

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

POR UM NOVO DIREITO PENAL SEXUAL

- A moral e a questão da honestidade

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A missão do Direito Penal - 3. A mulher e os crimes sexuais - 4. A questão do bem jurídico protegido nos crimes sexuais - 5. A questão da honestidade: 5.1 Homossexualismo; 5.2 Virgindade; 5.3 Prostituição - 6. Limites de um Direito Penal sexual - 7. A Constituição Federal de 1988 - 8. Conclusões.

Resumo: O sexo, desde sempre, foi objeto de tenso debate na sociedade. O Direito não se manteve alheio a esta questão. Perceptível é o tratamento diferenciado dado, pela lei, a homens e mulheres. Uma pormenorizada análise quanto a elementos como o bem jurídico protegido, leva a novas considerações quanto ao Direito Penal sexual. Isso, além da constatação de uma tendência mundial de reforma do conceito de bens protegidos por esta rama do Direito Penal, induz ao questionamento de como se encontra hoje, o Direito brasileiro e as possibilidades de sua mudança.

Palavras-chave: Direito Penal - Direito Penal sexual - Moral - Honestidade.

1. Introdução

O tema sexual sempre causou perturbação aos homens. Sob seu espectro, mitos foram criados, religiões edificadas, estruturas sociais montadas. Os crimes que têm como objeto a agressão sexual são, por conseguinte, elementos de especial atenção por parte da doutrina jurídico-penal e mesmo por parte da sociedade em geral, particularmente sensível às questões relacionadas com as infrações delitivas de tal índole.

Bernard Shaw já afirmava, de há muito, que há, no mundo, somente três assuntos que gente de cultura está sempre disposta a discutir: assuntos sexuais, religiosos e políticos. Entendida de forma diversa conforme sejam os costumes ou a religião, os assuntos sexuais por tempos disseram respeito quase que exclusivamente à conduta sexual feminina.

Procurando defender a "honra" feminina, cuidando-se assim da fragilidade de que se reveste a mulher, as diversas legislações sempre buscaram, através de rígidas punições, conter os abusos praticados contra a sua intimidade. De fácil percepção, assim, é o fato de a mulher receber uma especial proteção da lei penal quanto aos aspectos da sua liberdade e autodeterminação sexual. Tal situação,

entretanto, tem sofrido, hodiernamente, profunda mudança, vez que, mais e mais, perceptível é a tendência de que os crimes sexuais protejam, indistintamente, homens e mulheres.

O posicionamento da figura da mulher como elemento da volúpia do homem deita antigas raízes. O mito de Lilith, nesse aspecto, é emblemático. Provavelmente um dos mais antigos, segundo ele, a mulher teria surgido do caos, como uma força contrária, um peso contraposto à bondade e masculinidade de Deus.¹ Foi o mundo antigo, segundo Homero, imerso em profunda guerra por causa de uma mulher, Helena de Tróia. Cleópatra, a sedutora rainha do Egito, mulher de César e Marco Antônio, era hábil na arte da sedução e da política. O rapto das Sabinas deu origem a Roma. A mitologia, a história, e mesmo as artes, assim, fomentaram a cautela frente a feminilidade.² A mulher induziu o homem ao pecado e, por conseguinte, à sua expulsão do paraíso, bem como às demais mazelas do homem.

Tal situação, originando sempre cautela, fez com que Garofalo chegasse, em 1885, a ela assim se referir: “pelo que diz respeito às donzelas, de certo a sua reserva aparente é maior na raça latina, pelo menos porque, na Alemanha e na América do Norte, gozando de maior liberdade, empregam menos a hipocrisia. E, contudo, a despeito da nossa implacável severidade para elas, não é verdade que, com frequência, se vêem nas classes inferiores raparigas, de menos de dezoito ou vinte anos, tendo perdido a castidade? E mesmo nas classes superiores não acontece, muitas vezes, que uma menina, menos rigorosamente vigiada, cede, às vezes, às solicitações de um amante? Mesmo nas famílias que mais alardeiam austeridade, se têm visto moças educadas em severos princípios deixarem-se vencer pelos impulsos do amor ou de uma audaz e hábil sedução. E a isto se chama escândalo, porque, como diz Nordau, a civilização fez um crime de um ato natural inocente. Mas precisamente porque não há nisso delito natural é que, a despeito das leis, dos costumes, da moral religiosa e mesmo dos perigos de toda a ordem a que expõe o amor livre, a maioria das mulheres continua e continuará a deixar-se seduzir ou praticar o adultério. A mulher fiel, *unico gaudens mulier marito*, que Juvenal procurava no seu tempo, foi, e sempre será, uma exceção em todos os tempos”.³

Temida e protegida, foi a mulher, pela lei penal, cuidada e guarneçada, tentando-se, pois, dela se afastar todo o mal. Neste contexto, é de se ver uma

(1) Cf. Barbara Black Koltuv. *O livro de Lilith*. Trad. Rubens Rusche. São Paulo : Cultrix, s.d.

(2) Inúmeros outros exemplos poderiam ser dados quanto às cautelas que deve se ter frente às mulheres, bem como quanto à sua rápida mudança de atitude, é ainda de se mencionar a ópera de Giuseppe Verdi – *Rigoletto* – onde, em seu Ato III, Cena I, tem-se: “La donna è mobile/ Qual piuma al vento/ Multa d’accento/ E di pensiero”.

(3) Raffaello Garofalo. *Criminologia – Estudo sobre o delito e a repressão penal*. Versão portuguesa de Julio de Mattos. Lisboa : Livraria Classica, 1916. p. 41.

das particularidades relativas ao Direito Penal sexual, ainda viva na legislação criminal nacional, quanto à figura da mulher: a relativa à sua honestidade.

Mudanças várias, nesse aspecto, têm se dado, principalmente no Velho Mundo, de anos a esta parte. Em verdade, os últimos diplomas legais publicados em Europa, nitidamente têm optado por uma nova óptica do Direito Penal. Desprezam-se, agora, temas e motes de cunho moral,⁴ deslocando-se para uma abordagem menos subjetiva, tratando, mais claramente, de situações que venham a violar a integridade física, psicológica e mental das vítimas.

Outro ponto de relevo a ser tratado nas recentes modificações, é o da não proteção especial a ser dada ao gênero feminino. Desmistificando-se a figura da mulher, as novas legislações têm conferido uma proteção ampla, tanto a homens, quanto a mulheres.

2. A missão do Direito Penal

O Direito Penal moderno, diferentemente do que pontificavam os clássicos, é entendido como tendo por missão fundamental a defesa de bens jurídicos. Em absoluto, no entanto, este não é um entendimento fruto de uma concepção hodierna. Grocio, em 1625, já estabelecia que *poena est malum passionis quod inflingitur ob malum actionis*. Entretanto, só mais recentemente parece estar se consolidando esta idéia.

Conforme Armin Kaufmann, a missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos do cidadão e da comunidade. Seriam estes bens, entre outros, a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio, a existência do Estado, a administração da justiça, a liberdade e autodeterminação sexual.⁵

De se perceber, que a teoria da proteção de bens jurídicos guarda expectativas no futuro, sendo que o que vem a se esperar é a não ocorrência de fatos puníveis lesantes destes bens. Seria de se pensar, assim, que se aproxima, esta defesa, de uma retribuição pura. Não é isso, entretanto, verdade. Na realidade, como se verá, a proteção aos bens jurídicos pode resultar em perigosos mal entendidos caso não se verifique o fim a que se destina a pena. Se de um lado é verdade que o Direito Penal primeiramente vem a defender os citados bens, de outro, é imprescindível que se tenha em mente que a pena deve ser político-criminalmente orientada.

(4) Jose Diéz Ripolles. *Exhibicionismo, pornografia y otras condutas sexuales provocadoras*. Barcelona : Bosch, 1982. p. 24 et seq.

(5) Armin Kaufmann. "La misión del derecho penal". *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982. p. 118.

Na realidade, o Direito Penal se legitima mediante os dispositivos constitucionais. Não sem razão, autores nacionais⁶ do porte de Paulo José da Costa Júnior e de Luiz Vicente Cernichiaro preocupam-se com o Direito Penal na Constituição,⁷ Luiz Luisi estuda os princípios constitucionais penais,⁸ enquanto que Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, por seu turno, prefere traçar a relação entre Direito Penal e o Direito Constitucional.⁹ Dessa forma, é de se perceber que não são de se considerar como conteúdo genuíno das normas penais senão aqueles que se regem conforme o respectivo contexto de regulamentação, entendida esta como as realidades da vida social e das normas, e, em especial, as normas jurídico-constitucionais.¹⁰

Assim, é de se entender que existe uma obrigatória vinculação do conceito de bem jurídico penalmente protegido e a Constituição. Na realidade, exige ele uma vinculação a uma ordem de valores ínsita na própria Constituição, como uma *prima principia*, sob pena de sua eventual perversão ou manipulação ideológica.¹¹ Lembra Baratta, que “o cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais do que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com

(6) Na literatura alienígena, inúmeras são as obras que abordam estes pontos. Entre outros, cf., Maria da Conceição Ferreira da Cunha. *Constituição e crime - Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto : Universidade Católica Portuguesa Ed., 1995. Pietro Nuvolone. “Codice Penale e Costituzione”. *Il diritto penale degli anni settanta*. Padova : Cedam, 1982; Francesco Pallazzo. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1989.

(7) Luis Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Júnior. *Direito penal na Constituição*. São Paulo : RT, 1991.

(8) Luiz Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre : Fabris, 1991.

(9) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Direito penal, Estado e Constituição*. São Paulo : IBCCrim, 1997. Conforme o mesmo autor, em nota introdutória, “renomados doutrinadores têm se debruçado sobre o tema não restando hoje quase nenhum que, ao elaborar de um simples comentário a uma robusta tese de grau acadêmico, abstenham-se de pelo menos um comentário a uma nota introdutória a respeito das relações do Direito Constitucional com a matéria versada no estudo”.

(10) Günther Jakobs. *Derecho penal - Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreas y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995. p. 45.

(11) Cf. Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996. p. 74.

formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas 'simbólicas' oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo este tempo, o 'uso alternativo do Direito Penal' significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do Direito Penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena".¹²

A utilidade social do Direito Penal deve pois ser percebida quando se põe em xeque a sua missão. Que se garantam os bens jurídicos como seu expente, sendo assim, de se tê-lo como *ultima ratio* do sistema. Em uma sociedade democrática, estabelecendo-se um equilíbrio entre a criminologia, a política criminal e a penal, floresce a idéia de que se deve, o quanto possível, deixar o Direito Penal como derradeiro meio do controle social, afirmando, pois, o princípio da intervenção mínima. Pretender estabelecer que regras de comportamento sejam tidas como delitos, implica no fato de se aceitar uma mais do que admitida ingerência do Estado frente ao cidadão.

3. A mulher e os crimes sexuais

No temário em pauta, considerações quanto aos chamados "crimes sexuais"¹³ hão de ser feitas. Necessária se faz assim, *prima facie*, a determinação do bem jurídico protegido. O Código Penal brasileiro cuida desta modalidade criminosa em seu Título VI, sob o almage "Dos Crimes contra os Costumes". Seria este, contudo, o real bem a ser protegido?

Tal questão já era sentida em outras épocas. Na legislação brasileira, percebe-se isso através das diversas codificações penais nacionais. Já desde o primeiro Código genuinamente pátrio, o Código Criminal do Império, nítida é a presença do aspecto moral. Em sua Parte III, Capítulo II, vê-se a disposição dos crimes contra a segurança da honra, tratando, genericamente, do estupro e do rapto. No Código Republicano de 1890, por sua vez, tratavam-se das ofensas sexuais sob o Título VIII - Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor. A Consolidação de Pirajibe deu igual nomenclatura ao respectivo título. Ao depois, o Código de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, preferiu, unicamente, mencionar Dos Crimes contra os Costumes. Avanço houve, no natimorto Código de 1969. Apesar de continuar com o Título "Dos Crimes contra os

(12) Alessandro Baratta. "Funções instrumentais e simbólicas do direito penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 5/24.

(13) Ainda que apareça com freqüência, a expressão "crimes sexuais" é, no entender de Odin Índio do Brasil Americano, assaz literária e pouco jurídica. Odin Índio do Brasil Americano. *Dos crimes contra os costumes*. São Paulo : RT, 1943. p. 10.

Costumes", fez menção, em seu Capítulo I, aos crimes contra a disponibilidade sexual, tratando do estupro, do atentado violento ao pudor, da posse sexual mediante fraude e da ofensa ao pudor mediante fraude. Num rápido passar d'olhos, constata-se que, mesmo com certos avanços, sempre se pautou, a legislação do Brasil, em ver presente a moral como elemento orientador da aplicação penal frente ao sexo.

O mesmo já havia se dado, na Itália, com o Código Zanardelli.¹⁴ Entrementes, a valoração empregada nos primeiros quartéis do século, parecem não mais se adequar à realidade dos dias que correm. Transmutada a análise do bem jurídico daquela época até hoje, diversas mudanças são percebidas.

De fato, entende o Direito Penal moderno, que não mais é de se ter a moral como elemento de suporte a bens jurídicos. Em verdade, já esclarece Boix Reig, não caber duvidar que uma concepção autocrática do Estado, leve à inarredável confusão entre Direito e Moral, coincidindo esta, com o próprio poder político dominante, instrumentalizando a norma jurídica em efeitos moralizantes. Em um Estado de Direito, a norma tem função claramente diferenciada da Moral.¹⁵ Não mais se está nos tempos de Kant, onde ela, imperativo categórico que era, reinava absoluta.¹⁶

A grande evolução percebida na evolução do Direito Penal sexual reside justamente no fato de se haver prescindido da carga moralizante que comportavam os delitos dessa ordem, informando melhor o conteúdo e sentido de seus

⁽¹⁴⁾ Conforme Zanardelli, "è incontrastabile, che la classificazione dei reati in un Codice presentasi per sè stessa assai difficile, molti e differenti essendo gli aspetti, sotto cui i vari fatti costituenti reato possono essere considerati e distinti, e di questa difficoltà è dimostrazione evidente la stessa molteplicità dei sistemi di divisione e suddivisione adottati nelle diverse legislazioni. Per questa difficoltà appunto, non oserei dire che la partizione della materia e la nomenclatura dei Titoli che vi presento siano irreprensibili, sebbene abbia posto ogni studio per migliorare sempre più quelle dei precedenti Progetti, che in sostanza sono però conservati nell'attuale". *Relazione*, vol. 2, p. 7-8, apud Pasquale Tuozi. "I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie", in Enrico Pessina. *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*. Milano : SEL, 1909. vol. 9, p. 9.

⁽¹⁵⁾ Javier Boix Reig. "De la proteccíon de la moral a la tutela penal de la libertad sexual". *Mujer y derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 11.

⁽¹⁶⁾ A valorização dos conceitos neokantianos é de se verificar a partir, principalmente, dos anos vinte. A respeito da justificativa e importância da moral noutros tempos: "a passagem de preceito moral à categoria de preceito jurídico confere-lhe maior força de incidência, pelo coeficiente de violência, que se lhe adita. A de um preceito religioso à categoria de jurídico leva daquele a esse o coeficiente de estabilidade que existe na religião e será menos retocável, menos derogável, nesse ponto, o texto da lei (caso das regras sobre indissolubilidade do vínculo conjugal). Além da estabilidade específica da norma jurídica, haverá o *plus* do coeficiente específico da

tipos penais, dando mesmo pista valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido.¹⁷ O Direito hoje, fundado em um Estado Democrático de Direito, deve, sobretudo, se mostrar como protetor de liberdades. Entre elas, que se diga, da liberdade sexual. A isso se percebe, claramente, quando se tem, a partir do Projeto Alternativo alemão, a redução da punibilidade no âmbito sexual, às ofensas aos jovens e à liberdade sexual, onde o que estaria em pauta seria, não a moral sexual, mas a autodeterminação das pessoas no aspecto sexual.¹⁸

Nesse passo, após uma visão do bem jurídico propriamente dito, seria de se passar à preocupação dos sujeitos, ativo e passivo, dos crimes sexuais. Comumente, sob um prisma moral, estaria tal questão circunscrita, basicamente, aos gêneros masculino e feminino, respectivamente.

De outro lado, simultaneamente, de se ver verdadeira restrição atual na distinção de condutas delitivas quanto ao sexo. A partir da declaração sobre a eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 07.11.1967, por resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, n. 2.263; e da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres, de 17.12.1979, passa-se a ter sentimento igualitário entre os sexos. De se perceber, por igual, que as recentes reformas procedidas em diversas legislações alienígenas também descartam a distinção sexual no agente passivo do crime.¹⁹

4. A questão do bem jurídico protegido nos crimes sexuais

Sendo trazido à tona pela pena de Birnbaum, o conceito de bem jurídico veio a trazer verdadeira revolução no horizonte jurídico, através de artigo datado de 1834, intitulado *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*. Durante anos, muito se discutiu sobre a real abrangência do bem jurídico penal, sendo que somente foi concluído tal pensamento com as contribuições de Binding, Jhering e Von Lizt.²⁰

religião. Onde estão os preceitos ao mesmo tempo jurídicos e religiosos estão os lugares de maiores resistências das leis vigentes. Por isso mesmo, nos povos de Constituições 'legais', as revoluções têm menores excessos cênicos de violência; nos povos de Constituições religiosas, ou que saíram de religião, as revoluções e as reações são sangrentas e intensas". Francisco C. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Boffoni, 1947. vol. 1, p. 31.

(17) Enrique Orts Berenguer. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 22.

(18) Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 75.

(19) Cf. Maria Tereza Couceiro Pizarro Beleza. *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*. Lisboa : Faculdade de Direito, 1990. p. 267 et seq.

(20) Cf. Manuel da Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. p. 51 et seq.

Entretanto, de se dizer, a evolução crítica do critério de bem jurídico não se deu de forma pacífica. Críticas formalistas várias se perceberam quanto ao que poderia ser elevado à categoria de proteção ao Direito Penal. Concepções acerca do subjetivismo posto a prova, em tais casos, muito perturbavam os estudiosos, já que, inarredavelmente, caía-se em acepções neokantianas.

Várias foram, assim, as funções atribuídas, pelos autores, ao bem jurídico. Entre elas seria de se destacar uma função de garantia, também compreendida como de limitar o direito de punir do Estado; uma função teleológica ou interpretativa; uma função individualizadora e uma função sistemática.²¹

De toda sorte e a partir de então, intentou-se a construção de um conceito metajurídico de bem jurídico, ultrapassando os meros e estáticos limites, considerando-o não derivado das normas penais, mas anterior a elas, que simplesmente vem a protegê-las. A partir daí, Roxin, entre outros, intenta em tomar a Constituição para delimitar os bens jurídicos necessitados de proteção penal, sendo ela, pois, referencial obrigatório em tal seleção.²²

Assim, em se considerando que a proteção do direito repressivo há de ser dada a valores ou bens fundamentais para sociedade, fácil é a percepção, em termos individuais, da necessidade de proteção à liberdade e autodeterminação sexual, em detrimento do que seriam a moral e os bons costumes. O próprio *caput* do art. 5.º da Constituição brasileira vem a estabelecer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Protegida e salvaguardada é a noção de liberdade. Liberdade, como se viu, mesmo a sexual.

Questão a ser posta, entretanto, é a da possibilidade da existência de tipos penais pluriofensivos, que venham a lesionar mais de um bem jurídico. Vale dizer, que venham a aviltar não apenas a liberdade sexual (ou, como ainda pretende a legislação brasileira, aos bons costumes), mas também outras ramas protegidas, como mesmo a família.

É de se perceber, então, que não se pode encontrar a *ratio* da incriminação do tipo, sem discriminar suas espécies e modalidades. Crimes existem em que se evidenciam claramente, na sua própria estrutura, ofensas imediatas ou diretas contra a liberdade individual, contra a honra sexual e contra a organização familiar, ofensas essas que são praticadas apenas com um único comportamento. Mas a incriminação visa reprimir não apenas estas ofensas. Vai mais além. Pretende evitar também o estabelecimento de determinadas condições que iriam proporcionar outro evento mais grave e maiormente temido, que ocorreria em etapa seguinte, com ulterior atividade do agente. Essa atividade, não essencial

(21) Cf. Luiz Regis Prado, op. cit., p. 40 *et seq.*

(22) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da insignificância e direito penal*. São Paulo : RT, 1997. p. 129 *et seq.* Luiz Regis Prado, op. cit., p. 44 e *et seq.*

ao tipo, consistiria, v.g., no caso do rapto, numa ofensa à liberdade sexual da raptada; seria consubstanciada num ataque ao seu pudor, ou aquele aspecto particular da liberdade sexual – a liberdade matrimonial. Tal atividade não se inclui no elemento objetivo do crime, por ser apenas o escopo do agente.

Na incriminação do tipo, pode-se ter, portanto, presentes dois aspectos: o primeiro, que se pode dizer imediato, consistente no dano verificado por ocasião do próprio evento; o segundo, mediato, no perigo da ofensa que provavelmente ocorrerá com o sucessivo comportamento do agente.

As ofensas imediatas, também chamadas diretas, são aquelas, como se disse, praticadas com a conduta do agente. Isso porque, com a simples ação de subtrair ou reter uma mulher, são lesadas: sua liberdade sexual, dado que ela passa de sua esfera de proteção para o poder do autor; e sua honra sexual, porque diante da opinião pública ficarão abaladas a sua reputação e a organização familiar, que é ofendida não somente nos casos em que a vítima é menor, mas também naqueles de mulher maior em dependência direta de quem já deteve o pátrio poder.²³

As ofensas mediatas ou indiretas são aquelas representadas pelo perigo do ataque à liberdade sexual da ofendida. Aqui se percebe que pretende o autor despoticamente, a escolha de seu parceiro sexual, e o faz com o ânimo temporário, caso que se caracteriza com o fim libidinoso; ou com o ânimo definitivo, quando se faz presente o fim do casamento.

Com isso, segundo haja ou não ofensa a todos, ou a apenas um dos bens protegidos, ter-se-á o crime próprio ou impróprio; com o fim libidinoso ou de casamento. E na medida em que não sofrerem lesões ou forem menormente ofendidos os bens jurídicos protegidos, haverá correspondente atenuação da pena.

Desta forma, poder-se-ia dizer que os crimes contra os costumes, genericamente, podem ser monoofensivos, como pluriofensivos, vez que podem agredir não só a liberdade individual, como também sua honra sexual, organização familiar, além de poder aviltar, indiretamente, a liberdade sexual, quer por um fim libidinoso, quer por um fim de casamento.

Justamente nesse aspecto, tendo-se em vista a sublime devida proteção do Direito Penal à liberdade, é que se há de falar, não em crimes contra os costumes, mas sim, em crimes contra a liberdade sexual. Neles, em última análise, hão de ser tidos dois aspectos. O primeiro, dinâmico-positivo, integra-se pela faculdade de dispor livremente do próprio corpo. O segundo, estático-passivo, compreendendo a possibilidade de repelir ataques de índole sexual que possam ocorrer.²⁴

(23) No Brasil, a mulher ainda que maior de dezoito anos só se emancipa aos 21 anos.

(24) Enrique Orts Berenguer. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 24.

Por liberdade sexual entende-se a livre disposição do próprio corpo nas relações sexuais, dentro do limite do direito e do costume.²⁵ A denominação “crimes contra a liberdade sexual” sofre, entretanto, algumas limitações ou restrições por parte da doutrina. Assim, Manzini fala em inviolabilidade carnal porque esta expressão delimita, de modo mais preciso, o que a lei quer proteger.

Esta “inviolabilidade” contém um significado técnico, jurídico e ético tradicional, que é atribuído a qualquer ato, normal ou anormal, que prepara ou produz o prazer derivado da excitação da sensualidade.²⁶ Diz ele, ainda, que o conceito de inviolabilidade carnal não deve se confundir com o de disponibilidade carnal, porque o crime pode ser praticado contra quem não tenha disponibilidade, como, por exemplo, a mulher ou o homem casado, ou a freira.²⁷

Maggiore, por seu turno, repudia a denominação “liberdade sexual”, dizendo que não existe um direito de livre disposição dos órgãos sexuais, mas sim um direito à castidade ou à continência. O interesse coletivo que teria a sociedade de conter a exteriorização da lascívia e impedir a difusão da devassidão. Não se poderia falar pois, em um direito à livre disposição dos órgãos sexuais, a menos que se queira legitimar, entre os homens, o direito que tem os cães.²⁸

Não obstante, modernos diplomas penais, em especial europeus, como os Códigos alemão, português e a nova lei italiana, não seguiram tal orientação, preferindo, contudo, outra determinação daquela assumida pela lei nacional, quanto à proteção do bem jurídico relativo ao Direito Penal sexual. Assim, o Código Penal alemão trata, da maior parte deles, em sua seção décima terceira, sob a rubrica dos crimes contra a autodeterminação sexual (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*).²⁹ Já o mais recente Código português, de 1995, considera a proteção devida quanto à liberdade e autodeterminação sexual,³⁰ enquanto que o espanhol, de 1995, prefere unicamente a proteção à liberdade sexual.

(25) C. Saltelli e E. Romano di Falco. *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*. Torino : UTET, 1931. vol. IV, p. 61.

(26) Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino : UTET, 1951. vol. 7, p. 260.

(27) Vincenzo Manzini, op. cit., p. 254, nota 1.

(28) Giuseppe Maggiore. *Derecho penal - Parte especial*. Trad. por el Padre José J. Ortega Torres. Bogotá : Temis, 1972. vol. IV, p. 51.

(29) De se ver, contudo, que encontra-se a figura do rapto em outra seção, de número dezoito, a qual trata dos crimes contra a liberdade pessoal (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*). Que se frise, entretanto, sempre infringindo o caráter de liberdade, *lato sensu*.

(30) Pretende-se, no primeiro caso, garantir a proteção à liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem acepção de idade. No segundo caso, estende-

O real e a ser protegido bem jurídico é, assim, a liberdade que o indivíduo tem de autodeterminar-se sexualmente, ou ainda, de se considerar a proteção penal da juventude quanto a assuntos do sexo.³¹ Lembrando, a atividade sexual de uma pessoa muito se assemelha à disposição que tem ela de seu lar. Nele podem adentrar aqueles convidados, aqueles a quem se permita a liberdade de entrada num ambiente próprio e particular. Aqueles não convidados e que não possuam tal liberdade, configura crime de invasão de domicílio tal invasão. É esta liberdade enfim, o bem jurídico último a se proteger.

Com variações de critérios, diversas são as acepções para análise do bem jurídico protegido. Firmada parece estar, em dias de hoje, a idéia da liberdade sexual. Entretanto, muitos autores sustentam que diversos tipos penais, sobretudo na defesa do Direito Penal sexual, não se relacionam com a proteção de um bem jurídico determinado e tangível.³² Mesmo hoje a fixação da idéia de “liberdade sexual” parece, a muitos, de difícil compreensão. Ela, contudo, inegavelmente, se inter-relaciona com a noção de consento/disco.

Enfim, havendo o consento, o consentimento do agente para dispor de sua liberdade sexual nos limites que aprouver, não há de se falar em crime. Ao revés, se tais limites forem ultrapassados, sendo rompida a barreira do aceitável, violada a liberdade (de caráter sexual) deste agente, ter-se-á delito a ser punido.

De uma forma ou de outra, dentre os mais controversos itens de observação nesta categoria de “crimes sexuais”, cabe uma particular análise do que a legislação codificada nacional denomina de “mulher honesta”.³³ Seria, ainda hoje, a poucos passos da mudança, não só do século, mas mesmo de milênio, de se admitir a distinção (ou a discriminação) entre mulheres honestas e não honestas?

A atual percepção do Direito Penal entende que este deve se restringir à proteção de bens jurídicos. Assim, prescindível é a penalização de comporta-

se a proteção a situações que, ou não seriam crimes se praticados entre adultos, ou assumiram menor gravidade. Trata-se da proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual. Jorge de Figueredo Dias. “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*. Coimbra : Coimbra Ed., 1999. t. I, p. 442.

(31) A respeito da preferência dada pelo legislador espanhol de 1995 quanto a rubrica unicamente da “liberdade sexual”, cf. Muñoz Conde. *Derecho penal – Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996. p. 176 *et seq.*

(32) Hans-Joachim Rudolph. “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, año 4, n. 5 a 8, p. 335, Buenos Aires, 1975.

(33) Embora no passado diversas legislações fizessem menção a esse estado de “honestidade” da mulher, atualmente poucos códigos ainda o fazem. De se ver, entre outras, a modificação implantada na Alemanha com o Projeto Alternativo e na Espanha, a partir das reformas legislativas de 1989.

mentos tidos como imorais, tais como a homossexualidade e o rufianismo entre adultos, a sodomia ou a comercialização de pornografia. Em a moral não sendo um bem jurídico, entende-se que o Direito Penal sexual deve limitar-se essencialmente à proteção da juventude e a evitar coações.³⁴ Em suma, não é da missão penalística a preservação ou a proteção de normas morais, e, assim sendo, também não deve ela pretender levar em consideração, para uma dada proteção, a avaliação (moral) quanto à honestidade feminina.³⁵

5. A questão da honestidade

Nesse particular, necessária se faz a colocação de como se dá a visão da honestidade no plano sócio-político-jurídico. Um, de fato, inter-relaciona-se com os demais, levando à derradeira, e muito sábia, conclusão que mais correta seria a plena separação das colocações. Não mais seriam de se admitir quaisquer considerações quanto ao caráter de honestidade em Direito Penal. Não mais hoje cabem comentários, de ordem jurídica, quanto a uma senhora tida, noutros tempos, como mais do que verdadeira *bas bleus*. Nesse sentido, que se passe à desmistificação da honestidade em Direito Penal sexual.

5.1 Homossexualismo

A questão do homossexualismo também surge na avaliação da honestidade. Seria ele elemento informador de desonestidade moral, ou apenas e tão-só, uma conduta comportamental da vida privada?

Já foi ele alvo das mais diversas abordagens na história da humanidade. Já foi tido como algo saudável. Tido também já foi como ofensa a Deus. Como crime de roubo. Como crime de sodomia. Como crime social. Como crime contra a natureza, ou mesmo como crime contra a moralidade. Cumpre salientar que, até a 10.^a Revisão da Classificação Internacional de Doenças, datada de 1996, ele era considerado como transtorno mental.

Atualmente a questão ainda é polêmica, muito embora não se discuta mais a sua tipificação como crime.³⁶ Enquanto se discutem medidas legislativas, no

(34) Claus Roxin. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo". *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982. p. 7.

(35) Quanto a atual compreensão da moral e do direito, cf. Jürgen Habermas. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Bari : Laterza, 1994.

(36) Nesse sentido, o *Wolfeden Committee* considerou que as práticas homossexuais entre adultos maiores de 21 anos conscientes, não deveriam permanecer como crimes, sendo que, atualmente, esta idade limite para a livre orientação sexual, na Inglaterra, firma-se nos 18 anos. No mesmo sentido, Hans-Joachim Rudolph, op. cit., p. 345.

intuito de regularizar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, a sociedade ainda considera como párias os adeptos do homossexualismo. No entanto, da mesma forma como se viu que a conduta sexual privada de uma mulher não caracteriza, por si só, a sua desonestidade, não há de se admitir que o homossexualismo a caracterize.

Na Inglaterra, em agosto de 1954 foi instalada uma Comissão para a analisar e recomendar alterações na legislação pertinente à repressão do homossexualismo e da prostituição. Presidida que foi por John Wolfenden, em 1957 ela apresentou o chamado *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, também conhecido por *Wolfenden Report*. Cabe aqui, uma sua passagem: “não constitui, de acordo com a nossa concepção, função da lei intervir na vida privada dos cidadãos, ou procurar reforçar qualquer padrão particular de comportamento, mais necessário para se poder cumprir o propósito que delineamos (...). Existe ainda um outro argumento que reputamos de decisivo, a importância que a sociedade e a lei devem conferir à liberdade individual de escolha e atuação nos domínios da moral privada. A menos que a sociedade realize um esforço deliberado, atuando através de instâncias legais, para que a esfera do crime equivalha à do pecado, deve subsistir um domínio privado de moralidade ou imoralidade, com o qual, em vários termos breves e incisivos, a lei nada tem a ver. Afirmar tal não significa pactuar ou encorajar qualquer imoralidade privada. Pelo contrário, realçar a natureza pessoal e privada da conduta moral ou imoral do indivíduo para com as suas próprias ações, e tal constitui um tipo de responsabilidade com que se espera que um indivíduo adulto possa arcar sem a ameaça de punição por parte da lei”.³⁷

Por tudo isso, e entendendo-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 explicitamente veda qualquer modalidade de preconceito,³⁸ incluída aí a questão da preferência sexual e da honestidade, é de se perceber que também aqueles não heterossexuais têm direito a igual proteção legal,³⁹ sendo descabida qualquer orientação no sentido de uma discriminação legal relativa à honestidade, tendo-se em vista a orientação sexual do agente.

(37) “Report of committee on homosexual offences and prostitution”, apud Karl Prelhaz Natscheradetz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra : Almedina, 1985. p. 23. No mesmo sentido, Hans-Joachim Rudolphi, op. cit., p. 345 *et seq.*

(38) CF, art. 3.º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

(39) A esse respeito, interessante é a mudança de óptica dada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em agosto 1982, tornou-se célebre o caso *Bowers vs. Hardwick*, ocorrido no Estado da Georgia. Lá, um casal homossexual havia sido preso por manter relações ainda que no interior de sua residência, indo de encontro a lei contra a sodomia. Cf., Jill Norgren e Serena Nanda. *American cultural pluralism and law*. New York : Praeger Publishers, 1988. p. 141 *et seq.*

5.2 Virgindade

A virgindade, é de todos sabido, não é pressuposto de honestidade, podendo existir virgens desonestas e não-virgens honestas. Em verdade, do ponto de vista da moral sexual, a virgindade da mulher gozou, ao longo dos tempos e entre os diferentes povos, ora de um excepcional prestígio, ora de um absoluto desprezo.⁴⁰

Torna-se necessária aqui, no entanto, a sua menção, vez a lei nacional estabelecer proteção especial àquelas menores sem experiência sexual. Assim o fazem, claramente, o tipo da posse sexual mediante fraude (art. 215, do CP) e da sedução (art. 217, do CP), apesar de outros tipos, como o do estupro (art. 213), não a afastarem.

A virgindade, diriam os clássicos, é um estado físico que, embora não se confunda com o estado moral e ao modo de conduta que corresponda a este estado (a honestidade),⁴¹ denota uma inexperiência não só sexual, mas da própria vida, que é, pela lei, protegida. Não são objeto de proteção pois, aquelas que tudo permitem, menos a cópula vaginal. A virgindade, para ser protegida pela lei, deve assim, conforme a própria tipificação legal, ser acompanhada sempre de uma ingenuidade por parte da vítima, que ou por fraude, ou por pela própria inexperiência ou ainda, por uma justificável confiança, deixa-se levar ao seu defloramento.

O defloramento, elemento essencial da conduta criminosa, configura-se pela ruptura do hímen, membrana mucosa disposta no orifício inferior da vagina. Diversas são as modalidades, conforme a Medicina Legal, dos tipos de hímen. Podem ser eles sem orifício, com orifício, ou ainda, atípicos,⁴² ou mesmo, como preferem alguns, perfurados, imperfurados e ausentes.⁴³ Os ausentes, constituem-se em raríssimos casos de ausência congênita de hímen.⁴⁴

A constatação da ruptura é imprescindível para a configuração do delito. Ela, contudo, pode se dar sem a necessária cópula. São os casos em que há o rompimento decorrente de queda, moléstia infecciosa, ou mesmo accidental, decorrente de queda ou masturbação. Há ainda os casos em que se fazem presentes os hímens com orifício, perfurados, complacentes. Toleram eles a introdução de pênis sem se romperem, o que traria dúvidas quanto à questão

(40) Orlando Soares. *Sexologia forense*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1990. p. 153. De se ver que, atualmente, ainda cerca de vinte e oito países consideram moral e legal a remoção cirúrgica do clitóris.

(41) Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires : Tipográfica Editora Argentina, 1973. vol. III, p. 295.

(42) Flaminio Fávero, op. cit., p. 211.

(43) Hélio Gomes. *Medicina legal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1976. p. 471.

(44) Flaminio Fávero, op. cit., p. 207.

do defloramento. Nestes casos, faz-se necessária a presença de outros elementos informadores do crime, tais como a presença de prova testemunhal, demonstrando-se ademais a conduta ilibada da vítima, o namoro sério que mantinha etc.

A idéia da virgindade, na realidade, sempre esteve ligada à pureza que deveria ser inerente às mulheres. Tal pureza, característica das vestais, era, conforme o entendimento ocidental, maculado pela descoberta do sexo. Afirmavam os romanos, *prima venus debet esse cruenta*. Muitas das idéias morais, acerca deste tema, sofreram profundas transformações nos dois últimos quartéis do século vinte. Fato é, que se encontram, ainda hoje, jovens que preferem apenas a masturbação, ou mesmo relações anais, a fim de preservarem a inteireza de seu hímen para a noite de núpcias. Não se pode, contudo, afirmar que se tratam, estas jovens, de virgens, no sentido lato da palavra.

A proteção à virgindade, segundo muitos, *contraria forma* à da honestidade, repousaria no interesse público de proteção de determinadas pessoas. Dessa forma, nenhuma censura poderia ser feita, vez que tal proteção visa a evitar o desregramento dos costumes, a insensibilidade moral, com evidentes reflexos sociais, não se configurando, pois, qualquer espécie de discriminação.⁴⁵

Ora, tal afirmação entra em choque com o até aqui sustentado. Ao pretender-se a proteção a costumes e moralidade pública, recair-se-á na situação vivida atualmente no Brasil. Deve, o Direito Penal soltar as amarras que o ligam a tais conceitos, indo além, preocupando-se com os aspectos unicamente da liberdade. É fato, que deva haver proteção à menoridade, compreendendo que ela está aquém do mínimo de maturidade exigido para uma autodeterminação.⁴⁶ Nesses casos, a avaliação do consentimento/discenso, dá-se de forma diferente, vez que o grau de percepção infantil deve ser levado em conta. Não se chegando às raias da chamada violência presumida, deve se dar, às crianças, proteção mais ampla em sua liberdade (sexual), já que, por vezes, estas não sabem bem utilizá-la.

5.3 Prostituição

O tema da prostituição, bem como os temas ligados à sexualidade, foram encarados de forma diversa, dependentemente quanto ao tempo e a sociedade. Este, entretanto, por ser mais carregado de uma aura de mistério, requererá maiores linhas quanto à sua análise.

⁽⁴⁵⁾ Luis Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 193.

⁽⁴⁶⁾ Aqui, de se mencionar, aliás, que muito mais completa é a proteção do bem jurídico na Alemanha, onde se tem a liberdade e a autodeterminação sexual sob guarda do Direito Penal.

A dita "mais antiga das profissões", na verdade, sempre acompanhou o homem na sua longa viagem até os dias de hoje. A prostituição, nesse andamento histórico, foi tida das mais diferentes formas, ora mediante paga, ora por mera graça a hóspedes, ora ainda por necessidade sacra (tais como a prostituição sagrada, prostituição hospitaleira e prostituição legal).

De toda a sorte, é de se ver que a origem do vernáculo já dá mostra do teor dessa atividade. A derivação latina de *Pro* e *Statuore* (expor-se, oferecer-se) denota o ato do oferecimento sexual tão diversamente entendido conforme a época e a sociedade.

Desde a Caldea e Babilônia, junto à Terra de Hur, berço primeiro da civilização, a população selvática tinha por hábito, além do oferecimento do leito e da mesa, as próprias mulheres da casa. Semelhante conduta também foi freqüente, ao depois, junto aos povos do deserto. A ela se dá a alcunha de prostituição hospitaleira.

Já na Fenícia, o ato sexual imiscuiu-se com o sagrado. A adoração a seus deuses, e, em especial a Astarte, propiciava, em seus templos, a entrega das sacerdotisas aos forasteiros, motivo, para elas, de grande mérito.

No Egito, ganhou a prostituição mera feição de mercado. Não se fazia presente a hospitalidade do ato da mulher dar-se a alguém. Firmava-se assim, a prostituição legal. Entretanto, foi só em Atenas, Grécia, que a prostituição legal ganhou ares maiores da intervenção estatal. Solon, ciente de que apenas os sacerdotes arrecadavam o fruto da prostituição, instituiu seu *Dicterion*, estabelecimentos públicos e municipais de prostituição, mantido às expensas do governo, o qual concedia a entrada por um preço estabelecido, a quem desejasse, por uma hora, gozar dos amores das jovens, revertendo parte dos lucros em benefício do Estado.⁴⁷

Os próprios relatos nos textos bíblicos, são feitos de forma profundamente crítica. Os primeiros livros do Velho Testamento meramente explicitam atos de meretrício por parte de Tamar (Gen. 38:15); a proibição do Senhor dita a Moisés para que os sacerdotes não tomassem mulher prostituta ou desonrada (Lev. 21:7); a proibição de não se trazer salário de prostituição à casa do Senhor (Deut. 23:18). Quando não espezinhado o comércio do sexo, a *Bíblia* traz a descrição do arrependimento e redenção de Raabe (Josué 2:1), além da obrigatória menção da figura arrependida de Maria Madalena (Luc. 7:36-50).⁴⁸

(47) N. M. Boiron. *La prostitution - Dans l'histoire - Devant le droit - Devant l'opinion*. Paris : Berger-Levrault, 1926. p. 16 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii. *História da Prostituição*. São Paulo : Antonio de Carvalho, s.d. p. 44.

(48) Cf., a esse respeito, a crítica quanto à figura de Madalena feita por, John D. Davis. *Diccionario da Biblia*. Trad. Rev. J. R. Carvalho Braga. Rio de Janeiro : Centro Brasileiro de Publicidade, 1928. p. 611.

Nos tempos de Roma também não foi a prostituição desconhecida. Sob a própria lenda originária de Roma pendem rumores acerca de prostitutas. Historiadores vários, a se saber, Valério, Aurélio Victos, Aulo Gélío e Macróbio, sustentam que a loba que teria amamentado Remo e Rômulo era, em verdade, uma meretriz de nome Acca Lourença, esposa de um pastor que os teria encontrado e adotado. Ter-se-ia dado a ela o nome de “loba”, vez ser este o nome dado às prostitutas de então. “Lupercais” eram as festas obscenas celebradas em Roma até o século V e “lupanares” as casas onde se dava a venda de seus corpos.⁴⁹ As orgias e as festas da carne foram freqüentes naqueles dias. Calígola, um dos mais devassos Césares, foi o primeiro a, em Roma, impor um imposto de um oitavo sobre os ganhos diários de cada mulher pública e todo os indivíduos que delas tirassem benefícios. Estabeleceu também um lupanar público em seu palácios.⁵⁰

Somente foi com a ascensão dos imperadores cristãos que a prostituição passou a ser encarada com reservas. Constantino, o primeiro deles, guiou o Império pelos princípios do cristianismo, com o espírito de corrigir a moral, condenando os vícios que se opunham à honestidade pública. Algumas leis do período a isso refletem, influenciando indiretamente a prostituição. Entretanto, é de se ver que ainda Constantino tolerou a existência das casas de prostituição baseado nas considerações de Solon. Sestércios, mesmo na antiga Roma tentando se purificar, ainda eram sestércios.

Em épocas modernas, foi a venda dos corpos elevada a patamares dignos dos povos pagãos da antigüidade. Íncobos e súcubos poucas vezes desfrutaram de tamanha liberdade. Dos Estados de Orleans, de meados do século XV até a Revolução de 1789, freqüente foi a presença das cortesãs em França,⁵¹ sendo que, mesmo ao depois, no período napoleônico continuaram elas a exercer seu modo de vida, chegando, ainda presentes, a dias de hoje.

Não diferente é o problema na órbita penal. O conceito quanto à prostituição não é, nem nunca foi, tido como pacífico. Exemplo máximo do que a sociedade moralista entende por mulher desonesta,⁵² a melhor compreensão do que a lei

(49) N. M. Boiron, op. cit., p. 20 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii, op. cit., p. 85.

(50) N. M. Boiron, op. cit., p. 23 *et seq.*

(51) N. M. Boiron, op. cit., p. 49 *et seq.*, Parent Douchattelet et alii, op. cit., p. 302 *et seq.*

(52) No sentido de que uma mulher pode, eventualmente ganhar de seu corpo, sem se prostituir, é válida a distinção que faz Nicolò Tomaseo entre meretriz e prostituta: “la prima guadagua del corpo suo, mereo; la seconda, per guadagno e per libidine, si mette in mostra, e provoca a sozzure, prostat: è piu comune, piu sfacciata. Ogni abbraccimanto venale è meretricio, prostituzione non è. Le meretrici di caro prezzo non sonno prostitute; le prostitute da genitori o dai mariti, que nulla guadagnan per sè, non meritano l'altro nome. Le prostitute, nei templi pagani per atto de devovione, meretrici non erano; e si credevano far opera meritoria”. G. Rigutini. *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana: revisto e aumentato.*

deve ter por prostituta, parece ser a de que, consiste ela, na mulher que exerce atividade sexual fora do matrimônio, habitualmente, tendo em vista o lucro,⁵³ com qualquer pessoa que a solicite, sendo característica básica dessa prática, a profissionalidade.⁵⁴ Criminologicamente, entretanto, parece ser a definição da prostituição como sendo a entrega corporal por motivos distintos do amoroso, vez que, os sentimentos, ao revés da sexualidade material, não podem ser prostituídos.⁵⁵

Mais do que tudo, percebe-se, pelo movimento pendular da história, que, durante anos, diversas legislações, atreladas a uma ferrenha moralidade judaico-cristã, puniram a prostituição.⁵⁶ Entretanto, mais do que isso, foi o real medo das enfermidades sexualmente transmissíveis que primeiramente motivou a repressão e a regulamentação dessa atividade. Em Avignon, no ano de 1347, e em Frankfurt am Main, em 1354, o argumento higiênico começou a figurar antes do ético.

No decorrer do século vinte profundas alterações ocorreram. Na Inglaterra, após as considerações quanto à prostituição, levadas a cabo pelo *Wolfenden Report*, o qual concluiu, à unanimidade, que a prostituição não deveria ser considerada ilegal, mas que a lei deveria afastá-la das ruas, onde poderia ofender ao senso comum dos cidadãos, foi ela regulamentada, em 1959, através do *Street Offences Act*.⁵⁷

Na Itália, em 20.02.1958, deu-se a promulgação da Lei Merlin, a qual pretendia a abolição da regulamentação do meretrício e luta contra o aproveitamento da prostituição de outrém.⁵⁸ A partir dela, para a lei peninsular, novo enquadramento devia ter a matéria. Não se tratava de tentativa de se acabar com o fenômeno da prostituição, mas apenas e tão-só o de se abolir um mercado em que a mulher era vista como mercadoria.

(53) O lucro aqui entendido, não é só o econômico, mas consiste-se sim, em qualquer vantagem alçada.

(54) "Prostituzione". *Enciclopedia Cattolica*, vol. X, col. 161. Na língua portuguesa não é costume distinguir os vários vocábulos com que se denomina a prostituta. Rui, num curto porém incisivo artigo, utiliza 22 sinônimos para a palavra. Rui Barbosa. "Pornéia". *Revista da Língua Portuguesa* 32, nov., 1934. Mais do que isso, quase uma centena são os sinônimos de meretriz apresentados por Aurélio Buarque de Holanda em seu *Novo Dicionário Aurélio*, muitos dos quais, conforme adverte o autor, brasileirismos populares ou de gíria, e outros, lusitanismos.

(55) Armand Mergen. "La prostitución". *Sexualidad y crimen*. Madrid : Reus, 1969. p. 169.

(56) Cf., entre outros, o Código Penal prussiano, art. 999 a 1025; o Código Penal Imperial alemão, de 1871, §§ 361 e 362; a Lei prussiana de 02.07.1900.

(57) Cfr., Karl Prehaz Natscheradetz, op. cit., p. 22.

(58) Cf., Pietro Nuvolone. "Sul concetto di prostituzione". *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Padova : Cedam, 1969. vol. 2, p. 955.

Confirmando a não possibilidade da regulamentação de semelhante ofício, tendeu a Lei Merlin a restringir sua atuação.⁵⁹

Em Espanha, mesmo após a incidência do Decreto-lei de 03.03.1956, o qual pretendia a abolição da prostituição,⁶⁰ é de se ver que o seu simples exercício ainda que considerado sintoma de perigosidade social, nunca foi tido como delito.⁶¹ A reforma penal levada a termo em 1995, tendo em conta de que não há de se recriminar condutas executadas livremente, também não veio a punir o mero comércio corporal. Tipos penais vários, entretanto, foram inseridos no novo Código, em seu Livro II, Título VIII – *Delitos contra la libertad sexual*, Capítulo V – *De los delitos relativos a la prostitución*, o qual faz previsões a quem favoreça ou induza a prostituição, ou a quem utilize menores para tal fim.

De semelhante modo, a Alemanha reprime a prostituição. São tipos de seu Estatuto Penal a disposição quanto ao favorecimento da prostituição (*Förderung der Prostitution* – § 180a); a exploração da prostituição (*Zuhälterei* – § 181a); o exercício da prostituição em local proibido ou em determinado horário do dia (*Ausübung der verbotenen Prostitution* – § 184a); e também a prostituição perigosa à juventude, quando vizinho à escolas ou outro local freqüentado por menores de dezoito anos, ou mesmo em casa onde habitem menores (*Jugendgefährdende Prostitution* – § 184b).

A legislação brasileira, não de diferente forma, tem se mostrado. Ainda que entendendo ser a atividade do comércio do amor sexual moralmente reprovável, sendo mesmo uma chaga social, não se intentou a reprimenda penal àqueles que venham a praticá-lo. De diversa forma, entretanto, trata a legislação nacional daqueles que pretendam explorar ou favorecer a prostituição alheia.

Assim, mesmo não chegando aos limites de cuidado de outras codificações, entendeu o legislador pátrio, tratar dessa matéria no Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes, Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres. Ali são encontradas previsões contra a exploração sexual, como a mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); contra o favorecimento da prostituição (art. 228); contra a manutenção de casa de prostituição (art. 229); e mesmo contra o rufianismo (art. 230); e o tráfico de mulheres (art. 231). Tem-se assim, pois, uma quase disposição, em termos sexuais, do teor do art. 149 do CP, o qual trata da redução de alguém a condição análoga à de escravo.

Claro está, contudo, que o que prevê a lei penal brasileira, não é o combate à luxúria ou a devassidão a qual reveste o meretrício. Não. A repressão criminal

(59) Mais recentemente, a Lei de 15.02.1996, restringiu às sanções penais unicamente às condutas sexuais violentas.

(60) É o teor do seu art. 1.º: “Velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución”.

(61) Enrique Orts Berenguer, op. cit., p. 288. Juan Carlos Carbonell Mateu. “Los delitos relativos a la prostitución en el proyecto de Código Penal de 1994”. *Mujer*

dá-se sim, no campo parasitário que viola subversivamente a ordem social e conduz ou mantém não só mulheres, como também homens, em condições semelhantes aos escravos outrora levados a Roma para a servidão sexual dos patrícios. Casos vários atualmente, são relatados, sobre algo que parecia letra morta no Código Penal, vale dizer, o tráfico de mulheres. Verdadeiras escravas levadas ao estrangeiro com grandiosas promessas de emprego, em lá chegando tem seus passaportes retidos por seus proxenetas, sendo obrigadas a servirem de mercadoria para, um dia, poderem voltar a seus lares.

A sociedade, na realidade, sempre conviveu com o fenômeno da prostituição, tolerando-o, de forma mais ou menos aberta. Marro chegou a afirmar que a única diferença entre as mulheres que se vendem e o matrimônio reside no preço e na duração do contrato. Não chegando a tais extremos, Hungria, por sua vez, ainda que admitindo o caráter deletério e pernicioso do mercado carnal do sexo, conclui pela sua necessidade social. De semelhante modo e a seu tempo, São Tomás de Aquino já mencionava que a prostituição é comparável à cloaca de um palácio: removida aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro. Não pregando nem uma proibição radical, como prefeririam os guardas pretorianos do pudor, nem mesmo um desenfreado liberalismo, mais a gosto dos devassos, conclui ele por uma liberdade vigiada da prostituição (como, aliás, ocorre na Alemanha). Não sua regulamentação oficial, mas sim, um confinamento das meretrizes deixadas à sua própria iniciativa, a locais onde não venham a ferir o pundonor público, pareceria uma correta solução para semelhante problema.⁶²

Não foi essa idéia, no entanto, inédita. De há muito, três foram os sistemas adotados pelos diversos Estados para tratar da prostituição: o da regulamentação ou da liberdade controlada; o da permissão irrestrita e o da proibição radical.⁶³ Variando das comunidades dominadas por jesuitismo santarrão àquelas mais próximas de uma Sodoma ou Gomorra, mais recentemente várias posições têm se dado pela regulamentação da prostituição em certas áreas.

Como entender pois, em dias modernos, semelhante situação? Como vislumbrar a banalização comercial do amor? É certo que a sociedade atual ainda se mostra, em diversas localidades, tão moralista quanto em outras épocas. Entretanto, inegável é o fato de que banalizado foi o sexo, como também banalizada foi a erotização da sociedade. Pretender-se entender a prostituição como um desafogadouro social, restringindo sua presença a "ilhas de prazer" chega a ser verdadeiramente uma hipocrisia moral, a não ser que tenha como

y derecho penal. Virgilio Latorre (Coord.). Valencia : Tirant lo Blanch, 1995. p. 83 *et seq.*

(62) Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1959. vol. VIII, p. 270 *et seq.*

(63) Cf., Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, op. cit., p. 272, nota de rodapé. E. Magalhães Noronha. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 243 *et seq.*

escopo a proteção a ser dada a crianças ou jovens ainda em formação, como se dá na legislação alemã. Esta parece ser a maior, senão única justificativa atual a uma vigilância a tal fenômeno.

A sua repressão não é de se dar mediante aplicações do Direito Penal, vez que este, como já se frisou, não deve intervir em atos livres e espontâneos. Mais uma vez aqui, se faz presente a separação que deve ocorrer entre moral e direito. A prostituição de per si, não há de ser combatida pelo Direito Penal, ou mesmo pelo Direito Penal sexual. O máximo a ser admitido, tal qual se dá na Alemanha, é uma limitação de seu exercício, mas apenas e tão-só, visando à proteção da inocência infantil. Não devem ser admitidas tipificações penais lastreadas unicamente em ponderações morais de sociedades, as quais vergam-se de lado a outro, conforme tenda o pêndulo da história.

6. Limites de um Direito Penal sexual

Ao se pretender gizear os contornos do Direito Penal sexual, ou mesmo traçar diretrizes básicas para um novo Direito Penal sexual, fundamental se faz a pormenorizada análise do conteúdo ou da carga moral deste ramo da ciência criminal.

Durante anos bateu-se, a legislação alienígena, sobre os devidos bens a serem protegidos pelo Direito Penal sexual. Da honestidade à moralidade pública, da proteção do desenvolvimento sexual dos jovens ao conceito de conduta sexual, dos bons costumes enfim, à proteção da liberdade sexual, muito caminhou a doutrina por uma correta delimitação da objetividade jurídica.⁶⁴

Que se justifique a influência cristã no Direito Penal. Que se justifique todo o conteúdo mítico da sexualidade. Que se justifique, enfim, toda a trama psicológica que torna difícil o trato destes assuntos. Ora, em tempos de hoje, nenhuma destas, ou de outras justificativas, imporiam aspectos morais a serem, pela lei penal, aplicados. Idos são os tempos em que os imperativos categóricos de Kant reinavam absolutos.⁶⁵ Idos também, são os tempos em que poder-se-ia admitir a intromissão, na seara penalística, de aspectos tão volúveis quanto os morais.⁶⁶

Em verdade, e clara de se ver, está a diferenciação entre as teses tradicionais e modernas quanto à percepção desta influência moral no Direito Penal sexual. De modo extremo simplista, defendem, as teses tradicionais, uma (pseudo)

⁽⁶⁴⁾ Por todos, cf., Karl Prehaz Natscheradetz, op. cit., p. 118 *et seq.*

⁽⁶⁵⁾ Cf., Jürgen Habermas. *Teoria della morale*, cit., p. 49 *et seq.*

⁽⁶⁶⁾ "Não se pode considerar também, as 'concepções morais dominantes' como um bem jurídico coletivo". Claus Roxin. *Derecho penal - Parte general*, t. I. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas. 1997. p. 54.

proteção da moral sexual social, outorgando ao direito repressivo, o condão de cêrbero da sociedade. Pretendem, também a proteção de valores éticos sociais e da pureza e da saúde da vida sexual. Já se viu, à exaustão, que o Direito Penal moderno não mais se prontifica a tal empresa. Limitado a *ultima ratio*, não mais é de se admitir sua indistinta aplicação, dominado, pois, por aspectos morais. Nesse sentido, aliás, é que caminham as teses modernas do conteúdo moral do Direito Penal. Segundo elas, é de se dar clara a separação entre direito e moral.⁶⁷ Com isso em mente, de forma mais fácil conseguir-se-ia a “edificação” de um “moderno Direito Penal sexual”.⁶⁸

Mas quais seriam os pressupostos desse direito almejado? Deveria ele, sim, buscar a proteção de bem jurídico definido, delimitável (qual a liberdade de autodeterminação sexual). Deveria também, combater o conceito de nocividade social, restringindo-se, unicamente, a um mínimo indispensável, garantindo, pois, a esfera íntima, onde descabida é a intromissão do Estado. Por fim, deveria ele entender, como já se viu na questão do homossexualismo e da prostituição, que não pode o Estado intrometer-se entre relações de adultos dotados de plena capacidade de autodeterminação, vez que são estes, responsáveis por seus próprios atos.

Mais do que tudo, é a dignidade da pessoa humana que é posta a cuidado. Protegida constitucionalmente, a dignidade engloba diversas facetas, dentre as quais a sexual. Não se trata aqui, de entendimento moral. A quebra da possibilidade de autodeterminação sexual, infringe, ao violado, imposição que lhe ataca íntima e socialmente. Não se imagina permitir ataques dessa ordem, sendo justificável, para rebater à violência, a intervenção estatal.

Dessa forma, com estas idéias orientadoras, talvez se possa intentar a uma nova óptica penal sexual, desvinculada de velhas, ultrapassadas e arcaicas tendências, buscando, mesmo, como padrão de norte, as regras constitucionais da dignidade humana.

7. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, a chamada “carta cidadã”, extremamente rica em direitos e garantias individuais, estabelece, como já mencionado, diversas vedações quanto a preconceitos. Assim, o art. 5.º, XLI, prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, enquanto que o mesmo artigo, em seu inc. XLII, estabelece que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

(67) Cf., Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 147 *et seq.*

(68) Cf., Jose Luis Díez Ripolles, *El Derecho penal ante el sexo*. Barcelona : Bosch, 1981. p. 12 *et seq.*

Ora, a diferenciação, estabelecida pela lei penal entre mulher honesta e mulher não honesta, consiste sim, em uma clara manifestação de discriminação à figura da mulher, tida esta como cidadã. Merecem tanto a mulher honesta, como a não assim considerada, proteção contra a violência física ou moral.⁶⁹

Na realidade, o texto constitucional nunca estabeleceu ou permitiu a ocorrência de tamanha discriminação. A Carta consolidada de 1969, afirmava, em seu art. 153, § 1.º, que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”, repetindo pois, o já disposto na Constituição de 1967, em seu art. 150, § 1.º. A Constituição de 1946, de maneira mais concisa, previa, em seu art. 141, § 1.º, que “todos são iguais perante a lei”, repetindo, de igual forma, a previsão contida no texto de 1937 (art. 122, item 1.º). A Constituição de 1934 estabelecia, por sua vez, que “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas” (art. 113, item 1.º). O primeiro texto constitucional republicano, de 1891, dispunha, em seu art. 72, § 2.º: “todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Mesmo no Império, desconhecido era o preconceito relativo ao estado das pessoas consideradas como cidadãs, muito menos quanto a sua honestidade. Previa o seu art. 179, item 13: “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Como se explicar, então, a existência, na lei penal, da distinção protetora entre as mulheres honestas e as tidas como não-honestas? A melhor resposta parece, segundo idéia clássica, ser a dada pelas *kulturnormen*, descritas na teoria sinônima de Max E. Mayer. Segundo ele, existem normas ditadas meramente pelo convívio social, derivando da cultura de cada povo. Não sendo escritas, elas meramente se inserem no saber coletivo, havendo, pois, íntima relação entre cultura e sociedade. Enfim, por “normas de cultura”, entendem-se as proibições ou mandamentos, por meio das quais uma sociedade exige conduta correspondente aos seus interesses, inserindo-se aí, as normas de natureza religiosa, moral, de intercâmbio material e moral, econômico ou social, de cultura agrária, militar, técnica, acadêmica etc.⁷⁰ O que parece ocorrer, *in casu*, foi a transposição, à lei penal, de uma destas normas de cultura, vale dizer, relativa a uma maior proteção que devem ter as mulheres honestas, frente àquelas assim não consideradas pela sociedade.

(69) Karl Prelhaz Natscheradetz, op. cit., p. 118 *et seq.*

(70) Nélson Hungria, op. cit., vol. II, p. 23.

Indo ao encontro desta tese, é de se ver que a lei civil prevê, em seu art. 1.548, II, que: "A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não puder reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado. II - Se mulher honesta, for violentada ou aterrada por ameaças". Ora, como analisar a proteção (agora civilmente encarada) sobre a honra da mulher, se esta se dá de forma diferente, conforme seja o seu conceito ou caráter de honestidade. Este, somente pode dar-se em razão da moral da sociedade. Clóvis afirma, nesse sentido, que "a violência contra a mulher desonesta, não constitui ofensa a honra; mas não deixa de ser um ato ilícito, que a lei penal reprime, e a civil considera dano reparável. Não se regula a espécie pelo art. 1.548, mas está submetida aos preceitos gerais (art. 1.549)".⁷¹

Ora, isso ocorria em tempos idos. Hoje não mais. Normas de cultura não podem vir a impor limites à atuação do Estado. A profunda interferência da moral nos assuntos penais causou, ao longo da história, mais efeitos deletérios do que benéficas. A assertiva comumente aplicada de que a sociedade moderna encontra-se no estado em que está pela perda de seu referencial moral pode até ser encarada como verdadeira, mas que não se diga que a retirada dos aspectos morais da lei penal veio nisso influir. Que se lembre, o direito repressivo deve unicamente vir a proteger bens jurídicos, sem pretender impor, didaticamente, valores de todo suscetíveis.

Constitucionalmente portanto, e como se viu, não se faz mais possível a manutenção penal de uma exigência, qual a honestidade da mulher, para certas tipificações penais. Consagrado pela lei maior, é a igualdade entre homens e mulheres, tidas estas como "honestas" e "não-honestas". Não mais há de subsistir, em um Estado Democrático de Direito, o entendimento de diferenciação legal de direitos e garantias relativas à intimidade dos sujeitos passivos de um crime.

8. Conclusões

É de se ter, portanto, que considerações mais recentes têm entendido que o objetivo fim do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos. Isso leva a inarredável conclusão de que, como a moral não é um bem jurídico, não lhe devem caber disposições penais.⁷² Ora, vez que a "honestidade da mulher" aqui

⁽⁷¹⁾ Clóvis Beviláqua. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957. vol. V, p. 255. Se isso era admitido aos tempos de Clóvis, hoje assim mais não o é. De igual forma impensável e de causar ojeriza, é a pretensa reparação do crime contra a liberdade sexual pelo casamento. Abandonado que está o caráter moral do tipo, abandonado também deverá estar a pseudo reparação moral que é tida, ainda hoje, como causa de extinção da punibilidade.

⁽⁷²⁾ Claus Roxin, op. cit., p. 7. Jose Luis Díez Ripolles. *El derecho penal ante el sexo*, cit., p. 105.

tratada, nada mais é do que uma observação moral quanto à eventual condição da vítima, não parece ter ela lugar no moderno direito repressivo. Mais do que “moral” e dos “bons costumes”, o direito comparado tende a ter como bens juridicamente protegidos a liberdade e a autodeterminação sexual. O entendimento da criminalidade sexual tem sofrido profunda evolução. O conceito de “bons costumes”, como bem jurídico protegido pela lei brasileira, também muito já mudou, mas não ainda o bastante.

Já ensinava Gómez que “no és posible establecer, en abstracto, cuándo una mujer debe ser considerada honesta para los fines de la aplicación del precepto legal que se viene estudiando. Se trata de cuestión de hecho que los Tribunais resolverán con prudente arbitrio, en cada caso. Lo que es absolutamente necessário es comprobar la honestidade de la víctima, pues, si ella falta, desaparece el fundamento de la incriminación. En otros términos, no existe delito”.⁷³ Deixar ao arbítrio dos tribunais, todavia, não parece ser o melhor caminho. A declaração de um estado de não honestidade, consiste verdadeiramente em um preconceito. Mais do que resguardar uma pseudo-honestidade feminina, a estipulação desta condição poderá, em certos casos, vir a transformar uma vítima em verdadeira ré.

Dessa forma, antes de tudo, é de se ver que os conteúdos dos conceitos de “pudor”, “moral”, “bons costumes”, “decência” e “honestidade” não mais podem ser tidos para uma avaliação do Direito Penal sexual.⁷⁴

A honestidade imiscui-se com elementos outros, quais sejam, a prostituição, o homossexualismo e a virgindade. Tais elementos já não mais são admitidos como de consideração prévia ao Direito Penal. Considerações penais quanto se é, ou não, uma mulher tida como “honesta”, não podem mais subsistir nos dias de hoje. O bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal sexual, enfim, é a de uma liberdade de autodeterminação sexual. Frente a ataques ou a agressões⁷⁵ a esta, aí sim, caberá a intervenção estatal.

Por tudo isso, para evitar-se, além de dificuldades inteiramente desnecessárias na conceituação do preconceito quanto à honestidade feminina, e sem perder de vista o escopo da lei e o complexo de ofensas contido na norma, devem ser abolidos o requisito de honestidade, bem como quaisquer aspectos morais dos tipos legais. Não mais podem ser aceitos, no direito repressivo, conceitos apriorísticos, os quais não se adequam, de forma alguma, ao escopo do moderno Direito Penal. Honra e moral têm outros campos a percorrer do que o das ciências penais. A sociedade pode ter, para si, que o conceito de honra

(73) Eusebio Gómez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Companhia Argentina de Editores, 1940. vol. 3, p. 136.

(74) Cf., Jose Diéz Ripolles. *Exhibicionismo, pornografía y otras condutas sexuales provocadoras*, cit., p. 4 et seq.

(75) Luiz Regis Prado, op. cit., p. 51.

varia, ainda hoje, em relação ao homem e a mulher.⁷⁶ Para o homem seria a honra patrimonial, para a mulher, a sexual.⁷⁷ Mas isso não deve ter nenhuma relevância, senão sociológica.

De igual forma, seguindo a orientação mundial, deve a legislação nacional, *de lege ferenda*, restringir o âmbito de aplicação da norma penal sexual apenas e tão-só às atitudes praticadas com violência ou grave ameaça, violentando-se, mesmo, o princípio da dignidade humana. A exemplo do que já fizeram outras legislações, como a alemã, deve-se pretender uma tipificação genérica, tanto para homens, quanto para mulheres. A criação de tipos indistintos a homens e mulheres, forçosamente, conduzirá, conforme o pensamento germânico parece demonstrar, a maior rigor científico do Direito Penal sexual vez que, não mais, aspectos morais, darão o norte da linha de pensar. A liberdade sexual, um dos mais sutis e difíceis bens a se proteger pela técnica sempre tosca do Direito Penal, deve ser guarnecida por este direito, mas sempre em *ultima ratio*.⁷⁸

Da mesma forma, o escopo é intentar-se a exclusão da lei brasileira, de toda a sorte de resquícios de aspectos morais. Um passo nesse sentido já foi dado, ao pretenderem, os últimos anteprojetos de parte especial apresentados ao Congresso Nacional, proteger a dignidade sexual. De se constatar, contudo, que os tipos penais de *per si*, nele mencionados, ainda guardam excessiva carga de aspecto moral.

(76) Isso, em certa perspectiva, também viola os pressupostos constitucionais. Cf. art. 5.º, I, CF: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

(77) Flaminio Fávero. *Medicina legal*. São Paulo : Martins, 1962. vol. 2, p. 307. Conforme Schopenhauer, "na mulher solteira a honra se baseia na confiança que sua pureza emana, na casada a fidelidade ao seu marido". Arthur Schopenhauer. *A vontade de amar*. Trad. Aurélio de Oliveira. Rio de Janeiro : Tecnoprint, s.d., p. 63.

(78) Francisco Muñoz Conde, op. cit., p. 175.