em tese, deveria ser a mesma, ainda que, como se verá, existam dificuldades práticas para que isso ocorra.⁹⁰ Aqui, portanto, os limites últimos são referendados. A resposta anteriormente solicitada quanto ao diferencial criminalizante entre condutas – como as de exposição desnuda em praias, privadas ou públicas, entre nudez em passeios urbanos ou, ainda, de relações sexuais fora do privado – deve ser tida frente a parâmetros definidos.

4.3.1. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL SEXUAL

Falar sobre princípios é algo por demais amplo e complexo. Os fundamentos da ciência jurídica exigem uma gama vasta de sustentáculos,

88 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, pp. 138 e ss. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht...* cit., pp. 308 e ss. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., pp. 306 e ss.

89 Por todas as propostas: Díez Ripollés, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 119 e ss.

90 A multiplicidade de tipos penais e, não raro, o incremento e a majoração sancionatórios encontrados em muitos tipos sexuais acabam, assim, formando, por vezes, um Direito Penal de emergência, em que a quebra de uma proporcionalidade necessária, entendida como diz Moccia, por um simbolismo estéril com rigor excessivo, parece ligar-se a uma real política de lei e ordem. MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. pp. 115 e ss. Trata-se, como recorda Leonardo Sica, da situação em que, "(...) com o Direito Penal de Emergência o pan-penalismo sobrepõe-se ao minimalismo de Baratta e Ferrajoli e exsurge como orientação dominante, distante de qualquer racionalidade e da consciência da necessidade de interação (subsidiária) com outros sistemas de controle social." SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002. p. 82.

os quais nem sempre são devidamente esclarecidos. Por certo, mencionam-se, em demasia, as propriedades e particularidades principiológicas, mas, por vezes, olvida-se sobre o que se está a detalhar. É fato que a maioria dos ditos princípios penais aplica-se ao Direito Penal sexual, mas alguns desses não de dar o toque diferencial desta vertente jurídica.

Realmente, trata-se de princípios gerais do Direito Penal, aqui aplicados, essencialmente, ao Direito Penal sexual. Verdadeiro lugar-comum é a menção aos princípios regentes de um Direito Penal lato. Existe, no entanto, confusão freqüente quanto à interpretação destes princípios, sua função e abrangência, ainda mais quando se lida com uma seara aberta e com bens jurídicos ainda não claramente definidos, como a antevista ponderação com relação a costumes ou liberdade sexual.⁹¹

A abrangência dos conceitos de princípio – regra e norma – é extremamente larga, merecendo distinção suas fronteiras, quer como uns, quer como outros. Canotilho, *v.g.*, partindo do supraconceito de norma, estabelece o grau distintivo entre os variados critérios, fundamentalmente a partir:

- de um grau de abstração (por onde os princípios devem ser considerados normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras têm abstração reduzida);
- de um grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (os princípios, vagos e indeterminados, não têm um revestimento de mediação concertizadora, enquanto as regras sim);
- de um caráter de fundamentalidade (os princípios são fundantes e estruturantes no sistema de Direito, substancialmente tendo-se em vista sua posição hierárquica no sistema de fontes);
- de uma proximidade da idéia de Direito (os princípios são *standards* juridicamente vinculados à idéia de Justiça, enquanto que as regras se mostram tão-só instrumentais e funcionais);

91 A indagação quanto ao sentido do termo princípio é extremamente vaga, sendo difícil sua aplicação explicativa e legitimante em âmbito penal. Buscando o desenvolvimento do pensamento desde a metafísica aristotélica até conceitos mais hodiernos, YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Abaco, 1998. pp. 57 e ss.

→ de uma natureza normogenética (por meio da qual os princípios são fundamento de regras-normas que estão na base e na razão das regras jurídicas).⁹²

Por princípios podem se considerar as idéias reitoras ou os pensamentos diretores de uma regulação, verdadeiramente como se normas jurídicas fossem ou simplesmente critérios inspiradores destas.⁹³ Neste último sentido, muitas vezes encontram-se desde perspectivas políticas, informadores legislativos ou judiciais, até aspectos garantistas.⁹⁴ Nestas circunstâncias, afora os consagrados princípios, *v.g.*, de legalidade, lesividade e culpabilidade, entre outros, existem situações de abordagem para a compreensão do Direito Penal sexual.⁹⁵ Diante disso, *v.g.*, Klug,⁹⁶ na Alemanha, Gimbernát Ordeig,⁹⁷ Díez Ripollés⁹⁸ e Garrido Guzman,⁹⁹ em Espanha, ou Natscheradetz,¹⁰⁰ em Portugal, entre outros, acabam por

- 92 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, pp. 1160 e ss. A importância principiológica é tamanha que a própria nomenclatura dada a como estes princípios devem se comportar também é de destaque. Nas palavras de Eros Grau: "(...) a importância dos princípios 'positivados' ou positivos – abandono, como se vê, o uso da expressão 'princípios jurídicos que constituem regras jurídicas' – e dos princípios gerais do direito é extrema. Tamanha que, da inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso, no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios." GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 78.
- 93 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004. pp. 51 e ss.
- 94 Luisi, *v.g.*, entende que "(...) os princípios ditos apenas pertinentes ao direito penal traduzem, em geral, orientação ao legislador infra-constitucional no sentido de determinar ao mesmo tempo a elaboração de normas incriminadoras destinadas a proteção de valores transindividuais." LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. pp. 13 e ss. Yacobucci, d'outra sorte, também fundamenta os princípios aplicativos do *jus puniendi*, mencionando-os como cruciais à interpretação do Direito. YACOBUCCI, Guillermo J. *Op. cit.*, pp. 29 e ss. Uma vez percebida a característica abstrata e ampla do termo princípio, razão está com Cláudio do Prado Amaral quando diz que "(...) os princípios requerem um esforço interpretativo para chegar a um resultado de concretude sensível, devido à sua dimensão preponderantemente abstrata." AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 34.
- 95 Afinal, como recorda Chaves Camargo, "(...) os princípios que norteiam a política criminal são aqueles de origem constitucional, relacionados com as garantias e direitos fundamentais, base do Direito Penal no Estado Democrático de Direito." CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas... cit.*, p. 165.
- 96 KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofia... cit.*, pp. 29 e ss.; KLUG, Ulrich. *Problemas filosófico-jurídicos... cit.*, 109 e ss.
- 97 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La mujer y el código penal español*. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1981. pp. 49 e ss.
- 98 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal... cit.*, pp. 255 e ss.
- 99 GARRIDO GUZMAN, Luis. *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*. Madrid: Edersa, 1992. pp. 20 e ss.
- 100 NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *Op. cit.*, pp. 89 e ss.

estabelecer alguns critérios mínimos a informar esta específica seara. Diferem cada qual a seu modo: na nomeação, na interpretação ou na distribuição dos mesmos. Ao generalizar seus aspectos e considerando a sociedade pluralista e a possibilidade de autodeterminação dos indivíduos capazes e responsáveis, três princípios de importância capital podem ser, no entanto, tidos para uma (re)interpretação do Direito Penal sexual, os quais são expressados a seguir.¹⁰¹

4.3.1.1. INTERVENÇÃO MÍNIMA

A já mencionada assertiva maior de que a missão do Direito Penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade, tornados estes em bens jurídicos, reflete-se em uma situação de proteção subsidiária destes. O Direito Penal firma-se como *ultima ratio* da política social,¹⁰² devendo ceder, às outras áreas de controle, as possibilidades de resolução de contendas. Como bem recordam Jeschek e Weigend, todas as normas jurídico-penais estão baseadas em um juízo de valor positivo sobre bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas em comunidade.¹⁰³ A questão posta versa sobre o quanto esse princípio há de ser aplicado em face do Direito Penal sexual.

Aprioristicamente, alguns poderiam dizer que esta rama penalística, à inteireza, é de suma importância, já que é afeita a situações atinentes às órbitas de liberdade ou autodeterminação sexual. Como se viu, isso não é de todo verdade. A conceituação sobre o bem jurídico protegido no Direito Penal sexual é tumultuada. Por certo, devem-se estabelecer os graus de proteção quanto às quebras de possibilidade de autodeterminação sexual, em melhores termos do que a simples liberdade sexual ou os bons costumes. Sob este prisma, Klug alerta para o fato de que o legislador penal sexual só deve vir a intervir punitivamente quando imprescindível para a proteção de bens jurídicos por todos reconhecidos.¹⁰⁴

Sendo intervenção mínima o lastro básico do alcunhado Direito Penal mínimo, este pode ser entendido, como prefere Ferrajoli, em uma

101 Outras e interessantes considerações também podem ser encontradas em RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Op. cit.*, pp. 95 e ss.

102 ROXIN, Claus. *Strafrecht...* cit., pp. 45 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 65.

103 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, pp. 7 e ss.

104 KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofia...* cit., p. 45.

condicionante limitada ao máximo, com um ideal de racionalidade e certeza.¹⁰⁵ Ao se opor a uma criminalização desenfreada, que se entende por Direito Penal máximo, acaba sustentando a construção dos freios inibitórios à constrição penal, calcada em garantias essenciais vertidas que são, entre outros, no princípio de intervenção mínima.

Versão moderna do antigo apótema da *ultima ratio-legis*, a idéia da intervenção mínima é, com efeito, a última arma de que dispõe o legislador na sua possibilidade de combate a condutas reprovadas. Mas não se pode afirmar que qualquer conduta deva merecer uma sanção tão forte e impactante quanto a criminal, a qual, em última instância, pode privar alguém de sua liberdade. Maurach e Zipf asseveram, por sua vez, que deveria ela ser encarada como uma exigência ética dirigido ao legislador.¹⁰⁶ Já para Lüderssen e Prittwitz, isso deve ser encarado com muita cautela, já que o Direito Penal não deve ser visto como um mero instrumento de controle, mas sim aquele que, por suas características, se revela perigoso ao indivíduo e à sociedade, devendo ser cercado de inúmeras garantias para sua utilização.¹⁰⁷ Todos, enfim, sustentam certa e devida limitação ao Direito Penal.

A lei penal sexual deve se mostrar como uma intervenção mínima à organização da vida social, desde que já estão fracassados os meios menos severos de repressão.¹⁰⁸ Princípio crucial do Direito Penal sexual, a *ultima ratio* deve, à sua completude, ser vista, nesse campo, em conjunto com outros dois princípios informadores para a devida resposta pretendida.¹⁰⁹

105 "E chiaro che il diritto penale minimo cioè massimamente condizionato e limitato, corrisponde non solo al massimo grado di tutela delle libertà dei cittadini dall'arbitrio punitivo, ma anche a un ideale di *razionalità* e di *certezza*. Ne risulta infatti esclusa la responsabilità penale tutte le volte che ne siano incerti e indeterminati i presupposti. Sotto questo aspetto esiste un nesso profondo tra garantismo e razionalismo." FERRAJOLI, Luigi. *Il diritto penale minimo. Diritto e ragione... cit.*, p. 81. Do mesmo modo: FERRAJOLI, Luigi. *Il diritto penale minimo. Dei delitti e delle pene*, setembro-dicembre 1985. pp. 493 e ss.

106 Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Op. cit.*, pp. 32 e ss.

107 Cf. por ambos: PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. Traducción a cargo de María Teresa Castiñeira Palou. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. pp. 432 e ss.

108 SAINZ CANTERO, José A. *Op. cit.*, p. 859.

109 A aplicabilidade deste princípio tem sido constatada mundo afora e também no Brasil. Nesse sentido, Luisi assim se pronuncia: "(...) no nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da

4.3.1.2. *IN DUBIO PRO LIBERTATE*

Já foram estudados, aqui, a disposição principiológica do Direito Penal sexual, seu uso e limitação a situações extremas. Ao se considerar o básico predicado político criminal dado aos princípios informadores – qual seja, o de ofertar roteiro indicativo ao legislador do que se pode ou não criminalizar – é que se alicerça o que se chama de princípio do *in dubio pro libertate*.

Klug, um dos primeiros a tecer considerações sobre a aplicação deste princípio à esfera sexual, mencionava a limitação do Direito Penal sexual a casos excepcionais e gritantes, em que não restem dúvidas sobre a sua aplicabilidade. Mas, em havendo qualquer dúvida sobre a eventual justificativa da reprovação criminal, deverá se prescindir desta, em favor da liberdade individual, ou seja, da abstenção do legislador.¹¹⁰ Nunca, pois, de se render ao fácil discurso criminalizante, que não se adéqua aos pilares de liberdade defendidos em um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, desde o Iluminismo, pauta-se pelo princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual, na dúvida, deve-se sempre beneficiar o réu; aqui tem-se um natural freio inibitório à criminalização de condutas sexuais. A liberdade do homem, seu predicado maior, não deve estar sujeita a intempéries quaisquer. Formalmente, esta seria uma máxima irretorquível. Em um campo tão instável quanto o sexual, sujeito que é a influências várias, e de muitos setores, a assertiva ganha novos contornos a serem tidos em conjunto com o pressuposto axiomático da intervenção mínima.¹¹¹

criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos ao da inflação monetária, pois, 'desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral.' LUISI, Luís. *Op. cit.*, p. 42. O princípio orientador deve ser tido como base a se sustentar um mínimo de racionalismo da lei penal sexual.

110 KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofia...* cit., p. 38.

111 Da mesma forma com que Roberti analisa o princípio da intervenção mínima, seria de se dizer que o *in dubio pro libertate* é necessário até para se evitar o fator criminológico da prisão, quanto mais em se tratando de questões subjetivas quanto as sexuais. São, aliás, suas ponderações em fins do século passado: "(...) a violência que estamos vivenciando neste final de século está sendo institucionalizada à proporção que as novas legislações penais endurecem a sanção penal. O recrudescimento das leis penais representa um lamentável retrocesso, pois o castigo implacável do crime voltou a ser o único meio de lutar contra a criminalidade, a exemplo do que ocorreu durante muitos séculos antes do iluminismo. Como consequência da

Inúmeras situações geram alguma dúvida sobre sua real necessidade de criminalização. Casos específicos nos quais se pode perceber influência maior de aspectos morais, *vg.*, são os exemplos mais emblemáticos da necessidade deste princípio. Tampouco há de se admitir que grupos fechados (ou religiosos) possam impor suas opiniões particulares, como justificantes de formação de crimes, sobretudo no que toca ao Direito Penal sexual. Isso, por outro lado, não significa uma anuência do Estado na aceitação de certas situações, como poderia se supor em uma não-criminalização ou descriminalização determinada conduta. Observe-se, *v.g.*, o *descreminem* dado, recentemente no Brasil, ao crime de adultério, conforme o art. 5º, da Lei nº 11.106/05. Com ele não se deu uma aceitação desta conduta em solo brasileiro, mas, tão-só, a percepção de que não compete ao Direito Penal atuar sobre o tema. O cuidado maior a ser tido, pois, é o que Jäger denomina de impunidade mal-entendida.¹¹²

Esta rama específica da ciência penal deve, como é sabido, ser um direito de todos, não podendo ser restrita a interesses próprios e morais, mas sempre genéricos e impessoais. Aqui, mais presentemente do que em outras realidades de proteção, têm-se, por vezes, dúvidas em necessidades de guarida legal, destinada comumente a situações mais importantes. Uma quebra desta regra implicaria em retorno às posições pretéritas, já criticadas, do passado ditado por simples pretensões de criação moralista.¹¹³ Não se nega que podem religiões ou posições fechadas ter suas

utilização desmedida das penas privativas de liberdade, gerou-se insegurança social, não só em razão das cotidianas rebeliões, mas também, precipuamente, pelo fato de devolver-se à sociedade o egresso dessocializado." ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. pp. 46 e ss.

112 JÄGER, Herbert. *Op. cit.*, pp. 296 e ss.

113 Defende tal posição Gimbernat Ordeig: "(...) en los restantes grupos de delitos es más raro que se presenten dudas sobre la criminalidad de las conductas, porque el Derecho penal está destinado a la protección de los bienes jurídicos más importantes, y no admite discusión - y por eso tampoco se discute la necesidad de tipificación - que el homicidio lesiona el bien vida o la detención ilegal el bien libertad. Si el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos contra las conductas que los lesionan, entonces hay que preguntarse qué tiene que ver el orden punitivo con hechos como la homosexualidad entre adultos, la pornografía o la prostitución, que serán más o menos inmorales, pero respecto de los cuales hay que concebir, por lo menos, que no aparece con tanta claridad si hay un bien jurídico lesionado y cuál puede ser. Ciertamente, frente a los que como Herbert Jäger niegan en tales supuestos la lesión de un bien jurídico - confuso y poco tangible - al que se que esas conductas menoscaban un bien jurídico - confuso y poco tangible - al que se suele denominar en expresiones como 'moralidad pública' o 'sentimiento general de decencia'." GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La mujer y el código penal...* cit., p. 55.

regras de conduta, mas estas não devem se apegar ao Direito Penal sexual, dado que isto implicaria em sectarismo e injustiça patente. Como menciona Garrido Guzman, o princípio *in dubio pro libertate* deve seguir as bases limítrofes a que o legislador não venha a tipificar criminalmente o que não é unanimemente aceito pela globalidade social.¹¹⁴ Tal princípio, de todo o modo, deve ser tido em vertente ampliativa, para que outros tantos princípios possam ter força ampliativa em seu conjunto, concretizando o próprio Estado Democrático de Direito.¹¹⁵

4.3.1.3. TOLERÂNCIA

Mesmo não sendo mais admitida a influência de fatores morais ou de conteúdos morais, o Direito Penal sexual deve pautar-se, também, por uma inegável tolerância por parte do construtor da legislação penal. A idéia do princípio da tolerância há de fomentar, por fim, a amarra última da criação, e não raramente da aplicação, do Direito Penal sexual. Por ele, pode-se afirmar que a liberdade, em sentido amplo, é o critério geral da ciência penal, enquanto que suas limitações devem ser a exceção. Com o escopo de não se transformar o Direito Penal em um Direito Penal de exceção, deve sempre ser respeitada a contenção de se fazerem obrigatórias, a todos, as convicções pessoais de alguns.¹¹⁶

A criação de uma lei penal sexual deve, assim, ter por base primeira (mas não só) as limitações morais que permeiam toda a sociedade. Nesse contexto, cabe ao legislador sopesar as virtudes e os problemas de criação legal. A sociedade pluralista atual deve ser percebida para que, com prudência, se realize uma elaboração do penal sexual. Mui-

114 Afinal, como menciona Garrido Guzman, "(...) el principio *in dubio pro libertate* debe de constituir, en suma, una norma de actuación del legislador en esta esfera tan compleja como es la sexual. Si existen dudas sobre la punición de determinadas actividades sexuales es procedente la abstención, si, por el contrario, no hay dudas de que el comportamiento penado implica un grave atentado a los principios fundamentales de la convivencia en una sociedad democrática y pluralista, la libertad reconocida en principio al ciudadano, debe de ser restringida." GARRIDO GUZMAN, Luis. *Op. cit.*, p. 23. Em um mesmo sentido: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 254 e ss.

115 Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidad...* cit., pp. 36 e ss.

116 DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 30 e ss. Já fundamentada por Locke, a noção de tolerância vai mais além, sendo, como atesta Faggioni, que "(...) vai daí que a tolerância é um requisito da prudência por permitir, de um lado, a obtenção da verdade provável e, doutro, por diminuir a tensão que pode levar à ruptura do equilíbrio social." FAGGIONI, Luiz Roberto. *O obsceno...* cit., p. 96.

tas condutas, aparentemente atinentes ao contexto do Direito Penal sexual, acabam por se ver dele excluídas, dada a gama de novas percepções da realidade atual. As pessoas adultas podem, por assim entenderem, consentir em autodeterminar-se a ações que eventualmente venham a espelhar a repulsa social, quer de alguns membros, quer de grupos ou pensamentos. Mas a questão é se a legislação pode, de qualquer forma, limitar tais procedimentos, mesmo quando estes impliquem em agressão física aparente. Ainda que isso ocorra, *v.g.*, em uma relação sadomasoquista, há de se ponderar se pode a lei regular condutas livres entre livres adultos.

A resposta, indiscutivelmente, é que não cabe à norma positivada decidir os destinos particulares dos indivíduos de *per se*.¹¹⁷ A negação das teses tradicionais do bem jurídico-penal sexual, segundo os costumes, a honestidade, o pudor, a moral ou seus conteúdos morais, leva a tal interpretação. De certo, em se considerando a sociedade pluralista como sendo a forma de estabelecer a convivência e confrontação dos distintos modos de entender e viver a existência humana, parece claro que a tolerância adquire um papel preponderante, onde a liberdade, como recorda Díez Ripollés, passa a ser o critério básico de interpretação e suas limitações, a exceção. Passa, essa tolerância, a ser considerada um dos pilares básicos para orientar o Direito Penal sexual.¹¹⁸

Schünemann, por seu turno, fornece o exemplo, presente no século XIX em inúmeros ordenamentos, sobre a criminalização do escândalo público. Em um mundo onde a sexualidade era, por completo, reprimida, poder-se-ia recriminá-la, diversamente do que se dá hoje, quando a vida cotidiana é muito mais sexualizada. O acordo normativo, porém, inverte a concepção do bem jurídico tutelado. O antes injustificado agora mais e mais deve ser aceito, até porque os limites dados são o da autodeterminação sexual, não mais.¹¹⁹

117 Assim se posiciona, também, Rudolphi, ao corroborar que ao legislador penal não é permitido, sem uma pormenorizada análise, pretender amenizar algumas contradições da moral. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Op. cit.*, p. 339.

118 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal...* cit., pp. 72 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, pp. 395 e ss.

119 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del derecho penal y victimodogmática. Traducción de Mariana Sacher. In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 161.

Deve ela servir para, subjetivamente, inspirar a todos os seus membros e representantes, a fim de se evitar o irregular uso penal. A repulsa ao sexo e à sexualidade, bem como muitas vezes aos agressores das normas morais, tem, como se viu, aprofundadas origens históricas e religiosas. O mundo hodierno não mais pode suportar imposições estranhas à liberdade e à dignidade do homem como fatores de criminalização, como já se deu, e ainda se dá, em questões como a pornografia.¹²⁰ Somando-se as bases da *ultima ratio*, da supremacia da liberdade e da tolerância, algumas conclusões podem ser tidas para o novo Direito Penal sexual. E é precisamente nessa tolerância que se devem escudar, por fim, as pretensões de criminalização sexual.¹²¹

4.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS TESES DE JAKOBS

Inúmeras vezes já foi dito que a missão do Direito Penal é a proteção aos bens jurídicos. Tese por tantos acolhida, é idéia basilar de um Direito Penal liberal, tantas vezes defendido por Roxin. Mas, de tempos a esta parte, tem-se percebido o surgir de teoria negativa de tal máxima, sob a pena destacadamente de Günther Jakobs. Poderiam, então, estas poucas seguintes linhas parecer contraditórias por se encontrarem em tópico relativo ao bem jurídico. Ocorre que a formulação deste autor germânico acaba por incidir na própria construção do Direito Penal sexual, razão maior, portanto, de um percorrer de seus fundamentos. Muito sinteticamente, dir-se-ia, para ele, que o escopo do Direito Penal é revalidar o valor da norma, e isso por algumas pontuais constatações.

Negando a importância do bem jurídico, Jakobs coloca que a legitimação do Direito Penal se dá mediante a aprovação conforme a constituição das leis penais, sendo que, em espectro mais direcionado, a legitimação material residiria no fato de que essas leis são imprescindíveis para a manutenção da forma da sociedade e do Estado. Não existiria nenhum conteúdo genuíno nas normas penais, senão aqueles possíveis, que passam a reger um respectivo contexto de regulação.¹²² Ao Direito Penal caberia somente o serviço de manuten-

120 SAINZ CANTERO, Jose A. *Op. cit.*, p. 863.

121 Cf. GARRIDO GUZMAN, Luis. *Op. cit.*, pp. 24 e ss.

122 JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Traducción: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. pp. 44 e ss.