

MORAL, IMORALIDADES E BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL SEXUAL: O DELITO DE ATO OBSCENO

MORAL, IMMORALITIES AND LEGAL INTEREST WITHIN SEX CRIMINAL LAW: THE CRIMINAL OFFENSE OF OBSCENITY

Ana Carolina Carlos de Oliveira¹

RESUMO

O presente texto visa conjugar a interpretação da filosofia (Stuart Mill, Hart, Dworkin e Rawls), e da doutrina contemporânea do Direito Penal (com ênfase na interpretação de Roxin), para debater a ingerência da moral na tutela dos delitos sexuais. Para tanto, se recorre às interpretações mais atuais, na doutrina nacional e estrangeira, sobre a (im)possibilidade de tutela da moral pública e de meras imoralidades pelo Direito Penal, contrapondo-as com a reforma operada no Título VI, Capítulo I do Código Penal, pela Lei n. 12.015/2009, a fim de identificar qual a intensidade da carga moral que permeia os delitos sexuais no ordenamento brasileiro. A interpretação sobre o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais também é objeto de estudo, com enfoque no delito de ato obsceno, enquanto ponto especialmente problemático de interferência da moral no Direito Penal.

Palavras-chave: Imoralidades. Direito Penal Sexual. Ato Obsceno. Autodeterminação Sexual. Moralidade Pública.

ABSTRACT

This text aims to analyze both the philosophical (Stuart Mill, Hart, Dworkin e Rawls) and criminal law theories (especially Roxin's interpretation) regarding the place of morality on the criminalization of sex offenses. To do so, we shall use the most recent production, both on national and international doctrine, about the (im)possibilities of the protection of the public moral or mere immoralities through criminal law, comparing them to the recent reform introduced by Law n. 12.015/2009 on Title VI, Chapter I of the Brazilian Criminal Code. We shall do so in order to identify the intensity of the moral bias that permeates sex offenses in Brazil' legal system. The interpretation on the legal asset protected by sex offenses shall also be scrutinized, with special focus to the crimes of obscene gesture as a especially problematic point of interference of moral in criminal law.

Keywords: Immorality. Sex Criminal Law. Obscene Gesture. Sexual Self-Determination. Public Morality.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Ciências Criminais pelas Universidades de Barcelona e Pompeu Fabra. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Em uma breve análise, buscaremos identificar a relação existente entre a moral, as imoralidades – na forma como foram definidas por Claus Roxin – e sua influência na caracterização dos bens jurídico-penais no campo do Direito Penal sexual. Esta relação é sempre carregada de divergências (ideológicas, sociológicas e religiosas), e não necessariamente obedece a uma evolução histórica, o que pode tornar sua abordagem tendenciosa ou simplista.

Por estes motivos, o que buscamos aqui são pontuais considerações acerca da inter-relação entre Direito Penal e moral, mais especificamente no que se referem à moral sexual, ao longo da trajetória dos delitos sexuais na interpretação de penalistas de referência, e considerando também a contribuição de Roxin, no tocante à possibilidade ou não de que condutas imorais no campo sexual sejam criminalizadas, em contraposto aos posicionamentos mais recentes da doutrina brasileira acerca do tema.

Essas considerações serão baseadas pela análise crítica acerca do papel da moral no Direito, compreendido por diversos filósofos modernos e contemporâneos. Este artigo é centrado especialmente nos argumentos de Stuart Mill, Hart e Dworkin, quando esses questionam o desnecessário paternalismo muitas vezes exercido pelo Estado na tutela da intimidade, a falta de consensos sobre a necessidade de tutela de certos comportamentos, bem como a incoerência de um sistema político em permitir que o cidadão seja absolutamente livre na esfera pública e econômica, mas não o seja no que diz respeito ao próprio corpo.

As interpretações acerca do bem jurídico no Direito Penal sexual, que também serão relatadas a seguir, são igualmente permeadas por questões de natureza moral e divergências doutrinárias. A interpretação sobre o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais é reveladora da maior ou menor permeabilidade da moral enquanto fundamento de legitimidade da norma e, por esse motivo, o delito previsto no art. 233 (ato obsceno) é objeto de reflexão mais detida, como recurso de análise dos referenciais teóricos apresentados.

O consenso que vem emergindo a partir das críticas recentes à tutela penal da moral nos tipos penais aponta no sentido da descriminalização de condutas que não encontrem um referencial neutro, ou seja, cujo bem jurídico seja o pudor ou a moral social.

Diríamos ainda que a discussão que aqui se propõe adquire especial relevância, tendo em vista a recente modificação legislativa no âmbito dos crimes sexuais. A reforma, muito aguardada pela doutrina, reformulou os tipos e conferiu-lhes nova nomenclatura, o que se reflete diretamente na interpretação de quais sejam os bens jurídicos tutelados.

No entanto, na opinião crítica de parte da doutrina², perdeu-se uma boa oportunidade de excluir a presunção de violência de atos sexuais praticados por menores de quatorze anos, e de abolir alguns tipos penais, especialmente o crime de ato obsceno. Este último será objeto de mais detida análise ao final desse trabalho.

Não obstante, as reformas trazidas pela da lei tenham sido parciais, sua publicação modernizou o tratamento de delitos sexuais e reacendeu o debate sobre os contornos deônticos do Direito Penal sexual.

2 A MORAL NO DIREITO PENAL SEXUAL

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

No estudo da relação entre moral e direito, podemos verificar uma espécie de movimento pendular, que oscila historicamente entre uma maior ou menor aproximação do entre o direito e a moral. Esta impressão é apresentada por Cervini³, que a identifica na filosofia do direito. A conexão entre direito, religião e moral é tida como necessária nas formulações iusnaturalistas do direito durante a Idade Média, cujo cerne residia na adequação do direito à moral como condição de existência e validade do direito. Assim, as leis que estivessem em contrariedade com a moral seriam juridicamente inválidas, e as formulações jurídicas seriam apenas uma parcela das regras que regem a sociedade⁴.

Na passagem para o Estado secular, racional, influenciado pelo iluminismo no final do século XIX, o positivismo emerge como a teoria da separação entre direito e moral na fundação das bases do Direito Penal contemporâneo. Três vertentes positivistas postulam, paralelamente, que o direito não *pode*, não *necessita*, ou não *deve* depender da moralidade,

² Ver RASSI, João Daniel; GRECO, Alessandra O. P. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2010; SILVEIRA, Renato de Mello J. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

³ CERVINI, Raúl. Relación entre la etica y el derecho en la actual dinamica legitimadora de la norma penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 118-130, abr./jun.1996.

⁴ Neste sentido, Tomas de Aquino sustentava que uma lei humana não derivada do Direito Natural não seria lei, mas sim corrupção da lei. O dever de cumprir os contratos, por exemplo, seria a consequencia lógica do princípio de que se devem cumprir as promessas. (MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. **Introducción a la teoria del derecho**. Madrid: M. Pons, 2004. p. 193-194).

porém em todas elas a separação entre estas duas esferas deve ocorrer⁵. Ainda assim, a permeabilidade do direito às questões morais permite, ainda hoje, a manutenção de normas jurídicas baseadas na moral, como podemos identificar na proibição, em muitos países, do incesto, do aborto, da comercialização de material pornográfico etc.

É muito importante observar, contudo, que essa relação entre direito e moral não é unívoca, e não corresponde nem à história, nem à essência do direito, pois nem os jusnaturalistas afirmavam existir uma plena correspondência entre direito e moral, como se constituíssem “palavras diferentes para um mesmo conceito”⁶, nem tampouco os positivistas concluíram que o direito pode prescindir de toda moralidade. Isto, pois, mesmo para os teóricos do direito natural, que encontravam a fundamentação do direito e da lei na vontade divina, era possível uma separação, ainda que superficial, entre direito e moral, como corrobora a expressão de Tomás de Aquino, “o castigador da lei humana não pode castigar tudo o que moralmente está proibido”⁷.

No jusnaturalismo de concepção teológica, observa-se que o direito deve, em alguma parte, coincidir com a moral, ainda que reconheça a existência de fatos de natureza estritamente social. Sendo assim, o direito pode não esgotar os conteúdos de ordem moral, mas deve esgotar aqueles necessários para o alcance da justiça⁸.

Nesse sentido, é possível existir direito que não coincida com a moral teológica, porém o *fundamento* do Direito, seu referencial, é a moral cristã. Como nos informa Reale, “tais princípios ou normas do Direito Natural impõem-se de maneira absoluta ao legislador e aos indivíduos, de tal maneira que não se pode considerar Direito qualquer preceito que de modo frontal contrarie as normas do Direito Natural, máxime quando consagradas como leis divina”⁹.

Feuerbach, por sua vez, enquanto principal representante da escola positivista na Alemanha e um dos primeiros pensadores a formular a noção de direito subjetivo, já afirmava que o direito não tinha como fundamento a tutela da moral, mas reconhece que esta é protegida pelo Direito Penal¹⁰.

Um importante marco na separação entre moral e direito de que se tem notícia ocorreu em 1705, com a publicação da obra de Thomasius, (*Fundamenta iuris naturae*

⁵ MORESO; VILAJOSANA, op. cit., p. 195.

⁶ Ibid., p. 120.

⁷ Apud CERVINI, op. cit., p. 121.

⁸ MORESO; VILAJOSANA, op. cit., p. 193.

⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 639.

¹⁰ FEUERBACH, P. J. A. R. von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 57- 64.

et gentium)¹¹, que dividia a ação humana em dois planos: o interno, onde prevalecia a motivação moral do indivíduo, e o externo, manifestado através das suas relações com outros indivíduos. Havendo esta distinção, segundo a doutrina deste autor, era possível a intervenção do Estado coercitivamente, por meio do direito, para exigir um determinado comportamento externo.

Filosoficamente, no entanto, é Kant quem solidifica a ideia de direito independente da moral. Kant exige que, para que uma conduta humana seja considerada moral, esta precisa partir internamente do próprio indivíduo¹². A moral é universal e absoluta, imperativa, não permite exceções de conduta e, o mais importante, não se trata de uma moral divina, mas absolutamente dedutível de uma construção lógica e racional. Assim, somente a própria consciência pode decidir sobre a moral, e nunca a ordem jurídica, de modo que uma ação que represente o cumprimento puramente externo do direito poderia ser um ato revestido de legalidade, mas estaria em completa oposição com a moralidade. O Direito, para Kant, significa o dever de agir conforme as máximas de conduta às quais denomina “imperativo categórico”¹³. O fundamento do Direito é o dever, e o dever se origina da construção racional e lógica. Neste caso, há exterioridade do Direito em oposição à interioridade da moral.¹⁴

Nesta perspectiva, portanto, podemos verificar que se altera o fundamento do Direito, que deixa de ser a moral e passa à construção racional. Radbruch, nesse sentido, observa que:

la diferencia esencial entre el Derecho y la moral estriba en que el Derecho tiene por objeto las relaciones entre personas, mientras que la moral recae sobre el hombre en cuanto individuo.[...] El deber jurídico implica, además, una obligación, no así el deber moral, que es un deber puro y simple, pues no aparece frente a él nadie que pueda reclamar su cumplimiento. El derecho tiene, pues, carácter imperativo-atributivo, la moral, por el contrario, es puramente imperativa¹⁵.”

Radbruch, no entanto, não adota a doutrina kantiana acima esboçada, ao admitir um “direito interior”, dotado de ingerência jurídica em alguns casos de reeducação, como nos casos de detenção de menores infratores. O autor é contrário àqueles que buscam uma fundamentação puramente externa das fontes de validade do direito, por entender que o

¹¹ REALE, op. cit., p. 655.

¹² KANT, **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro [s.d.]. p. 20.

¹³ A conhecida definição do imperativo categórico está no seguinte trecho: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de uma legislação universal”.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 54.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

homem sempre se comporta de acordo com a sua moral, e respeita as normas quando sua consciência as aceita como morais e corretas, e por isso, o direito é, em sua concepção, “la posibilidad de la moral, con lo cual dicho se está que es tambien la posibilidad de lo inmoral, con lo que se distingue de la moral por su contenido”¹⁶.

2.2 DEBATE CONTEMPORÂNEO DA MORAL

O debate contemporâneo, ainda muito vivo, acerca do vínculo entre moral e direito, é um indicativo das persistentes dificuldades para se encontrar a justa medida nesta intrincada relação. Seleccionamos, para este estudo, dois autores chave para a atual filosofia do direito (Hart e Dworkin) que, por métodos distintos, chegam à mesma conclusão: a impossibilidade de tutela de imoralidades pelo Direito Penal.

A interpretação juspositivista de Hart, no tocante ao tratamento da moral, é uma das mais influentes dos últimos anos. Também para esse autor, a relação entre direito e moral apresenta-se historicamente demarcada, através dos debates entre jusnaturalistas e positivistas, acerca do direito como resultado da moral, ou do desenvolvimento da moral influenciado pelo direito.

O autor se propõe, no entanto, a avaliar o problema nos seguintes termos: “O fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com os padrões comuns, é suficiente para justificar a sua punição pela lei?”¹⁷. A sua resposta a esta questão é esclarecedora quanto à relevância atual alcançada pelo autor e também com respeito à pertinência para as questões abordadas neste artigo.

Hart entende que a conduta imoral não poderá ser punida pelo direito e posiciona-se radicalmente contra o que denomina “coerção legal da moralidade”¹⁸. A clara referência à Stuart Mill, e a sua obra clássica *On Liberty*, define o caminho de sua argumentação. Mill sustentava que “o único motivo pelo qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é para impedir que ele cause mal aos outros”¹⁹. Nesse sentido, Hart critica o conservadorismo moral impresso na lei por intermédio da proibição da prostituição, da pornografia e da homossexualidade (lembrando que o autor escreve em 1962).

¹⁶ Ibid., p. 56.

¹⁷ HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Porto Alegre: SAFE, 1987. p. 33.

¹⁸ Ibid., p. 33 e ss.

¹⁹ MILL, Stuart. *On liberty*, cap I, apud HART, op. cit., p. 33.

Hart também tece críticas incisivas ao que chama de “populismo moral”, no sentido de que muitas proibições de condutas sexuais são apresentadas aos cidadãos como uma atitude paternalista do Estado (o que também critica, em linha com seu juízo de cunho liberal exposto na citação acima), com o intuito de protegê-las delas mesmas²⁰. Assim, vislumbra muitas vezes crimes que, sob a aparência da lei paternalista, estão em vigor normas que visam preservar o que uma camada da sociedade entende por moral, ou por correto. Em outras palavras, não se pune porque é necessário, nem para se proteger os cidadãos de sua própria liberdade, mas precipuamente para compelir a moral positiva²¹.

O argumento apresentado nos parece bastante convincente, especialmente quando tece comparações referentes ao *laissez-faire* econômico (“lugar comum na história social”²²), ao contrastar a liberdade conferida ao cidadão para atuar em toda a sorte de relações econômicas e sociais, com a proibição de exercer certas esferas de sua liberdade sexual²³.

Nesse sentido, a autonomia conferida ao indivíduo na esfera pública deverá ser, no mínimo, compatível com o grau de autonomia e independência na tomada de decisões em sua vida privada, especialmente em um contexto social marcado pela exponencial valorização da liberdade e iniciativa do indivíduo. Esta ideia parece inclusive ser semelhante à de Silveira, quando afirma que “não se pode aceitar que uma pessoa adulta não possa atuar livremente quanto ao sexo”²⁴.

Sob uma perspectiva diversa, Dworkin, apesar das críticas que elabora a Hart, também se utiliza da ideia de liberdade para questionar a punição da moral sexual. O autor fundamenta sua teoria na necessidade de tratamento igualitário dos cidadãos pelo Estado e, nesse sentido, a tutela da moral pelo direito implica, por parte do legislador, em uma opção pela tutela da moral de um grupo em detrimento de outro.

Segundo este raciocínio, no tocante à tutela da moral, se não há consenso, ou ao menos opinião majoritária, ou seja, se existem duas opiniões fortemente divergentes na sociedade acerca do mesmo tema, não seria possível a incriminação de determinadas condutas imorais sem romper com o princípio da igualdade: não se trata de avaliar se

²⁰ KÜHL, Kristian. Derecho penal y moral. In ALBRECHT, Jorg et al. (Comp.). **Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2009. p. 197-225.

²¹ Ao comentar um julgado da corte inglesa que condenou uma pessoa que realizava anúncios de prostituição, Hart reforça sua interpretação de que algumas leis são apenas falsamente paternalistas e que se destinam a impor um princípio moral. O autor destaca expressão do juiz de que a lei não se destina a “proteger um homem de outro, seu fundamento lógico pode ser, tão-só, pretender punir a iniquidade moral”, op. cit., p. 50.

²² HART, op. cit., p. 55.

²³ Ibid., p. 56.

²⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 150.

a conduta é moral ou não, mas de escolher qual das duas opiniões deve prevalecer, estabelecer uma relação de superioridade entre posicionamentos equivalentes, o que implicaria, de acordo com sua teoria, em um tratamento desigual e portanto, injusto para os cidadãos que tiveram sua opinião desconsiderada.

Este é o ponto central da tutela de imoralidades na interpretação de Dworkin: a escolha entre opiniões irreconciliáveis. O autor rebate o argumento de que a interferência estatal na conduta sexual atenta contra a sua autonomia e liberdade, indicando que o Estado interfere no campo de autonomia e liberdade dos cidadãos por meio de outras normas, que nem por isso afetam negativamente os seus direitos, nem tampouco podem ser consideradas inválidas. Sendo assim, até reconhece que possa haver hábitos privados que ofendam um interesse público (como indica ser a pornografia)²⁵, porém posiciona-se pelo dever do Estado de abster-se de incriminar essas condutas, com base no direito de “igualdade de atenção e respeito” conferido a todos os cidadãos.

Em sentido semelhante, Rawls argumenta que a justiça, enquanto *equidade*, requer que se evidencie como os modos de conduta interferem nas liberdades básicas alheias ou violam, de certa maneira, alguma obrigação, ou dever natural, antes que possam ser restringidas.²⁶

Por fim, vale ressaltar que Dworkin também é contrário a legislações paternalistas, que visam proteger as pessoas delas mesmas, ou as pessoas em situações vulneráveis, sem que de sua conduta resulte qualquer prejuízo a terceiros, como, por exemplo, a prostituição, a eutanásia, e o suicídio²⁷.

2.3 A MORAL NO DIREITO PENAL SEXUAL

Nas tradições jusnaturalistas e positivistas, até a metade do século XX, muitos dos conceitos morais se confundiam com a própria ideia de justiça, seja na sua acepção proveniente do direito natural, seja do direito positivo de inspiração kantiana. Apenas a título de exemplo, podemos citar Welzel, para quem o direito era pressuposto ético-social do comportamento²⁸. A particular consequência da observação da moral enquanto

²⁵ A matter of principle, conforme citado por GEORGE, Robert. **Entre el derecho y la moral**. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters, 2009. p. 173 e ss.

²⁶ RAWLS, J. **A theory of justice**. Boston, Mass.: Harvard University, 2003. p. 425 e ss.

²⁷ SILVEIRA, op. cit., p. 149.

²⁸ “En esto reside el profundo alcance del Derecho Penal: en tanto cuanto limita sus normas a los elementares deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo del valor ético de una época”. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 6.

objeto de proteção pelo direito foi, na prática, a tutela da ética. Esta referência acabava por justificar a punição de comportamentos que não necessariamente representassem um dano social relevante, ou a ofensa a um bem jurídico (ainda que os autores que adotam este posicionamento elevem a moral à categoria de bem jurídico).

A relação entre a moral sexual e a definição de bens jurídico-penais começa a ser questionada a partir do Projeto Alternativo Alemão, na década de 1960. Roxin, um dos autores do Projeto, contribui em grande parcela com os questionamentos acerca da legitimidade penal para a incriminação de meras imoralidades, noção que continua a ser defendida pelo autor, conforme veremos mais adiante.

A moral sexual passa a ser encarada, nestes debates, como uma opção individual, da qual não deve se ocupar o Direito Penal²⁹, uma vez que, para os autores do Projeto Alternativo, importava saber se a conduta atentava ou não o convívio social, sua potencial lesividade. Sendo assim, condutas eventualmente consideradas imorais por uma parcela da sociedade, mas que não apresentassem uma ofensa ou ameaça ao mencionado convívio, não poderiam ser criminalizadas, dentre elas o mais emblemático exemplo combatido pelos autores foi crime de homossexualidade, vigente no Direito Penal alemão até a década de 1970. Neste sentido, o combate às imoralidades como bem jurídico penal esteve em grande parte relacionado à consolidação dos princípios da subsidiariedade e intervenção mínima do Direito Penal³⁰. Em consequência deste movimento iniciado nos anos 1970, países como Alemanha³¹, Espanha³², e agora o Brasil, adotaram reformas na legislação penal, buscando maior independência em relação à moral³³.

²⁹ Noticia Roxin que “durante mucho tiempo constituyó un tema principal de la polémica político-criminal la cuestión de si se puede lícitamente castigar tales acciones meramente inmorales, pero no lesivas de bienes jurídicos”. op. cit., p. 52.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2006. p. 224-235.

³¹ Com a reforma de 1973 do Código Penal Alemão, os delitos sexuais tiveram seu título alterado de “Delitos graves e menos graves contra a moralidade” para “Delitos contra a autodeterminação sexual”, reduzindo o número de crimes sexuais. ROXIN, op. cit., p. 53.

³² García Conlledo nos informa que foram abolidas em 1978, na Espanha, os crimes de adultério, estupro e rapto consentidos, e abandonam a exclusividade da mulher como sujeito passivo dos crimes de estupro (Leis 22/78 e 46/78), modificações estas que só ocorreram no Brasil em 2009, com a Lei 11.006. GARCÍA CONLLEDO, Miguel Dias. Delitos contra la libertad sexual: libertad sexual o moral sexual? In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Víctor Gómez (Coord.). **Nuevas tendencias em política criminal**: una auditoría al código penal español de 1995. Montevideo/Buenos Aires: B de F; Julio Cesar Faria, 2006. p. 182.

³³ “La nueva ley importa un cambio de paradigma del bien jurídico afectado por estos delitos. La honestidad era el objeto jurídico comprometido en el sistema anterior, y había sido interpretada en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio y, desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales, como la inexperiencia sexual”. CASARIEGO, Julio López, DE LUCA, Javier A. Delitos contra la integridad sexual. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 24.

O cenário atual da doutrina, no entanto, não é de consenso. Não há unanimidade na definição de condutas que podem ou não ser consideradas imorais, nem tampouco consenso acerca da efetiva deslegitimidade da moral para figurar como bem jurídico.

Assim, parte da doutrina não nega a possibilidade de punição de algumas condutas que atentam contra a moral social, ou seja, não chega a sustentar que todas as meras imoralidades devam ser descriminalizadas. Um exemplo desta linha de pensamento é encontrado no já citado Claus Roxin. Para o autor, a moral e a ética não tem efetivamente o condão de justificar tipos penais³⁴, mas sustenta que este entendimento deve ser matizado para se observar a potencialidade de lesão a bens jurídicos. De acordo com este entendimento, há a possibilidade de que a descriminalização de todas as imoralidades represente, por exemplo, um desrespeito às confissões religiosas, ou ameaça ao livre desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, ou ainda uma autorização tácita por parte do Estado para a prática de atos sexuais em público³⁵.

Mais relevante, portanto, é a possibilidade de que uma conduta moral possa lesar bens jurídicos de terceiros, que não estejam necessariamente relacionados com a moral, como é o caso da tutela dos interesses de crianças e incapazes. Nesse sentido, Roxin afirma que:

la falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico; pues el [Código Penal Alemão] castiga, sin que nadie lo objete, meras lesiones de sentimiento de piedad (par. 68) o suscitar escándalo público (par. 183A), a pesar de que en esos casos los daños están solo en el terreno del mundo de los sentimientos y del decoro.³⁶

Um posicionamento mais recente da doutrina, no entanto, põe em questão a existência de quaisquer condutas morais como *fundamento* do Sireito Penal. É esta a perspectiva defendida por Silveira:

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 com um limite intransponível ao legislador e que não é aceitável que um Direito Penal não tutele bens, mas somente normas éticas e morais³⁷.

³⁴ De acordo com Roxin, não somente a moral está desautorizada a fundamentar o Direito Penal, mas também a ética, quando desamparada de qualquer lesão a bens jurídicos: “la ética social sólo es significativa para el derecho penal en el ámbito de la protección subsidiaria de bienes jurídicos, pero no puede fundamentar de forma independiente ninguna punibilidad.” Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. In: ROXIN, Claus. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 59, n.1, p.5-24, jan./dez. 2006. Citação à p. 16.

³⁵ Nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Thomson, Civitas, 2007. v. 1, e Rassi e Greco, op. cit.

³⁶ ROXIN, Claus. op. cit. p. 54.

³⁷ Ibid., p. 163.

A moralidade pública, como comenta também Silveira³⁸, é ofendida de muitas formas, quando os mais variados tipos de crimes são praticados, como o homicídio, a lesão corporal, a corrupção etc., mas devemos nos atentar ao fato de que, segundo a perspectiva do autor citado, estes crimes não foram criados para *proteger a moralidade pública*, senão para *tutelar outros bens jurídicos*. Isso não significa dizer que todas as condutas que possam encontrar um referencial moral devam ser abolidas, mas sim que a moral, unicamente, não pode ser fundamento para a definição do bem jurídico. O cerne da crítica de Silveira reside, portanto, no fato de que a moralidade, por si só, é tida como suficiente para justificar a criminalização.

No tocante a este último posicionamento crítico, o que podemos observar, por ora, é que ele é relativamente consensual na doutrina, isto é, há ampla aceitação da ideia de que o Direito Penal está impedido de se basear exclusivamente na moral a fim de justificar a punição de condutas irrelevantes para o convívio social. Assim, como adverte Rassi³⁹, não obstante haja uma ampla coincidência entre a moral e o direito, este não deve se pautar por aquela, sendo tarefa da política criminal delinear onde a moral pode ou não ser tutelada pelo Direito Penal. Esta concepção é compartilhada por Silveira, quando afirma que “o discurso jurídico, sem dúvida, como sustentam Habermas e Alexy, pode ser parte do discurso moral, mas nunca de forma dependente deste.”⁴⁰

3 BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES SEXUAIS

A contraposição entre direito e moral, e a longa trajetória doutrinária para estabelecimento de um limite de interposição entre ambos se refletiu também na evolução do conceito de bem jurídico protegido nos crimes sexuais. A definição do conteúdo do bem jurídico, por sua vez, reflete a tentativa histórica de conferir uma fundamentação material e objetiva ao Direito Penal⁴¹.

Como já mencionado, nos autores do Direito Penal clássico, o Direito Penal deveria se fundar em valores ético-sociais, e por consequência os bens jurídicos deveriam abranger a moral e a ética predominante. Para estes autores, a moral sexual é defendida como bem

³⁸ Ibid., p. 143 e ss.

³⁹ RASSI, João Daniel; GRECO, Alessandra O. P. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

⁴⁰ SILVEIRA, R. de M. J. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 124.

⁴¹ RASSI; GRECO, op. cit., p. 38 e ss.

jurídico, que no tema em questão se resumiria à honra sexual. Bettiol defendia a ideia de danosidade social do fato, entendendo que o Direito Penal, ao consagrar valores de uma determinada época, acabava por encontrar nesses valores a sua fundamentação⁴².

Binding distinguia o bem jurídico dos crimes sexuais – a honra sexual – em três características: regulamentar a vida sexual dentro dos costumes, impedir a sua utilização como instrumento de luxúria e evitar o desenvolvimento e satisfação dos impulsos sexuais que pudessem ofender a honra sexual alheia. É interessante observar aqui que Binding defendia também a incriminação de condutas que a consciência moral geral considerasse reprovável, e confundia as violações de cunho violento com violação da moral.⁴³

Feuerbach identifica as primeiras noções de direitos subjetivos que devem ser protegidos pelo Estado ao elaborar o Código Penal da Baviera, em 1813. Tem inspiração em Kant, no tocante à ideia de que a liberdade de um ser racional não pode interferir na liberdade de outro, mas difere radicalmente nas concepções de moral e direito, e ainda na noção de direito subjetivo. Apesar de não resolver a questão dos crimes que não ofendiam direitos subjetivos, contribui para dar um substrato de direito material e idealizar uma função da pena. Feuerbach realiza uma separação entre direito e direito natural e realiza uma distinção entre moral absoluta e moral jurídica. Com isso, sustenta que os direitos não se configuram como premissas morais, visto que devem incluir também premissas imorais (é constituído de premissas morais e imorais ao mesmo tempo).⁴⁴

Birnbaum contrapõe-se a Feuerbach, buscando uma concepção material, e não subjetiva de delito. Amplia as possibilidades da pena, e ao mesmo tempo a restringe, impedindo a tipificação de noções abstratas como segurança social e ordem⁴⁵. Binding, em seguida, ao desenvolver as teses do positivismo normativo jurídico nos tipos penais, exacerba a noção de direito autorreferencial, de sistema fechado, ao entender a função da pena como validação da norma por meio de raciocínios metafísicos. Para Binding, a validade do direito é encontrada nele mesmo, na hierarquia de construção da norma, alheio às referências materiais oriundas do bem jurídico, em aberta oposição a Feuerbach.

O abandono teórico da busca por referências materiais do Direito Penal se prova, contudo, de curta duração. A questão é retomada por Von Liszt, ao buscar respaldo na definição de bem jurídico enquanto interesse juridicamente protegido. O jurista alemão, no entanto, não chega a definir quais seriam estes interesses que ele denomina “interesses

⁴² SILVEIRA, op. cit., p. 155.

⁴³ Ibidem, p. 156.

⁴⁴ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 13- 26.

⁴⁵ RASSI; GRECO, op. cit., p. 42.

humanos vitais”⁴⁶. Para Von Liszt, o bem jurídico se resumiria a apenas dois aspectos nos crimes sexuais: a liberdade sexual e o sentimento moral⁴⁷.

Mais recentemente, Karl Natscheradetz traçou novos contornos para o conteúdo do Direito Penal sexual, indicando como bem jurídico legítimo destes crimes a autodeterminação sexual.

A autodeterminação sexual, no entendimento do autor, teria duas manifestações: de um lado a “positiva” ou “dinâmica”, e de outro a dimensão “passiva” ou “estática”. O autor postula, ainda, paralelamente à autodeterminação, o bem jurídico “liberdade sexual individual”, que se refere à liberdade de práticas sexuais pelos cidadãos.

A liberdade positiva consiste no direito que cada indivíduo possui de dispor livremente do próprio corpo para fins sexuais, respeitando-se a autonomia pessoal para decidir sobre seus atos, ao passo que a face passiva da autodeterminação sexual estaria centrada no direito de que ninguém seja obrigado a sofrer intromissões físicas ou morais para a realização de atos sexuais⁴⁸, na preservação da integridade física e psíquica dos sujeitos que não consentiram à prática de qualquer ato sexual. Autodeterminação, assim, de escolha das próprias práticas sexuais. Esta face negativa (passiva) da liberdade sexual é enfatizada pela doutrina, e é o principal objeto de proteção do Direito Penal sexual, pois a função deste é justamente evitar e punir os atentados contra a liberdade passiva.

A reflexão acerca da liberdade ativa, no entanto, ainda caminha a passos mais lentos, e muitas vezes a tutela desta liberdade encontra resistência teórica e legislativa. Esta resistência pode ser inferida como um resquício da concepção moralizante que perpassa o Direito Penal, no contexto das discussões já apresentadas, ou pode ainda ser interpretada como a criticada concepção de direito paternalista, combatido por Hart.

A proteção penal da liberdade passiva suscita a questão da legitimidade da tutela penal para garantir a livre disposição do próprio corpo de acordo com a vontade do sujeito, tendo em vista a aceitação social das condutas sexuais:

Es en este sentido en que se puede hablarse de libertad sexual, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo, o de reserva, como el derecho a decir ‘no’ a diversas expresiones de contenido sexual. De otro modo, si se lo entendiese como esa misma libertad pero en sentido positivo, se caería en el absurdo de postular que cualquier persona tiene el derecho a tener trato sexual con los demás, y, con ello, a exigirlo.⁴⁹

⁴⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. p. 93-129.

⁴⁷ SILVEIRA, op. cit., p. 157.

⁴⁸ Ibid. p. 168.

⁴⁹ LOPEZ CASARIEGO, Julio; LUCA, Javier Augusto de. **Delitos contra la integridad sexual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 28.

Ainda assim, no entendimento de Natscheradetz, para que a ação penal seja legítima, é necessário haver gravidade e relevância do dano, e, somente aqui, o autor admite uma remissão à ética sexual da sociedade em que a conduta foi praticada, para que se determine a aptidão desta em provocar ofensa à liberdade sexual⁵⁰.

A gravidade do dano, dessa forma, não se baseia na agressão da moral social ou coletiva (pudor), mas na relevância que uma ação sexual precisa revestir para provocar grave limitação da liberdade sexual no indivíduo. Ilegítima, portanto, a punição de condutas sexuais quando não houver qualquer risco à convivência social, devido à inexistência de consenso social que subsidie a intervenção do Direito Penal nessa seara⁵¹.

A consequência da conclusão de Natscheradetz de que o bem jurídico passível de proteção pelos crimes sexuais seria a livre *autodeterminação sexual*⁵² é o fato de que restariam excluídos do Direito Penal condutas que não atentassem contra este bem jurídico, como a produção e comercialização de pornografia, a homossexualidade, e o delito de ato obsceno.

Este posicionamento é, em parte, seguido por Silveira, que postula também a *autodeterminação sexual* como legítimo bem a ser tutelado pelo Direito Penal, conjugada com a *liberdade sexual* (no sentido de que o exercício da liberdade sexual pressupõe certo grau de autodeterminação em sentido amplo, como nos casos de incapazes ou doentes mentais). Afirma que “o que realmente deve ser garantido e protegido pelo Direito Penal é a ideia de autodeterminação sexual, já que esta, por óbvio, se reflete em condições de condutas proativas.”⁵³ Silveira, no entanto, não defende absolutamente a desregulamentação do delito de ato obsceno, ao entender que, com a defesa da autodeterminação para os crimes sexuais, não se pode sustentar a desconsideração das confissões religiosas, de modo que certas condutas sexuais capazes de perturbar a paz pública, mereceriam “certo grau de controle administrativo”⁵⁴.

⁵⁰ “Apenas se recorre à ética sexual vigente para determinar as características em termos de relevância que uma ação sexual deve revestir, para que possa afirmar sua aptidão para provocar nas pessoas uma grave limitação da sua liberdade sexual”. O Direito Penal sexual, apud RASSI, João Daniel; GRECO, Alessandra, op. cit., p. 56.

⁵¹ RASSI; GRECO, op. cit., p. 56.

⁵² RASSI; GRECO, op. cit., p. 54.

⁵³ SILVEIRA, op. cit., p. 168.

⁵⁴ Id., p. 145.

3.1 AS IMORALIDADES NO DIREITO PENAL

Tendo em vista os esforços de Roxin, de buscar a identificação do conteúdo material do Direito Penal, o foco no bem jurídico é sumamente relevante para definir quais são os bens que trazem consigo este conteúdo material. A função do Direito Penal, na elaboração de Roxin, é a proteção subsidiária de bens jurídicos sem prejuízo dos direitos humanos. Dessa forma, se o Direito Penal só deve tutelar subsidiariamente bens fundamentais, não haveria espaço para a incriminação de condutas que atentassem exclusivamente contra a moral, e a perspectiva de um Direito Penal material afastaria, de plano, quaisquer referências morais no campo de condutas criminalizáveis. A proposta de Roxin postula a neutralidade do Direito Penal sexual em relação à moral, e o autor vai aos poucos restringindo a permeabilidade da moral no direito no decorrer de sua obra.

No estudo geral de Direito Penal (*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, traduzido para a língua espanhola com o título *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*), o conteúdo moral que Roxin exclui, categoricamente, da proteção do Direito Penal é a imoralidade⁵⁵, por entender que esta não lesiona bem jurídico algum. Assim, se as imoralidades não tem capacidade lesiva relevante, estas não poderiam ser criminalizadas, tampouco poderia a moral ser traduzida em bem jurídico. Afirma o autor que, algumas ações, especialmente no tocante ao Direito Penal sexual, ainda que consideradas imorais,

si son realizadas por personas adultas y em caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni 'derechos' individuales ni 'bienes' en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos. En ellas falta 'una real capacidad lesiva.

Sendo a moral despida de legitimidade para exigir a proteção penal, cabe-se questionar qual a solução arquitetada pelo autor nos casos de ordenamentos, como o brasileiro, que tutelam a moral pela via criminal (veja-se o crime de ato obsceno). Apesar de não se posicionar abertamente sobre a nulidade destas leis, Roxin nos fornece uma saída que ultrapassa a norma penal e vai ao encontro do processo legislativo, baseado no Estado democrático de Direito: não admite de nenhuma forma a inclusão de valores ou leis morais na formação do bem jurídico, e afirma que "la protección de normas morales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta in practica"⁵⁶.

⁵⁵ A imoralidade, para Roxin, é aquela conduta realizada de comum acordo, e não em público. (V. ROXIN, op. cit., p. 57)

⁵⁶ ROXIN, op. cit., p. 63

A construção do bem jurídico, nesse sentido, não aceitaria concepções morais dominantes como fundamentadoras do bem jurídico, uma vez que são demasiado imprecisas e amplas para conferir um referencial à norma e, ademais, excluem o direito e representação das minorias. Nesse sentido, a incriminação de condutas homossexuais, p.e., teria um duplo efeito deletério: criar conflitos sociais desnecessários⁵⁷ e estigmatizar as pessoas alvo do delito.

É importante ressaltar, no entanto, que Roxin afirma que o fato de ser negado ao Direito Penal proteger a moral não significa que ele não possa proteger alguns sentimentos ou concepções valorativas gerais, como o respeito aos mortos, o sentimento de piedade e o escândalo público, e sustenta:

El que denigra publicamente la confesión ideológica de otro, o sustrae restos cadavéricos, o realiza acciones sexuales en público, por la indignación que con ello provoca en el afectado o en la comunidad perturba la paz pública, sin la que tampoco puede existir un sistema social liberal.⁵⁸

Em escritos mais recentes, Roxin busca identificar como se determina quais os comportamentos intolerantes e que precisam de pena, e passa a abordar a questão das imoralidades sob uma perspectiva mais restritiva. Segundo o autor, a legislação receberia a influência de quatro esferas sociais para a configuração do tipo, que devem ser observadas com cautela pelo legislador penal: a política, a filosofia, a moral social e a religião.

A política pode assumir, muitas vezes, o protagonismo na criação de tipos penais, pois pode ter um caráter determinante na proteção de alguns bens jurídicos, como no caso de crimes ambientais ou do aborto⁵⁹. Vários países regulam (permitindo ou proibindo) de diversas formas o aborto, de forma a revelar, sobretudo, uma decisão política. Mas o autor alerta para o limite desta atuação política no Direito Penal, com a ressalva de que um Direito Penal completamente politizado é fruto de um estado totalitário. Tão relevante quanto a política são as correntes filosóficas que contribuem para as constantes reformulações do Direito Penal.

⁵⁷ Id., p. 57.

⁵⁸ Id., p. 54.

⁵⁹ No caso do aborto, acaba admitindo que o Direito Penal precisa de um mínimo de valores da sociedade, “ya que el derecho penal sólo puede sustentar la paz social allí donde es aceptado por los seres humanos como garante de un orden de justicia material” Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. Roxin. Dependencia e independencia del derecho... **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 59, p. 5-24, jan./dez. 2006. Citação à p. 11.

Outros dois elementos que Roxin considera relevantes para a configuração dos tipos penais em uma sociedade são a religião e a moral social. Estes dois últimos, como lembra Roxin, são os fatores que devem ser isolados da criação de tipos penais. Isto pois a moral social, além de defender o controle punitivo das “meras imoralidades” (que, como já exposto, não lesionam qualquer bem jurídico), exige a imposição, através da pena, de um padrão de comportamento de determinada parcela dos cidadãos, resultando em delitos como o de adultério ou o controle de escolhas e comportamentos sexuais. Do mesmo modo a religião deve ser afastada da discussão legislativa penal, pois dificulta o debate científico, e reclama pela incriminação de atos com base em dogmas religiosos, como é o caso dos crimes de eutanásia ou de manipulação genética.

Em comparação com as delimitações que Roxin traçava para a influência da moral no direito, parece-nos que sua interpretação tende a tornar-se mais restritiva, tendo em vista que, em seu curso de Direito Penal, excluía a legitimidade dos delitos que se ocupassem de *meras imoralidades*. No texto que acima apresentamos, as perspectivas de interferência da moral no direito são ainda mais estreitas, estendendo-se também à limitação das concepções religiosas e enfatizando o papel da política no esvaziamento de condutas morais do Direito Penal.

Como consequência, o autor passa a limitar os delitos sexuais relacionados à possível ofensa da moral somente quando atingirem um bem jurídico mais relevante, em apenas três hipóteses: a) quando perturbar o desenvolvimento sexual de crianças e jovens; b) quando existirem perigos para saúde; ou c) quando se atacar a liberdade sexual (negativa) de alguém. Todas as outras possíveis condutas de cunho moralizante, além das meras imoralidades deveriam, a seu ver, ser excluídas do Direito Penal.

Nas palavras do autor:

“pero en todo lo demás que se refiera a cómo una persona adulta da su consentimiento a otro interesado en su cuerpo e su sexualidad, es una cuestión privada y no puede ser objeto del derecho penal, puesto que no se apresia en que medida es lesionada de este modo la convivencia libre y segura de los seres humanos”⁶⁰.

Por meio desta proposta, o autor procura limites ainda mais restritos para o conteúdo material do Direito Penal sexual e indica que a tutela penal desta categoria de delitos pode despojar-se do conteúdo moral, apontando bens jurídicos mais relevantes que necessitem de proteção. Legítima seria, dessa forma, a tutela dos casos em que houvesse ofensa à liberdade de autodeterminação da vítima, a preservação do desenvolvimento saudável da sexualidade de crianças e jovens, e aos casos de saúde pública.

⁶⁰ Id., p. 18.

A indicação destes direitos como bens legítimos de proteção permite uma restrição dos crimes sexuais à tutela de condutas que encontram um referencial material. Nos casos de saúde pública, pode-se sugerir a regulamentação de práticas sexuais somente quando estas representem uma ameaça à integridade física de uma coletividade, como nos riscos de contágio venéreo. Roxin também adota a posição de Natzschetadetz no tocante à autodeterminação sexual como referência do bem jurídico e, o mais importante, a nosso ver, é a possibilidade que o autor abre para a descriminalização do ato obsceno quando não atentar contra a autodeterminação, ou seja, quando não houver ofensa.

Desenvolvendo-se esta proposta, restaria-nos como legítima a incriminação da prática de atos sexuais que atentem contra a liberdade passiva somente quando estas interferissem no livre desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes.

A condição da vítima menor de idade nos delitos sexuais também é enfatizada pela doutrina espanhola:

Así las cosas, para la determinación del bien jurídico, parece lo más razonable distinguir según el sujeto pasivo sea menor de dieciséis años, deficiente mental o mayor de aquella edad. En el primer caso, puede centrarse en el interés social o individual en que obtengan un adecuado proceso de formación, en que se ampare su interioridad y, en el segundo, en el derecho de la intimidad. Por consiguiente [...] puede cifrarse en la intimidad el bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa.⁶¹

Sem perdermos de vista que se trata de uma posição doutrinária, com as limitações a ela inerentes, e da necessidade de adequação das legislações nacionais à tais propostas, esta evolução do pensamento de Roxin reflete em grande parte o posicionamento da doutrina, buscando conferir maior certeza e garantia da subsidiariedade na aplicação do Direito Penal. Focaremos a questão dos fundamentos para a criminalização do ato obsceno detalhadamente no item a seguir.

4 IMPLICAÇÕES DO DEBATE ACERCA DA MORAL NO DIREITO PENAL SEXUAL: A QUESTÃO DO ATO OBSCENO

Para Rassi e Greco, o problema em se considerar somente a liberdade, ou a autodeterminação sexual, como únicos bens jurídicos legítimos de tutela pelo Direito Penal reside precisamente na dificuldade de incorporar o delito de ato obsceno no rol

⁶¹ BERENQUER, Enrique Orts. **Delitos contra la libertad sexual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 49-50.

de crimes sexuais. O ato obsceno, na visão dos autores, destina-se a evitar manifestações sexuais ofensivas expostas ao público (podemos pensar, aqui, na prática sexual realizada dentro de um meio de transporte coletivo, ônibus ou avião, por exemplo, onde não há sequer a possibilidade de deixar o local). Para os autores, “quando o comportamento sexual se dá em lugar diverso do privado, sua punição se justifica em nome justamente da autonomia individual, seja dos adultos que não têm obrigação ou que não consentem em presenciar exposições de sexualidade alheia, seja de crianças ou outras categorias de pessoas vulneráveis”⁶².

O bem jurídico tutelado seria então a *dignidade sexual*, abrangendo, nesse sentido, todos os delitos que se encontram fundados na autodeterminação sexual, *somados à proibição do ato obsceno*. Este posicionamento encontra respaldo também na doutrina espanhola, que não limita o bem jurídico sexual à autodeterminação: “Se sostiene que el interés comprometido en estos delitos es la libertad, integridad y dignidad físico-sexual, la reserva sexual, el normal ejercicio de la sexualidad asentado sobre la libertad del individuo”⁶³.

No tocante ao delito de ato obsceno, que constitui por si só um amplo campo de discussões no interior do Direito Penal sexual, a posição dos autores mencionados não é, todavia, radicalmente diferente, tendo em vista que Silveira, ao postular a autodeterminação sexual, também não consente que restem sem tutela – ainda que administrativa – os atos de cunho sexual praticados em público. Da mesma forma, Rassi e Greco sustentam que deve haver um bem jurídico mais amplo protegido nos crimes sexuais, de forma a abrigar a conduta de ato obsceno (com a ressalva de que a tutela penal só pode se ocupar de condutas praticadas em público, e nunca daquelas realizadas na esfera privada dos cidadãos).

Silveira introduz, para este fim, a noção de autodeterminação *estática* que residiria no direito do indivíduo de não ser *forçado* a presenciar ou participar de atos sexuais contrários à sua vontade (tanto que admite o controle penal ou administrativo destas atividades, como acima mencionamos). Rassi e Greco, por sua vez, postulam que esta significa “a faculdade que o indivíduo tem de não *suportar* de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade”⁶⁴. Em suma, ambos chegam a conclusões muito próximas no tocante à autodeterminação, restando entre estes a divergência acerca da tutela penal do crime de ato obsceno. Como sustentam que a ofensa a terceiros que pode

⁶² RASSI; GRECO, op, cit., p. 61.

⁶³ LÓPEZ CASARIEGO, Julio; LUCA, Javier A de. **Delitos contra la integridad sexual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 26.

⁶⁴ Id., p. 55.

ser causada pelo ato obsceno não atinge a autodeterminação (pois a vítima não é forçada a agir contrária a sua vontade), Rassi e Greco chegam à conclusão, que já relatamos acima, de que o bem jurídico penal deve ser ampliado (representado a dignidade sexual).

Podemos perceber, desta forma, que o ponto de contato entre as duas teses reside na abrangência que se dá à noção de “autodeterminação sexual”, isto é, a incorporação de sua acepção estática ou passiva. Rassi e Greco, como colocamos, recorrem à ideia de dignidade sexual. Entretanto, esta pode ser interpretada segundo diversas acepções, tanto no viés moralizante, com o fim de incriminar condutas sexuais consideradas “indignas”, quanto em sua vertente mais restritiva, conectada à noção de dignidade humana, como postulam os autores. Esta interpretação mais “restritiva” do conceito de dignidade sexual não significa a tutela da moral, mas sim a proteção de um conjunto de garantias, positivas e negativas (no sentido da liberdade positiva e negativa acima descrita), direcionada à proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, dignidade sexual refere-se diretamente à dignidade humana e, sendo assim, os limites à intervenção penal devem ser buscados no conjunto de direitos fundamentais elencados na Constituição.

Esta discussão é especialmente relevante para a legislação nacional que, por meio da lei n. 12.015/09, adotou precisamente a “dignidade sexual” como bem a ser protegido. A nosso ver, no entanto, a indefinição conceitual inerente ao termo “dignidade”, utilizada para definir a gama mais ampla possível de direitos, mas que, por conta de sua abrangência, acaba por se tornar vaga, pode acarretar uma expansão dos delitos sexuais para além do delito de ato obsceno, se assim desejar o legislador. Em suma, a expressão “dignidade sexual”, e mais precisamente, a possibilidade de tutela de “moralidades substantivas⁶⁵”, isto é, a preservação de uma moral coletiva, abre o Direito Penal sexual para um conteúdo moralizante incriminador.

Não se trata aqui de proceder a discussões meramente terminológicas, sem conteúdo prático, mas de uma questão central para o tema da limitação da atuação do Direito Penal no campo sexual. Assim, em síntese, pensar o bem jurídico na forma de dignidade sexual abre a possibilidade de incriminação de outras condutas sexuais atribuindo ao Direito Penal o papel de guardião da moral de uma parcela da sociedade (“pudor público”, na expressão de Rassi e Greco⁶⁶). Como no caso do crime de escrito ou objeto obsceno, a

⁶⁵ Sustentam os autores: “[...] as manifestações sexuais ocorridas no espaço público não recebem o mesmo [...] grau de tolerância ou aceitação. Os resquícios de moralidade sexual substantiva endossados pelo Direito Penal que pune, por exemplo, relações sexuais no espaço público sob o tipo penal de ato obsceno, por sua vez, são prova desta última afirmação. E não há qualquer contradição em se admitir a tutela dessas moralidades substantivas, com a afirmação de que a normatividade se baseia na ampliação das esferas de autonomia e de liberdade do indivíduo, e no aumento da tolerância social”. RASSI; GRECO. op. cit., p. 60.

⁶⁶ Id., p. 172.

incriminação se dá sem que a conduta tenha necessariamente causado ofensa relevante à autonomia sexual da vítima (pensemos no exemplo de alguém que urina na rua, em público, portanto, e seja surpreendido pela autoridade policial sem que qualquer outra pessoa tenha presenciado o ato).

A defesa do bem jurídico enquanto “autodeterminação sexual”, ou “liberdade de autodeterminação”, por sua vez, traz a possibilidade de diminuir significativamente a criação de crimes sexuais, por permitir a melhor identificação das práticas incriminadas e reforçar os princípios penais da subsidiariedade, fragmentariedade e legalidade. O conceito de “autodeterminação”, porém, não dá conta da regulação dos atos obscenos, o que, por sua vez, seria um argumento para abolição pura e simples deste tipo penal.

Paralelamente, contudo, tampouco parece razoável permitir que alguém imponha a outras pessoas que sejam expectadoras de práticas sexuais contra sua vontade, de modo que uma regulamentação normativa faz-se necessária. Para isso, entendemos ser possível restringir a conduta do ato obsceno através da transformação do tipo penal, exigindo-se *uma conduta material* para sua configuração.

O crime de ato obsceno está descrito no artigo 233 do Código Penal: “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Pena: detenção de 3 meses a 1 ano e multa”. É um delito formal, que se consuma “com a prática efetiva do fato, independentemente de que alguém se sinta ofendido⁶⁷”. A transformação do tipo em crime material exigiria, para sua configuração, *o efetivo constrangimento da vítima como condição necessária à ação penal*.

Em outros termos, o tipo material do delito de ato obsceno demandaria a real provocação de constrangimento na vítima, cabendo a esta a iniciativa da representação para propositura de ação penal pelo Ministério Público, isto é, assumiria a forma de “ação penal condicionada à representação”, à semelhança de outros tipos penais que atentam contra a liberdade sexual. A proposta de exigência de resultado material para o ato obsceno pode restringir o bem jurídico protegido nos delitos sexuais à autodeterminação sexual, sem deixar de tutelar as vítimas que se sentirem constrangidas diante de tais atos. A análise deste constrangimento poderá pautar-se por fatores subjetivos e características pessoais da vítima (à exemplo dos crimes contra a honra) e objetivos (sociais), seguindo-se, neste aspecto, a sugestão de Natscheradetz de considerar-se a ética vigente em determinada sociedade no tocante às práticas sexuais para determinar-se o grau de inadequação da conduta.

⁶⁷ DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 725

Em suma, o bem jurídico politicamente eleito para nortear a composição dos crimes sexuais estaria restrito à autodeterminação sexual, sendo necessária a adequação dos tipos que compõe o capítulo destes crimes a condutas materiais, dotadas de relevância penal, e o mais distanciadas quanto possível da tutela de qualquer padrão moral.

A proposta coaduna-se com uma interpretação mais restritiva do bem jurídico penal, sem deixar de tutelar a vítima efetivamente ofendida por condutas sexuais realizadas em local público. Na prática, significaria a substancial redução do número de casos de aplicação do tipo (pois nos mostra a jurisprudência que uma parte dos delitos de ato obsceno é representada por flagrantes policiais de atos sexuais praticados no interior de veículos, muitas vezes à noite e em local ermo, ou autuação de casos de micção em local público, e ainda de casos de travestis ou prostitutas processados por conta dos trajes com que se exibem na rua).⁶⁸

CONCLUSÃO

A retrospectiva histórica apresentada forneceu-nos um contexto, ainda que breve, do debate em torno da separação entre moral e direito, e abriu o espaço de reflexão acerca da materialização deste conflito nas legislações nacionais. A maior ou menor aproximação do Direito Penal sexual da moral também foi vista sob a ótica da definição dos bens jurídicos, ou seja, na perspectiva de que quanto maior a interrelação da moral com o direito, mais fluidos e indeterminados são os bens tutelados.

Observou-se também a crítica da filosofia contemporânea à moral, na forma como elaborada por Hart e Dworkin, com vistas a contribuir com o pensador do Direito Penal com argumentos para a restrição da moral nos limites estabelecidos para o bem jurídico. Como visto, para Hart, se há uma ampla esfera de liberdade conferida ao indivíduo nas suas interações públicas (especialmente no contexto econômico), esta deve ser, no mínimo, igual à liberdade de que desfruta o indivíduo no campo privado, daí a impossibilidade de tutela de condutas sexuais. No mesmo contexto, Dworkin argumenta sobre o perigo de legislações sob o disfarce de paternalismo de Estado para tutelar a moral de uma parcela da sociedade.

Sob esta reflexão, os bens jurídicos necessariamente devem ser reduzidos ao limite do mínimo moral tutelável, conforme as apresentadas teorias. O bem jurídico pode ser

⁶⁸ Id., p. 726.

definido, em suma, como a dignidade sexual, a liberdade sexual e a autodeterminação, contemplando esta última duas esferas: a liberdade positiva (de livre disposição do corpo) e negativa (de preservar-se contra ataques à integridade sexual).

Roxin nos indica um próximo passo para a redução da tutela sexual ao restringir, paulatinamente, sua interpretação acerca do conteúdo das meras imoralidades, até fornecer-nos um conjunto de direitos que considera legítimos para figurarem como bem jurídico nos crimes sexuais: a proteção da liberdade sexual (negativa), proteção da saúde pública e do livre desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Por fim, este debate aproxima-se da reforma legislativa brasileira, em que o delito de ato obsceno foi utilizado como exemplo para a ponderação entre os posicionamentos da doutrina nacional acerca do tema. O conceito de dignidade sexual, tal como defendido por parcela da doutrina e como indicado no próprio título penal, é criticado, tendo-se em vista a sua amplitude e a possibilidade que abre para a incriminação de outras condutas morais.

A proposta que se apresentou, ao final, é a transformação do delito de ato obsceno em crime sujeito à representação ao Ministério Público para que se inicie ao processo penal.

REFERÊNCIAS

- BERENGUER, E. O. **Delitos contra la libertad sexual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- CASARIEGO, J. L.; DE LUCA, J. A. **Delitos contra la integridad sexual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- CERVINI, R. Relación entre la etica y el derecho en la actual dinamica legitimadora de la norma penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 119-130, abr./jun. 1996.
- DELMANTO, C. et al. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2006.
- FEUERBACH, P. J. A. R. von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- GARCÍA CONLEEDO, M. D. Delitos contra la libertad sexual: libertad sexual o moral sexual? In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; MARTÍN, V. G. (Coord.). **Nuevas tendências em política criminal: una auditoría al Código Penal Español de 1995**. Montevideo; Buenos Aires: B de F; Julio Cesar Faria, 2006.
- GEORGE, R. **Entre el derecho y la moral**. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.
- HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Porto Alegre: SAFE, 1987.
- KANT, I. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro [s.d.].
- KÜHL, Kristian. Derecho Penal y moral. In: ALBRECHT, H-J. et al. (Comp.). **Criminalidad, evolución del derecho penal y critica al derecho penal en la actualidad**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2009. p. 197-225.
- LISZT, F. von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.
- MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. **Introducción a la teoria del derecho**. Madrid: M. Pons, 2004.
- RADBRUCH, G. **Introducción a la filosofia del derecho**. Bogotá: Fondo de Cultura Economica, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RASSI, J. D.; GRECO, A. O. P. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, J. **A theory of justice**. Boston, MA.: Harvard University, 2003.
- SILVEIRA, R. de M. J. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROXIN, C. Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofia, la moral y la religión. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, v. 59, n. 1, Madrid, p. 5-24, jan./dec. 2006.
- _____. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Thomson, Civitas, 2007. v. 1.
- WELZEL, H. **Derecho penal aleman**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.