

A DIGNIDADE SEXUAL À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

SEXUAL DIGNITY ACCORDING TO THE LEGAL INTEREST THEORY

Karina Romualdo Conegundes*

RESUMO: A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro. Essa reforma revogou a rubrica “dos crimes contra os costumes”, passando a prever “os crimes contra a dignidade sexual”. O presente artigo busca analisar se tal mudança está em conformidade com os postulados da teoria do bem jurídico, em especial com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e com os limites impostos à intervenção estatal na esfera penal, principalmente por meio dos princípios da intervenção mínima, da lesividade, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Sexual. Bem Jurídico. Intervenção Penal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos. 2. As limitações à intervenção penal estatal. 3. A dignidade sexual como bem jurídico tutelado. Conclusões. Referências.

ABSTRACT: The 12015 Statute, of August 7th, 2009, modified the Title VI of the Brazilian Criminal Code's Special Part. That reform revoked the title of the “crimes against the customs”, and established the title of the “crimes against the sexual dignity”. The present article intends to analyze if such change is in accordance with the principles of the theory of legal interest, especially with the principle of the legal interests exclusive protection and with the limits imposed on State intervention in the criminal sphere, especially by the principles of the minimal intervention, of the harmfulness, of the fragmentariness, and of the subsidiarity of criminal law.

KEYWORDS: Sexual Dignity. Legal Interest. Criminal Intervention.

171

INTRODUÇÃO

Diante de um número cada vez maior de tipos penais sendo criados, em uma clara demonstração da chamada “expansão do Direito Penal”, não se deve esquecer dos princípios e postulados que norteiam a intervenção penal.

Atualmente se tem enxergado como principal missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, fazendo surgir o Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos. No entanto, essa intervenção não pode ser ilimitada. Isso porque, diante da gravidade das sanções aplicadas por esse ramo do Direito, as quais alcançam, inclusive, um dos mais sagrados bens individuais – a liberdade –, deve o Estado se atentar para os limites impostos à sua atuação.

No presente artigo, será analisada a Teoria do Bem Jurídico, discorrendo-se sobre o conceito e função de bem jurídico, com a necessária diferenciação para função estatal e objeto material. Em seguida, serão abordados os princípios norteadores da intervenção estatal na seara penal, bem como os limites daí decorrentes. Ao final, será analisado o bem jurídico tutelado no Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro – que tipifica os crimes

* Professora de Direito Penal do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa.

contra a dignidade sexual –, a fim de se verificar se o legislador indicou corretamente o bem jurídico tutelado, bem como se respeitou os limites impostos à sua intervenção.

1 O PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Sem adentrar na evolução conceitual do bem jurídico – quando seria imprescindível o estudo dos conceitos propostos por Feuerbach, Birnbaum, Binding e outros renomados doutrinadores, bem como a análise das Teorias Sociológicas e Constitucionais, – mas, de outro lado, partindo do conceito fornecido por Assis Toledo, pode-se definir bens jurídicos como “os valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas¹”.

Daí a importância do estudo do tema, “especialmente para um Direito Penal – de feição liberal e cientificamente moderno –, instrumento próprio de um Estado democrático e social de Direito²”, onde o bem jurídico possui “uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura³”.

Diante de um Direito Penal mínimo, a intervenção estatal na seara penal somente é permitida nos casos em que houver necessidade real de atuação desse ramo do Direito, diante de uma lesão significativa a um bem jurídico importante, que não seja satisfatoriamente tutelado pelos demais ramos do Direito.

Como nos ensina Roxin,

[...] há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. A crítica veemente a um governo, a prática de convicções religiosas forâneas ou um comportamento privado que se afaste da norma civil serão circunstâncias incômodas para uma autoridade que põe especial interesse em cidadãos obedientes, conformistas e facilmente dirigíveis. A história – também, inclusive, a atual – conhece muitos exemplos de uma justiça penal que busca a repressão de um comportamento semelhante. Entretanto, de acordo com o padrão alcançado por nossa civilização ocidental – e minhas apreciações se moverão somente neste marco

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 16.

² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 25.

³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 25.



–, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador⁴.

Desse raciocínio emerge o Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, segundo o qual uma das missões ou uma das finalidades principais do Direito Penal é a de proteger os bens jurídicos mais fundamentais da pessoa, possibilitando o desenvolvimento de sua personalidade, sua realização ética, bem como a vida em comunidade⁵.

Isso porque

[...] a missão de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático, fundado tanto em valores chaves (assim, por exemplo, a dignidade humana, a liberdade, a justiça) como na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana [...]⁶

Assim, embora existam opiniões em sentido contrário⁷, a doutrina majoritária tem defendido ser a principal função do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos: “nesse aspecto, grande relevo toma a questão do bem jurídico. De fundamental importância, sobretudo a partir da Ilustração, mostra-se ele, hoje, como elemento básico da missão ou função do Direito Penal”⁸.

No mesmo sentido, Navarrete, para quem

[...] dos cuestionones que demuestran, a mi juicio, la necesidad de la referencia a los bienes jurídicos como contenido material del injusto típico: una de ellas es la insuficiencia de la protección autopoietica de la norma (protección de la norma por la misma norma) y la otra es la necesaria referencia a la lesión o puesta em peligro

⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46-48 (Série as ciências criminais no século XXI: v. 5).

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.49-50 (Série as ciências criminais no século XXI: v. 5).

⁷ Nesse sentido Günther Jakobs, para quem a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos, conforme: JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da Norma?* In: Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima (Orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29 (Ciência do direito penal contemporâneo; v. 3).

del bien jurídico como contenido material del injusto em la consumación y en la tentativa⁹.

Contudo, convém esclarecer que quando se afirma ser função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, não se está confundindo bem jurídico com função. Isso porque “se debe descartar de la noción de bien jurídico la noción de función, que encierra actividades administrativas del Estado referentes al control sobre determinado sector de la vida de relación o de su propio organismo¹⁰”.

Isso porque as funções estatais, como a de tráfego de pessoas, por exemplo, ou ainda, a de fiscalização da entrada e saída de dinheiro do país, devem se expressar apenas por medidas de controle, por meio de sanções administrativas, que não têm como pressuposto lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico, não sendo, assim, tolerado que se criminalize meras funções do Estado:

[...] la gravedad de esta última hipótesis reside em que la sanción, aquí, no es meramente administrativa, sino también criminal, en los términos de la legislación vigente, sin que haya habido lesión o peligro de lesión de un bien jurídico, es decir, que se trata simplemente de una simple función de control de un objeto de protección penal, lo que es un absurdo¹¹.

Regis Prado¹² aponta funções específicas para o bem jurídico, as quais, igualmente, não se confundem com a função do direito penal de tutelar bens jurídicos. Seriam, assim, as mais relevantes funções do bem jurídico: a) a função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado; b) a função teleológica ou interpretativa, como um critério de interpretação dos tipos penais, nos termos da finalidade de proteção de certo bem jurídico; c) a função individualizadora, como critério de medição da pena durante a sua dosimetria, em razão da gravidade da lesão ao bem jurídico; d) a função sistemática, auxiliando na classificação dos tipos penais da Parte Especial do Código Penal (CP).

Também não se deve confundir bem jurídico com o objeto material da conduta, pois “o objeto da conduta exaure seu papel no plano *estrutural*; do tipo, é elemento do fato. Já

⁹ NAVARRETE, Miguel Polaino. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: Dos funciones excluyentes?. In: JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel Polaino; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, Vigencia de La Norma y Dano Social*. Peru: ARA Editores, 2010, p. 52.

¹⁰ TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

¹¹ TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 64.

¹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 60-61.



o bem jurídico se evidencia no plano *axiológico*, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal¹³”:

[...] isso significa que o objeto material pode ou não coincidir com o bem jurídico (ou vice-versa). Manifesta-se o primeiro caso na forma corpórea (v.g., a coisa alheia subtraída, no delito de furto) ou incorpórea (v.g., a honra atingida, no delito de injúria). De acordo com construção típica, o delito pode ter ou não um objeto da ação (exemplo desta última hipótese é o delito de mera atividade).

Trata-se, assim, de uma exigência decorrente da estrutura do próprio tipo de injusto objetivo. Não é, portanto, uma característica comum a qualquer delito, pois só tem relevância quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior.

De outro lado, *o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido*. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito¹⁴.

2 AS LIMITAÇÕES À INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL

175

Como decorrência do Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, tem-se que referida proteção pelo Direito Penal não pode ser ilimitada, razão pela qual se estabelecem verdadeiros limites para a atuação estatal:

[...] considerando-se que a sanção penal é o instrumento de controle social mais contundente com que conta o Estado, por força do *princípio da proporcionalidade-necessidade (ou proibição de excesso)* somente resultará justificada sua intervenção, dentro do Direito penal do *ius libertatis*, quando – em virtude do princípio da *fragmentariedade* – a) entrem em jogo “bens” muito relevantes para a convivência humana (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e (b) unicamente a partir do momento em que seja intolerável o ataque; do outro lado – em razão do princípio da *subsidiariedade* –, desde que não exista outra forma de tutela mais adequada ou mais idônea [Direito civil, administrativo, trabalhista, etc]¹⁵.

Diante disso, o Princípio da Intervenção Mínima, “produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo”¹⁶, funciona como verdadeiro limite à intervenção estatal, orientando o legislador

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 51.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 52-53.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51 (Série as ciências criminais no século XXI: v. 5).

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2007, p. 84.

penal quanto ao momento propício para atuação estatal nessa seara: proteção insuficiente de um bem jurídico importante pelos demais ramos do Direito.

Igualmente importante se mostra o Princípio da Fragmentariedade, o qual “encontra-se ladeado ao da *ultima ratio*. Assimilados os postulados daquele, claro está que a proteção de bens jurídicos, atribuída à lei penal, não é absoluta”¹⁷, pois somente deverão ser tutelados diante de ataques considerados socialmente não tolerados, realizando-se, portanto, uma tutela seletiva, por meio do estabelecimento daquilo que deve ser merecedor de pena¹⁸.

O Princípio da Lesividade também deve ser observado, sendo necessária a demonstração de lesão a um bem para que ocorra a sua proteção, havendo, dessa forma, uma proteção racional de determinados bens¹⁹.

Por tudo isso, percebe-se claramente o caráter subsidiário do Direito Penal, uma vez que não constitui

[...] ele ilícitos próprios, autônomos, limitando-se, assim, a reforçar, por meio de sua drástica intervenção, a proteção de bens jurídicos fundamentais ou pretendidamente fundamentais. Por isso se afirma ser sancionador, subsidiário, complementário, acessório, secundário, derivado, residual, etc., em relação aos demais ramos do direito, e especialmente em relação ao direito constitucional [...]”²⁰.

176

Roxin²¹ aponta os limites traçados ao legislador pelo conceito de bem jurídico: a) a inadmissibilidade de normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra os direitos fundamentais e humanos; b) a impossibilidade de simples transcrição do objeto da lei como fundamento do bem jurídico; c) a insuficiência de simples atentados contra a moral para a justificação de uma norma penal; d) a inexistência de lesão a um bem jurídico por meio do simples atentado contra a própria dignidade humana²²; e) a

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55 (Ciência do direito penal contemporânea; v. 3.).

¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55 (Ciência do direito penal contemporânea; v. 3.).

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54-55 (Ciência do direito penal contemporânea; v. 3.).

²⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 55-56.

²¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20-25.

²² Segundo o autor, “o legislador alemão invoca ultimamente este motivo de penalização. Assim, por exemplo, toda modificação artificial de informação hereditária de uma célula germinal humana é punível, já que uma intervenção semelhante ao gameta atenta supostamente, contra a dignidade humana. Neste caso, somente existiria uma lesão de um bem jurídico quando, desta forma, o material genético do recém-nascido se manipula, e isto por causa da diminuição das possibilidades de desenvolvimento, não previstas. Não obstante, se a intervenção se dá com o objetivo de impedir doenças hereditárias maiores, a criança não é lesionada; por



proteção de bens jurídicos por meio da proteção de sentimentos somente pode ter-se em se tratando de sentimentos de ameaça²³; f) a ilegitimidade da consciente autolesão para proteção do bem jurídico, como também sua possibilitação e fomento²⁴; g) as leis penais simbólicas²⁵, isto é, aquelas desnecessárias para se assegurar uma vida em comunidade, perseguindo fins que se encontram fora do Direito Penal, não buscam a proteção de bens jurídicos; h) as regulamentações de tabus não são bens jurídicos (v.g. incesto), não devendo ser protegidos pelo Direito Penal; i) não devem ser reconhecidos como bens jurídicos os objetos de proteção de uma abstração incompreensível²⁶.

Assim, mencionados limites são importantíssimos, devendo ser observados pelo legislador penal quando da seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, servindo como “linha diretriz político criminal [...], como arsenal de indicações para configuração de um Direito

exemplo, se melhoram as possibilidades de vida e desenvolvimento. Isto não é uma lesão de bens jurídicos.” (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-22).

²³ Isso porque, explica Roxin, “o homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência. Por isso, passa-se do limite quando o Direito Penal alemão sanciona o fato de que alguém provoque escândalo público realizando uma ação sexual ou o envio à alguém de uma publicação pornográfica sem que este a tenha solicitado” (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22-23).

²⁴ “Pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). Isso é assim. A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade [...]. Quando na prática de esportes de risco ocorrem acidentes, os organizadores e promotores devem ficar isentos das consequências jurídico-penais sempre que os desportistas sejam conscientes dos riscos inerentes à prática desportiva. Também, a já mencionada aquisição de pequenas quantidades de drogas suaves para o consumo pessoal pertence a este âmbito. O mesmo se aplica ao consumo de álcool e tabaco”. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23).

²⁵ Roxin exemplifica com a regulação do Código Penal alemão que pune a negação ou a diminuição de importância dos delitos de genocídio cometidos durante o regime do nacional-socialismo. Isso porque, “a negação total ou parcial de fatos históricos, que inclusive não compreende a aceitação de delitos, não menospreza a vida em comunidade dos homens que vivem hoje em dia, tanto mais que estes fatos foram provados, e sua verdade histórica, reconhecida em geral. O verdadeiro sentido da norma é apresentar a Alemanha de hoje como um Estado depurado que não oculta nem esquece os crimes da época de *Hitler*. Isso é uma intenção louvável; entretanto, sua persecução não serve à proteção de bens jurídicos. O emprego do Direito Penal para um fim semelhante não é então legítimo”. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24).

²⁶ Como exemplo, menciona Roxin “numerosas formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”. Desta forma, não se descreve suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente.” (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.25).



Penal liberal e de Estado de Direito²⁷”. Consequentemente, “a questão que sucede de uma regulamentação penal pode ser inclusive nula quando não corresponde com os critérios aqui desenvolvidos [...]”²⁸”.

3 A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

O Código Penal de 1940 trazia no Título VI da Parte Especial os denominados “Crimes contra os Costumes”. Entendiam-se costumes como sendo “os hábitos de vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”²⁹.

Na mesma direção os ensinamentos de Magalhães Noronha, para quem costumes aqui devem ser entendidos como “a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação”³⁰.

No entanto, algum tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários doutrinadores passaram a criticar a opção do legislador em manter os “costumes” como bem jurídico protegido³¹. Isso porque esses princípios éticos, no que dizem respeito à sexualidade, não estariam mais presentes na sociedade moderna, diante da inegável evolução social e do consequente comportamento mais liberal, razão pela qual há muito tempo deveria ter sido reformado o Código Penal, substituindo a rubrica utilizada (costumes) pela dignidade da pessoa humana, exatamente por não interessar ao legislador os hábitos sexuais das pessoas, ainda que imorais ou inadequados³².

No mesmo sentido Rogério Greco, ao afirmar que

[...] perdeu o legislador a oportunidade de, por intermédio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, modificar a redação do Título VI do Código Penal. A importância de tal modificação residiria no fato de que, por meio das seções, capítulos e títulos do Código Penal, o intérprete conseguiria identificar o bem juridicamente protegido. Tendo em vista que o Código Penal usa a expressão

²⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

²⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

²⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 103.

³⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 199, v. 3, p. 96.

³¹ CONEGUNDES, Karina Romualdo. A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista do Curso de Direito*, Viçosa/MG, vol. 1, n. 3, p. 113, out./2010.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 859.



crimes contra os costumes, devemos concluir serem os bens a ele ligados que almeja proteger por meio da criação típica. No entanto, embora não se possa descartar totalmente os costumes, podemos reinterpretar tal expressão de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco central do nosso raciocínio a *dignidade da pessoa humana*, aqui entendida no seu sentido mais íntimo, vale dizer, da *liberdade sexual*, isto é, a capacidade que a pessoa tem de dispor, livremente, sobre o seu próprio corpo, devendo ser punido qualquer comportamento que, de alguma forma, agrida a sua vontade³³.

A essa altura, significativa parte da doutrina nacional já proclamava uma nova interpretação da expressão *costumes*, a fim de que fosse alcançada uma harmonia com a Constituição da República de 1988, pois o bem jurídico tutelado, na verdade, seria “a liberdade sexual da mulher em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem o direito pleno à inviolabilidade carnal, mesmo em relação ao marido”³⁴.

Nesse aspecto, a Lei nº 12.015/2009 atendeu a parte dos reclames da doutrina pátria, alterando o bem jurídico do Título VI do Código Penal. Desta forma, o título deixou de ter a rubrica “dos crimes contra os costumes”, passando a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”.

Em um primeiro momento, pareceu-nos que o legislador havia percebido que nesses crimes o bem jurídico atingido não eram os costumes e sim a própria dignidade da vítima, deixando, por isso, o título de tutelar a moral sexual ou um modelo de moralidade, para abarcar a dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais íntimo, isto é a dignidade sexual³⁵.

Entretanto, diante de uma melhor análise da teoria do bem jurídico, algumas impropriedades passaram a ser percebidas, uma vez que, com a expressão “dignidade sexual”, continua o legislador, embora sob nova rubrica, a tutelar um “padrão de comportamento sexual”, apontando, em relação a alguns tipos penais do título, bem jurídico diverso daquele protegido pela descrição típica, violando, ainda, os limites traçados à intervenção estatal na seara penal.

Isso porque “dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia³⁶”.

³³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007, v.III, p. 463-464.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 661.

³⁵ Nesse mesmo sentido: CONEGUNDES, Karina Romualdo. A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista do Curso de Direito, Viçosa/MG*, vol. 1, n. 3, p. 114, out./2010.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 14.

Assim, nos termos do magistério de Luiz Augusto Sanzo Brodt,

a alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica³⁷.

De fato, os tipos penais constantes no Capítulo I do Título VI do Código Penal, denominado “dos crimes contra a liberdade sexual”, descrevem condutas que necessariamente exigem violência, grave ameaça ou fraude, *ex vi* dos arts. 213³⁸ (estupro) e 215³⁹ (violação sexual mediante fraude), implicando, assim, violação à liberdade sexual. Não se trata, portanto, da tipificação de meros “padrões de comportamento sexual”, mas, ao contrário, da tipificação de condutas praticadas contra a vontade da vítima ou, ainda, mediante uma vontade viciada (fraude). Quanto ao famigerado art. 216, embora haja entendimento de que o mesmo protege a liberdade sexual em outra perspectiva, no tocante ao exercício do trabalho em condições dignas e desprovidas de constrangimento e humilhações⁴⁰, pensamos que o mesmo não deveria sequer ser previsto pelo legislador penal, por implicar tipificação de um padrão de comportamento, o que vai de encontro aos limites impostos à intervenção estatal na seara penal, conforme se verá mais adiante.

180

³⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 13, p. 170, jul/2011.

³⁸ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

³⁹ Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

⁴⁰ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PRELIMINAR - DEFICIÊNCIA NA REPRESENTAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - CRIME DE AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVÂNCIA - PROVA TESTEMUNHAL HARMONIOSA - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PENA ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.[...]

- Enquanto o tipo do artigo 214 do Código Penal, na sua redação original, anterior às alterações promovidas no Código Penal pela Lei nº 12.845/12, tutela a liberdade sexual no particular aspecto da inviolabilidade carnal da pessoa, de sua integridade corporal e liberdade individual, a exemplo do atual artigo 213, do CP, o tipo do 216-A no Código Penal protege a liberdade sexual em outra perspectiva, no tocante ao exercício do trabalho em condições dignas e desprovidas de constrangimento e humilhações, hipótese diversa daquela verificada nos autos. (TJ/MG. Apelação Criminal nº 1.0520.05.009673-1/001. Relator Des.(a) Cássio Salomé. Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 18.12.2014. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 01.07.2015).

Da mesma forma, a tipificação no Capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável) do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP⁴¹) se justifica, por descrever condutas sexuais praticadas com pessoas em situação vulnerável⁴², como os menores de 14 anos, as pessoas enfermas ou deficientes mentais que não têm o necessário discernimento para a prática do ato libidinoso, ou aquelas que por qualquer outra forma não possam oferecer resistência.

Nesse dispositivo, também se visa proibir a prática de atos sexuais por pessoas que, em razão de circunstâncias pessoais (idade, enfermidade, doença mental ou outras, como a embriagues completa, o sono profundo etc.), não poderiam consentir validamente, violando-se, dessa forma, a liberdade sexual das mesmas.

O mesmo se diz do crime de tráfico internacional e interno de pessoa para fim de exploração sexual, previstos, respectivamente, nos arts. 231, §2º⁴³ e 231-A, §2º do CP (Capítulo V - do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual), nas situações em que a vítima é menor de 18 anos, não tem o necessário discernimento para a prática do ato em razão de enfermidade ou deficiência mental, ou naqueles em que houve emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Portanto, em todos esses tipos penais, o que se tutela verdadeiramente não é a dignidade sexual, no aspecto “padrão de comportamento sexual a ser seguido”, mas sim a própria liberdade sexual, como um “valor ético-social protegido pelo direito contra lesão ou perigo de lesão”.

Convém ressaltar que o legislador não cometeu o equívoco de tutelar funções estatais ou prever o objeto material do tipo, tendo tutelado um valor, mas errou ao querer se valer da fórmula “dignidade da pessoa humana”, a qual é extremamente ampla, para inserir figuras penais que, no fundo, tutelam a liberdade sexual.

⁴¹ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

⁴² Expressão criticada por ser obscura, fazendo surgir as mesmas inquietações que existiam na velha redação da “violência presumida”.

⁴³ Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Luís Roberto Barroso, ao tratar da dignidade da pessoa humana, explica que “a dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”⁴⁴. Trata-se, sem dúvida, de um importante princípio jurídico com *status* constitucional, um “valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral”.⁴⁵

O próprio autor salienta a amplitude da expressão, ao dizer que se trata de um conceito multifacetado, presente não apenas no direito, mas também na religião, na filosofia e na política⁴⁶. Esclarece Barroso, ainda, que “a dignidade humana se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental, reforçando a rejeição moral ao desastre representado pelo nazifacismo”⁴⁷.

O núcleo essencial da dignidade humana é composto dos seguintes elementos⁴⁸: a) valor intrínseco, isto é, o conjunto de características inerentes e comuns a todos os seres humanos, conferindo-lhes um *status* especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies, sendo, assim, a origem de uma série de direitos fundamentais; b) autonomia, o elemento ético da dignidade, fundamento de livre arbítrio dos indivíduos, permitindo-lhes a busca do ideal de viver bem e de uma vida boa, tendo como principal noção a autodeterminação; c) valor comunitário, que constitui o elemento social da dignidade, no sentido de que os contornos da dignidade são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, protegendo as pessoas de tornarem-se mais uma engrenagem na máquina social.

Com base em tais elementos, percebe-se que o único deles que se verifica presente nos crimes tipificados no Título VI do CP, acima mencionados, é a autonomia, uma vez que nos crimes de estupro, posse sexual mediante fraude, estupro de vulnerável e tráfico de pessoas menores, doentes mentais ou impossibilitadas de oferecer resistência, ou ainda mediante violência, grave ameaça ou fraude, há clara tutela da autodeterminação, do elemento

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 14.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63-64.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 76-87.



autonomia da dignidade humana. Nesse sentido, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...] o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (**ultima ratio**). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula "crimes contra os costumes", mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo⁴⁹.

No que se refere aos demais crimes tipificados no Título VI, quais sejam, os artigos 216-A (assédio sexual), 218- A (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente), 227 (mediação para satisfação da lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 229 (casa de prostituição), 230 (rufianismo), 231, *caput* (tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, consistente em “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro), 231-A (tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual,

183

⁴⁹ Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. INTERPRETAÇÃO DOS FATOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ULTIMA RATIO) E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. É bem verdade que a nova legislação que introduziu o artigo 217-A em nosso Código Penal, aliás, na esteira de legislações alienígenas, veio a agravar a conduta de quem, em termos gerais, pratica ato sexual com menores de 14 anos. O legislador buscou afastar a brecha legislativa que oferecia interpretação "dúbia" (?) que se instalava com a expressão presunção a que se referia o antigo 224 do CP brasileiro, ou, mais precisamente, se a presunção seria absoluta ou relativa, optando, com a reforma, pela fórmula mais rígida de que o consenso do menor não é válido tamquam non esset, isto é, a presunção é absoluta. Nada obstante, o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (ultima ratio). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula "crimes contra os costumes", mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo. Contém, na verdade, a liberdade contra a "determinação" que venha de fora (externa) sobre o âmbito (pessoal) sexual. Assim, apesar de a vítima ter menos de 14 anos de idade na data do fato, revela a prova a sua evidente maturidade sexual e liberdade escolha, o que, como já referido, impõe a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do agente. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ/RS. Apelação Criminal nº 70063864292. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. 7ª Câmara Criminal. Julgado em 11.06.2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ultima+ratio&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=%22art.+227+cp%22&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 30.06.2015.)

igualmente consistente em “promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno), percebe-se que os mesmos tutelam “padrões morais de comportamento”, com grave violação dos limites à intervenção penal na seara penal, com ofensa aos princípios da intervenção mínima, lesividade e subsidiariedade, até mesmo porque poderiam tais bens receber a devida tutela de outros ramos do Direito.

Afinal, induzir alguém, maior e capaz, a satisfazer a lascívia de outrem, atrair alguém, igualmente capaz, à prostituição, manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual de pessoas maiores e capazes, ainda que sem intenção de lucro, tirar proveito da prostituição alheia, praticar ato obsceno em público, ter sob sua guarda, para fins de exposição pública, escrito ou objeto obsceno, são todas condutas em que não há qualquer violação à autodeterminação, à liberdade sexual de alguém. Diversamente, só se consegue vislumbrar em todos esses exemplos tutela que contraria os limites traçados pelo legislador pelo conceito de bem jurídico, pois há clara proteção penal de simples atentados contra a moral, com regulamentações de tabus, os quais não devem ser protegidos pelo Direito Penal.

Ressalte-se que há doutrinadores brasileiros que dão legitimidade a essa tutela da dignidade sexual, embasando sua posição no direito à vida privada, à intimidade e à honra, bem como argumentando que a atividade sexual é para muitas pessoas mais do que um prazer material, mas verdadeira necessidade fisiológica, devendo, assim, ser tutelada a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, com a garantia da liberdade de escolha, já que a dignidade da pessoa humana abarca a dignidade sexual⁵⁰.

No entanto, não há nos tipos acima citados tutela da autonomia individual, da autodeterminação para a prática de atos da vida pessoal, mas sim simples tutela de moralismos, os quais, como visto, não devem ser alvo da proteção penal:

[...] aliás, a pretexto de defender a “moral e os bons costumes”, tradicionalmente certas figuras delituosas, de que é exemplo o “manter casa de prostituição” (CP, art. 227) (*sic*), existem apenas para preservar uma aparência, uma falsa aparência, de austeridade e exprobação sociais. Entretanto, em realidade todos a conhecem (sabem das tais cassas, hoje, não raro, com a falsa aparência de hotéis ou casas de massagem ou coisa do gênero), as vêem e as toleram (não por acaso são chamadas de “casas de tolerância”). Muitos, oriundos das diversas classes sociais, freqüentam-nas e delas servem-se para dar vazão às mais recônditas fantasias e, por vezes, para iniciar

⁵⁰ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 14.



neófitos na experiência sexual. Delas se servem, enfim, para superar frustrações ou necessidades pessoais⁵¹.

Maurício Antônio Pereira Lopes, ao analisar a amplitude da intervenção penal assegurada pela Constituição Federal, sustenta que, diante de uma sociedade com visão pluralista, sem preconceitos, protetora e estimuladora das diversidades culturais e comportamentais, é proibida qualquer incriminação que tenha por base delitos morais e de opinião, o que impede o Direito Penal de tomar partido de determinada concepção moral, religiosa ou filosófica, o que o leva a questionar, conseqüentemente, a constitucionalidade de vários crimes, dentre eles os relacionados à prostituição e à obscenidade⁵².

No mesmo sentido, a fundamentação do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis Júnior, no julgamento do Recurso Especial nº 2014/0037331-9, ao justificar a aplicação do princípio da adequação social ao crime previsto no art. 227 do CP: “o direito penal obedece ao princípio da intervenção mínima, agindo sempre como "ultima ratio", não podendo o legislador realizar uma incriminação de ordem moral, muito menos um crime que não apresenta vítimas. [...]”⁵³.

185

CONCLUSÕES

Com base nos argumentos expostos, conclui-se que atualmente a principal missão do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos mais importantes, não satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do Direito (Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens

⁵¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.77.

⁵² LOPES, Maurício Antônio Pereira. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação dos conteúdos materiais dos tipos penais*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1999.

⁵³ (VOTO VENCIDO) (MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR) “É cabível a absolvição do acusado por atipicidade material pela conduta de manter casa de prostituição, nos termos do artigo 229 do Código Penal. Isso porque essa conduta não é mais dotada de reprovação social, sendo inclusive tolerada pelas autoridades locais e consentida, estimulada e divulgada pela mídia. Ademais, o direito penal obedece ao princípio da intervenção mínima, agindo sempre como "ultima ratio", não podendo o legislador realizar uma incriminação de ordem moral, muito menos um crime que não apresenta vítimas. Cumpre salientar que a adequação social afasta a tipicidade material, e, portanto, afasta a incidência do tipo penal”. BRASIL. STJ. REsp nº1435872 / MG. Recurso Especial nº 2014/0037331. Relator(a): Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: 6ª Turma. Data do Julgamento: 03.06.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=dignidade+sexual&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21>. Acesso em: 30.06.2015.)

Jurídicos), observando-se, ainda, os princípios da Intervenção Mínima, da Lesividade e da Subsidiariedade.

Como consequência, surgem limites à intervenção estatal na seara penal, não sendo toleradas tipificações que alcancem ideologias, atentados contra a moral, simples atentados contra a dignidade humana – sem que haja lesão ou perigo de lesão à pessoa – proteção de sentimentos, autolesão, tabus, dentre outros.

É exatamente nesse ponto que se inserem as críticas ao Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro. Mesmo após a reforma ocorrida em 2009, por meio da Lei nº 12.015, com a substituição da rubrica “costumes” pela “dignidade sexual”, continua o legislador, em vários tipos penais previstos, protegendo “padrões morais de comportamento sexual”, violando, assim, os limites impostos à intervenção estatal. Até mesmo porque tais condutas poderiam ser objeto de proteção satisfatória pelos demais ramos do Direito, havendo, portanto, ofensa aos princípios da Intervenção Mínima, Lesividade e Subsidiariedade.

As exceções seriam os delitos tipificados no Título VI mediante a exigência de violência física, grave ameaça ou fraude ou os que têm como vítimas pessoas que, em razão da idade, deficiência mental, outra enfermidade ou qualquer outra causa, não possam oferecer resistência. Nesses casos – e somente nesses – tutela o legislador a autonomia, elemento essencial da dignidade da pessoa humana, no sentido da autodeterminação; entretanto, deveria o legislador indicar de forma precisa o elemento da dignidade sexual protegido, qual seja, a liberdade sexual.

Nos demais tipos penais inseridos no Título VI, há simplesmente tutela de padrões morais, os quais, como visto, não devem ser alvo da proteção penal.

Portanto, o mencionado Título VI da Parte Especial do CP ainda está a merecer reforma, a fim de que seja indicado corretamente o bem jurídico protegido nos tipos penais que, de fato, merecem a tutela penal (liberdade sexual, decorrente da autonomia), revogando-se todos os demais, por situarem-se fora da zona de proteção penal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2007.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, vol. 13, jul/2011.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista de Direito*, Viçosa/MG, vol. 1, n. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série as ciências criminais no século XXI: v. 5.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. V. III.

187

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. V. VIII.

JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da Norma?* Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima (Orgs). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, Maurício Antônio Pereira. *Crítérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação dos conteúdos materiais dos tipos penais*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1999.

NAVARRETE, Miguel Polaino. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: Dos funciones excluyentes? In: JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel Polaino; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien Jurídico, Vigencia de La Norma y Dano Social*. Peru: ARA Editores, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 199. V. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: RT, 2008.



PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *Ciência do direito penal contemporânea*; v. 3.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

188

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

Submissão: 30/03/2015
Aceito para Publicação: 14/07/2015

