

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A TUTELA PENAL DA MORAL: UM OLHAR SOB O PRISMA DA TEORIA DO BEM
JURÍDICO E DOS PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL.**

Gustavo Henrique Barbosa Santos

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A TUTELA PENAL DA MORAL: UM OLHAR SOB O PRISMA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DOS PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL.

Gustavo Henrique Barbosa Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2017

A TUTELA PENAL DA MORAL: UM OLHAR SOB O PRISMA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DOS PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel em Direito.

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI
Orientador

JOÃO AUGUSTO ARFELI PANUCCI
Examinador

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID
Examinador

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2017.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

Envergonhe-se de morrer até que você tenha alcançado uma vitória para a Humanidade.

Jurgen Habermas

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado saúde, força e perseverança para superar as dificuldades enfrentadas. Igualmente, agradeço a Deus, pois permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como acadêmico de Direito, mas que em todos os momentos foi o maior guia e maior mestre que eu poderia conhecer.

Agradeço a este renomado Centro Universitário, pelo ambiente criativo e amigável que me proporcionou. Agradeço ao Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, ainda, por seu corpo docente qualificado, sempre atuando na direção de seus alunos, que com toda a certeza abriram para mim as cortinas da janela que hoje vislumbro horizontes posteriores.

Agradeço com especial apreço, o Prof. MS. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, pelas valiosas orientações, pelo apoio e confiança na condição de orientador deste trabalho acadêmico, sempre compartilhando de seu conhecimento jurídico, de modo que eu pudesse concluir com excelência a minha empreitada acadêmica.

Agradeço, ainda, a todos os professores deste Centro Universitário, por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e efetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicam aos discentes, incluindo a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me estimulado a aprender.

Agradeço aos meus familiares por todo o amor, incentivo e apoio incondicional, e, ainda, pela compreensão acerca de minha ausência durante o processo de elaboração do trabalho acadêmico, dos estudos para as avaliações e demais atividades afetas ao curso de Direito. Agradeço, em destaque, a meu pai e minha avó, que sempre foram fundamentais em minha formação, tecendo todo o apoio necessário, materialmente e imaterialmente, o que faz com que todas as minhas conquistas sejam dirigidas também, em homenagem a eles.

Meus agradecimentos especiais aos amigos que me acompanham diariamente nas cadeiras acadêmicas, os quais tenha enorme apreço.

Enfim, a todos que direta e indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado e minha gratidão eterna.

RESUMO

O objetivo da presente empreitada acadêmica é a análise acerca da roupagem conferida à moral como bem jurídico penalmente tutelado, com o intuito de estabelecer uma visão dessa situação jurídica sob o prisma da teoria do bem jurídico penal e dos princípios minimalistas do Direito Penal. Com a referida análise da moral como bem jurídico penalmente tutelado, sob o enfoque da teoria do bem jurídico penal e dos princípios minimalistas, demonstraremos a ilegitimidade e inconstitucionalidade da repressão de condutas meramente morais, como forma de assegurar a primazia de um Direito Penal Mínimo, em consonância com as funções primordiais da teoria do bem jurídico e os preceitos trazidos pelos princípios penais constitucionais, em especial àqueles que compõem o ideal trazido pelo movimento denominado como Direito Penal do Equilíbrio. Os métodos hipotético-dedutivo, dialético e comparativo serão de fundamental importância na diagramação dos conceitos fundamentais que serão trazidos, para que em momento crucial da pesquisa possamos embasar o fato de que o vilipêndio as questões morais não justificam a intervenção do Direito Penal, com todas as suas conjecturas e consequências, de modo a privilegiar o movimento contemporâneo do Direito Penal Mínimo.

PALAVRAS-CHAVE: Moral. Direito. Teoria do Bem Jurídico-Penal. Tutela Penal da Moral. Princípios Minimalistas. Legitimidade. Constitucionalidade. Direito Penal do Equilíbrio. Política Criminal.

ABSTRACT

The objective of the present academic undertaking is the analysis about the clothing conferred on morality as a criminal legal right, with the intention of establishing a vision of this juridical situation under the prism of the theory of the juridical criminal good and the minimalist principles of Criminal Law. With the aforementioned analysis of morality as a criminal legal right, under the focus of the theory of criminal legal good and minimalist principles, we will demonstrate the illegitimacy and unconstitutionality of the repression of purely moral conduct, as a way of ensuring the primacy of a Minimum Criminal Law, in line with the primary functions of the theory of legal good and the precepts brought by the constitutional penal principles, especially those that make up the ideal brought by the movement called Criminal Law of Equilibrium. The hypothetical-deductive, dialectical and comparative methods will be of fundamental importance in the diagramming of the fundamental concepts that will be brought about, so that at crucial moments of the research we can base the fact that the vilification of moral questions does not justify the intervention of Criminal Law, with all their conjectures and consequences, in order to favor the contemporary movement of Minimum Criminal Law.

KEY WORDS: Moral. Right. Theory of Legal and Penal Law. Penalty of the Moral. Minimalist Principles. Legitimacy. Constitutionality. Criminal Law of Equilibrium. Criminal Policy.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2	O SURGIMENTO DA MORAL	12
2.1	A Moral em Immanuel Kant	14
2.2	As Críticas à Moral Kantiana	19
2.3	A Relação Entre a Moral e o Direito	27
3	O BEM JURÍDICO PENAL	31
3.1	O Conceito de Bem Jurídico.....	33
3.2	A Evolução Histórica da Teoria do Bem Jurídico-Penal.....	35
3.3	Teorias Sociológicas e Funcionalistas do Bem Jurídico-Penal.....	40
3.4	Teorias Constitucionais do Bem Jurídico-Penal.....	42
3.5	As Funções do Bem Jurídico-Penal	46
4	A TUTELA PENAL DA MORAL	49
4.1	Origem Histórica.....	50
4.2	Análise Acerca dos Delitos Previstos no Título VI do Código Penal: A Tutela Penal da Moral	58
5	PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL	66
5.1	Conceito de Princípios.....	67
5.2	A Distinção Entre Princípios, Regras e Normas	70
5.3	A Eficácia dos Princípios	76
5.4	Princípio da Intervenção Mínima	78
5.5	Princípio da Lesividade	81
5.6	Princípio da Adequação Social.....	83
5.7	Princípio da Insignificância	85
5.8	Princípio da Proporcionalidade.....	87
5.8.1	A proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.....	89
6	ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA MORAL COMO BEM PENALMENTE TUTELADO	91
6.1	A (i) Legitimidade da Repressão dos “Delitos Morais”	94
6.2	O Vilipêndio aos Princípios Minimalistas do Direito Penal.....	99
6.3	O (des) Respeito ao Ideal de Direito Penal do Equilíbrio	105
7	CONCLUSÃO	107
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

1. INTRODUÇÃO

Preambularmente, no que se refere ao referencial teórico adotado, preponderou a utilização de pesquisas bibliográficas pertinentes, tanto de autores nacionais, como internacionais, agregando as ideias com o fulcro de proporcionar maior credibilidade aos assuntos abordados, sem deixar de explicitar as impressões obtidas sobre os pontos levantados na pesquisa.

Não obstante, foi de extrema importância a utilização pontual da jurisprudência pátria para corroborar os entendimentos obtidos em determinados pontos da empreitada acadêmica. Ressalta-se, por oportuno, que os métodos utilizados na pesquisa foram o hipotético-dedutivo, dialético e comparativo.

Por meio deste trabalho, buscou-se fundamentalmente analisar a tutela penal da moral, sob o enfoque da teoria do bem jurídico e dos princípios minimalistas do Direito Penal, a fim de analisar a legitimidade da repressão de condutas de cunho moral, conforme a possibilidade previu o legislador penal.

É cediço que o estudo da teoria do bem jurídico é fundamental para a formação do ilícito penal, atuando como verdadeiro legitimador da repressão de condutas perpetradas pelos cidadãos, através da qual o bem jurídico penal é o núcleo do ilícito e o justifica. De igual modo, a análise da legitimidade da repressão de condutas deve ser feita mediante inteligência entre o ilícito e os princípios penais constitucionais, de modo que a incongruência entre eles pode levar à ilegitimidade do tipo penal, e conseqüentemente ao processo de descriminalização de condutas.

Por conta da relevância do estudo acerca da teoria do bem jurídico, bem como do estudo dos princípios penais constitucionais, principalmente aqueles ligados a ideia de um Direito Penal Mínimo, para a análise da legitimidade e constitucionalidade da intervenção penal, o tema foi escolhido como objeto do trabalho, o qual tem a finalidade precípua de analisar a legitimidade da atuação penal em sede de tutela penal da moral, assim como o próprio título pressupõe.

No capítulo inicial foram feitas considerações acerca do surgimento da Moral, bem como através de um conceito paradigma, estabelecemos a ideia central da moral, sem deixar de trazer argumentos críticos ao conceito adotado como

paradigma para o presente trabalho. Neste capítulo, foi salutar estabelecer, ainda, a relação entre o Direito e a Moral, de modo que em momento oportuno pudéssemos revisitar essa relação para analisar a legitimidade da Moral como bem penalmente tutelado, levando em conta também os aspectos simbióticos entre os campos.

No segundo capítulo, como um dos estudos fundamentais para o objetivo do presente trabalho, foi analisado os multifacetados conceitos acerca do bem jurídico penal, bem como a evolução histórica do conceito. Neste capítulo, ainda, foram abordadas as mais diversas teorias constitucionais, com a finalidade didática de demonstrar o acerto na criação das teorias contemporâneas, que foram abordadas de modo destacado no capítulo supracitado. Além disso, após perquiridas as mais diversas teorias acerca do bem jurídico penal, salutar análise acerca de suas funções, até mesmo como forma de corroborar sua atuação em sede de legitimidade penal.

Seguindo, no terceiro capítulo, munidos dos aspectos relevantes acerca da moral, bem como acerca da teoria do bem jurídico penal e suas funções primordiais, foi realizada uma análise acerca da tutela penal da Moral, onde, em proêmio, nos debruçamos em sua origem histórica, e, posteriormente, analisamos de forma pormenorizada os delitos que possuem como bem jurídico penalmente tutelado eminentemente a moralidade.

No capítulo subsequente, foram estudados os chamados Princípios Minimalistas do Direito Penal, onde inicialmente tecemos considerações acerca do ideal de Direito Penal Mínimo, e, em seguida, nos debruçamos a estudar o conceito fundamental de Princípios, em sentido amplo, bem como suas distinções para as regras, princípios e normas, nos ancorando em pesquisas doutrinárias para tanto, com a finalidade principal de compreender o modo como atuam os princípios, pois salutar para a análise que se pressupõe a empreitada acadêmica. No capítulo supracitado, ainda, foram analisados de forma pormenorizada os Princípios Minimalistas em espécie, sendo eles, o princípio da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância e proporcionalidade, com o escopo principal de compreender sua essência e facilitar o entendimento de sua aplicação e relevância na criação e descriminalização dos ilícitos penais.

Por fim, e não menos importante, após traçados todas as premissas e conceitos fundamentais para o estudo que a empreitada acadêmica se propôs, o último capítulo tratou de analisar a constitucionalidade e legitimidade da moral como

bem penalmente tutelado, onde para tanto, foram analisados a legitimidade da criminalização dos delitos previstos nos Capítulos V e VI, do Título VI do Código Penal, onde o legislador pátrio proclamou a moral como bem jurídico penalmente tutelado. Em momento subsequente, ainda no derradeiro capítulo, nos debruçamos em uma inspeção da tutela penal da moral sob o enfoque dos princípios minimalistas do Direito Penal, bem como se fez um exame da mesma em relação ao ideal trazido pelo movimento contemporâneo denominado de Direito Penal do Equilíbrio.

2 O SURGIMENTO DA MORAL

Muito se discute acerca do conceito da moral, bem como o modo em que ocorreu o seu surgimento. A origem da moral sempre foi tema amplamente debatido entre os estudiosos, principalmente àqueles que buscavam estudar as origens éticas e morais como campo dos estudos filosóficos, ou seja, na seara da Filosofia do Direito.

Vivemos em uma sociedade regida por normas, deste modo, quando nascemos já absorvemos todo o universo cultural ao nosso redor e vamos criando concepções de certo e errado acerca dos acontecimentos que estão passíveis de observação em nosso meio. Nesse ínterim, a todo o momento estamos sendo regidos por normas de conduta em vários ambientes em que estamos inseridos, seja no trabalho, seio familiar ou no círculo de amigos, normas estas que derivam de concepções originárias, por vezes, dos grupos que fazemos partes.

De modo geral, as normas visam o bem-estar do cidadão, embora nem sempre proporcionem esse resultado. O homem por sua vez se apresenta para o mundo não só como ser de hábitos naturais, mas também como ser autônomo, livre e responsável pelos seus atos na vida cotidiana. Aristóteles dizia que o ser humano é um dos seres mais imitativos que existe, pois adquirem hábitos culturais com uma velocidade e habilidade ímpar, hábitos estes que passam a ser inerentes às diversas estratificações sociais em que o indivíduo se insere ou passa a inserir.

Concebida a ideia de que o ser humano é um ser de hábitos, que adquire características inerentes as mais diferentes estratificações sociais em dado momento cronológico da sociedade, a moral diz respeito aos nossos comportamentos concretos, àquilo que julgamos certo e errado, o bem e o mau, os valores que adotamos diariamente, ou seja, valores inerentes a nós.

Por outro lado, muitas vezes confundida com o ideal que concebemos de moral, a ética é uma filosofia que tenta explicar o porquê dos valores morais previamente estabelecidos. Nesse ínterim, a ética vai dizer se o que seguimos, nossos costumes, tradições e tabus são justificáveis ou injustificáveis. Deste modo, não se pode cientificamente confundir as duas coisas, pois, em suma, a ética busca estudar e explicar as motivações de certos comportamentos e valores tidos como morais, de modo que é possível verificar que os dois ideais não são sinônimos.

Vários estudiosos empreenderam seus esforços ao decorrer das décadas na busca de aclarar a compreensão acerca da origem e definição da moral, dentre eles renomados, como Immanuel Kant, Arthur Schopenhauer, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Jurgen Habermas, Ronald Dworkin, H. L. A. Hart, entre outros.

Todavia, em que pese o imenso arcabouço de estudiosos que empreenderam esforços a contribuir para o estudo acerca da moral, alguns deles merecem especial atenção, pois foram de fundamental colaboração para o ideal de moral atualmente concebido, embora o ideal não seja estanque, bem como a compreensão da relação entre a moral e o direito, que embora por vezes em total simbiose, deve ser analisada sob um enfoque limitado, e não absoluto.

Dentre essa enorme gama de doutrinadores e estudiosos, vamos pinçar como paradigma as ideias e concepções acerca da moral derivada dos estudos de Immanuel Kant, pois muito difundido no estudo contemporâneo quando tratamos da origem da moralidade, bem como os estudos do referido autor é base para os estudos de diversos outros estudiosos, havendo aqueles que criticam suas concepções e àqueles que utilizam das obras de Kant para consubstanciar seus estudos e teorias, não à toa, eram assim denominados Neokantianos.

Embora concebido que os ideais morais muitas vezes são transmitidos culturalmente, na moral kantiana é possível observar ideias diversas, onde a moral surge do indivíduo em si, sem que haja influências externas para a formação da moral, de modo que cada um dos seres humanos é capaz de conceber sua própria ideia sobre a moral, não empiricamente, mas em um juízo *a priori*.

Em tópico apartado, salutar despender sucinta análise aos ideais de Immanuel Kant acerca da moral, tomando seus estudos como base para a compreensão da origem da moral, ainda que suas teorias tenham sido objeto de críticas, não diretamente dirigidas, porém, objeto de diversos estudos de doutrinadores que buscaram reformular conceitos derivados do estudo de Kant. Salutar, ainda, o estudo das influências e/ou simbiose da moralidade com o direito, a fim de em momento crucial da pesquisa, analisar a tutela jurídica da moral em sede de Direito Penal, o qual se aproxima do objetivo da pesquisa.

2.1 A Moral em Immanuel Kant

Um dos principais pensadores que voltaram seus estudos para o campo da filosofia moral foi Immanuel Kant. Seus estudos foram um dos balizadores para os demais estudiosos que se debruçaram a estudar o tema em oportunidades ulteriores, havendo, inclusive, quem voltasse suas teorias apenas para rechaçar as ideias concebidas por Kant, como é o caso de Arthur Schopenhauer, embora tenha sido fortemente influenciado por Kant.

A filosofia moral de Kant está estabelecida em pelo menos duas obras bibliográficas principais, sendo elas as obras denominadas “A Crítica da Razão Prática” e “A fundamentação da Metafísica dos Costumes”, amplamente difundidas quando o assunto é o estudo acerca da moralidade, todavia, para efeitos de se chegar ao ponto central da ideia de moralidade em Kant, a análise primordial se galgará na segunda obra citada.

Na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant estabelece uma divisão para a ética, estabelecendo que a parte empírica dela, ou seja, aquela concebida a partir da experiência poderia se chamar de Antropologia Prática, enquanto a parte racional seria a Moral propriamente dita. Diga-se racional porque a conduta moral, para Kant, não pode derivar do empírico, ou seja, da experiência prática, mas deve derivar do racional (2007, pg. 14).

Ao tratar da transposição da razão em seu conhecimento moral para o seu conhecimento filosófico, Immanuel Kant estabelece uma relação estreita entre o conceito trazido por ele de Boa Vontade e de Moralidade. Para Immanuel Kant, Boa vontade é àquela categoria que é boa sem limitação, categoria esta que Kant chama de “*a priori*” quando fala de metafísica dos costumes, sendo tal denominação derivada do fato de ser anterior à qualquer experiência (não empírica).

Kant ressalta a essência de seu conceito de boa vontade, parafraseando:

A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão- somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações. (2007, pg. 23)

A partir dessa concepção, Kant diz que os talentos do espírito (Discernimento, argúcia, entre outros) ou os chamados dons da fortuna (poder, riqueza, honra, entre outros), de nada valem se conduzidos por uma vontade depravada ou seja, ausente da chamada boa vontade, que é voluntária por excelência (2007, pg. 21-22). Sendo assim, a ideia de boa vontade serve como pressuposto necessário e único para a moralidade, de modo que a conduta carecedora de boa vontade, não é moral.

A primeira característica da boa vontade é que ela é formal, ou seja, não sabemos o conteúdo material da boa vontade, mas apenas a sua forma. A boa vontade é aquilo que é bom sem limitação, independentemente do conteúdo que apresente. A boa vontade também tem outra característica, além de formal, ela é racional. Kant dizia que para entendermos a boa vontade, não precisamos investigar no que ela se aplica, quais são os fins que ela é destinada, qual a aptidão da boa vontade, mas simplesmente o querer, isto é, em si mesma, assim como demonstrado pela essência de seu conceito (KANT, 2007, pg. 26).

Deste modo, não devemos para investigar a boa vontade, investigar as consequências de um comportamento dotado de boa vontade, não precisamos fazer uma avaliação empírica para saber o que é a boa vontade, até porque a boa vontade é *“a priori”*. A terceira característica da boa vontade é que ela é algo pressuposto, um conceito, algo teórico, ou seja, ela vale por si mesma.

A filosofia moral de Kant exige estrita compatibilidade entre o pensamento e a ação, ou seja, o que o sujeito pensa deve ser estritamente coerente com a sua ação. Nesse ínterim, o brocardo *“faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”* é um dito antikantiano, pois Kant o refutaria completamente. Na filosofia de Kant, o *“Pensar”* e o *“Agir”* possuem direta ligação, de modo que o segundo deve ser consequência imediata do primeiro, e para ser moral, deve ser dotado de boa vontade. Na filosofia moral Kantiana, uma ação moral precisa partir de um motivo interno, o que ele chama de motivo autônomo, e não de um motivo externo, que ele chama de motivo heterônomo, ou seja, deve partir do próprio indivíduo.

Nesse sentido, Immanuel Kant assevera que:

Uma ação praticada por dever tem seu valor moral não no propósito que por meio dela se quer alcançar, mas na máxima que a determina; não depende, pois, da realidade do objeto da ação, mas meramente do princípio do querer

segundo o qual a ação foi praticada prescindindo de todos os objetos da faculdade de desejar (1948, pg. 50).

Deste modo, não importa os efeitos da ação, mas o que Kant chamou de cumprimento a uma lei universal. Sendo assim, pela característica racional da boa vontade, que implica na moralidade, não há de se fazer avaliações empíricas acerca de se a ação foi boa ou não, a boa vontade também tem a característica formal, assim, basta obediência à lei universal. Mas o que seria a dita lei universal?

Para Kant, a lei universal parte do pressuposto de que o indivíduo deve agir sempre de modo que sua conduta e sua máxima se converta em uma espécie de lei universal, ou seja, que todos deverão adotar de modo semelhante. Esta lei universal se assemelha muito ao ideal cristão de que não devemos fazer ao outro o que não quer que façam com você. A ação tem que ser tomada de uma forma que ela valha para qualquer situação. A obediência a essa lei universal de que devo agir sempre querendo que minha ação se torne uma lei universal, é o que vai distinguir uma ação moral de uma ação não moral.

A ação moral é aquela que é cumprida por dever, obedecendo a um princípio interno e autônomo. Já as ações não morais são aquelas que são obedecidas conforme ao dever, e os motivos que os seguem são externos, portanto, heterônomos.

Essa lei universal ressaltada por Kant, como toda lei, acaba sendo uma obrigação propriamente dita. Kant resolveu denominar essa obrigação como imperativo, para ele, imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade deste ou daquele ser racional (2007, pg. 48).

Segundo Kant, agimos impelidos por imperativos, isto é, por fórmulas das representações de princípios objetivos, deste modo, Kant resolveu estabelecer dois tipos de imperativos, àquele que representa ações não morais, denominado imperativo hipotético, e àquele que representa ações morais, denominado imperativo categórico (2007, pg. 51-52).

Kant estabelece que imperativo hipotético representa a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer coisa que se queira. Por outra banda, assevera que imperativo categórico representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim. É esse

tipo de imperativo que Kant assevera ser atinente a lei moral, ou seja, um fim em si mesmo, e não um meio para a busca de outros fins, que muitas vezes estão voltados ao interesse pessoal de quem o pratica.

Deste modo, a grosso modo, de dois imperativos:

Imperativo hipotético, uma ação é subordinada, como meio, a qualquer fim que se pretende atingir, isto é, tem em vista um fim que o sujeito deseja; (KANT, 1948, pg. 50).

Imperativo categórico, uma ação é boa em si mesma e por si mesma, isto é, a forma da lei moral, isto é, a lei é identificada com a expressão conceitual de necessidade incondicionada, objetiva, de validade universal, apodítica (KANT, 1948, pg. 50).

Com a formulação de imperativo categórico, Kant estabelece três fórmulas, sendo elas as fórmulas da universalidade, finalidade e da autonomia:

1º) Fórmula da Universalidade: “Age como se a máxima da tua ação se devesse torna, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 1948, pg. 57).

2º) Fórmula da Finalidade: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. (KANT, 1948, pg. 68).

3º) Fórmula da Autonomia: “Age de tal maneira que a tua vontade se possa considerar como sendo a autora da lei universal à qual se submete”. (KANT, 1948, pg. 82).

De acordo com Kant, o princípio da Universalidade torna inviável que alguém minta ou roube, pois somente se alguém desejar ser roubado ou que alguém minta para ele, poderá considerar que as duas coisas fossem universalizadas.

No segundo princípio, encontramos a preocupação Kantiana de que as ações não instrumentalizem as pessoas, todo indivíduo humano é o fim de si mesmo, o que torna as ações de fazer de outro ser humano objeto de caráter não moral sob a ótica do referido princípio.

O terceiro e último princípio, que como se pode verificar encontra fundação na moral da autonomia e, por isso, a recusa de princípios exteriores como a justificação cultural de uma ação não moral. Kant considera que o princípio da natureza moral brota dentro do ser racional, não havendo de se falar em influências externas que o determinem (2007, pg. 75-76).

Kant, através da explicação de como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*, apresenta uma estrutura de conhecimento, que se seguida, pode levar ao indivíduo a adoção de condutas legitimamente morais. Kant ressalta que o verdadeiro problema da razão pura, estudada em sua primeira obra (Crítica à razão pura) está contida na seguinte indagação: como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*? O fato da metafísica até hoje se ter mantido em estado tão vacilante entre incertezas e contradições é simplesmente devido a não se ter pensado mais cedo nesse problema, nem talvez mesmo na distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos, ou seja, juízos empíricos e juízos *a priori*.

Conforme pontua Alexandre Travessoni Gomes:

O método utilizado por Kant para a demonstração dos juízos sintéticos *a priori*, será por ele chamado de transcendental. Ele irá partir dos fatos e, por reflexão sobre esses fatos, estabelecerá suas condições de possibilidade. As condições de possibilidade do conhecimento são transcendentais por estarem implícitas, isto é, por não poderem ser deduzidas de outro fato (da experiência), já que são dadas *a priori* (2004, p. 95).

Os realistas explicariam o conhecimento na suposição de que a nossa mente aprende uma ordem que existe objetivamente no mundo. Kant, porém, propôs a sua conhecida inversão da perspectiva, na qual em lugar de supormos que a mente humana se limita a captar uma ordem que existe fora dela, passamos a admitir que ela própria (a mente humana) como sendo a fonte dessa ordem.

O que nos interessará destacar fundamentalmente aqui, no entanto, é a proposição da inversão de perspectiva trazida por Kant também no domínio da ética: em vez de pensarmos que agir moralmente é subordinar a nossa vontade a uma lei exterior previamente estabelecida, haveremos de conceber, a nossa própria razão, como fonte do princípio moral segundo o qual devemos agir, ou seja, a partir de concepções criadas internamente, através da boa vontade.

A partir da primeira Crítica, pode-se considerar que a razão assume, além de uma função teórica reguladora do conhecimento, uma função prática, que não estará preocupada apenas em traduzir as leis que regem os fenômenos da natureza, mas em representar também as leis sob as quais o homem possuidor de razão e liberdade deve agir (TRAVESSONI GOMES, 2004, p. 107).

A partir disso, temos identificado o princípio basilar da moralidade Kantiana, sendo aquele que nos auxilia na compreensão da concepção e definição

da moral e da moralidade, a saber: que a vontade deve ser compreendida em si mesma, independentemente de toda inclinação exterior, dissociado dos objetivos em função dos quais se pode agir.

Após analisados os principais aspectos atinentes às noções de boa vontade (corolário da boa vontade em Kant), dever e a essência correspondente aos imperativos hipotético e categórico, conceitos que são fundamentais para a compreensão da moralidade Kantiana, é salutar para a compreensão do desenvolvimento do estudo da moral, abordar as reflexões acerca do tema por outros estudiosos da Filosofia do Direito, especialmente os Neokantianos, como forma de consentirmos com as ideias Kantianas acerca da moralidade, através da dialética.

2.2 As Críticas à Moral Kantiana

Os estudos de Kant acerca da moralidade foram fortemente influenciadores do estudo de vários outros investigadores do tema, assim como outrora mencionado no presente trabalho, sendo que as influências se pautam tanto no fato de diversos doutrinadores terem se valido das concepções de Kant para corroborar suas conclusões em estudos sobre a moralidade e a relação entre moral e direito, quanto para demonstrar a fragilidade das concepções Kantianas.

No presente tópico, o objetivo será pinçar alguns estudiosos ao decorrer dos tempos a fim de verificar quais as principais críticas feitas por eles aos estudos de Kant acerca da moralidade, o qual adotamos como paradigma para estudar a origem da moral, mormente por aquiescermos que a moral surge autonomamente em relação a cada indivíduo, ou seja, internamente, ainda que alguns resquícios dessa moralidade possam ser transmitidos, como é natural no convívio em sociedade.

Revisitados os estudos de Kant acerca da Moralidade, o primeiro estudioso a endereçar críticas à ele no campo Ético é Arthur Schopenhauer.

Como visto, Kant pretendeu com o estabelecimento do imperativo categórico definir como devemos agir, ou seja, fundar as condições para que nossa ação seja considerada moral através da adoção de um comportamento tido como lei universal. Kant fez uma investigação a respeito da “fonte dos princípios práticos que residem a priori na nossa razão” (1948, pg.16).

Conforme pontua Renato Nogueira dos Santos Junior:

As condições de possibilidade do imperativo categórico têm como base a estrutura de dupla inscrição do sujeito kantiano, num mundo inteligível e em um mundo sensível, o sujeito transcendental e o sujeito empírico possuem, segundo Kant, certas redes de relações que viabilizam uma determinação não-empírica da razão prática no sujeito empírico. (2008, pg. 81).

Para Schopenhauer, Kant apresentou e demonstrou de forma inconsistente o imperativo da razão. O ponto central da crítica à Moral de Kant está na análise schopenhaueriana que identifica no princípio moral kantiano uma inconsistência em sua constituição. Essa inconsistência diz respeito ao imperativo categórico não ser categórico, não passar, de fato, de um imperativo hipotético. Tal fato, para Schopenhauer, “eliminará a possibilidade do estabelecimento de uma proposição sintética a priori orientadora da vontade” (JUNIOR, 2008, pg. 81-82).

A refutação de Schopenhauer ao imperativo categórico Kantiano pode ser demonstrada sob duas hipóteses, sendo a primeira por uma crítica interna que simplifica as estruturas formais do imperativo categórico, demonstrando sua impossibilidade, e a segunda a hipótese schopenhaueriana sobre o fundamento da moral, que para ele seria a compaixão, diferentemente do imperativo categórico trazido por Kant, que definiria uma conduta como moral.

Ao esmiuçar o imperativo categórico kantiano, através do estudo schopenhaueriano, é encontrado uma contradição no conceito de dever. O questionamento que surge é galgado no fato do “dever” ser indicado por Kant como absoluto, a partir daí a indagação feita é: como um dever pode ser absoluto? Uma obrigação incondicionada?! Kant não ofertou uma resposta para tanto, limitando-se a apresentar a formulação da regra prática como:

Incondicionada, por conseguinte, apresentada a priori como uma proposição categoricamente prática, mediante a qual a vontade é de modo absoluto e imediato objetivamente determinada (pela própria regra prática, que aqui constitui, uma lei) (KANT, 1948, pg. 42).

Schopenhauer pontua que:

[...] no contexto de dever existe absoluta e essencialmente, como condição necessária, a referência a um castigo ameaçado ou uma recompensa prometida e não pode separar-se dele, sem suprimi-lo e retirar-lhe todo significado: por isso um dever incondicionado é uma *contradictio in adjecto* (1995, pg. 104).

Deste modo, para Schopenhauer o primeiro problema do princípio supremo da moralidade kantiana, é o que chamou de *contradictio in adjecto*, que seria a atribuição indevida de um adjetivo explicativo que vai de encontro ao conceito que pretende elucidar. Schopenhauer afirma que o imperativo categórico de Kant não passa de um imperativo hipotético, justamente pelo caráter condicional do dever, e não absoluto como asseverado por Kant.

Schopenhauer estimula o seguinte raciocínio: conforme o próprio Kant, se o imperativo categórico for condicional ele não apresenta consistência moral. Outrossim, o imperativo categórico é condicional a já demonstrada impossibilidade de um dever ser absoluto. Daí, para Schopenhauer, o imperativo da razão de Kant fica impedido de ser tomado como princípio da moralidade.

Além de criticar o imperativo categórico kantiano, Schopenhauer, em sua filosofia, convida para o concreto, isto é, uma investigação imediata empírica. Conforme pontua Renato Nogueira dos Santos Junior, “Schopenhauer estabelece uma espécie de análise das ações humanas, fazendo questionamentos do tipo: como os seres humanos agem? Quais as potências motivadoras das escolhas e posições que as pessoas assumem?” (2008, pg. 89-90). Desse modo encontramos três tipos de motivação: A) Egoísmo. B) Crueldade. C) Compaixão.

Conforme ensina Schopenhauer:

O conjunto destes escrúpulos céticos não é por certo suficiente para negar a existência de toda a moralidade genuína, mas o é para moderar nossa expectativa sobre a disposição moral do ser humano e, assim, sobre o fundamento moral da ética. Pois muito daquilo que lhe é atribuído resulta de outros motivos, e a observação sobre a corrupção moral do mundo prova, à suficiência, que a motivação para o bem não pode ser tão poderosa (1995, pg. 111).

Nesse íterim, Schopenhauer classifica o egoísmo como a potência mais determinante da conduta humana, porém, não lhe concede exclusividade no que tange as influências no agir. O filósofo não parte de uma moralidade monolítica, a pesquisa pautada em sua metafísica imanente apresenta uma gama de possibilidades múltiplas para as ações dos seres humanos, influenciadas por diversos fatores.

Neste ponto que verificamos o núcleo central da crítica realizada por Schopenhauer a moralidade kantiana, mormente no primeiro momento onde estabelece que Kant se esqueceu da maneira empírica de analisar os fatos de como a vida dos seres humanos se apresenta.

A preposição fundamental da moralidade em Schopenhauer foi galgada no brocardo *neminem laede, imo omnes, quantum potes, iuva!* (Não faça mal a ninguém, mas antes ajuda a todos que puderes!). Schopenhauer quer dar conta da questão empírica em que se encontram acessíveis “ações de justiça espontânea e de caridade desinteressada” (SCHOPENHAUER, 1995, pg. 122), ações com significado moral. Nas palavras do próprio filósofo:

Ações do tipo mencionado são as únicas a que se atribui propriamente valor moral. Como o que é próprio é característico delas vemos a exclusão daquela espécie de motivos, por meio das quais, ao contrário, procedem todas as ações humanas, a saber, o interesse próprio, no sentido amplo da palavra. Por isso, a descoberta de um motivo interessado, mesmo que fosse único, supriria totalmente o valor moral de uma ação ou mesmo agindo de modo acessório, o diminuiria. A ausência de toda a motivação egoísta é, portanto, o critério de uma ação dotada de valor moral (SCHOPENHAUER, 1995, pg. 124).

Em suma, para Schopenhauer o comportamento estabelecido acima se encaixaria no que ele denomina de compaixão, de modo que a essência desse comportamento está erigida no fato de não devermos causar dano ao outro, devemos abdicar de posições injustas, e não impor nossas vontades aos dos outros, agindo sempre de maneira caridosa.

Diante do exposto, chegamos ao ponto mais curioso na ética schopenhaueriana, a fundação da moralidade, o motivo de compaixão.

Para Schopenhauer a utilização da compaixão seria o único modo de convívio harmônico em sociedade, de modo a privilegiar o comportamento dotado de moralidade, e de modo indireto, enfraqueceu o raciocínio lógico de Kant, onde o ser dotado de razão, ao utilizá-la adequadamente, portanto estaria sendo moral.

Embora Arthur Schopenhauer tenha tecido severas críticas à moralidade Kantiana, mormente sobre seu conceito de imperativo categórico e a conceituação de dever, além de ter estabelecido os frutos de seu estudo acerca da

moralidade, sempre galgado no elemento compaixão, não foi apenas o filósofo quem dependeu estudos a fim de analisar a moralidade, havendo inclusive outros estudiosos que criticassem a moralidade kantiana.

Nesse ínterim, outro estudioso que teceu críticas aos ideais kantianos acerca da moral foi Hans Kelsen. Dentre os principais conceitos trazidos por Kant que foram abjeto de crítica por Kelsen estão os conceitos de imperativo hipotético, de imperativo categórico, de razão prática e de autonomia.

Kelsen questiona os imperativos hipotéticos em relação ao âmbito que pertencem. Segundo Kelsen, a proposta de Kant desagua em um imperativo que não pode pertencer ao âmbito do dever ser (1986, pg. 18-19). De igual modo, Kelsen rejeita a possibilidade de um imperativo incondicionado, ou seja, de um imperativo categórico, assim como fez Schopenhauer a criticar a afirmação Kantiana de que o dever era algo absoluto (1986, pg. 20).

De acordo com Kelsen, tal possibilidade (a incondicionalidade) cai por terra, na medida em que não se podem excluir as circunstâncias das situações que condicionam o cumprimento de tal imperativo (1986, pg. 28).

Quanto à razão prática trazida à baila por Kant, os questionamentos voltam-se, principalmente, ao campo que ela pertence, se ao dever ser como Kant propõe, ou ao ser, tal como defendido por Kelsen (1986, pg. 100-101).

E finalmente quanto ao conceito de autonomia, a rejeição Kelseniana se volta ao seu caráter auto determinador (auto legislador, onde seria possível a criação de mandamentos próprios, em razão da autonomia que é inerente ao imperativo categórico, por exemplo (KELSEN, 1986, pg. 103-109).

Para corroborar suas críticas, Kelsen se pauta inicialmente na problemática levantada por ele acerca do dualismo entre o Ser e o Dever ser, que serve como supedâneo para as críticas tecidas por ele.

Acerca do dualismo entre “ser” e “dever ser” Hans Kelsen afirma que:

“Ser” e “Dever ser” são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar um todo e qualquer conteúdo, mas precisam ter um conteúdo determinado para serem razoáveis. Um algo que é, um algo que deve ser. De forma não resulta, porém, nenhum conteúdo determinado (1986, pg. 70).

O autor continua, dizendo que “de mais a mais é de observar se a preposição de dever ser descreve a norma de uma Moral positiva ou de um Direito

positivo, e, por conseguinte, tem de ser o sentido de um real, ato de vontade, ou se trata de um dever ser apenas pensada” (KELSEN, 1986, pg. 71).

Em suma, Kelsen traz a ideia de que a preposição do dever ser assevera que todo dever ser é dirigido a um ser, ou que toda norma de dever ser, ou seja, todo imperativo, encerra seu sentido em um enunciado do ser.

Através da análise feita por Kelsen acerca do Ser e do Dever ser, ressaltando o caráter dualista que apresentam, ele pauta suas críticas acerca do imperativo hipotético, analisando a qual dos dois âmbitos faria parte, se do Ser ou do Dever ser. O mesmo acontece com o conceito kantiano de razão prática, onde Kant assevera fazer parte do Dever ser, ao passo que Kelsen defende veementemente fazer parte do Ser. As críticas aos estudos acerca da moralidade kantiana não param por aí, e apresentam argumentações muito fortes, utilizando-se até mesmo de preposições kantianas para defender seus pontos de vista sobre o tema, todavia, não nos cabe aprofundar nos argumentos arregimentados por Kelsen acerca dos conceitos Kantianos aqui estabelecidos, mas tão somente tomar ciência acerca de onde se assentam as críticas do estudioso.

Não se limitam a Arthur Schopenhauer e Hans Kelsen os estudiosos que em algum momento de suas filosofias se voltaram a criticar os conceitos ligados a moralidade que foram estabelecidos por Immanuel Kant.

Norberto Bobbio foi outro estudioso que teceu críticas a pontos obscuros da ética Kantiana. Bobbio traz alguns conceitos fundamentais em seus estudos, que em alguns momentos até mesmo se apoia na própria filosofia Kantiana, porém, busca ao mesmo tempo solucionar seus pontos problemáticos. Em verdade, isso é o que ocorre com diversos estudiosos que em algum momento de suas obras procuram analisar a ética e moralidade Kantiana, eles buscam melhorar alguns conceitos fundamentais, todavia, são poucos ou nenhum, os estudiosos que confrontam diretamente as ideias Kantianas.

Não diferente dos demais neokantianos, Bobbio faz uma análise da moralidade Kantiana através de um exame multifacetado, abordando os problemas sob vários ângulos, através de diversos pontos conceituais. Basicamente são quatro os problemas analisados por Bobbio: a definição de Direito a partir da noção de instituição e a relação jurídica a partir desta, e no que se refere aos imperativos, sobre seu âmbito de atuação e função e sobre a sanção.

No que tange a crítica à noção de direito, enquanto para Bobbio o Direito caracteriza-se pela institucionalização, para Kant, a relação entre os arbítrios dos sujeitos livres cumpre tal tarefa, ou seja, para os dois autores, há modos diversos de se buscar determinados fins, sendo que para Bobbio isso se faz através da organização, onde salutar a criação de normas positivas, enquanto para Kant os sujeitos gozando de seu arbítrio conseguem buscar os fins que almejam. Deste modo, a noção de normatização atua como elemento que legitima a instituição e tem papel de viabilizar a ordem na sociedade (BOBBIO, 2010, pg. 29-30). Nesse sentido:

Uma sociedade organizada, uma instituição, é constituída por um grupo de indivíduos que disciplinam suas respectivas atividades com a finalidade de perseguir um objetivo comum, ou seja, um objetivo que os indivíduos, singularmente considerados, não poderiam alcançar. A instituição nasce no momento em que nasce e toma forma uma certa disciplina das condutas individuais, disciplina destinada a conduzi-las a um fim (2010, pg. 27).

De outro lado, a definição Kantiana do Direito, se apoia na ideia de um Direito racional, preza também, assim como a proposta de Bobbio, pela ordenação das ações humanas na sociedade. Todavia, a forma como se dá tal ordenação depende da escolha que os próprios sujeitos fazem das leis que o guiarão, por isso Kant estabelece que a noção de Direito está galgada no arbítrio dos sujeitos livres.

O segundo ponto da crítica de Bobbio às definições Kantianas é atinente aos imperativos, onde apresenta algumas discordâncias a distinção fundamental Kantiana entre normas morais e normas jurídicas, ou seja, as normas que são expressas por imperativos categóricos (boas em si mesma e sem limitação), e os imperativos hipotéticos (boas para alcançar determinado fim) (2010, pg. 84-85).

No que se refere as funções da norma, Bobbio e Kant têm como pilares de sustentação âmbitos distintos. Enquanto para Bobbio o que expressa a função de uma norma é sua eficácia dentro de um ordenamento, para Kant, é simplesmente a forma como o imperativo é expresso, denotando a ideia de puro dever. Nesse ínterim, Kant expõe uma fundamentação das normas observando elas de acordo com sua função, e não de acordo com sua aplicabilidade, assim como Bobbio.

No tocante as diferenças entre os jusfilósofos em relação ao conceito de sanção, a distinção paira eminentemente no fato de que Bobbio faz uma análise do ponto de vista empírico da questão, ao passo que Kant, embora em muitos

momentos também o faça, propõe uma metafísica do Direito, ambos pelo sentido de que a coação como modelo de sanção é incompatível com a liberdade no Direito.

Além de Schopenhauer, Kelsen e Bobbio, Jurgen Habermas também voltou parte de seus estudos à filosofia moral, mormente pela criação de sua razão comunicativa, que trazia essência diversa da razão prática idealizada em Kant. A partir da teoria da ação comunicativa, Jurgen Habermas procedeu à substituição da razão prática, já visitada nos estudos da moralidade kantiana pela razão comunicativa (HABERMAS, 1997, pg. 9), fato esse que é de importância central para a teoria discursiva do Direito em razão de dois motivos.

Primeiro, porque a normatividade da razão comunicativa se estabelece de forma mediata tendo em vista que esse tipo de racionalidade, diferentemente da razão prática, não se volta para a determinação de ações. Ademais, a razão comunicativa somente se torna prescritiva após ser estabelecida por um consenso obtido no discurso.

Segundo, porque, ao se distanciar da normatividade inerente de um mandamento de conteúdo moral, a razão comunicativa se estabelece como um princípio de discurso neutro do ponto de vista de uma validade deontológica.

Referida neutralidade permitiu a Habermas estabelecer uma filosofia do Direito distinta da formulada por Kant, tendo em vista que, de acordo com essa concepção, a relação entre Moral e Direito passa a ser entendida como co-originária (HABERMAS, 1997, pg., 141), e não mais como uma relação de complementaridade delineada nas *Tanners Lectures* (HABERMAS, 1997, pg. 10). Assim, de acordo com a teoria discursiva habermasiana, a relação entre Direito e Moral é mais complexa do que aquela concebida na teoria da ação comunicativa.

Isso porque, em sua origem, a relação é de simultaneidade, o que significa dizer que ambas as esferas originam-se concomitantemente, sendo, por isso, co-originárias. Já em seu procedimento, a relação é de complementaridade recíproca. Conforme se observa, nos estudos habermasianos não há uma crítica instalada sobre as concepções Kantianas, no entanto, o estudo acerca da moralidade é reformulado em Habermas a partir de sua teoria discursiva.

Pois bem, estabelecidas algumas premissas acerca do surgimento do estudo da moral como campo da filosofia do direito, bem como visitados estudos relevantes para o ideal de moral que concebemos atualmente, em especial, a moralidade kantiana a qual adotamos no presente trabalho como parâmetro para o

ideal de moral, visitadas ainda, teorias formuladas por jusfilósofos neokantianos que teceram críticas a alguns ideais kantianos, sem de fato entrar em confronto direto com a moralidade kantiana, se faz necessário estudo, ainda que sumário, acerca da relação entre Direito e Moral, com a finalidade de estabelecer como os dois campos atuam, de modo a em momento oportuno, verificar a legitimidade da tutela da moral no Direito Penal, que é a finalidade precípua da presente empreitada.

2.3 A Relação Entre a Moral e o Direito

A relação entre a Moral e o Direito constituiria o núcleo de um intrincado embate na Filosofia do Direito, onde diversos estudiosos buscariam estabelecer essa relação, constituindo tão erizada discussão. Não nos interessa, obviamente, traçar limites nítidos e rigorosos entre o campo jurídico e moral, mesmo porque mais relevante saber diferenciá-los em sua funcionalidade do que separá-los, alocando-os como máximas distintas, dissociadas totalmente como categoria de conduta humana.

Sendo assim, no presente tópico a intenção primordial é não nos esquecer que o Direito se esclarece pela Moral, pelos costumes e por outros elementos que atuam como base elementar para a construção deste, de modo que o estudo que se perfaz neste tópico torna salutar não somente as diferenças entre o Direito e a Moral, mas também, seus pontos em comum.

Em proêmio, considerando os estudos perquiridos no tocante ao conceito de moral e a moralidade no sistema Kantiano, justificável iniciar o estudo acerca da relação entre a Moral e o Direito através do pensamento Kantiano.

Conforme asseveram Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida acerca das diferenças entre o Direito e a Moral em Immanuel Kant “O Direito e a Moral distinguem-se no sistema Kantiano como duas partes de um mesmo todo unitário, a saber, duas partes que se relacionam à exterioridade e à anterioridade, uma vez relacionadas à liberdade interior e à liberdade exterior” (2016, pg. 365).

Os autores continuam, pontuando que:

De fato, o agir ético tem um único móvel, a saber: o cumprimento do dever pelo dever. Somente a ação que é, além de conforme ao dever (exteriormente conforme o dever), inclusive, cumprida, porque se trata do

dever (interiormente deontológica), pode ser qualificada como ação moral (BITTAR; ALMEIDA, 2016, pg. 366).

E ainda:

O agir jurídico, por sua vez, pressupõe outros fins, outras metas, outras necessidades interiores e exteriores para que se realize; não se realiza uma ação conforme à lei positiva somente porque se trata de uma lei positiva. Podem-se encontrar ações conforme a lei positiva que tenham inúmeros móveis: temor da sanção, desejo de manter-se afastado de repreensões, prevenção de desgastes inúteis, e da penalização das autoridades públicas, medo de escândalo e etc. (BITTAR; ALMEIDA, 2016, pg. 366)

Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida aduzem que neste ponto está a grande diferença entre a moralidade e a juridicidade de uma ação em Kant. A moralidade pressupõe autonomia, liberdade, dever e autoconvencimento, ao passo que a juridicidade pressupõe coercitividade (2016, pg. 366).

A coercitividade citada por Bittar e Almeida começa a ganhar alento com a filosofia Kantiana, em continuidade aos estudos de Thomasius, o qual é considerado o espelho de Kant. A coercibilidade imanente à juridicidade está galgada no modo de efetivação do Direito, em outras palavras, a efetivação do Direito, se dá pela coercitividade, diferentemente da efetivação das normas morais.

Atualmente, inúmeros critérios são utilizados para distinção entre o Direito e a Moral, embora interessante para nosso estudo não seja apenas estabelecer essas diferenças, mas elenca-las para em momento oportuno compreender a relação entre os dois. Os critérios atualmente utilizados são o de caráter formal e material. No que tange ao caráter formal, o direito diverge da moral no que se refere às suas características. O direito é heterônomo, ou seja, o indivíduo respeita uma norma que é elaborada por terceira pessoa, ao passo que a moral é autônoma, o que significa dizer que o próprio indivíduo estabelece as normas de caráter moral que virá a seguir.

Na mesma linha, o direito é dotado de coercibilidade, de modo que o direito pode exigir e coagir a prática de determinado ato. No que se refere à moral, em sentido contrário, é dotada de incoercibilidade, ou seja, não há possibilidade de coação para que se faça cumprir as normas morais previamente estabelecidas de forma autônoma.

O direito tem caráter bilateral, ou seja, de modo geral, há relação entre duas ou mais pessoas, ao passo que a moral tem característica unilateral, onde o ato se processa internamente no indivíduo.

Por fim, o direito é dotado de atributividade, sendo assim, há aferição de valor objetivo para o ato praticado. Por outro lado, a moral é não atributiva, pois não é possível valoração objetiva do juízo moral.

No que tange ao caráter material, importante salientar que os objetivos do Direito e da Moral são diversos na medida em que o Direito visa criar um ambiente de segurança e ordem para o convívio em sociedade. Já a Moral se destina a aperfeiçoar o ser humano, impondo-lhe deveres consigo mesmo e com terceiros, que por via de consequência influencia no convívio em sociedade.

Quando ao conteúdo material da diferenciação entre Direito e Moral surgiram quatro teorias principais, sendo elas a Teoria dos Círculos Concêntricos, a Teoria dos Círculos Secantes, a Visão Kelseniana e a Teoria do Mínimo Ético. De forma bem sumária, é possível salientar a essência de cada uma das teorias no que tange a relação entre Direito e Moral.

A Teoria dos Círculos Concêntricos foi idealizada por Jeremy Bentham. Para esta teoria acerca da relação entre Direito e Moral, haveria dois círculos, sendo que um está inserido no outro. O círculo maior, para essa teoria, pertenceria à Moral, enquanto que o menor pertenceria ao Direito. A diagramação dessa teoria possibilita dizer que a Moral possui dimensão maior que o Direito, bem como em via de consequência o Direito se subordina as regras Morais.

A Teoria dos Círculos Secantes, por sua vez, foi idealizada por Claude Du Pasquier. Para essa teoria haveria dois círculos que se cruzam até um determinado ponto apenas. Isso significa que o Direito e a Moral possuem um ponto em comum, sobre o qual ambos têm legitimidade e competência para atuar, mas deverá haver uma área exclusiva para cada um, pois há assuntos que um não poderá interferir na esfera do outro, havendo dissociação.

Na Visão Kelseniana, em consonância com os estudos de Hans Kelsen na obra intitulada "Teoria Pura do Direito", o Direito é autônomo e se basta em si mesmo, não devendo ser influenciado pela Moral, sob qualquer ordem. Transpondo essa ideia para a teoria dos círculos, na visão Kelseniana a Moral e o Direito seriam círculos paralelos, ou seja, sem influência alguma um sobre o outro.

Parafraseando Hans Kelsen: “ela (a Teoria Pura do Direito) pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (1998, pg. 01). Entre esses elementos que são estranhos a ciência jurídica, na visão Kelseniana entre a relação entre o Direito e a Moral, está a própria Moral.

A Teoria do Mínimo Ético foi criada por Georg Jellinek. Esta teoria, de forma bem simplória, aduz que o Direito representa apenas o mínimo de Moral obrigatória para o regular convívio em sociedade. Nota-se que a nomenclatura desta teoria não diferencia moral e ética, todavia, o que se pode extrair é que pela Teoria do Mínimo Ético, o Direito represente e deve representar apenas a Moral obrigatório e indispensável. Transpondo para a teoria dos círculos, a Moral seria um pequeno círculo alocado dentro do Direito, que por sua vez seria círculo maior.

Há de se questionar, qual a relação mantida entre Direito e Moral, visto que foram analisados ainda que de forma sumaria os principais aspectos que caracterizam cada qual dos ramos normativos. É nesse sentido que se pode afirmar que o Direito se alimenta da Moral, tem seu surgimento a partir da Moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas e recebendo novos conceitos e normas.

Embora se admita a relação íntima entre o Direito e a Moral, devendo ser rechaçada a concepção de uma Teoria Pura do Direito, por exemplo, assim como concebido por Hans Kelsen, por outro lado, é preciso observar com ressalva as influências de um campo sobre o outro, tendo em vista que nem tudo que é imoral deverá ser objeto de tutela e preocupação do Direito, bem como nem tudo que é Moral, será afastado dos olhos do legislador para a criação de dispositivos normativos.

Nos parece que entre as teorias mencionadas, a que melhor exprime uma relação sadia entre Direito e Moral é a teoria do Mínimo Ético, pois aquiesce com o fato de haver direta ligação entre os dois campos, mas faz ressalva no sentido de que o Direito deve se preocupar com a Moral apenas no mínimo indispensável.

Apesar dos esforços teóricos no sentido de diferenciar Direito e Moral, não se pode perceber senão uma profunda imbricação entre o exercício do juízo jurídico e o exercício do juízo moral, devendo sempre haver a ressalva outrora

mencionada, de que nem tudo àquilo que é imoral, é antijurídico, bem como nem, tudo o que é moral, está em consonância com a normatividade.

Visitadas as questões afetas a origem da moral, bem como o fundamento da moralidade kantiana e as críticas que pairam sobre ela, além de perquirir questões ligada a relação entre Moral e Direito, fundamental abordar o bem jurídico penal, tendo em vista que a finalidade da presente pesquisa em momento crucial, será analisar a legitimidade da moral como bem penalmente tutelado, o que por óbvio nos obriga a entender questões como os critérios de seleção dos bens jurídicos penais, as teorias acerca do bem jurídico existentes, bem como suas funções em sede de Direito Penal e de política criminal.

3 O BEM JURÍDICO PENAL

O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência em sociedade. Em se tratando da esfera criminal, os fatos perpetrados pelos componentes da sociedade que são contrários as normas vigentes, forjam o ilícito, e atingem sempre alguns bens que possuem relevância para nosso ordenamento, ou que ao menos deveriam ter, sob a ótica da primazia do bem jurídico.

Contra a prática desses fatos, que atentam contra os “bens mais importantes da vida social”, o Estado estabelece sanções, tornando invioláveis os bens que estão sendo protegidos. Diante das afirmações supramencionadas, nos surgem algumas indagações muito relevantes para compreender essa proteção aferida pelo Estado em situações como essa, dentre elas: O que é bem? Qual sua importância? Como são eleitos? Todos os “bens” são dignos de proteção? Nesse diapasão, ao responder aos questionamentos listados, fica mais fácil de compreender como é exercida essa proteção positiva por parte do Estado.

A função específica do Direito Penal é a tutela jurídica, sendo assim, visa o direito proteger os bens jurídicos. A noção de bem, do latim *bonum*, é multimoda, apresenta-se como um problema vocabular e filosófico, onde pode ser estudada como um termo, um conceito ou uma entidade. Em sentido amplo, falamos em bem, já em sentido estrito, podemos falar na existência dos bens jurídicos, o qual a discussão acerca de sua definição é ainda mais intrincada.

Os bens jurídicos são objeto de proteção por parte do direito, e como subespécie do bem jurídico temos o bem jurídico penal, que por sua vez é objeto de proteção para o Direito Penal, e será objeto crucial de estudo da presente pesquisa para que em momento oportuno possamos ancorar a discussão a que ela se destina, debruçando-nos para tanto em seu escorço histórico e evolução conceitual, a fim de constatar suas influências no que tange a questão da formação do ilícito.

A partir da definição de bem jurídico que sofreu constantes contribuições dos estudiosos do Direito no decorrer dos tempos, surgiu à teoria do bem jurídico, que viria a ser objeto de várias vertentes, teoria afirmada ao longo do tempo como um critério de delimitação não só da matéria incriminadora, mas também dos próprios contornos da tutela penal. Ciente de referida constatação histórica quanto à função de delimitação da noção de bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela complexidade da sociedade atual no âmbito jurídico-penal, em especial, a desenfreada criação de tipos penais de tutela supra-individual, baseados em bens jurídicos de importância duvidosa e dotados de interesses não coletivos.

Nos dias atuais, cada vez mais o legislador pátrio vem adotando técnicas legislativas tendentes a considerar o direito penal como instrumento de controle social, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração que deveriam ser inerentes ao processo legislativo.

Num Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o direito penal do fato, a discricionariedade das decisões judiciais assume caráter programático e político semelhante às leis (BARATTA, 1994, pg. 12). Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que inevitavelmente perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, na delimitação da função do direito penal.

Diante das constatações supramencionadas, indaga-se se cumpriria, ainda, ao bem jurídico a função crítica de delimitação da intervenção penal.

Salutar, portanto, voltar à discussão da teoria do bem jurídico, a fim de estabelecer parâmetros que possibilitem o debate acerca de sua eficácia na aplicação do Direito Penal e na atividade legislativo-Penal, mormente no Direito Penal contemporâneo, mas para tanto, não se poderia tratar das teorias acerca do

bem jurídico, sem antes perquirir os multifacetados conceitos de bem jurídico, bem como de bem jurídico penal, que se adianta, tratam-se de conceitos diversos.

3.1 O Conceito de Bem Jurídico

Como mencionado, em sentido amplo, bem vem a ser tudo aquilo que tem valor para o ser humano. A saber, tudo aquilo que possui valor sob qualquer aspecto, o que é objeto de satisfação ou de aprovação para qual seja a finalidade. A ideia de bem se relaciona com a de utilidade, como condição para satisfazer as mais diversas necessidades do homem.

Na história da filosofia, aparecem duas correntes fundamentais:

- a) A metafísica, cujo modelo principal é o platônico, e segundo a qual bem “é a realidade perfeita ou suprema e é desejado como tal” e;
- b) A subjetiva, de base aristotélica, que conceitua bem como o inverso simétrico da primeira, isto é, “o bem não é desejado porque é perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade porque desejado”. (ABBAGNANO, pg. 102; FABRO, pg. 1215 *apud* PRADO, 2009, pg. 18).

Devemos salientar que a noção de bem *lato sensu*, não se confunde com a noção de bem jurídico, que por sua vez é objeto de tutela no Direito. A noção de bem, pura e simples, se aplica a todo e qualquer item material ou imaterial que desperta o interesse humano e o é satisfatório, ao passo que o bem jurídico, em que pese às diversas tentativas de definição, em essência é aquilo valorado pela sociedade em geral, sob ótica difusa, que, mormente recebe tutela da ciência jurídica, que em consequência disso cria dispositivo para reprimir seu vilipêndio.

Se por um lado é relativamente fácil estabelecer o que se entende por bem, de outro, intrincado é o debate acerca de uma definição estanque de bem jurídico, vertente que é tutelada pelo Direito.

Há certa controvérsia em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 1999, pg. 93).

Bem jurídico, para Jescheck (1993, pg. 6), são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal.

Hans Welzel (1997, p. 5), por sua vez, entende que “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.

Para Luís Régis Prado (1996, p. 56) “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.

Assim, Luís Régis Prado afirma que:

O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico-cultural (1996, p. 73).

Por sua vez, Cunha Luna (1985, p. 134) conceitua bem jurídico como bem fundamental que mais se aproxima dos “direitos naturais” do indivíduo e da sociedade, considerando, pois, como direitos naturais aqueles profundamente sentidos e vividos, cuja postergação impede ou dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo.

Alice Bianchini, por seu turno, entende que:

Bem jurídico é um produto da sociedade, o que limita a intervenção do direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral, ou mesmo para realizar finalidades transcendentais. Ademais, concebe o direito penal a função de realizar prestações públicas necessárias à proteção desses bens (2002, p. 35).

Em que pese todas as tentativas de conceituar bem jurídico, devemos ter em mente que tal conceito não é estanque. Ainda que em animus interpretativo diverso, os legisladores definem de forma uníssona a essência de bem jurídico como aqueles elementos que possuem relevância para o meio social, assim, é possível visualizar que com a mudança da sociedade, aquilo que se englobaria na noção de bem jurídico também sofre alterações. Ao passo que a sociedade evolui, os valores

cultuados pela mesma se alteram, passando alguns “bens” a possuir menor valor, e outros adquirirem valor que antes não possuíam.

Jorge Figueiredo Dias (1999, pg. 62) percebe que a noção de bem jurídico, embora fulcral do Direito Penal, não pôde até hoje ser determinada com segurança capaz de convertê-la em conceito fechado. Nesse sentido, é oportuno o ensinamento de Alice Bianchini (2002, p. 39): “o bem jurídico não pertence à sociedade em abstrato, senão que surge de um sistema concreto de relações sociais em determinado período”.

O ensinamento de Bianchini externa a dinamicidade do conceito de bem jurídico, seguindo a dinamicidade que acompanha a sociedade, nos mais diversos períodos de sua história.

As tentativas de conceituação do bem jurídico são de enorme relevância para que possamos adentrar a discussão acerca das concepções do conceito de bem jurídico penal, bem como, em momento diverso, estabelecer as premissas e relevância da teoria do bem jurídico.

Toda a discussão acerca de conceituar o bem jurídico seria inócua se o seu conceito não tivesse uma finalidade principal, que é fundar as mais diversas teorias acerca do bem jurídico, em específico, o bem jurídico-penal, que tem o escopo de decantar como são eleitos os referidos bens, uma vez que como elemento justificados do Direito Penal, deve ser eleito com cautela e com utilização de critérios palatáveis e consonantes com o Estado Democrático de Direito, deste modo, salutar uma análise pormenorizada da escala evolutiva da teoria do bem jurídico-penal.

3.2 A Evolução Histórica da Teoria do Bem Jurídico-Penal

A ideia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da ilustração e com o surgimento do Direito Penal Moderno. Em eras passadas, o ilícito penal aparecia contemplado em uma ideia eminentemente teológica ou privado. Sendo assim, segundo os ensinamentos de Franz Von Listz:

Na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda distingue o mandamento de Deus no estatuto dos homens, o *crimen* é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício a divindade, num primeiro momento (LISTZ, 2003 pg. 19).

Sob esse prisma, o delito é acima de tudo uma espécie de pecado, uma desobediência à vontade divina. A confusão delito/pecado é a característica mais significativa da época.

Posteriormente, o movimento iluminista determinou uma visão radicalmente diferente da sociedade e conseqüentemente da problemática penal. Houve uma grande difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em sociedade, em todos os sentidos. É, por assim dizer, produto de duas linhas distintas, mas tênues, o racionalismo e o empirismo.

O Iluminismo se tratava de uma postura e uma mentalidade em comum que envolvia diversos estudiosos, dos mais diversos campos do conhecimento de uma determinada época que procuravam, acima de tudo, se deixar guiar pelas luzes da razão, com o fim de contribuir intelectualmente com a sociedade da época.

Na filosofia penal da época iluminista, o conteúdo punitivo estava totalmente dissociado de preocupações ética e religiosas, o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado. A partir daí o delito inicia, por assim dizer, uma caminhada árdua, repleta de idas e vindas na procura de um sentido material, ou seja, de um embasamento para sua funcionalidade e formação, até que encontrasse seu sentido real.

O primeiro conteúdo conferido ao ilícito penal foi o de violação de um direito subjetivo, deste modo, o delito seria sempre a violação de um direito subjetivo, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente a uma pessoa ou ao Estado em que as pessoas estavam inseridas.

O Direito Penal deste período se expressou na doutrina jurídica privatista de Feuerbach, que falava em lesão de um direito subjetivo. O objeto de proteção, o núcleo essencial do fato punível, era o direito subjetivo do particular, ente de uma sociedade, sobre o qual se deveria configurar o conceito de objeto jurídico de delito. Deste modo, deve-se a Feuerbach a primeira teoria que esboça um conceito material de delito, porquanto entendido enquanto lesão advinda de uma conduta e não, meramente, como descumprimento de um comando normativo.

Nas palavras de Luiz Regis Prado, partindo da ideia preceituada por Feuerbach, o delito é entendido como “a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado” (PRADO, 2009, pg. 25).

Em momento posterior, Birnbaum, idealizador do conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo, observa ser fundamental para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo ou da realidade, o denominado objeto material, importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser vilipendiado pela prática delitiva (OTTO, 1971, pg. 4 *apud* PRADO, 2009, pg. 27).

Com o positivismo, surgem posicionamentos doutrinários diversos acerca da noção de bem jurídico na órbita criminal.

Em primeiro lugar, com Karl Binding, surge uma dimensão formal acerca do que seria o bem jurídico, e depois, com Arturo Rocco, ocorre uma subjetivação da norma penal em favor do Estado, sendo a noção do bem jurídico fundada no direito positivo vigente, ou seja, bem ou interesse protegido pela norma penal.

Segundo Binding, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, ou seja, a ofensa à soberania estatal. Mas estabelece uma correlação entre as normas e os bens jurídicos “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes” (KAUFMANN, pg. 14 *apud* PRADO, 2009, pg. 28).

Para ele, bem jurídico é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito. A partir dessa definição, o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação obrigatória para a norma. Verifica-se que é latente o caráter positivista das ideias trazidas por Karl Binding.

Como visto os doutrinadores desde tempos outrora, tentam definir um conceito para bem jurídico na órbita penal. Após as concepções e estudos exarados pelos doutrinadores, é de enorme importância notar que de nada serve conceituar o bem jurídico penal se não observarmos a sua finalidade precípua em relação à formação do ilícito. É a partir daí que surge a teoria do bem jurídico-penal, que tem o escopo de revelar que a ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia. A teoria do bem jurídico penal vem aferir uma função político criminal a ideia de bem jurídico penal, colocando-o como o conteúdo material e fundamental do ilícito, no qual a inexistência de lesão a esse bem enseja na inexistência de ilícito penal.

Com a teoria do bem jurídico, derivada da tentativa incessante dos doutrinadores nacionais e internacionais em definir bem jurídico, em especial, procura-se encontrar a razão de existência do chamado bem jurídico penal e estabelecer sua relação de finalidade com o Direito Penal.

Conforme pondera Luiz Regis Prado, na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma, manifesto no “Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” (2009, pg. 26).

A doutrina do bem jurídico foi erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. O seu surgimento ocorreu por razões de natureza político-criminal e dogmática, a qual constitui a finalidade atual das teorias.

Além das teorias precursoras que surgiram em meados do século XIX, vieram várias outras tentativas de definição por parte dos doutrinadores contemporâneos, sempre buscando delimitar um conceito de bem jurídico, como componente do ilícito. Veja-se:

Para Luís Régis Prado (2009, pg. 28) citando Arturo Rocco (2001, pg. 462) o direito penal tem por finalidade “assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da sociedade, em comum”. Há um direito subjetivo público, como pretensão jurídica do Estado em relação ao indivíduo, sendo que lhe resta o dever jurídico de acatar ou não as imposições penais previamente estabelecidas, de modo que ao optar por não observar essas imposições penais, estará ferindo um bem jurídico tutelado, e receberá como consequência a repressão da ciência penal.

Por fim, define o referido autor o bem jurídico penal como:

Todo o bem, em sentido sociológico (individual ou coletivo, material ou moral, patrimonial ou não patrimonial), que, enquanto objeto de um interesse penalmente tutelado, recebe também proteção jurídica por parte do direito penal. Assim como todo interesse tem por objeto um bem e todo bem é objeto de um interesse, todo interesse jurídico tem por objeto um bem jurídico e todo bem jurídico é objeto de um interesse jurídico. (Rocco, 2001, pg. 462 *apud* Prado, 2009, pg. 28).

Eugênio Raul Zaffaroni considera que:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam aquelas que são expressadas como a tipificação dessas condutas (1982, pg. 238).

Segundo preceituado por Polaino Navarrete:

O bem jurídico penal é o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. Bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade (1974, pg. 34).

Por seu prisma, Prado (2009, pg. 39) citando Bettiol (pg. 229-231) enfatiza que bem jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”.

Esse autor adota, assim, uma concepção ético-valorativa, ressaltando a essência que deve revestir a funcionalidade do bem jurídico:

É precisamente por esta razão que falamos, a propósito do bem jurídico, de valores e não de interesses, visto que valor é o termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normais penais, ao passo que interesse é o termo que remete a uma relação (BETTIOL, pg. 229-231 *apud* PRADO, 2009, pg. 39).

Entende Claus Roxin que bens jurídicos são:

Pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, em sua opinião, o Estado Social deve também proteger penalmente (1986, pg. 27-28).

O bem jurídico vem a ser um valor material ou até mesmo imaterial, de titularidade individual ou coletiva, reputado como essencial para a coexistência do ser humano em sociedade, motivo pelo qual é jurídico-penalmente protegido. A ideia de bem jurídico serve de supedâneo a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada, dentro dos balizas republicanas e constitucionais.

A partir do começo do século XX, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência da filosofia neokantiana, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico.

Conforme a diretriz do Neokantismo é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que “sua característica básica é, pois, a referência do delito no mundo ao ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social” (GOMEZ BENITEZ, pg. 86 *apud* PRADO, 2009, pg. 31).

Em síntese, para tal concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: “valor ideal da ordem social juridicamente protegida” (JESCHECK, pg. 17 *apud* PRADO, 2009, pg. 32).

O caminhar evolutivo da noção de bem jurídico continuou com grande número de contribuições das mais variadas facetas, algumas de caráter negativo, tendentes a renegar teorias preteritamente concebidas, até o aparecimento das concepções mais modernas, principalmente as sociológicas e as constitucionais.

Em que pese as várias teorias de caráter negativo que buscam desconstruir teorias relativamente sedimentadas acerca do bem jurídico, teorias essas de nível didático exorbitante, o presente capítulo reservará especial atenção às teorias sociológicas e constitucionais do bem jurídico, de forma a estabelecer qual das teorias seria a mais acertada para a definição dos bens jurídicos dignos de tutela penal, ainda mais sob um enfoque do Direito Penal Mínimo, que em momento oportuno se definirá em conceito, função e finalidade.

3.3 Teorias Sociológicas e Funcionalistas do Bem Jurídico-Penal

Dentre as primeiras teorias sociológicas criadas acerca do bem jurídico, podem ser mencionadas as de K. Amelung, Gunther Jakobs, H. Otto, Jürgen Habermas, W. Hassemer, Gomez Benitez, entre outros, onde de forma linear, porém vislumbrando a influência dos estudos sociais de forma diversa, procuraram estabelecer um liame entre o bem jurídico e a ciência penal, com as demais ciências sociais, tudo, com a finalidade de defender uma congruência do ideal de bem jurídico com os valores sociais pré e historicamente concebidos.

Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social. A legitimação substancial da referida noção encontra-se para Jakobs na vigência da norma enquanto objeto de tutela. O último,

seguindo as ideias de Luhmann, afirma que a missão do direito penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas.

O escopo principal da missão asseverada por Jakobs seria estabilizar a ordem social através da punição de condutas socialmente rechaçadas. Há desse modo, uma erosão do conteúdo liberal do bem jurídico, o que pode dificultar a limitação do *jus puniendi* estatal, função atribuída àquele.

Já Otto considera o bem jurídico como a relação real ou fática de um sujeito com um objeto. Entende-se por bem jurídico uma determinada relação concreta de um indivíduo com algo que sirva para o desenvolvimento de sua personalidade (OTTO, 1971 *apud* PRADO, 2009, pg.34).

Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural de determinada sociedade, assim, entende-se, em cada uma das sociedades, determinada conduta vai ser valorada de modo distinto, de forma a ser mais ou menos lesiva a determinado bem (HASSEMER, 1984, pg. 36 *apud* PRADO, 2009, pg. 34).

Por seu turno, Gomes Benitez reputa útil o conceito social de bem jurídico, desde que submetido a certas correções, tais como o conteúdo social do conceito e o dano social identificado com a necessidade de prevenção geral de penar (GOMES BENITEZ, pg. 111 *apud* PRADO, 2009, pg. 35).

Acerca da teoria sociológica, PRADO assevera que:

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros. Então, percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela (2009, pg. 36).

Verifica-se, pois, que por essa teoria, o direito aparece como um subsistema do sistema social, aonde o delito vem a ser um comportamento disfuncional, ou seja, um obstáculo ao funcionamento de todo o sistema.

De acordo com Costa Andrade:

Considerações análogas se poderiam fazer a propósito das tentativas mais recentes de substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social nos termos do funcionalismo sistêmico-social. Uma substituição que valeria quer como fundamento material (e limite) da criminalização, quer para efeitos de definição do objeto da infração. Também elas acabam – à revelia dos pressupostos metodológicos e dos princípios doutrinários que começam por invocar – por apelar para a referência sistêmico-social do objeto da infração, mediatizada pela subjetivação dos pertinentes juízos de valor pelo legislador (1991, pg. 39).

Conceituamos, então, o bem jurídico como objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção do seu sistema social, protegido pelo Direito, por meio da tipificação das condutas. Ocorre que exarando avaliação ao menos superficial da referida teoria, não vemos o direito, principalmente o penal, como instrumento de controle social.

Não se pode conceber o direito penal como um instrumento de fazer funcionar o sistema, assim como concebe algumas das teorias sociológicas, de forma uníssona. Por outro lado, há de se conceber a imposição da necessidade de se evitar tanto o exagero de uma postura totalmente positivista, despida de qualquer cunho social. O que deve ocorrer, em verdade, é uma valoração daquilo que realmente interessa ao meio social, sem que o Direito Penal seja utilizado como instrumento de controle de toda e qualquer situação que infrinja a sociedade em geral.

As teorias sociológicas predominaram principalmente na Alemanha, que situaram o bem jurídico, como visto, diretamente na realidade social, ressaltando a necessidade de maior vinculação do Direito Penal com as demais ciências sociais.

Após a concepção das teorias sociológicas, surgiram as modernas teorias constitucionais do bem jurídico, que procuraram formular critérios capazes de impor de modo eficaz e necessário o legislador ordinário aos freios salutares no momento de criação do ilícito penal.

3.4 Teorias Constitucionais do Bem Jurídico-Penal

A referida teoria surge como um marco no que tange a interpretação das normas penais com viés constitucional, mas aqui não falamos em constitucionalidade no sentido da norma penal estar em consonância com o texto do

Magma Lex, mas sim, que os delitos previstos na parte especial do Código Penal, devem tutelar bens jurídicos que encontrem correlação ou similaridade com os bens protegidos pela carta cidadã, que se apresenta como verdadeira cartilha legitimadora da eleição de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Segundo assevera Prado (2009, pg. 52), “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”.

Segundo o doutrinador Pátrio supracitado, podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito, sendo que a divergência entre elas é tão-somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. Luís Regis Prado (2009, pg. 52) explica que nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecido, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo.

Claus Roxin, trazendo resquícios da teoria funcionalista, parte da ideia de Estado Democrático e Social do Direito, aduzindo que no campo Penal, o objetivo só poderia ser garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade.

Roxin assevera que:

[...] em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo a sua violação em determinadas condições (1986, pg. 27-28).

O autor continua aduzindo que:

No estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através de meios de Direito Penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com essa dupla função, o Direito Penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna (ROXIN, 1986, pg. 27-28).

De modo similar, Rudolphi (Rudolphi, 1991, pg. 162 *apud* Prado, 2009, pg. 53) entende que “os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores”.

Nesse contexto, o bem jurídico é concebido como uma valiosa unidade de função social, indispensável para a sobrevivência em sociedade e que possui a norma constitucional como pilar fundamental. Vale ressaltar que segundo as concepções do Professor Luiz Regis Prado, as concepções exaradas por Roxin e Rudolphi atinam a ideia de teoria constitucional do bem jurídico em caráter geral.

Noutra senda, as teorias constitucionais de caráter estrito possuem como expoentes doutrinadores como F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J.J Gonzales Rus e E. Gregori, os quais se orientam firmemente e fundamentalmente no texto constitucional, em nível de prescrição específica, explícitas ou implícitas, donde se encontra os objetos de tutela e a forma pela qual se deve revestir o legislador infraconstitucional, em específico, o legislador penal.

De modo geral, e sinteticamente falando, para essa teoria, o legislador deve encontrar respaldo na constituição federal para efetivar a criação de normas penais, estabelecendo como bem jurídico aquilo que aos olhos do constituinte originário foi elencado como valor primordial a preservação do estado democrático de direito e estado social, bem como valor apto a assegurar a dignidade da pessoa humana, verdadeiro postulado normativo trazido pela Magna Lex.

No que tange aos bens jurídicos penalmente tutelados, nos ensina Luiz Regis Prado que “esses bens são indicados especificamente pela própria Constituição e aqueles que se encontram em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático” (1996, p. 69). Por outro lado, temos posicionamentos diversos ao trazido pela teoria constitucional acerca do bem jurídico penal.

Nesse sentido, defende Gianpaolo Poggio Smanio que:

Em face da rigidez das disposições constitucionais, necessária para assegurar a tranquilidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito, o legislador penal não pode estar limitado ao conteúdo axiológico-constitucional para o reconhecimento de bens jurídicos penais. A rapidez com que ocorrem as mudanças sociais e os valores e necessidades da sociedade de massa contemporânea fazem com que seja recomendável que o próprio legislador penal possa ter espaço próprio para a escolha dos bens jurídicos penais reconhecidos (Smanio, 2004, pg. 3).

Fazendo um juízo sumário dos ensinamentos de Smanio, clarividente que não merece guarita a explanação do Procurador Geral de Justiça, pois se concebermos as ideias exaradas por ele em seus ensinamentos, estaríamos em latente retroação na linha do tempo evolutiva que se deu com os estudos acerca da teoria do bem jurídico, pois, verifica-se que as ideias de Smanio são muito semelhantes às de Binding, que asseverava que bem jurídico é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, ao passo que Smanio defende que deve haver liberdade para que o próprio legislador ordinário escolha os bens jurídicos, de acordo com suas concepções e que julgar relevante.

Em que pese o fato da medida ser vista com bons olhos no que tange a dinamicidade da sociedade, que ao passo que vai evoluindo, estabelece valores diferentes como importantes, levando em conta àqueles preteritamente concebidos, também é de conhecimento notório de que deixar de estabelecer parâmetros para o legislador ordinário seria deveras prejudicial para a segurança jurídica, sobretudo, ao direito de liberdade do indivíduo em sociedade, que ficaria à mercê do bel prazer dos legisladores, que, diga-se de passagem, possuem competência duvidosa, em estabelecer bens jurídicos e criar tipos penais incriminadores levando em conta estes bens previamente eleitos.

E por essas e outras que nos parece que, dentre todas as teorias apresentadas nessa escala evolutiva que sofreu a teoria do bem jurídico, a teoria constitucional é a mais acertada no que tange à escolha de bens a serem tutelados pelo Direito Penal, uma vez que a constituição federal, como Lex Max, exige observância vertical de todas as outras normas do ordenamento jurídico, sendo assim, não seria diferente com o Direito Penal, seja no momento de criação, aplicação ou alteração da norma penal.

Todavia, como verificaremos com maior prioridade em momento oportuno do trabalho, o mais acertado seria a aglutinação da teoria constitucional com a teoria sociológica, para o fim da escolha de bens jurídicos penais, estabelecendo como tais, aqueles bens que são preservados pela Constituição Federal e simultaneamente, colocados em primazia pela sociedade, pelo fato de sua lesão prejudicar o bem estar e o funcionalismo social, não por assim dizer agindo

como instrumento de controle social, mas atuando como instrumento assegurado de um bom convívio em sociedade.

Analisada a escala evolutiva da teoria do bem jurídico penal, bem como analisados os ideais trazidos pelas teorias modernas acerca do bem jurídico penal, quais sejam, as teorias sociológicas/funcionalistas e as teorias constitucionais, seriam inúteis os estudos se não visássemos estabelecer quais as funções desses bens jurídicos penais, e de que modo atuam em sede de política criminal e como limitador da atividade penal, para que em momento oportuno, munidos dessas informações, possamos tecer análise da tutela penal da moral sob o enfoque da teoria do bem jurídico penal, neste capítulo abordada.

3.5 As Funções do Bem Jurídico-Penal

O Estado é titular exclusivo do direito de punir, deste modo, somente ele pode aplicar a pena ou medida de segurança. O referido direito de punir tem natureza abstrata, ou seja, paira sobre todos os indivíduos que compõem a sociedade. Nesse ínterim, considerando a superioridade do Estado em relação ao particular, sendo o Estado o verdadeiro Leviatã, o legislador cria diversos mecanismos aptos a limitar o “*jus puniendi*” estatal, assim como a exigência de requisitos de procedibilidade, limitações temporais (prescrição), e, por fim, a exigibilidade de respeito a um bem jurídico previamente estabelecido na criação e aplicação de uma norma penal.

Não é à toa que esmagadora maioria dos doutrinadores pátrios, bem como os estrangeiros, estabelece como forma didática em suas obras, esmiuçar cada um dos ilícitos penais por seus elementos (bem jurídico, sujeito ativo, sujeito passivo, elemento subjetivo, elemento objetivo, consumação), de forma que quase sempre se iniciam voltado para o objeto jurídico ou objeto material do delito, sem o qual o ilícito inexistente, ou constitui verdadeiro quebra cabeças incompleto.

Todo o entrave acerca de um conceito para o bem jurídico penal, entrave este que se protraiu no tempo, durante anos, de forma a receber contribuições de doutrinadores clássicos e também contemporâneos, por óbvio não é inócuo. O referido debate tem relação direta com as funções e finalidades do bem jurídico na órbita penal, que diagnosticamos hiperbolicamente relevantes.

O ideal de bem jurídico penal não se presta apenas a fins didáticos, importante ressaltar que existem diversas funções do bem jurídico, dentre elas nos cumprirá ressaltar apenas quatro, bem como efetivar a análise mais aprofundada de uma dessas finalidades, que elencamos como a mais relevante e de adoção obrigatória para a análise futura da tutela penal da moral.

Em consonância com o salientado mais acima, uma das primordiais funções do bem jurídico é a de garantia, ou seja, de limitar o direito de punir do Estado. Por essa função, o bem jurídico é erigido como conceito limite da dimensão material da norma penal. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade, no momento de produzir normas penais.

Para a intervenção penal, a ideia de bem jurídico coloca-se em primeiro plano de relevância e configura-se como uma condição legitimadora da tutela penal, já que o Direito Penal somente está autorizado e legitimado a intervir quando orientado exclusivamente a proteção de um bem jurídico-penal (BIANCHINI, 2002, p. 50).

Sobre o tema, Aníbal Bruno (2003, p. 6) salienta que “O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”.

A segunda função atribuída ao bem jurídico penal é a teleológica ou interpretativa. Por essa função, o bem jurídico atua como um critério de interpretação dos tipos penais, que condicionam seu sentido e alcance à finalidade de proteção a certo bem jurídico.

Segundo Jescheck (1993, pg. 256) o bem jurídico “é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto um importante instrumento de interpretação”. Em suma, de acordo com essa função inquinada ao bem jurídico, não é possível interpretar, nem conhecer a lei penal, sem lançar mão da ideia de bem jurídico.

A terceira função fundamental do bem jurídico atine a individualização da pena, ou seja, também atua como critério de medição da pena. É de acordo com a gravidade da lesão ao bem jurídico que a pena tornar-se-á ou não razoável a um caso em concreto. Sendo assim, por óbvio, imprescindível ter a noção de bem jurídico, para, após, aplicar a reprimenda segregatória.

A quarta função do bem jurídico é de caráter sistemático, ou seja, o bem jurídico atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de

tipos da parte especial do Código Penal. Na medida em que um bem jurídico se posiciona no núcleo central de determinado delito, melhor dizendo, na medida em que determinado delito tutela um bem jurídico, por *vis atractiva*, todos aqueles que tutelam o referido bem deverão ser alocados no mesmo capítulo do Código Penal. Isso fica clarividente quando observado a divisão da parte especial, onde nos traz “Dos crimes contra a dignidade sexual”, “Dos crimes contra o patrimônio”, “Dos crimes contra a Vida”, dentre muitos outros, onde “dignidade sexual”, “patrimônio” e “vida”, são bem juridicamente tutelados.

Definidas as questões conceituais acerca da moral, bem como sua relação com o direito, e visitada e estudada a teoria do bem jurídico, com todas suas especificidades e funcionalidades, nada mais lógico do que analisar a tutela penal da moral como bem jurídico, ainda que sob severas críticas, inclusive nossas, acerca de tal roupagem em relação a moral.

4 A TUTELA PENAL DA MORAL

Quando perquiridas as questões afetas ao estudo da relação entre o Direito e a Moral, foi possível notar uma espécie de movimento pendular, que ora nos possibilita verificar uma maior aproximação entre os dois campos, ora nos traz a impressão de que os campos supracitados estão totalmente destoados.

O debate contemporâneo, ainda muito vivo, acerca do vínculo entre moral e direito, outrora debatido no presente trabalho acadêmico, é um indicativo das persistentes dificuldades para se encontrar a justa medida nesta intrincada relação. Em que pese o que fora debatido em relação ao Direito e a Moral, onde estabelecemos suas principais distinções, e, ao final, estabelecemos que embora tenham influência um sobre o outro, essa influência deve ser observada com cautela, por não ser absoluta, inegável que em alguns campos do Direito, à Moral encontra-se muito presente, ainda que sob protestos, assim como no Direito Penal, onde a presença da Moral se manifesta quando elencada como um bem penalmente tutelado.

Quando tratado sobre a relação entre a Moral e o Direito, não foi difícil perceber que foram empenhadas diversas teorias em explicar a relação entre os dois campos, tendo àquelas teorias que aproximassem mais a Moral e o Direito e até mesmo àquelas, como a derivada da Teoria Pura do Direito Kelseniana, em que o Direito não poderia sofrer qualquer tipo de influência da moral, sendo a Moral e o Direito dois círculos paralelos.

Admitimos, ainda, que em que pese teorias desse teor, onde as questões ligadas a moralidade deveriam estar totalmente destoadas das questões jurídicas, aquiescemos com o fato de que o Direito e a Moral exercem influências diretas um sobre o outro, todavia, mediante ressalva acerca da limitação dessas influências, que não podem ser absolutas.

Deste modo, admitida a influência, ainda que limitada, da moralidade em relação ao direito, e vice versa, surge-nos o debate que se instala acerca da tutela penal da Moral, onde o nosso sistema se volta a reprimir através de sanções, o desrespeito a alguns mandamentos de ordem eminentemente ou predominantemente moral, conforme ocorre em alguns delitos previstos no Código Penal.

Em nosso Código Penal atual, é possível observar diversos delitos que flagrantemente tutelam fundamentalmente a moral, bem como àqueles que embora tutelam outros bens jurídicos, estão arraigados de conteúdo moralista, em que a finalidade da criação do tipo penal está mais voltada para o resguardo da moral do que propriamente para o resguardo do bem jurídico legislativamente admitido como o bem jurídico do delito.

Antes de efetuar uma análise pormenorizada sobre os delitos previstos em nosso Código Penal que tutelam direta ou indiretamente a moral, a fim de constatar empiricamente o que fora dito, se faz necessário analisar historicamente como o Direito Penal passou a se preocupar com questões morais, de modo a induzir o legislador a cominar penas a delitos que em tese vilipendiam tão somente a moralidade.

4.1 Origem Histórica

Na passagem para o Estado racional, influenciado pelo iluminismo no final do século XIX, o positivismo emergiu como a teoria da separação entre direito e moral na fundação das bases do Direito Penal contemporâneo. Algumas vertentes postulavam que o Direito não veia e não poderia receber qualquer tipo de influência caracterizada pela moralidade. A permeabilidade do direito às questões morais permitia e permite, ainda hoje, a manutenção de normas jurídicas baseadas na moral, como podemos identificar na proibição, em muitos países, do incesto, da prostituição, da comercialização de material pornográfico, dentre outras práticas.

É muito importante observar que essa relação entre direito e moral não é unívoca, pois nem os jusnaturalistas afirmavam existir uma plena correspondência entre direito e moral, nem tampouco os positivistas concluíram que o direito pode prescindir de toda moralidade.

Isto, porque, 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” (CERVINI, 1996, pg. 121).

No jusnaturalismo de concepção teológica, pontua-se que o direito deve, em alguma parte, guardar relação com a moral, ainda que reconheça a

existência de fatos eminentemente sociais. Deste modo, o Direito não poderia esgotar o conteúdo de ordem moral, mas deveria esgotar aqueles necessários para o alcance o ideal de justiça, que é a finalidade desta ciência, assim como a pacificação social.

Como nos informa Reale acerca do pensamento jusnaturalista:

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 (REALE, 2002, pg. 639).

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 Penal (FEUERBACH, 1989, 57-64).

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 et gentium*) (REALE, 2002, pg. 655), 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 da sociedade.

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 a ser adotado.

A partir daí, admitindo que o Estado pudesse intervir para coercitivamente, utilizando-se do Direito como instrumento, pudesse exigir determinado comportamento externo dotado de moralidade, nada mais palatável do que através do Direito Penal, condutas serem sancionadas a partir do descumprimento de mandamentos morais.

O arrolamento da moral como bem jurídico penalmente tutelado ocorreu em época de avanços e retrocessos no campo moral, onde visava-se assegurar, além da moral, aspectos ligados à sexualidade. A tutela penal da moral, em seus primórdios, tem ligação direta com o pensamento conservador que predominava à época, e continuou arraigado no agir legiferante de nossos legisladores até o presente momento, ainda que de forma mais tênue quando comparado com tempos outrora.

Com a diminuição do conservadorismo desde à época da criação dos primeiros dispositivos normativos que tutelariam a moral, consequência natural que alterações tivessem que ser efetuadas, uma vez que como produto social, as questões ligadas a moralidade são dinâmicas, e, portanto, o Direito deve acompanhar as alterações mencionadas, sob pena de manter no ordenamento, tipos penais que não se justificam por bem jurídico algum, e, portanto, ilegítimos de aplicação em concreto.

Com o passar dos anos, houve grande avanço no que tange ao conservadorismo que justificava a tutela da moralidade, o que ensejou o intento de diversas reformar, pontuais ou amplas, desde os chamados crimes contra os costumes, até o presente momento.

Em um momento posterior ao natimorto Código de 1969, quando da Reforma de 1984, o legislador entendeu por bem deixar, a um segundo tempo, as modificações típicas, quando deveriam ser debatidas:

[...] questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Muitas das concepções que modelaram o elenco dos delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando padrões de conduta, o que importará em possível descriminalização. (Item 7º, Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro)

Diversas tentativas, desde então, têm se dado, o que, em parte, pode se justificar quer pela pluralidade de pensamentos e tendências encontradas no Congresso Nacional, quer pelo acentuado conservadorismo de boa parte das elites brasileiras, que acabam por pressionar o legislador na criação de ilícitos, bem como na descriminalização ou não descriminalização. O Brasil ainda é regido por uma tipologia com lastro moralista bastante acentuado, elemento marcante dos anos 40 do século passado, quando da criação de nosso Código Penal. Todavia, importante salientar que desde então, nosso Código Penal passou por diversas alterações, com o escopo principal de que algumas partes do Código, que ao decorrer dos tempos ficou em dissonância com a realidade social da época, fosse reformada.

Algumas das alterações supracitadas, ensejaram diretamente na correção de algumas problemáticas que se instalaram pela evolução social em detrimento do disposto no Código Penal de 1940, como outrora asseverado, repleto de dispositivos e peculiaridades que evidenciavam a carga moralista presente em

sua redação, derivado do pensamento conservador do legislador e do conservadorismo das elites influenciadoras da época.

Foi inicialmente com a alteração trazida pela lei 11.106/2005 que houve substancial alteração no Título VI do Código Penal, que anteriormente era denominado “Dos Crimes contra os Costumes”, onde ocorreram diversas alterações em textos normativos a fim de conferir novas interpretações, bem como houve a revogação de diversos tipos penais, alguns deles emergidos de conteúdo moralista, onde sua revogação de fez salutar para que o Código Penal estivesse em consonância com os novos ditames da sociedade no que tange ao que de fato possuía valor, uma vez que a sociedade de 2005, por lógica, tinha pensamentos e valores distintos daquela de 1940.

Prima facie, não é difícil observar o quando os delitos previstos nesse capítulo, originalmente, eram dotados de conteúdo moralista, assim como a própria nomenclatura do Título previsto no Código Penal pressupõe, pois, ao estabelecer a nomenclatura “Dos Crimes contra os Costumes”, a impressão que temos é que o legislador pretendia estabelecer um padrão mediano no que se refere às atividades de caráter sexual, padrão esse que deveria estar em consonância com os ditames morais da época.

Além disso, em sua redação original, o título trazia uma série de delitos com carga moralista clarividente, assim como os delitos de sedução e de adultério, bem como outras peculiaridades que evidenciavam a hiperbólica carga moralista que cercava o Código Penal. As alterações trazidas pela lei 11.106/2005 foram fundamentais para correções de alguns pontos problemáticos que eram derivados da redação original de nosso Código Penal, e embora tenham atingido diversos pontos do Código Penal, nos reservaremos a ressaltar apenas algumas daquelas afetas ao tema debatido neste trabalho.

Pois bem, a título de exemplo, uma das peculiaridades que haviam na redação original do Código Penal, e que evidenciavam toda a carga moralista arraigada no códex, era a redação do artigo 215 do Código Penal, que dizia *ipsis litteris e ipsis verbis*: “Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude” (destaquei). Com a nova redação trazida pela lei 11.106/2005, o artigo 215 do Código Penal passou a vigorar como “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”.

A mudança introduzida pela lei 11.106/2005 ampliou a esfera de alcance da norma penal incriminadora, pois, se antes da mudança apenas a mulher que fosse considerada honesta estava protegida em sua liberdade sexual pela norma em comento, depois da vigência da lei supracitada, a proteção penal passa a ter abrangência indistinta e não discriminatória em relação ao sexo feminino. O entendimento que fundou a alteração era de que a ausência de honestidade sexual da mulher, qualificada como devassa, não poderia constituir motivo para a ausência de proteção penal.

É possível visualizar com a alteração da redação do artigo 215 do Código Penal, proporcionada pela lei 11.106/2005, que a lei deixa de trazer um conteúdo moralista ligado a condição de honestidade sexual a mulher e passa a tutelar eminentemente a liberdade sexual conferida a ela, destoadada de qualquer conteúdo moral que pudesse qualificar sua condição de “honestidade”.

Fato semelhante ocorreu com o artigo 216 do Código Penal, que em sua redação original tipificava a conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela praticasse ato libidinoso, diverso da conjunção carnal”. Com a redação conferida pela lei 11.106/2005, o alcance da norma penal passou a ser muito mais amplo, de modo que no lugar da expressão “mulher honesta”, o artigo 216 do Código Penal passou a dizer “alguém”, deste modo, houve substancial alteração quando a quem poderia figurar como sujeito passivo do delito, de modo a abranger não somente qualquer mulher, mas também o homem, uma vez que o tipo penal não fez distinção de gênero, tendo em vista que o núcleo do tipo constitui em “praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso as conjunção carnal”.

Além das alterações da redação dos artigos 215 e 216 do Código Penal, a lei 11.106/2005 propiciou a revogação de diversos dispositivos, sendo eles previstos tanto na parte especial do Código Penal, quando na parte geral.

Uma das mais substanciais alterações na Parte Geral do Código Penal foi a revogação das causas de extinção da punibilidade previstas nos artigos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, já na Parte Especial do Código Penal, tivemos a revogação de diversos delitos, todavia, o que nos merece análise é a revogação do delito previsto no artigo 217 do Código Penal, cujo *nomem iuris* era “Sedução”, bem como o delito tipificado no artigo 240 do Código Penal, cujo *nomem iuris* era simplesmente “Adultério”.

O polêmico delito de sedução, como visto, estava previsto no artigo 217 do Código penal, e segundo a redação típica assim se aperfeiçoava o ilícito “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”. De longa data a melhor doutrina e a jurisprudência reclamavam a revogação do tipo penal em comento, pois, não era difícil perceber que o tipo penal já não mais se ajustava à época em que ocorrerá a reforma.

O delito previsto no artigo 217 do Código Penal, conferia proteção a ingenuidade da mulher virgem, sendo que à época da edição do Código Penal, pairava a ideia de que a mulher tinha que se casar virgem, ou seja, sem que tivesse praticado qualquer ato sexual, sendo que o referido preceito moral e derivado de ideias conservadoras da época, permaneceu por diversas décadas, disseminando a ideia de que a mulher deveria resguardar sua virgindade até que se entregasse para o homem com que contraísse matrimônio.

Com a evolução da sociedade e a desmistificação de alguns preceitos estabelecidos, como o que fora mencionado, percebeu-se que não havia justificativa lógica ou jurídica para a permanência do delito de sedução em nosso ordenamento jurídico, deste modo, percebe-se que a revogação propiciada pela lei 11.106/2005 teve o condão de retirar do ordenamento, tipo penal que se vigente na época atual, se tornaria inócuo e teratológico.

De modo similar, houve revogação do artigo 240 do Código Penal, que trazia a figura do delito de adultério, caracterizado quando havia vilipêndio ao dever de fidelidade recíproca conjugal. O delito tinha por objeto jurídico a organização jurídica da família e do casamento, todavia, é clarividente a carga moral que à época da edição do Código Penal se pretendeu assegurar.

Mesmo sendo reconhecida a importância da proteção jurídica da família e do casamento, o legislador, à época da edição da lei 11.106/2005, percebeu que, em que pese a importância do bem jurídico tutelado pelo delito previsto no artigo 240 do Código Penal, haviam outras formas de assegurar o tão primado dever de fidelidade recíproca no casamento, assim como os dispositivos do Código Civil, em especial, o artigo 1556, inciso I, do códex.

Deste modo, entendeu por bem o legislador, pela revogação do tipo penal em testilha, a uma, porque o Código Civil já conferia a proteção necessária à organização jurídica da família e do casamento, a duas, porque o tipo penal estava

dotado de grande conteúdo moral, que no ano de 2005, não mais justificava a criminalização do desrespeito ao dever de fidelidade, uma vez que os preceitos morais da sociedade se alteraram substancialmente nesse aspecto.

Conforme visto, as modificações introduzidas no Código Penal pela lei 11.106/2005, foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo, no que se refere aos delitos alcançados, bem como questões textuais que refletem com maior primazia os preceitos sociais da época. Em que pese as relevantes e substanciais alterações proporcionadas pela lei 11.106/2005, salientadas acima, também foram salutares em sede dos delitos que tutelam a moral ou possuem certa carga de moralidade em seu conteúdo de proteção, as alterações trazidas pela lei 12.015/2009.

A primeira positiva modificação introduzida pela lei 12.015/2009 consistiu na alteração do Título VI, que passou à denominação “Dos crimes contra a dignidade sexual”, tendo em vista que não fazia mais sentido, nos dias atuais, a nomenclatura “Dos crimes contra os costumes”, que como já visto, denotava toda a intenção do legislador de estabelecer um comportamento médio para a sexualidade, além de evidenciar o recato e a moralidade no contexto da sexualidade.

Como forma de corroborar o alegado, é pertinente ressaltar a definição de costumes em sede de delitos sexuais trazida por Nelson Hungria, onde entendiam-se costumes como sendo “os hábitos de vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais” (HUNGRIA, 1956, pg. 103).

Na mesma direção os ensinamentos de Magalhães Noronha, para quem costumes aqui devem ser entendidos como “a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação” (NORONHA, 199, pg. 96).

O legislador foi deveras feliz na alteração, pois ao mesmo tempo que dissociou o Título da ideia de moralidade sexual, evidenciou a preocupação do legislador com a dignidade sexual, no mesmo prisma da dignidade da pessoa humana, na ótica do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Em que pese a alteração mais relevante para o presente estudo ser a que cingiu a nomenclatura do Título VI do Código Penal, agora denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, tiveram diversas alterações relevantes pela lei

12.015/2009 ao Código Penal, assim como, a unificação do delito de estupro ao de atentado violento ao pudor, constituindo assim, tipo misto alternativo que abrange tanto a conjunção carnal, como qualquer outro ato libidinoso, o que possibilitou que tanto a mulher, quando o homem, figurassem como vítimas do delito de estupro.

Outra novidade legislativa consistiu na criação do tipo penal de estupro de vulnerável. Além dessas alterações atinentes a tipificação e alteração de tipificação de condutas, houve alteração substancial no artigo 225 do Código Penal, que trata da ação penal em sede de delitos contra a dignidade sexual.

Pois bem, diante das alterações trazidas pela lei 12.015/2009, em especial à relacionada a alteração da nomenclatura do título VI, em um primeiro momento, pareceu-nos que o legislador havia percebido que nesses crimes o bem jurídico atingido não eram os costumes e sim a própria dignidade da vítima, deixando, por isso, o título de tutelar a moral sexual, para abarcar a dignidade sexual, vertente da dignidade da pessoa humana. Entretanto, diante de uma melhor análise, sob o enfoque da teoria do bem jurídico, bem como dos princípios penais constitucionais, algumas impropriedades passaram a ser percebidas, uma vez que, embora a alteração da nomenclatura do título VI, do Código Penal, continuou o legislador, sob nova rubrica, a tutelar um “padrão de comportamento sexual”, deixando evidenciar sua intenção de estabelecer um comportamento moral à sociedade, o que fugiria dos mandamentos estabelecido pela teoria do bem jurídico e previstos nos ideais de diversos princípios penais constitucionais.

Podemos mencionar a título de exemplo, os delitos previstos nos 227 (mediação para satisfação da lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 229 (casa de prostituição), 230 (rufianismo), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno), onde percebe-se que os mesmos tutelam alguns padrões morais de comportamentos, com grave violação dos limites à intervenção penal, e diversos princípios penais constitucionais, além do primado da teoria do bem jurídico, como em momento pontual do trabalho será evidenciado e corroborado, através de uma análise comparativa.

Para melhor compreensão da essência dos delitos supramencionados, onde há uma carga de moralidade muito grande maculada por trás de seus motivos ensejadores, se faz necessário uma análise ligeiramente direcionada para cada um, visando corroborar todo o alegado acerca de suas características imersas em conteúdo moral e conservador.

4.2 Análise Acerca dos Delitos Previstos no Título VI do Código Penal: A Tutela Penal da Moral

Como visto, o Título VI do Código Penal, inicialmente alterado pela lei 11.106/2005 e posteriormente pela lei 12.015/2009, traz alguns tipos penais em que é possível observar claramente a presença de conteúdo eminentemente moral nas tipificações legais, onde o legislador buscou reprimir alguns comportamentos, que em tese, destoam do que o homem médio julga salutar no que se refere à moralidade.

Os delitos em que trabalharemos na presente pesquisa, onde é mais evidente o que estabelecemos, estão alocados no Capítulo V e VI do Código Penal, intitulado pela lei 11.106/2005 como “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”. Com a vigência da lei supramencionada, a nomenclatura do capítulo passou de “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” para “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, de modo a ficar em consonância com as demais alterações proporcionadas pela lei, algumas delas já abordadas no presente capítulo.

O professor Nelson Hungria define o lenocínio como sendo “o fato de prestar assistência à libidinagem de terceiro ou dela extrair qualquer tipo de proveito” (HUNGRIA, 1956, pg. 266). O bem jurídico tutelado para os crimes desse capítulo eleito pelos doutrinadores são a moralidade pública sexual e os bons costumes.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, leciona que “o bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual, objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição” (BITENCOURT, 2010, pg. 146).

O primeiro dos delitos previstos no Capítulo “Do lenocínio e do tráfico de pessoas” é o previsto no artigo 227 do Código Penal, cujo *nomem iuris* é de “mediação para servir a lascívia de outrem”, em que o Código Penal reprime a conduta de “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”. Inicialmente, se faz necessário tecer alguns comentários e levantar discussões acerca da redação do *caput* do artigo, que nos gera demasiada curiosidade.

Qual seria a razão de ser do crime previsto no artigo 227 do Código Penal? Nos parece uma pergunta bem pertinente, uma vez que em leitura simplória do preceito primário do delito, fica difícil vislumbrar o motivo pelo qual o legislador reprimiu tal conduta, uma vez que diferentemente de outros delitos previstos no

Título VI, intitulado “Crimes contra a dignidade sexual”, o legislador reprime condutas ora pela presença de violência e grave ameaça, ora por fraude, ora pela condição da vítima, de modo a privilegiar sua liberdade sexual e dignidade sexual, por via reflexa.

Afinal, induzir alguém, maior e capaz, a satisfazer a lascívia de outrem, é conduta que de forma alguma viola a autodeterminação e a liberdade sexual de ninguém. Deste modo, fica fácil perceber que a intenção do legislador foi reprimir uma conduta por simplesmente, e em tese, violar a moralidade. Em que pese, *prima facie*, não ser possível vislumbrar qualquer vilipêndio à liberdade do sujeito passivo do delito, para alguns, tal conduta pode soar como imoral.

É nesse ponto que se instala a principal crítica a tipificação desta conduta. Além do mais, é preciso observar o referido delito sob o enfoque do princípio da adequação social, outrora evidenciado no presente trabalho, uma vez que, nos parece que a conduta de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem, nos parece conduta totalmente aceita atualmente, afinal, é deveras comum verificar situações como a tipificada no artigo 227 do Código Penal em festas e eventos com grande número de pessoas, onde visam conhecer e construir laços.

Conforme pontuam Renato Marcão e Plínio Gentil:

Argumenta-se a inconstitucionalidade da previsão em testilha, uma vez relacionada com a prostituição de pessoas adultas, possuidoras da livre disposição de seu corpo para fins de luxúria, ficando a ofensa apenas ao plano moral, sem atingir, portanto, valor que possa ser listado como bem juridicamente tutelável (FRANCO e outros, 2007, pg. 1.116 *apud* MARCÃO; GENTIL, 2011, pg. 285).

Deste modo, fácil perceber onde recai a crítica doutrinária sobre o delito, onde acusações consistem no fato do delito previsto no artigo 227 do Código Penal tutelar eminentemente questões ligadas à moral, o que de acordo com o que ficará demonstrado em momento oportuno, fere de morte alguns preceitos básicos de nosso Direito Penal atual.

O segundo delito previsto no Capítulo V do Título VI do Código Penal é o previsto no artigo 228 do Código Penal, cujo *nomem criminis* é “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”. O referido dispositivo normativo reprime a conduta de quem “induz ou atrai alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilita, impede ou dificulta que alguém a abandone”.

Pois bem, em análise perfunctória do preceito primário do artigo 228 do Código Penal, importante salientar que em parte das condutas típicas ali identificadas, de fato é possível vislumbrar a intenção do legislador em salvaguardar a liberdade sexual, todavia, em algumas das condutas típicas, não nos convence o argumento de que desejou o legislador, tutelar fundamentalmente a liberdade sexual, pois clarividente sua intenção de reprimir condutas moralmente rechaçadas.

O delito em comento traz os verbos induzir e atrair, referindo-se a quem perpetra essas condutas para levar alguém ao mundo da prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, porém, novamente não os qualifica, denotando que basta a movimentação dos verbos nucleares, ainda que não tenha o condão de macular a vontade do sujeito passivo. Deste modo, se alguém induz ou atrai alguém à prostituição, que ressalta-se, é prática que não constitui crime, estará incidindo no delito em comento.

De igual modo, a tipificação do artigo 228 do Código Penal pune o indivíduo que simplesmente facilita à prostituição ou qualquer forma de exploração sexual, o que pressupõe que a pessoa que se prostitui já está inserida na prostituição ou qualquer forma de exploração e o sujeito ativo apenas facilitaria a prática.

Sendo assim, igualmente o que ocorre com o artigo 227 do Código Penal, no que tange à conduta de induzir ou atrair alguém a prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, bem como na conduta de facilitar tais práticas, a intenção do legislador, em verdade, não foi salvaguardar a liberdade sexual do sujeito passivo, mas sim, reprimir condutas que não são moralmente toleradas. Ainda que não constitua crime, é certo que a prostituição, ainda que prática decorrente desde tempos outrora, sofre com a reprovação moral, o que não seria diferente com a conduta dos indivíduos que induzem, atraem ou facilitam tais práticas, assim como outras formas de exploração sexual, conforme prevê o artigo 228 do Código Penal.

No entanto, o mesmo artigo 228 do Código Penal, prevê ainda as condutas de impedir ou dificultar que alguém abandone a prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, o que diferentemente das demais condutas típicas salientadas, nos pressupõe que a vontade do sujeito passivo foi maculada, pois se o sujeito ativo impede ou dificulta o abandono de tais práticas, quer dizer que o sujeito que as pratica, tem a vontade livre e consciente de deixar tais práticas, de modo que

nos parece que sua liberdade sexual estaria sendo vilipendiada, a mesma liberdade que o possibilitou praticar tanto a prostituição, como as outras formas de exploração sexual que traz o dispositivo.

Em que pese a relevância do dispositivo, mormente pela previsão de reprimir a conduta de impedir ou dificultar que alguma pessoa deixe a atividade da prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, verifica-se que errou o legislador ao reprimir condutas que em nada maculam a vontade do sujeito passivo de forma que, se a prostituição não constitui ilícito, condutas afetas como a de induzir, atrair ou facilitar a tal atividade, não deveria ser objeto de repressão penal, de forma que sua previsão deixa evidente a mera repressão a imoralidade das condutas supramencionadas.

Na sequência ao delito previsto no artigo 228 do Código Penal, temos o delito previsto no artigo 229 do mesmo capítulo, que recebe a nomenclatura de “Casa de prostituição”, tipificando a conduta de “manter, por conta própria ou de terceiros, estabelecimento em que ocorra a exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

Em suma, o delito visa a punição do indivíduo que mantém por conta própria ou de terceiros, estabelecimento onde ocorra a prática proscrita.

A prostituição, por seu turno, acompanha a história da humanidade e é citada até mesmo em passagens religiosas, como dão exemplo, escritos da Bíblia Sagrada Cristã a respeito de Maria Madalena, sobre “Sodoma e Gomorra”, etc., o que evidencia que a prática da prostituição ocorre desde os tempos remotos, seja de forma organizada ou não, bem como nos mais áridos e ermos locais.

Ao menos no Brasil, ainda que moralmente rechaçado, a prostituição nunca constituiu prática delituosa. Deste modo, causa demasiada estranheza a repressão da manutenção de casa destinada a tal prática, o que denota que a intenção do legislador em nenhum momento foi tutelar a liberdade sexual ou dignidade sexual da pessoa que eventualmente venha a praticar a prostituição ou qualquer modo de exploração sexual no local, tendo em vista que exercida em local destinado para tanto, ou não, tais práticas não deixarão de existir, ainda que exercidas em locais diversos.

Nota-se que a intenção do legislador, ainda que não incrimine a prática da prostituição, é evitar seu incremento, desenvolvimento e disseminação, como

forma de controle derivado na necessidade de evitar a adoção de condutas moralmente inadequadas sob a ótica daqueles mais conservadores.

Nesse ínterim, verifica-se que no delito de casa de prostituição, o legislador não visou reprimir nada mais do que uma conduta meramente imoral, que não justifica a intervenção do Direito Penal, conforme se evidenciará de forma ainda mais indubitável em momento oportuno.

Nesse momento, nos cabe apenas destacar a tutela penal da moralidade em sede de diversos delitos previstos no capítulo V, do título VI do Código Penal, assim como o delito de casa de prostituição, onde, inclusive, o STF já salientou que “no delito de casa de prostituição previsto no artigo 229, não se tutela nada diverso à moral e aos bons costumes.” (1ª turma, HC. Nº 104.467/RS, rel. Ministra Carmen Lucia, de 08 de fevereiro de 2011).

O delito subsequente, previsto no artigo 230 do Código Penal, recebe o *nomem iuris* de “Rufianismo”, onde se pune aquele que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. O indivíduo que comete tal prática é denominado de Rufião. Se comparado com os crimes tipificados nos artigos 227, 228 e 229, do Código Penal, em sede de moralidade, o rufianismo é um dos mais torpes, repugnantes e abjetos. O rufião é definido celebrenemente como “aquele que recebe acomodação, vestuário, alimentação e dinheiro da meretriz, desempenha o papel de lombriga no intestino da prostituição, à sombra da qual vive” (TJSP, ApCrim 127.063, 1ª CCrim. Rel. Des. Carvalho Filho, j. 15.12.1975, RT 487/305).

O questionamento feito pela doutrina paira acerca do fato de que se não há crime para quem lucra com a própria prostituição, qual seria a legitimidade na punição do terceiro que se aproveita do adulto (plenamente capaz) que exerce a prostituição, sem se valer de violência à pessoa, grave ameaça ou fraude?

O questionamento é feito, pois, há na doutrina quem diga que o Rufião ou Cafetão, como por vezes chamado, responde pelo delito em comento ainda que não queira se sustentar pela “meretriz”. Desse modo, independe para a caracterização do delito, que o sujeito ativo contribua para que a pessoa que exerce a prostituição lhe sustente, bastando que de fato se beneficie de alguma forma dos proventos advindos da prática da prostituição.

A indagação trazida pela doutrina nos leva a refletir e concluir pela intenção do legislador em evitar condutas imorais, como no caso do delito em

testilha. Não nos parece muito bem visto que um indivíduo seja sustentado ou de alguma forma beneficiado pelas benesses advindas da atividade de prostituição exercida por outrem. Conforme ensinam Renato Marcão e Plínio Gentil “tal tipo de ilícito campeia o submundo da desonra; da louca vida, e traz à superfície indivíduos de nenhum valor socialmente útil, de moral, quando existente, apenas putrefata (MARCÃO; GENTIL, 2011, pg. 337).

Deste modo, é possível verificar que a conduta é tipificada por flagrantemente constituir prática que, em tese, foge aos preceitos morais da sociedade, ou pelo menos à sociedade conservadora que foi tutelada à época da edição do nosso Código Penal de 1940.

Além dos delitos previstos no capítulo V do título VI do Código Penal, no capítulo VI do mesmo códex, temos alguns delitos que, ainda que alocados no título que trata dos crimes contra a dignidade sexual, ofendem o pudor público, como aspecto da moralidade pública e dos bons costumes, motivo pelo qual o capítulo se denomina “Do ultraje público ao pudor”. Embora toda pessoa seja dotada de pudor, ou seja, um sentimento de vergonha produzido pelo que pode ferir a decência, existe àquilo que se denomina por pudor público, sendo entendido como aquele que atende ou está em conformidade com os costumes e preceitos morais vigentes em determinado lugar e em determinado lapso temporal cronológico. São dois os delitos que constituem ultraje público ao pudor: o ato obsceno (artigo 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234).

Os delitos supramencionados, para a finalidade da presente seção, podem ser analisados conjuntamente, uma vez que à repressão das condutas típicas previstas em seus preceitos primários possuem a mesma finalidade, qual seja, assegurar o pudor público, bem como a moralidade pública e os bons costumes. Algo obsceno é relacionado a algo impudico, que tenha qualquer característica sexual em sentido amplo, atritando com o sentimento médio de pudor. Desta feita, tanto no delito de ato obsceno quando no de escrito ou objeto obsceno, embora perpetrados mediante conduta típica distintas, na essência consistem em comportamentos que ofendem o pudor médio da coletividade, e por via reflexa, a moralidade pública.

Importante salientar a dificuldade em estabelecer quais atos, escritos ou gestos seriam efetivamente obscenos, com a finalidade de tipificar condutas no artigo 233 ou 234 do Código Penal, tendo em vista que algumas condutas destoam

simplesmente dos preceitos morais, enquanto outras delas, mais gravosas, ferem contundentemente até mesmo a dignidade sexual diretamente, uma vez que entre os delitos de ato obsceno, escrito ou gesto, há uma linha muito tênue para a configuração de outros ilícitos sexuais.

Deste modo, há de se concluir que em sede de delitos contra o ultraje público ao pudor, como pela própria definição de pudor público se estabelece, há uma presença muito forte e indubitável de conteúdo moral, de modo que ainda visando assegurar algumas condutas mais gravosas, essas, em verdade, deveriam ser abrangidas por outros delitos sexuais.

Não há como dissociar os delitos em comento da moralidade, uma vez que a própria moral é quem dita quais comportamentos, escritos ou gestos serão considerados como contundentes ao pudor público, contrario senso, a evolução dos preceitos morais tende a desqualificar condutas como deflagradas do ultraje público ao pudor, que não se justificam por qualquer outro bem de relevância penal.

Os “Delitos Morais”, quando observados em sua essência, nos permite asseverar que sua criação muito se deve ao clamor público da época, em que a sociedade julgava imoral algumas condutas, inclusive as condutas presentes no preceito primário de cada dos delitos mencionados, o que por consequência levou o legislador a reprimir a adoção de tais comportamentos. Diante da análise dos delitos supramencionados, foi possível evidenciar a hiperbólica carga de moralidade presente em cada um deles.

Podemos asseverar que há uma relação muito tênue entre a criminalização das condutas morais previstas nestes delitos, com o que a doutrina chama de Direito Penal Simbólico, movimento ligado aos estudos dos movimentos Abolicionista e de Lei e Ordem (Direito Penal Máximo). Em sua essência, o Direito Penal Simbólico se trata de um movimento que tende a criar ou manter no ordenamento alguns delitos para que a sociedade tenha crença na efetividade do Direito Penal, quando na verdade esses delitos criados ou mantidos no ordenamento são raramente aplicados em concreto.

Visitadas as questões atinentes à tutela penal da moral, bem como abordados alguns dos delitos em que o legislador pátrio buscou prestigiar a repressão às imoralidades, passamos a estudar os princípios minimalistas do Direito Penal, como forma de entender a essência de cada um deles, seu modo de

aplicação, dentre outros aspectos relevantes, para que em sequência, possamos analisar a tutela penal da moral sob o enfoque dos referidos princípios.

5 PRINCÍPIOS MINIMALISTAS DO DIREITO PENAL

O estudo dos princípios penais constitucionais se faz salutar para a presente pesquisa, mais especificamente àqueles que estão ligados à ideia de um Direito Penal Mínimo, que no Direito Penal contemporâneo é muito buscado, com razão, conforme o próprio estudo que se perfaz pressupõe.

Com efeito, o ideal de Direito Penal Mínimo está galgado na concepção que podemos chamar de equilíbrio. Apregoa-se, em síntese, ser a finalidade do Direito penal a proteção tão somente de bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser assegurados somente pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Nesse ínterim, para chegar à concepção do que seria o Direito Penal Mínimo, se faz necessário elencar como balizador para a concretização dessa ideia, a existência de um bem jurídico penal justificador da intervenção do Direito Penal. Sobre bem jurídico, já fora abordado que existem diversas teorias que buscam estabelecer, de fato, o que seria um bem jurídico e quais os critérios que devem ser adotados para que um bem seja revestido dessa roupagem de bem jurídico penal legitimador de uma intervenção estatal, mormente por meio do Direito Penal.

Nesse momento, visitadas as mais diversas teorias que cercam o bem penal, em que pese já salientado de forma sumária qual seria a mais acertada no tocante à escolha dos bens jurídicos dignos de proteção, o mais relevante para o presente tópico é afirmar que a ideia da existência de um bem jurídico penal legitimador é indispensável para o entendimento do famigerado Direito Penal Mínimo.

A primazia do Direito Penal Mínimo implica na adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador na criação e revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação dos dispositivos legais.

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar como os afetos aos estudos aqui exarados, fundamentalmente, os princípios da Intervenção Mínima, Lesividade, Adequação Social, Insignificância e Proporcionalidade, em que pese existirem outros que estão aglutinados à ideia do Direito Penal Mínimo.

Dito isso, antes de abordar cada um dos princípios supramencionados, todos pertencentes ao ideal de Direito Penal Mínimo, se faz necessário entender, preliminarmente, em que consistiria a categoria jurídico-normativa denominada de Princípios, assim como suas distinções para as regras e normas, além de estabelecer como se dá a eficácia dos Princípios.

Ressalta-se que a conceituação da categoria jurídico-normativa se faz necessária para melhor compreensão de como agem no sistema jurídico, e, ainda, qual a sua relevância, a fim de corroborar a necessidade de aplicação dos princípios penais constitucionais denominados como minimalistas como meio de obtenção do tão almejado Direito Penal Mínimo.

5.1 Conceito de Princípios

Quando analisamos morfológicamente a palavra “princípio”, certamente a primeira ideia que nos vêm é de algo que dá início, ou seja, algo que dá origem a determinado fato ou coisa. Em nosso vernáculo, a palavra “princípio”, de fato, indica início, origem, começo ou causa primária de determinada coisa. Já a palavra “princípios”, no plural, também apresenta diversos significados, assim como rudimentos, a primeira época da vida, as folhas preliminares, dentre muitas outras. *Prima facie*, a definição trazida por nosso vernáculo que nos chama mais atenção é a que diz que princípios são “preposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”.¹

Embora não deva ser usado de balizador para o conceito e ideal de princípios que visamos estabelecer, a definição de “princípios” trazida pelo próprio dicionário Aurélio já nos permite visualizar e apontar os princípios como orientadores de todo um sistema de determinada ciência, *in casu*, o sistema normativo da ciência jurídica, sejam estes princípios positivados ou não. Isto porque os princípios podem estar previstos expressamente em textos normativos, ou podem ser extraídos de outros ideais através da cognição, caso em que, embora não positivados, serão de obediência obrigatória, como é o caso dos princípios gerais do direito, por exemplo.

A discussão sobre a definição de princípios se arrasta desde tempos outrora, não que conceituar princípios, de maneira pura e simples, seja tarefa de

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa.

esforço hercúleo, o que ocorre é que há grande debate acerca das distinções entre princípios, regras e normas, o que faz com que os estudiosos despendam esforços em trabalhar mais empenhadamente na definição de cada uma das categorias normativas, para, ao fim, estabelecer fundamentalmente quais as principais diferenças entre as categorias supracitados.

A definição de princípios jurídicos e sua distinção em relação às regras depende do critério de funcionalidade do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais, cujo consenso acerca da definição é muito mais fácil, tendo em vista que sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são abstratas, e, portanto, comum que a percepção sobre sua definição não encontre um consenso, ao menos em proêmio.

Por isso mesmo, em que pese não ser tarefa tão árdua conceituá-lo, é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado, bem como da finalidade para a qual é feita a distinção.

Divorciando-se, em primeiro momento, da discussão emblemática que permeou os campos doutrinários sobre a diferença dos princípios para as regras e normas, visando inicialmente corroborar a afirmação trazida de que são muitas as definições acerca de princípios, merece destaque, as lições de Ivo Dantas, quando buscando conceituar os princípios asseverou que:

Para nós, princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico constitucional positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade (DANTAS, 1995, pg. 59).

Os princípios se apresentam, para Dantas, como valores consagrados em determinada sociedade, que dependendo de seu conteúdo, refletem a estrutura de um Estado, que por sua vez, é fruto da sociedade que elencou os valores que constituíram a essência dos princípios que se estabeleceram. Na clássica definição de Celso Bandeira de Mello, citado por Cleber Masson:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas lhes compondo o espírito e servindo de critério para sua exata

compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (BANDEIRA DE MELLO, 2002, pg. 807-808 *apud* MASSON, 2016, pg. 23).

Para Josef Esser, um dos pioneiros no estudo dos princípios, de forma muito simplória, “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado” (JOSEF ESSER, 1990 *apud* ÁVILA, 2012, pg. 38). É possível visualizar que pelas ideias de Josef Esser, os princípios seriam, eminentemente, instrumentos para que mandamentos postos encontrassem seu fundamento.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz, outro estudioso que foi um dos pioneiros no estudo dos princípios, define os princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (KARL LARENZ, 1991, pg. 474 *apud* ÁVILA, 2012, pg. 38). Conforme pontua Humberto Ávila:

Para Karl Larenz, os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de preposições jurídicas, ou seja, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica (2012, pg. 38-39).

Conforme verificado, em um primeiro momento é até mesmo fácil conceituar a categoria jurídico-normativa denominada “princípios”, todavia, o questionamento que serviu como base para os estudos de diversos doutrinadores sobre o fundamento e aplicação dos princípios foram as distinções destes com as regras e normas. A busca de uma definição mais precisa de Princípios Jurídicos é necessária, não para se chegar a uma conceituação a nível didático, mas também como modo de compreender a sua incidência sobre as demais categorias jurídicas.

Deste modo, salutar para a compreensão de um conceito geral de princípios, além daqueles conceitos supracitados, evidenciar a sua distinção para as regras e as normas, com a finalidade de estabelecer como os princípios atuam em nosso ordenamento jurídico, e qual sua relevância para o sistema normativo. Insta salientar que foram diversas as contribuições dos estudiosos na tentativa de

distinguir os princípios e regras, fundamentalmente, para depois, estabelecer a distinção de ambos, para a categoria normativa intitulada norma.

5.2 A Distinção Entre Princípios, Regras e Normas

Importante ressaltar que durante largo lapso histórico, os princípios foram relegados a uma posição de somenos importância no ordenamento jurídico, tendo em vista que este seria composto, essencialmente, por regras. Nessa época, aos princípios restavam funções normativas indiretas, assim como a função integrativa de lacunas existentes no sistema jurídico e o papel de vetores interpretativos.

Os princípios sofreram uma evolução ao decorrer dos tempos, no que se refere à sua “juridicidade”. Inicialmente, os princípios possuíam caráter jusnaturalistas, seguindo-se a ela a fase positivista, para, então, modernamente, atribuir-se lhes uma visão pós-positivista, onde os princípios assumem posição de deveras importância no ordenamento jurídico, deixando de ser, por assim dizer, categoria jurídico-normativa de aplicação subsidiária ou supletiva.

Aduz Paulo Bonavides que, na fase jusnaturalista “os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça” (BONAVIDES, 1998, pg. 232).

Na segunda fase, considerada positivista, os princípios deveriam ser extraídos do sistema de normas posto em determinado ordenamento jurídico, servindo-lhe como fonte normativa subsidiária ou, na expressão de Gordilho Canãs, citado por Paulo Bonavides, como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei” (BONAVIDES, 1998, pg. 234).

Na fase, pós-positivista, as Constituições, seguindo lições de Paulo Bonavides, “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 1998, pg. 237).

Deste modo, os princípios passam, nessa última fase, a exercer a primazia sobre todo o ordenamento jurídico. Atualmente, em que pese a existência de diversas teorias que possibilitam o estudo das diferenças entre princípios, regras e normas, se faz necessário uma análise um pouco mais densa, principalmente das

distinções obtidas através desses estudos entre princípios e regras, visto que as distinções para as normas são de mais fácil observação, motivo pelo qual pode ser feita de modo mais sumário.

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição, por meio dos estudos de Ronald Dworkin. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo, sobretudo no que se refere a aplicação daquilo que ele viria a chamar de Princípios.

Para Dworkin, as regras são aplicadas pelo modo "tudo ou nada" ("*all-or-nothing*"), no sentido de que no caso de colisão entre regras, uma delas deve necessariamente ser considerada inválida em detrimento das demais regras que colidira em um caso concreto, não havendo de se falar na conjugação entre regras, pois apenas uma deve incidir no caso em concreto.

Os princípios, ao contrário das regras, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade (DWORKIN, 1991, pg. 26).

Nesse sentido, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto a estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy ao comentar os resultados dos estudos de Dworkin (1979, pg. 65).

Robert Alexy, partindo das considerações de Ronald Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, os princípios jurídicos consistem apenas numa espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas (1979, pg. 59 e ss.).

Robert Alexy demonstra a relação de tensão no caso de colisão entre os princípios, aduzindo que:

A solução não se resolve com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência sobre o outro

princípio, sem que haja revogação daquele preterido para o caso (1979, pg. 59 e ss.).

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras (ALEXY, 1985, pg. 18). É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: "se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso" (ALEXY, 1985, pg. 18).

Com as regras acontece algo diverso. Conforme pontua Robert Alexy, "de outro lado regras são normas, que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos" (ALEXY, 1985, pg. 21).

As regras jurídicas, como afirmado, é uma categoria jurídico-normativa, que, quando em conflito com outra da mesma espécie, será a contradição solucionada pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, ou pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.

A distinção entre princípios e regras, segundo Alexy:

Não pode ser baseada no modo "tudo ou nada" de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, porquanto não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações prima-facie, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (1985, pg. 20).

Diante do embate acima, fácil perceber que o ponto de distinção entre regras e princípios para as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy está galgado eminentemente no modo de aplicação e no modo de colisão entre as categorias normativas supracitadas.

As teorias apresentadas pelos estudos de Dworkin e Alexy foram fundamentais para o conhecimento da sistemática de aplicação dos princípios, sendo que embora seus estudos fossem amplamente disseminados, houveram

diversos outros doutrinadores que buscaram escorar seus esforços no estudo dos princípios e contribuir para a compreensão acerca dessa categoria normativa.

A título de exemplo, e visando contextualizar os estudos de Dworkin e Alexy, em momento posterior aos estudos dos estudiosos supracitados, surge a teoria sustentada por Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios”, na qual Ávila busca contrapor as teorias predominantes dos doutrinadores supramencionados.

Segundo Ávila, os critérios utilizados pelos doutrinadores são desmentidos pela realidade de aplicação fática. Ávila pontua que em relação às regras, também elas podem ser aplicadas mais ou menos, ou seja, esse modelo de aplicação não é exclusivo dos princípios.

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar (ÁVILA, 2005, p. 36).

Por outro lado, os Princípios também podem ser aplicados pelo modelo do “tudo ou nada”, segundo pontua Humberto Ávila:

Isso significa que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, mais ou menos, mas é o estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio. Mesmo nessa hipótese, porém, o princípio é ou não aplicado: ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários à sua aplicação (2005, p. 42).

Logo, em contrariedade do que estabeleceram os estudos de Dworkin e Alexy, princípios podem ser aplicados ao modelo tudo ou nada, e regras podem ser aplicadas ao modelo mais ou menos, o que, segundo Ávila, demonstraria a insuficiência desse critério para distinguir regras e princípios.

Sinteticamente, o critério do conflito normativo estabelece que as regras se distinguem dos princípios pela seguinte razão: um conflito entre regras é solucionado pela decretação de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma cláusula de exceção; ao passo que o conflito entre princípios é solucionado

pela ponderação, ficando inatacável a validade dos princípios (ÁVILA, 2005, p. 42-43).

Vistos os critérios tradicionalmente apresentados para a dissociação entre princípios e regras, e apresentadas as críticas postas por Ávila a tais critérios, é o momento de apresentar a concepção do autor acerca do conceito de princípios. Para tanto, importante salientar que são critérios, elaborados por Ávila, para distinguir regras de princípios: critério da natureza do comportamento prescrito; critério da natureza da justificação exigida; critério da medida de contribuição para a decisão.

Não nos cabe, sob pena de nos alongar além do necessário, elaborar como incide cada um dos critérios de distinção entre regras e princípios para Humberto Ávila, mas tão somente estabelecer quais seriam os conceitos de cada uma das categorias normativas para Ávila.

De posse dos critérios distintivos supramencionados, Ávila então apresenta os conceitos de regras e princípios. Em proêmio, regras são:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2005, p. 70).

Já os princípios são:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2005, p. 70).

Nesse ponto é que se chega à conclusão de que os princípios, para Ávila, seriam nada mais, nada menos, do que manifestações jurídico-axiológicas. Ademais, para Ávila os princípios buscariam promover um estado ideal de coisas, em outras palavras, os princípios seriam instrumentalmente manuseáveis, que estariam aptos para se alcançar fins a que se pretende. Deste modo, Ávila acaba por associar, ainda que indiretamente, os ideais de princípio a valor.

Deste modo, é possível verificar que, em que pese haverem outros estudiosos que buscaram despende seus esforços em estabelecer as principais

distinções entre regras e princípios, as contribuições que nos permitem ter uma noção mais clara destas distinções são as derivadas dos estudos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila. Cabe ressaltar que, em que pese a importância dos estudos de Humberto Ávila, para se estabelecer a noção de como se dá a aplicação dos princípios, bem como suas distinções, tomaremos como parâmetro as ideias formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, a qual, repise-se, estabelece critérios de diferenciação para regras e princípios galgados em modo de aplicação e modo de colisão, sendo o princípio, aplicado mediante ponderação, bem como em caso de colisão de princípios, ambos mantêm sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia, pautada no “peso” que cada um dos princípios apresenta.

No que tange à diferença entre as categorias normativas supramencionadas, tem-se que as regras se diferenciam da norma no sentido de que a regra estabelece um mandamento comportamental, enquanto a norma, por sua vez, é um sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Podemos estabelecer que toda regra possui uma norma, uma vez que pode ser objeto de interpretação, todavia, nem toda norma, para existir, precisa estar vinculada necessariamente à uma regra. A partir da concepção de que nem toda norma necessita de uma regra para existir, mas toda regra traz em sua essência uma norma, podemos concluir que entre as duas não existe correspondência biunívoca.

No que tange as diferenças entre os princípios e as normas, tendo em mente o que já foi estabelecido no momento em que afirmamos que as normas são produto da interpretação das regras e textos normativos, o questionamento que surge é se uma norma poderia ser produto da interpretação de um princípio, é o que a doutrina denomina de força normativa dos princípios, temática que é amplamente debatida entre os doutrinadores, que buscam verificar se a força normativa é inerente a categoria jurídico-normativa denominada de Princípios.

A força normativa dos princípios é uma questão fundamental da Teoria do Direito. Ela se refere a saber se os princípios podem ser definidos como normas que se submetem ao a um sopesamento, como era definido por Robert Alexy. Em que pese todo o embate doutrinário que cerca o caráter normativo dos princípios, utilizaremos o entendimento de que os princípios são normas fundamentais, assim

entendidas como aquelas que atribuem fundamento axiológico a outras normas, indiretamente atribuindo a própria fisionomia axiológica do sistema jurídico.

Deste modo, de forma bem sumária podemos afirmar que normas, como outrora mencionado, são resultado de interpretação de regras e textos normativos, e exprimem determinado mandamento, todavia, sem estabelecer “como”, assim como fazem as regras. Por outra banda, o princípio paira sobre as demais categorias normativas do ordenamento, e por sua vez também apresenta conteúdo normativo.

Definidas as principais diferenças entre princípios, normas e regras, importante abordar a eficácia dos princípios, tendo em vista que o estudo de sua eficácia é fundamental para a compreensão da importância de sua utilização, bem como o modo que se dá a aplicação dos princípios em nosso ordenamento, onde nos possibilitará entender o modo como os princípios minimalistas atuam sobre o Direito Penal, e são verdadeiros instrumentos de Política Criminal.

5.3 A Eficácia dos Princípios

Quando falamos em eficácia dos princípios, estamos falando da forma como essa categoria jurídico-normativa atua em nosso sistema jurídico. Conforme ensina Luís Roberto Barroso “toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de direito”. (BARROSO, 2009, pg. 318). Barroso continua, ao pontuar que “A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever ser normativo e o ser da realidade, é identificada como efetividade da norma” (BARROSO, 2009, pg. 318).

A partir do momento em que admitimos a normatividade dos princípios, via de consequência admitimos que com seu caráter normativo, se destina à produção de efeitos jurídicos, assim como pontuado por Luís Roberto Barroso, uma vez que atributo natural das normas de direito. Em sua obra “Teoria dos Princípios”, Humberto Ávila traz interessante classificação para a eficácia dos princípios, que merecem especial atenção.

As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, de modo a definir o seu sentido e valor. Essa atuação é denominada por Humberto Ávila de “Eficácia Interna”. Os princípios, por serem normas imediatamente

finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente as regras. Humberto Ávila diz que “os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras” (Ávila, 2012, pg. 104).

Dentro da chamada “Eficácia Interna”, Humberto Ávila traz a “Eficácia Interna Direta” e a “Eficácia Interna Indireta”. Em suma, Humberto Ávila pontua que os princípios atuam sobre outras normas de forma direta e indireta.

No plano da eficácia indireta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Um grande exemplo da aplicação da eficácia interna direta dos princípios é no processo civil, onde em algumas situações a lei processual não prevê expressamente que deva ser oportunizada a defesa ou resposta à outra parte, mas devido ao princípio do contraditório e da ampla defesa, essa defesa ou resposta é oportunizada, sob pena de irregularidade.

Por outra banda, a eficácia interna indireta traduz-se na atuação do princípio com intermediação ou interposição de um outro subprincípio ou regra. No plano da eficácia interna indireta os princípios exercem várias funções. Humberto Ávila menciona em sua obra funções como definitória, interpretativa, explicativa, bloqueadora e função rearticuladora.

Por conseguinte, Ávila nos traz a noção de “Eficácia Externa”, onde as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos próprios fatos e provas. Na eficácia externa os princípios estabelecem indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado, indiretamente eles estabelecem um parâmetro para o exame de pertinência e da valoração.

Na eficácia externa, não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente (KAUFMANN, 1982, pg. 37 e ss. *Apud* ÁVILA, 2012, pg. 107).

Dentro da eficácia externa trazida por Humberto Ávila, temos a eficácia externa objetiva e a eficácia externa subjetiva, sendo que a primeira se subdivide em eficácia seletiva e eficácia argumentativa.

Na eficácia seletiva dos princípios, a interpretação dos fatos deverá ser feita de modo a selecionar todos os fatos que puderem alterar a previsibilidade, a mensurabilidade, a continuidade e a estabilidade. Em suma, a eficácia externa se baseia na constatação de que o intérprete não trabalha com fatos brutos, mas

construídos, e o são construídos pela mediação do discurso do intérprete (ÁVILA, 2012, pg. 107).

Na eficácia argumentativa dos princípios, após selecionados os fatos pertinentes, é preciso valorá-los, de modo a privilegiar os pontos de vista que conduzam à valorização dos aspectos desses mesmos fatos, que terminem por proteger aqueles bens jurídicos. Como os princípios protegem determinados bens e interesses jurídicos, quanto maior for o efeito direto ou indireto da preservação ou realização desses bens, maior deverá ser a justificação para qualquer restrição por parte do Poder Público ou terceiros.

No que se refere à eficácia externa subjetiva, Humberto Ávila pontua que se refere aos sujeitos atingidos pelos princípios, devido ao fato de ser preciso registrar que os princípios funcionam como direitos subjetivos quando proíbem intervenções do Estado ou de terceiros em direitos de liberdade, em que se estabelece uma função de defesa ou de resistência dos princípios (2012, pg. 110).

O autor continua dizendo que os princípios também tomam medidas para a proteção dos direitos de liberdade, o que é denominado de função protetora dos princípios, cabendo ao potencial agressor apenas respeitar os direitos que são assegurados pelos princípios (ÁVILA, 2012, pg. 110).

Visitadas as classificações que atinem a eficácia dos princípios, importante mencionar a relevância do estudo de sua eficácia para que em momento oportuno se possa estabelecer a necessidade de aplicação dos princípios, ainda que no presente estudo voltados para a órbita penal, mormente pela aplicação dos princípios minimalistas para o estabelecimento de um Direito Penal Mínimo.

Desta feita, abordado o conceito fundamental de princípio, suas distinções para as regras e as normas, bem como abordado como ocorre a eficácia e aplicação dos princípios, salutar a abordagem de alguns princípios em espécie, notadamente os princípios penais fundamentais que se aglutinam ao ideal do Direito Penal Mínimo, conforme outrora pontuado.

5.4 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal, como objeto de ciência autônoma nasce com o Iluminismo, época em que prevalecia o uso da razão para a compreensão dos fenômenos do universo. Os temas sobre os quais se desenvolve a nova ciência são,

sobretudo, os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas na relação entre os indivíduos, que por sua vez, tomavam consciência de seu valor humano.

A privação da liberdade, e por vezes da vida, como consequência imposta pelo Estado para a violação de uma norma, era tópico que não podia deixar de interessar profundamente a uma época, que possuía a vocação de procurar os princípios racionais existentes na origem da vida social.

Dentre as várias perquirições iluministas em matéria penal, a mais importante nessa fase, e que em raras oportunidades de reiterar-se teve desde então, reside no conhecimento do “quando punir”.

Desde à época iluminista, já se percebia que algumas condutas são reprováveis pelo senso social, qualquer que seja a base onde esteja assentada a coletividade, e, ao inverso, outras condutas o são apenas em determinado território. É nesse momento que temos o primeiro estágio do que viria a se denominar de Intervenção Mínima. A ideia que se comungou foi de que alguns fatos não podem ser tão severamente punidos quanto àqueles que são reconhecidos como danosos à sociedade por uma convicção generalizada, ou seja, dissociada das concepções individualizadas.

Mas ao contrário do princípio supracitado, o que se viu à época, com demasiada frequência, foi o abuso dos legisladores em reprimir, através do Direito Penal, todas as condutas que, segundo critério de valor do Estado, constituam ofensa à ordem ou a valores fundamentais ou não.

A partir dessa problemática, foi necessário que o princípio da intervenção mínima, outrora citado, atingisse estágios maiores para que de fato fosse instrumento hábil a nortear a aplicação do Direito Penal, de modo a evitar essas vicissitudes que assolavam o sistema penal da época.

Pela ideia que se concebeu de Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal deve estar dirigido a prevenir os ataques mais graves, aos bens jurídicos mais importantes, motivando os indivíduos através da pena, a agirem conforme o direito.

Arrimado nos ideais da Intervenção Mínima, desde que o ataque ao bem jurídico não se revista de gravidade, no sentido de que possa ser satisfatoriamente solucionado pelos outros ramos do Direito, a intervenção do Direito Penal é ilegítima.

Parafraseando Garcia Pablos de Molina:

O direito penal não pode ser *prima ratio*, nem *única ratio* para fazer frente às tensões sociais. É a *ultima ratio*, não a solução do problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito as demais estratégias de natureza não penal (MOLINA, 1995, pg. 272).

Não há dúvidas de que um dos grandes problemas atuais da legislação penal é sua excessiva extensão. Visando encontrar saídas para problemáticas dessa natureza, o princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal se coadunou com o pensamento de que o Direito Penal só se torna legítimo para incidir sobre determinado acontecimento da vida, quando os demais ramos do direito se verificaram insuficientes para tanto.

Segundo Rogério Greco, o princípio da Intervenção Mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber:

Ab initio, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas;
Evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como *ultima ratio* de intervenção do Estado. (2011, pg. 75)

Deste modo, em sua primeira vertente, para que se possa compreender como o princípio da Intervenção Mínima servirá de orientação ao legislador, precisamos descobrir seu ponto de partida. Em verdade, se faz necessário evidenciar a sua finalidade última, que se confunde até mesmo com a função do próprio Direito Penal, que nada mais é do que salvaguardar os bens mais importantes à vida humana e ao convívio em sociedade. Nesse diapasão, facilmente podemos observar como para melhor enxergar a primeira vertente do Princípio da Intervenção Mínima, necessário um estudo ancorado no ideal da teoria do bem jurídico, outrora abordado no presente trabalho.

Com a segunda vertente, o princípio da Intervenção Mínima deixa de entrever a necessidade de o Direito Penal ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a influência exacerbada de sua resposta sobre o indivíduo que vilipendia algum bem jurídico de interesse penal. Ancorado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pelo caráter subsidiário do Direito Penal, conferido pelo princípio

da Intervenção Mínima, o Direito Penal só deve ser trazido à baila quando os demais ramos do Direito tiverem falhado em proteger determinado bem jurídico, que nesse passo, passará a gozar de interesse penal.

Não se pode olvidar da importância do princípio da Intervenção Mínima para o nosso ordenamento jurídico penal, e nem mesmo que o fundamento de sua aplicação se assenta no ideal de bem jurídico, já abordado nesta pesquisa. Cabe consignar que o princípio da Intervenção Mínima é de relevância ímpar para a aplicação do famigerado Direito Penal Mínimo, assim como os demais princípios minimalistas do direito penal que seguem.

5.5 Princípio da Lesividade

Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade do Direito Penal, que sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo, ou seja, o Direito Penal sempre coloca face a face dois sujeitos, ou ainda um sujeito e um bem digno de proteção pertencente à outrem. Só podem ser castigados aqueles comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas e que não simplesmente um comportamento seja punido por ser pecaminoso ou imoral.

A conduta puramente interna, ou puramente individual, para o Direito Penal, por este princípio torna-se irrelevante, pois falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal. A intervenção punitiva do Estado somente se legitima quando salvaguarda interesses ou condições que reúnam duas características: em primeiro lugar, a da generalidade (deve se tratar de bens ou condições que interessem à maioria da sociedade e não a uma parte ou setor desta); em segundo lugar, a da transcendência (a intervenção penal somente se justifica para tutelar bens essenciais para o homem e a sociedade vitais). O contrário é um uso sectário ou frívolo do Direito Penal: sua perversão (MOLINA, 1995, pg. 265).

O princípio da Lesividade, sem dúvidas, foi uma das principais conquistas do período iluminista, à época que o movimento iluminista veio em defesa da chamada secularização, ou seja, onde se passou a separar o direito da moral, ocasião em que nem tudo que fosse considerado imoral poderia ser considerado, também, contrário ou proibido pelo Direito. Nesse momento, também houve separação da religião e do direito, com a mesma finalidade de evitar que

atitudes tidas como avessas aos preceitos da igreja fossem criminalizadas, tornando-se assim, objeto de punição.

De igual modo ao princípio da Intervenção Mínima, o princípio da Lesividade, assim como o da adequação social que em sequência se abordará, servem de norte ao legislador quando da criação, e da necessidade de revogação da figura típica, assumindo demasiada importância no contexto penal.

De acordo com o raciocínio propiciado pelo princípio da Lesividade, o Direito Penal só pode, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros, atendendo-se, pois, ao brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*.

Luiz Flávio Gomes, analisando o princípio em tela, afirma:

Uma vez que se concebe que a ofensividade é condição necessária, ainda que não suficiente, da intervenção penal, e que o delito é expressão de uma infração ao Direito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), tem relevância ímpar exigir do legislador a descrição do fato típico como uma ofensa de determinado e específico bem jurídico (GOMES, 2002, pg. 35)

Como bem pontuado por Luiz Flávio Gomes, o princípio da Lesividade é um princípio, todavia, existem vários outros que devem vincular o legislador na atividade legislativa, a fim de influenciar na criação de tipos penais incriminadores estritamente necessários, para tutelar bens jurídicos de relevância indubitável, até mesmo como questão de política criminal, a fim de evitar aplicação temerária e desarrazoada do Direito Penal.

Várias infrações penais têm sido questionadas, negando-se, inclusive, sua validade, quando submetidas ao “teste de lesividade”. Segundo Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2002, pg. 13), todos os tipos que preveem delitos de perigo abstrato não se sustentariam sob o enfoque do princípio aqui analisado, deste modo, é clarividente a importância que esse princípio se reveste quando falamos de sua função norteadora para a atividade legislativa. De acordo com o clássico ensinamento de Francesco Palazzo, citado por Cleber Masson:

Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve

comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma (PALAZZO, 1989, pg. 80 *apud* MASSON, 2016, pg. 57).

Não é difícil perceber que o bem jurídico, quando falamos em lesividade, demarca e revela à ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro, a legitima.

Vista a relevância do princípio da Lesividade, necessária a abordagem, ainda, do princípio da adequação social, elencado nesta seção como um dos princípios que se prestam a nortear o legislador na atividade legislativa em esfera penal, mas não somente isso, será possível deixar clarividente que o princípio da adequação social servirá também para a aplicação daquelas prescrições legais outrora criadas pelo legislador.

5.6 Princípio da Adequação Social

Tal como os princípios estudados anteriormente – intervenção mínima e lesividade – o princípio da adequação social, cuja formulação inicial se atribui ao Alemão Hans Welzel, serve tanto como princípio orientador do legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas, bem como instrumento de interpretação dos tipos penais constantes de nosso Código Penal.

De acordo com as palavras de seu criador, citado por Rogério Greco:

Na função dos tipos de apresentar o “modelo” de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apertam gravemente das ordenações históricas da vida social. Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação causal eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos (WELZEL, 1993, pg. 66 *apud* GRECO, 2011, pg. 95).

Notável que de acordo com este princípio, está o legislador proibido de criar tipos penais incriminadores que reprimam condutas que já estejam perfeitamente aceitas e toleradas por determinada sociedade, pois, caso contrário, se estaria até mesmo influenciando a sociedade a cometer crimes, tendo em vista que coibindo condutas que estão consuetudinárias aceitas, dificilmente os

componentes da sociedade deixariam de praticá-las, uma vez arraigadas entre eles, incidindo assim paulatinamente em crimes.

Por este princípio, não se poderia criminalizar ou punir as ações socialmente adequadas. Quando falamos em uma ação socialmente adequada, quer dizer que para os componentes de determinada sociedade, tal atitude é aceita, ainda que caminhe em via reversa de algumas prescrições legais, mormente pela dinamicidade que persegue a sociedade, sendo quase impossível que a atividade legislativa acompanhe a contento as alterações de concepções sociais acerca do correto e do incorreto, bem e mal, entre outros.

Segundo os ensinamentos de Hans Welzel:

Ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária, segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado significado social, sendo expressada funcionalmente no contexto histórico-social da vida de um povo (WELZEL, 2002, pg. 50 *apud* PRADO, 2013, pg. 178).

Merece destaque, ainda, o fato de que ao princípio da adequação social se atribui, também, a função interpretadora dos tipos penais, como preteritamente mencionado, e não apenas a função norteadora da atividade legislativa, conforme mencionado. Os costumes estão intimamente ligados ao este princípio em estudo, que traduz os comportamentos da sociedade em determinada época, servindo de norte, também, para o exegeta quando da interpretação típica, a fim de que os modelos de conduta aparentemente proibidas ou impostas pela lei penal estejam em perfeita sintonia com o sentimento social. Deste modo, se uma conduta em algum momento foi considerada inadequada socialmente, e hoje, já não mais gozarem desse *status*, a sua proibição deve ser retirada do nosso ordenamento jurídico penal. O fundamento do princípio da adequação social está em estabelecer os limites da liberdade de ação social (WELZEL, 2001, pg. 58-61 *apud* PRADO, 2013, pg. 179).

Deste modo, quando o exercício de uma ação socialmente adequada provoca, eventualmente, resultados que não são inerentes ao regular funcionamento da vida social, esses resultados – imprevisíveis – escapam ao âmbito do dolo ou da culpa, e, por consequência, também não se pode falar da existência de um desvalor penal do resultado, visto que a lesão ao bem jurídico não tem relevância penal necessária para configurar o resultado típico.

Dessa forma, o princípio da adequação social, conjugado com os princípios da intervenção mínima e da lesividade, configura essencial instrumento para a efetivação do famigerado Direito Penal Mínimo, atuando como verdadeiro instrumento, assim como os demais princípios minimalistas no presente trabalho elencados. Em que pese o destaque dos três princípios supramencionados como basilares para o ideal de Direito Penal Mínimo que almeja-se atingir, há outros princípios de relevância ímpar para o chamado Direito Penal do Equilíbrio, que serão de hiperbólica relevância para o ponto crucial da pesquisa, onde se fará uma abordagem da formação do injusto a partir da análise da teoria do bem jurídico e os princípios minimalistas aqui elencados.

5.7 Princípio da Insignificância

Em que pese haver divergências doutrinárias quanto às origens do Princípio da Insignificância, é cediço que o princípio já vigorava no Direito Romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas de delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *mínima non curat pretor*.

Conforme esclarece Maurício Antônio Ribeiro Lopes: “o princípio da insignificância, ou, como preferem os alemães, a ‘criminalidade de bagatela – *bagatelledelikte*, surge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial” (1997, pg. 37).

Conforme leciona Lopes, ao terminar o segundo confronto bélico, em virtude das circunstâncias socioeconômicas da época houve grande aumento dos delitos de natureza patrimonial, todavia, perpetradas com subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela” (LOPES, 1997, pg. 39).

Claus Roxin quem foi o responsável pela introdução no sistema penal do denominado Princípio da Insignificância, que serviria como princípio geral para interpretação do injusto, bem como seria instrumento para o exercício da interpretação das normas penais outrora criadas. Trata-se de princípio que na maioria dos tipos penais, possibilita excluir danos de pouca monta.

Como assevera Rogério Greco:

O Princípio da Insignificância serve como instrumento de interpretação, a fim de que o exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando de sua proteção em abstrato (2011, pg. 100).

Contudo, cabe ressaltar que embora de aplicação salutar na maioria dos casos e para a maioria dos delitos, deve se observar com cautela e entender pela sua não aplicação em sede de delitos que tenham como bem jurídico penalmente tutelado à vida e a integridade física, por exemplo, ainda que em plano reflexo, como no caso do delito de latrocínio e roubo respectivamente.

O crime é visto sob um enfoque tripartido, sendo entendido como uma ação típica, ilícita e culpável. O que nos importa da referida divisão é o fato típico, que por sua vez é composto por uma conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos de causalidade e tipicidade penal. Por conseguinte, a tipicidade penal é a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade material. A tipicidade formal é o perfeito encaixe entre a conduta adotada por um sujeito e a conduta típica descrita em um tipo penal incriminador. Por outra banda, a tipicidade material se trata da infringência, de fato, dessa conduta adotada ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pois, muitas vezes, ainda que a conduta se encaixe na conduta típica descrita, ela não tem aptidão para ferir o bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Feitas estas considerações, importante salientar que a aplicação do Princípio da Insignificância implica em exclusão da tipicidade material do delito, uma vez reconhecida que a conduta adotada pelo agente não teve aptidão a vilipendiar o bem jurídico penalmente tutelado. Podemos concluir, deste modo, que o Princípio da Insignificância possui natureza de causa excludente da tipicidade do fato, mormente por excluir a tipicidade material do delito.

Na prática forense, o reconhecimento do princípio da insignificância depende de requisitos objetivos, relacionados ao fato, e de requisitos subjetivos, vinculados ao agente e à vítima. Por esta razão, seu cabimento deve ser analisado no caso concreto, de acordo com as suas especificidades, e não no plano abstrato.

Os vetores para a aplicação deste princípio encontram-se consolidados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade

social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada (RHC 118.972/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.06.2014).

O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva dos resultados.

Diferentemente dos princípios minimalistas anteriormente mencionados, o princípio da insignificância se aplica mais voltado para a interpretação dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico, ao passo que àqueles eram voltados tanto para a criação e revogação de tipos penais, como também para a interpretação dos tipos penais. Por isso, pois, que o princípio da insignificância é denominado como “máxima de interpretação típica” (ROXIN, 1997, pg. 296 *apud* PRADO, 2013, pg. 183).

Deste modo, sendo instrumento hábil para restringir a incidência do *jus puniendi* estatal sobre os seres humanos, o princípio da insignificância também é um dos princípios minimalistas afetos ao conceito de Direito Penal Mínimo.

Este princípio, sem dúvidas, traduz o raciocínio minimalista para o Direito Penal que se visa buscar pela presente pesquisa, de modo que ponderações sobre sua aplicabilidade e conceituação se fez medida necessária. De maneira similar, o princípio, ou postulado normativo da proporcionalidade, utilizando-se de melhor nomenclatura acerca da categoria jurídico-normativa que se menciona, também compõe o núcleo fundamental dos princípios minimalistas.

5.8 Princípio da Proporcionalidade

Em que pese denominado na grande maioria da doutrina como princípio, ainda que voltado para a órbita penal, a proporcionalidade se trata de verdadeiro postulado normativo. O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro, pois, cada vez mais serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público.

Segundo preceitua Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente

discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2012, pg. 183).

Importante ressaltar que as ponderações de Humberto Ávila se aplicam a noção geral de proporcionalidade, voltadas para todos os âmbitos do Direito. Em que pese em sede de princípios minimalistas do Direito Penal nos caber uma análise do postulado da proporcionalidade voltado ao Direito Penal, as ponderações feitas acerca da proporcionalidade pelo renomado professor nos serve de supedâneo para compreender a essência da proporcionalidade aplicada na esfera penal.

Embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o Iluminismo, em especial com a obra de Cesare Beccaria, que o “princípio” da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal.

Para Cesare Beccaria “as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes” (BECCARIA, 1983, pg. 229 *apud* PRADO, 2013, pg. 171-172).

No sistema penal, a proporcionalidade tem por função precípua determinar a medida da tutela penal que seja equivalente à afronta ao bem jurídico, de modo que o *quantum* da reprimenda segregatória passe a conter, também, o significado de respeitar uma posição hierárquica de injustos dentro do ordenamento.

Nessa linha de pensamento, afirma-se que “o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e de sua punição” (MOLINA, 1995, pg. 400).

Em suma, pelo postulado da proporcionalidade, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, ou seja, que seja consoante com o bem jurídico vilipendiado, sem suprimir em demasia os Direitos Fundamentais do acusado. Insta salientar, que a análise da proporcionalidade pelo legislador não se exaure apenas no tocante a prever uma pena em abstrato para determinado delito, mas também, para a própria criação do ilícito. Ora, é flagrantemente desproporcional a criação de tipos penais,

independente da pena abstratamente prevista, que não tutele bens jurídicos penais dignos de proteção.

Se o legislador é o primeiro responsável pelo raciocínio da proporcionalidade, o segundo responsável será o juiz, no momento de aplicar a pena prevista para o tipo penal outrora criado pelo legislador, onde deverá valorar proporcionalmente o resultado lesivo ao bem jurídico penal e a pena a ser cominada. Não é por outro motivo que a doutrina menciona que a proporcionalidade em se tratando do Direito Penal possui “duplo destinatário” (ESQUERDO VAELLO, 2002, pg. 43 *apud* GRECO, 2011, pg. 113).

Realizadas as principais ponderações sobre a aplicação da proporcionalidade na órbita penal, podemos mencionar, ainda, que o postulado da proporcionalidade apresenta duas importantes vertentes, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

5.8.1 A proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente

De forma bem sumária, quando se fala em *infra proteção*, refere-se ao processo de criação da lei ou de aplicação da norma, para que alcance sua finalidade prática, qual seja, a proteção efetiva aos direitos dos cidadãos e dos bens juridicamente relevantes.

Quando determinada lei criada ou norma aplicada não guardar consonância com essas vertentes, a proteção será deficitária, e estará caracterizada pelo fato de a lei ou norma não atender à necessidade que deveria se destinar e não se mostrar adequada para efetivamente proteger um bem juridicamente relevante.

A *proibição ao excesso* por sua vez, trata-se da outra vertente da proporcionalidade, podemos verificar a caracterização do excesso quando a norma criada é exageradamente protetiva, sendo que ultrapassou os limites de sua real necessidade. Além disso, ocorre o excesso de proteção, quando a norma é adequada, atinge o fim a que se propunha, porém, com um prejuízo muito grande quando sopesado o bem jurídico que foi protegido e aqueles que tiveram de ser expostos para a efetiva proteção. Nesse diapasão, haverá desrespeito a proporcionalidade em sentido estrito, pois as desvantagens que a norma trouxe são maiores que as vantagens proporcionadas por ela.

Estabelecidos alguns conceitos fundamentais para adentrar ao núcleo de nosso estudo, onde perquirimos questões atinentes ao conceito de moralidade e sua relação com o Direito, estudamos o conceito e diversas teorias acerca do bem jurídico penal, com a finalidade de analisar regularidade da moral como bem penalmente relevante, em momento subsequente, analisamos os princípios minimalistas do direito penal, bem como a eficácia dos princípios, com o escopo de compreender como os princípios incidem sobre as regras, normas e sobre um caso em concreto, a fim de possibilitar uma análise da tutela penal da moral sob o enfoque dos ditos princípios penais constitucionais minimalistas.

6 ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA MORAL COMO BEM PENALMENTE TUTELADO

Para a análise acerca da constitucionalidade da moral como bem jurídico penalmente tutelado, necessário abordar alguns pontos que nos conduzirão à uma conclusão indubitável sobre a problemática, de modo a deixar clarividente se acertou o legislador em prever delitos que possuem como bem jurídico tão somente a moral, bem como se é acertado a manutenção desses delitos em nosso ordenamento.

O primeiro ponto a ser abordado gravita sobre a legitimidade da escolha da moral como bem penalmente tutelado, levando em conta a teoria do bem jurídico que julgamos mais acertada para atingir a finalidade principal que o estudo da teoria do bem jurídico propõe, e, em seguida, o segundo ponto consiste em verificar a consonância da tutela penal da moral com as demais questões de política criminal que a legitimariam em nosso ordenamento jurídico penal, fundamentalmente os princípios penais constitucionais adstritos ao movimento do Direito Penal Mínimo.

Visitadas algumas das funções atribuídas ao bem jurídico, muito se famígera a função restritiva do bem jurídico penal, que sem dúvidas é uma das mais relevantes, onde o bem jurídico atua como verdadeiro freio a atividade legislativa, devendo o legislador ordinário criar as normas penais com o único e exclusivo escopo de proteger esses bens jurídicos previamente estabelecidos.

Ocorre que conforme amplamente debatido, muitas são as concepções acerca do que é um bem jurídico penal, bem como os critérios pelos quais esses bens jurídicos devem ser elencados. É nessa inconsistência conceitual que paira a grande problemática que vêm assolando a famígerada eficácia limitadora do bem jurídico penal, essa ambiguidade de conceitos e teorias, nos leva a uma dificuldade de definir quais bens seriam de fato relevantes para o ordenamento jurídico-penal, e quais não fariam jus à proteção por meio do Direito Penal.

A finalidade precípua das diversas teorias do bem jurídico abordadas neste trabalho, em unanimidade, é estabelecer quais critérios devem ser utilizados para saber quais bens são dignos de proteção pelo direito penal.

Repassando brevemente pelas teorias trazidas pelos doutrinadores nessa escala evolutiva que ocorreu em relação à teoria do bem jurídico, verificamos que algumas delas são extremamente perigosas no que tange às questões de

política criminal, bem como no que se refere a primazia do direito de liberdade do cidadão.

Exemplificando, como conceber que bem jurídico é o rompimento de todo e qualquer direito subjetivo, assim como pressupunha Feuerbach? Como aceitar que bem jurídico é tudo àquilo que o legislador estabelece como tal, assim como asseverado por Binding? Clarividente que não há como adotar as referidas teorias como elemento legitimador da criação de ilícitos, uma vez que ao contemplá-las, se abriria um leque muito grande de situações que, em tese, configurariam vilipêndio a direitos subjetivos, ou até mesmo ao que o legislador, ao seu bel prazer, estabeleceu como bem jurídico, sendo que as consequências da má escolha de um bem jurídico penal é escalonada, passando desde a criminalização de condutas irrelevantes, até a condenação e consequente supressão de Direitos Fundamentais.

Até mesmo as teorias sociológicas, que analisadas isoladamente, pressupõe a proteção estatal a tudo àquilo que tem valor social ou que ameaça o funcionalismo social, não nos parece razoável para ser utilizado como parâmetro para a criação de bens jurídicos e consequentemente de ilícitos penais, tendo em vista que ainda dentro de um país como o Brasil, a pluralidade de ideais nas mais diferentes regiões é diverso, o que dificultaria estabelecer um regramento penal estanque que contemplaria a todos, levando em conta a teoria sociológica do bem jurídico, pura e simples, ou seja, seria praticamente impossível chegar a um senso comum.

A grande problemática é que cada vez mais fica difícil saber qual o critério vem sendo adotado pelo legislador pátrio, uma vez que em simples abertura do Código Penal é possível observar tipos penais alegóricos dentro do ordenamento supracitado, assim como os delitos de lenocínio e ultraje público ao pudor, preteritamente analisados na presente empreitada, os quais tutelam eminentemente a moral. Ora, levando em conta qual das teorias acerca do bem jurídico que foi estabelecida como relevante a Moral? Não se sabe.

Desse modo, pergunta-se: quando se deve reputar necessária a intervenção penal? É de se notar que nem todo bem jurídico, conceito já examinado, há de ser convertido em bem jurídico-penal. A doutrina e os legisladores têm se limitado ao primeiro conceito para limitar o direito de punir do Estado, o que *prima facie* é insuficiente. O direito penal não contempla bens jurídicos penais *sui generis*.

Segundo leciona Luís Regis Prado:

A partir da noção de Estado de Direito democrático, é imperiosa a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos e a localização dos bens dignos de tutela penal no terreno social, mas com vista ao indivíduo. Tudo isso serve para determinar a matéria do juridicamente tutelável, e o direito penal deve oferecer tutela a substância básica do que for por ele protegível ((2009, pg. 93).

Sendo assim, para nós o melhor critério de aferição valorativa desses bens jurídicos penais é o fornecido pela doutrina constitucional, por assim dizer, eclética, já analisada na presente pesquisa. Não obstante, deve ele ser acompanhado de outras orientações especificamente dirigidas a uma finalidade político-criminal, é o que a doutrina denomina de “Bem Jurídico e Estado Democrático e Social de Direito”.

Para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político-criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescentar ainda o juízo de suficiente importância social. Pensamos que o melhor critério a ser adotado seria uma aglutinação da teoria sociológica com a constitucional, uma vez que como já defendido, a teoria sociológica, por si só, nos parece um tanto ineficaz.

Assim, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destinam a tutelar os valores albergados na Constituição (BIANCHINI, 2002, p. 47), bem como estar dotada de suficiente importância social, como afirmado.

Sob esse prisma constitucionalmente restrito, os bens jurídicos suscetíveis de tutela penal devem inafastavelmente, refletir os valores constitucionais. Por consequência, apenas no Texto Magno podem ser encontrados os bens jurídicos penais, que também devem representar os bens socialmente relevantes (BIANCHINI, 2002, p. 47-48).

Insta salientar que não basta que estejam conexos os requisitos de necessidade de proteção criminal do bem, mormente porque é um bem relevante constitucionalmente, bem como o bem seja eivado de hiperbólico relevo social, mas também, é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela, outros meios de defesa menos lesivos, senão o penal.

Tal determinação está em consonância com o princípio da fragmentariedade, sendo que além dele devem ser observados todos os outros

princípios minimalistas do Direito Penal, assim como intervenção mínima, lesividade, insignificância, proporcionalidade, dentre outros.

Não é difícil perceber que ao estar fundado em bem jurídico que não possui justificativa alguma para existir em órbita penal, o delito sofre de latente inconstitucionalidade, mormente pelos efeitos mediatos da criminalização de condutas vilipendiar flagrantemente Direitos Fundamentais de grande relevo, assim como o Direito de Liberdade, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

Estabelecida a necessidade de abraçar como parâmetro na adoção de bens jurídicos-penais, a teoria constitucional, que repise-se, para obtenção de um Direito Penal como *ultima ratio* deve ser associado à teoria sociológica, de modo a ser considerado bens jurídicos-penais, apenas aqueles bens tutelados primordialmente constitucionalmente e também dotados de relevante valor social, bem como estabelecida a necessidade do bem jurídico encontrar guarita nos ideais preceituados pelos diversos princípios penais constitucionais, em especial àqueles ligados ao ideal de Direito Penal Mínimo, que já fora debatido na presente empreitada, se faz necessário uma análise pormenorizada acerca da constitucionalidade dos delitos que tutelam a moral, bem como uma análise da congruência da moral como bem jurídico-penal à principiologia do nosso sistema penal, bem como as questões de política criminal atual, para, por fim, concluirmos acerca da constitucionalidade, ou não, da eleição da moral como bem jurídico-penal por nosso legislador pátrio.

6.1 A (i) Legitimidade da Repressão dos “Delitos Morais”

Muito se discute acerca da constitucionalidade dos delitos que tutelam eminentemente a moral, sendo exemplos deles, alguns dos delitos previstos no Capítulo V e VI do Código Penal, que já foram objeto de análise no presente trabalho, onde o escopo principal da análise efetuada foi evidenciar como o legislador buscou tutelar a moralidade na criação dos dispositivos penais, de modo a consagrar a moral como bem penalmente tutelado.

O debate que cinge a constitucionalidade desses “Delitos Morais”, está galgada no fato de grande parte da doutrina criticar veementemente a eleição da moral como bem penalmente relevante. É muito comum verificar severas críticas acerca da constitucionalidade de alguns dos delitos previstos no capítulo que trata

dos delitos de Lenocínio e Ultraje Público ao Pudor, por exemplo, sendo que nas próprias obras doutrinárias que tratam da parte especial do Código Penal, os doutrinadores não deixam de fazer ressalvas acerca da constitucionalidade dos dispositivos.

Desse modo, como forma de por meio dedutivo, estabelecer se a moral considerada como bem penalmente tutelado seria constitucional, ou não, se faz necessário analisar a constitucionalidade dos chamados “Delitos Morais”, a saber, os delitos previstos nos 227 (mediação para satisfação da lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 229 (casa de prostituição), 230 (rufianismo), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno).

Para tanto, não se faz necessário analisar a constitucionalidade de cada um dos delitos isoladamente, tendo em vista que todos eles são assolados pelo mesmo mal, qual seja, terem como bem jurídico tutelado, tão somente a moral, o que não se pode admitir, conforme se demonstrará de forma indubitável a seguir.

Cabe ressalva no sentido de que alguns dos delitos acima, trazem em seus parágrafos formas mais graves, que atingem bens jurídicos relevantes e não somente a moral. Não há dúvidas que os delitos mencionados acima devem ser de certa forma cindidos, pois, estabelecem em seus parágrafos situações que atingem bens jurídicos mais relevantes e que diferentemente da moral, são dignos da proteção penal, como nas hipóteses de: a) perturbar o desenvolvimento sexual de crianças e jovens; b) existirem perigos para saúde; ou c) se atacar a liberdade sexual (negativa) de alguém. Todas as outras possíveis condutas de cunho moralizante, além das meras imoralidades deveriam, ao nosso ver, ser excluídas do Direito Penal.

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, em que pese no próprio trabalho ter se estabelecido parâmetros acerca da referida relação. Selecionamos, dois autores chave para a atual filosofia do direito (Hart e Dworkin) que, por métodos distintos, concluem pela impossibilidade de tutela de imoralidades pelo Direito Penal, conforme se estabelece nos “Delitos Morais” que foram abordados neste trabalho acadêmico.

Hart se propõe 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?” (1987, pg. 33). Hart entende que a conduta imoral não poderá ser punida pelo direito e posiciona-se radicalmente contra o que denomina “coerção legal da moralidade” (1987, pg. 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, com o intuito de protegê-las delas mesmas (KUHL, 2009, pg. 197-225).

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 positiva (HART, 1987, pg. 50).

Em uma ótica diversa, Dworkin, apesar das críticas que elabora a Hart, também se utiliza da ideia de liberdade para questionar a punição da moral. 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, tendo em vista que ainda que grande grupo da sociedade considere determinada conduta como imoral, sempre haverá aqueles que não aquiescem com tal opinião.

De acordo com o raciocínio exposto por Hart e Dworkin acerca da liberdade, se não há consenso, ou seja, se existem opiniões divergentes sobre determinado tema, dentro da sociedade, não seria possível a incriminação de determinadas condutas morais dentro de nossa sociedade sem romper com um ideal de equidade. Em suma, não se pode conceber uma relação de superioridade entre posicionamentos equivalentes.

As ideias de Dworkin refletem o que podemos chamar de desrespeito ao senso comum, ocasião em que o legislador utiliza do instrumento legiferante para reprimir condutas que certa camada da sociedade considera como imoral. Todavia, conforme pontuado, nem todo mundo tem a mesma concepção do que é moral e do que é imoral, conforme verificado na moralidade Kantiana, a concepção moral nasce no próprio indivíduo, internamente, de modo que de forma muito tranquila, podemos dizer que é natural concepções destoadas de certo e errado, de bom ou mal, e etc.

No que se refere aos chamados por nós de “Delitos Morais”, é por esse motivo que a doutrina rechaça a qualificação da moral como bem penalmente

tutelável, uma vez que a característica de *ultima ratio* que deve ser inerente ao Direito Penal, como forma de salvaguardar o direito de liberdade do cidadão. O cidadão não pode ficar à mercê do que o legislador julga ou não como moral, de modo que verificamos não ser acertada a qualificação da moral como bem penalmente tutelado.

Sob tal enfoque, tal argumentação encontra apoio na lição de Jorge Figueiredo Dias, quando afirma que “não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate a moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social” (2001, pg. 40). Arremata o catedrático, aduzindo que “para isso não está o Direito Penal – como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um e só pode valer como ‘uma triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens’ – de modo algum legitimado” (DIAS, 2001, pg. 40).

Conforme estabelecido quando tratado dos delitos de Lenocínio e Ultraje Público ao Pudor, é clarividente a intenção do legislador em salvaguardar alguns preceitos morais obtidos por certa camada da sociedade, sem que os referidos delitos encontrem justificativa em qualquer outro bem que seja digno de proteção penal.

No que tange a tutela penal da moral, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli proferem valiosa lição a respeito quando asseveram:

Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito deve ser considerada um bem jurídico. A “moral pública” é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, pg. 467).

Segundo os ensinamentos de Claus Roxin “o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas que não são lesivas a bens jurídicos”. E segue: “A moral, ainda que amiúde se suponha contrário, não é nenhum bem jurídico - no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do Direito Penal” (1986, pg. 29-30).

De acordo com o asseverado por Claus Roxin, um dos estudiosos que mais rechaçam a utilização da moral como parâmetro para a criação de tipos penais, a moral não constitui bem jurídico algum, e como visto em tópico pretérito, quando

falamos da teoria do bem jurídico, falamos de sua função limitadora, de modo que só justifica a atuação do Direito Penal, quando feridos bens juridicamente relevantes, deste modo, aquiescendo com o fato de que a moral nem mesmo é um bem juridicamente relevante, caí por terra a justificativa dos delitos que tutelam eminentemente a moral, denominados por nós, singelamente, como “Delitos Morais”.

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.

A revisitação de alguns pontos que perquirimos quando abordada as questões ligadas ao bem jurídico penal se faz salutar para a compreensão acerca da constitucionalidade dos chamados “Delitos Morais”. Como visto, é através da teoria do bem jurídico que se justifica a criação, aplicação e revogação de alguns tipos penais. Em suma, é pelo fato de determinado bem ser destituído de valor penal que um dia lhe foi atribuído que é possível descriminalização de condutas, por exemplo.

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 íterim, percebe-se que ao afirmarmos que a moral não constitui bem jurídico algum, ou pelo menos não deveria constituir, via de consequência aquiescemos com o fato de que não são legítimas as repressões por condutas meramente imorais, de modo que a descriminalização de tais delitos é medida que se impõe. Ainda que os argumentos sejam fortes no sentido de se inadmitir a moral como bem penalmente tutelado, de modo que seu primado fere contundentemente os ideais que se estabelecem pela teoria do bem jurídico, bem como a consequência prática mediata da inadequada repressão de condutas é a exposição do Direito de Liberdade do cidadão, que ficará à mercê do poder persecutório do Estado.

Há outros argumentos que contribuem para que possamos afirmar de forma indubitável serem ilegítimas as repressões por meio do Direito Penal de condutas meramente morais, a se entender, a criminalização de delitos que tutelam tão somente a moral.

Em que pese a relevância da teoria do bem jurídico para as conclusões que se pretende chegar com o presente estudo, onde asseveramos que o bem

jurídico, que possui função limitadora do legislador penal, deve encontrar seu elemento justificador na lei maior, ou seja, na Constituição Federal, além de obedecer a obrigatoriedade de ser um bem socialmente relevante para a vida em comum e a funcionalidade social (aglutinação da teoria constitucional com a teoria sociológica e funcionalista), devemos observar a tutela penal da moralidade, também, sobre o enfoque dos princípios penais constitucionais, principalmente àqueles que se encaixam no contexto de um Direito Penal Mínimo, conforme a própria empreitada já estabeleceu em passagem pretérita.

Sendo assim, se demonstrará em seção apartada o modo como os chamados “Delitos Morais”, e via de consequência a própria tutela da moralidade, ferem contundentemente os princípios penais constitucionais minimalistas que abordamos na presente empreitada, de modo que tal vilipêndio deixa ainda mais claro a necessidade de se repelir a criminalização das imoralidades que nos dias atuais estão arraigadas em nosso Código Penal.

6.2 O Vilipêndio aos Princípios Minimalistas do Direito Penal

Quando falamos dos princípios minimalistas do Direito Penal, estamos nos reportando aos princípios penais constitucionais ligados ao ideal do Direito Penal Mínimo, que como já visto, procura resolver os conflitos sociais com seriedade, buscando somente proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Preserva, portanto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que somente intervém no direito de liberdade de seus cidadãos nos casos estritamente necessários.

Os princípios penais constitucionais minimalistas, repisando, devem ser obedecidos tanto no momento da criação da lei, quanto no momento de sua efetiva aplicação. Alguns desses princípios, abordados no presente trabalho, são de observância obrigatória, a exemplo dos conhecidos princípios da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, proporcionalidade, entre outros. Sob o enfoque minimalista, a chamada principiologia do Direito Penal assume papel fundamental no processo de criminalização e descriminalização de condutas.

Tendo isso em mente, questiona-se: teria o legislador observado tais princípios quando da criação dos chamados “Delitos Morais”? E mais, estariam os

operadores do Direito Penal observando os referidos princípios penais constitucionais minimalistas no momento da aplicação desses “Delitos Morais”?

Para responder aos questionamentos supramencionados, é necessária uma análise, ainda que sumária, dos delitos que intitulamos de “Delitos Morais”, a saber, alguns daqueles previstos nos capítulos V e VI, do título VI do Código Penal, de modo a analisar se estão em consonância com os princípios penais constitucionais minimalistas. Entretanto, para a referida análise, novamente não será necessário esmiuçar cada um dos delitos, tendo em vista que o ponto principal comum a eles que será objeto de análise frente aos princípios minimalistas é o fato de tutelarem a moral.

Preliminarmente, importante salientar que para análise do (des) respeito dos “Delitos Morais” aos princípios penais constitucionais minimalistas, se faz necessário ter em mente que os princípios ora estudados, de forma unânime, impescindem inicialmente da ideia da existência de um bem jurídico penalmente relevante, tendo em vista que são os bens jurídicos penais que vão justificar o modo como os princípios penais minimalistas são analisados.

Com efeito, para se analisar os “Delitos Morais” sob o enfoque dos princípios da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância e proporcionalidade, é salutar que se verifique a existência de um bem jurídico penalmente relevante em sede dos supracitados delitos.

Desta feita, o primeiro ponto a se questionar para efetuar a análise que estamos pressupondo é que, estabelecido que a moral nem mesmo se caracteriza como bem jurídico penalmente relevante, assim como pressupunha Claus Roxin, como analisar os “Delitos Morais” sob o enfoque do princípio da intervenção mínima, por exemplo, tendo em vista que pelo referido princípio, em suma, o Direito Penal deve se preocupar apenas com a tutela de bens jurídicos realmente relevantes? Ora, se a moral nem mesmo é considerada como um bem jurídico, conforme preceituado por Roxin e abraçado por nós, como dizer que merece proteção do Direito Penal os chamados “Delitos Morais”, se tutelam eminentemente a moral, que nem mesmo constitui bem jurídico penal?

De igual modo, como analisar os “Delitos Morais” sob o prisma do princípio da lesividade, se por este princípio entende-se que o Direito Penal deve se preocupar apenas com condutas que ofereçam lesão ou perigo de lesão a um bem

juridicamente relevante, e os “Delitos Morais”, levando em conta o que já foi estabelecido, carecem de um bem jurídico penal por excelência?

Tais questionamentos, não precisam ser respondidos, pois o simples levantar dessas questões, já nos evidenciam que a tutela penal da moral, no que tange aos delitos morais, é incompatível, ao menos, com os princípios da intervenção mínima e da lesividade, que utilizam como parâmetro um bem jurídico relevante, o qual carecem os “Delitos Morais”, conforme as lições de Roxin.

Não fosse só, no tocante ao princípio minimalista da adequação social, quando analisados alguns dos “Delitos Morais”, não é difícil perceber que embora o legislador os tenha tutelado por consagrarem condutas imorais à época, muitas delas atualmente são aceitas na sociedade, de forma que tais delitos não mais se justificariam por sua imoralidade. Como grande exemplo disso, teríamos “Delitos Morais” como os previstos nos artigos 227 (mediação para servir a lascívia de outrem) e 229 (Casa de Prostituição), que trazem condutas que, atualmente, são tranquilamente aceitas por nossa sociedade, embora existam outros exemplos.

Com efeito, no delito previsto no artigo 227, a conduta típica consiste em induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem, sendo que a lascívia é entendida como o desejo sexual ou libidinoso, ou seja, a luxúria. Pois bem, utilizando-se de um exemplo de certa forma até esdrúxulo, é possível perceber o quão comum é a referida prática, de modo que a sociedade atual quase em unanimidade não a qualifica como imoral, conforme ocorria à época de edição de nosso Código Penal.

Pois bem, imaginemos a situação onde dois amigos, Pedro e Joaquim, vão à uma festa universitária. Joaquim é pessoa tímida, e de longe, vê uma garota chamada Maria, que muito lhe chama a atenção. Desencorajado em se dirigir até Maria, devido à sua timidez, Joaquim comenta com Pedro, seu amigo, que achou Maria muito bonita, ocasião em que Pedro voluntariamente e sem que Joaquim lhe pedisse, se dirige até Maria e comenta que Joaquim lhe achou muito bonita e questiona se Maria poderia “ficar” com o rapaz. Ato contínuo, Maria aquiesce com a proposta efetuada por Pedro e vai até Joaquim, momento em que se cumprimentam e em seguida dão um beijo lascivo, capaz de satisfazer a lascívia de Joaquim.

Veja-se que com a simples conduta de induzir, utilizando-se de seu poder de persuasão, Maria a satisfazer a lascívia de Joaquim através de um beijo lascivo, Pedro já estaria cometendo a conduta típica prevista no artigo 227 do

Código Penal, situação em que poderia ser apenado com reclusão de até 3 (três anos).

O ponto que se pretende chegar com o referido exemplo, é que situação semelhante a exemplificada ocorre diariamente em festas e demais locais onde pessoas se propõem a interagir umas com as outras e se conhecerem, e nem se diga que conduta semelhante a do intermediador (Pedro) é tida pela sociedade como imoral, pois nos tempos atuais, além de corriqueira, cabalmente aceita, de modo que fica clara a adequação social da conduta com os preceitos atuais da sociedade.

Situação semelhante ocorre no caso do delito previsto no artigo 229 do Código Penal (Casa de Prostituição), onde o legislador pune o indivíduo que mantém por conta própria ou de terceiros, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

As chamadas “Casas de Prostituição”, são entendidas como os estabelecimentos que se destinam a práticas proscrias, ou seja, não apenas a prostituição, mas outras formas de exploração sexual. Importante salientar, que quando falamos em “exploração sexual”, nos referimos à exploração da atividade sexual, e não, exploração do sujeito que exerce determinada atividade sexual, denotando que não há nenhum vício de consentimento ou vontade no ato.

Nesse ínterim, no delito em comento, pune-se a manutenção de estabelecimento destinado à prostituição ou exploração sexual de pessoas maiores e capazes, sendo o delito justificado, apenas, por sua hipotética imoralidade. Pois bem, em tempos atuais, seria hipocrisia dizer que nunca nos deparamos com estabelecimentos dessa natureza, diga-se mais, estão espalhados por todas as cidades, estados e regiões de nosso país.

Nos parece que atualmente, quando nos deparamos com estabelecimento voltados às atividades supramencionadas, não temos mais àquele sentimento que possuíamos a tempos, à época da edição de nosso Código Penal de 1940, por exemplo, onde o conservadorismo era latente, motivo pelo qual a sociedade reprimia veementemente a abertura de estabelecimentos dedicados a atividades desta natureza (sexual).

Outrossim, é de conhecimento notório da sociedade e das autoridades, onde se localizam os referidos estabelecimentos, bem como as atividades que são

desenvolvidas no local, e, ainda assim, é raro se ter notícia de que alguém foi detido por ser o mantenedor ou fomentador do local. Os referidos locais, em tempos atuais, tornaram-se até mesmo *point* de “entretenimento adulto”, como assim costumam ser chamados. É por esses e outros motivos que o referido delito a tempos sofre duras críticas da doutrina acerca de sua manutenção no ordenamento jurídico-penal, tendo em vista que conforme pontua a doutrina, somente teria sentido a punição por quem mantém estabelecimento destinado à prostituição ou qualquer exploração sexual, se tais condutas constituíssem crime, o que não ocorre.

Além dos princípios da intervenção mínima, lesividade e adequação social, necessário a análise dos “Delitos Morais” sob o enfoque do princípio da insignificância, uma vez que o referido princípio estabelece que não deverá ser objeto de repressão pelo Direito Penal, condutas que não tenham aptidão de vilipendiar o bem juridicamente tutelado, ainda que se encaixem na descrição típica do delito.

Com efeito, difícil observar como os “Delitos Morais” podem estar em consonância com o princípio da insignificância, tendo em vista que como asseveramos, a moral nem mesmo configura bem jurídico penal, desta feita, não á como vislumbrar que determinada conduta se encaixe na descrição típica dos referidos delitos, mas não lesionem o bem jurídico. Qual bem jurídico? Não podemos responder a referida pergunta, pois repise-se, a moral não configura bem jurídico, muito menos é dotada de relevância penal.

Por fim, os “Delitos Morais” devem ser analisados de acordo com o princípio da proporcionalidade, o qual estabelece que deve haver proporcionalidade entre a importância do bem jurídico penal atacado e a reprimenda segregatória a ser estabelecida para o referido delito, para que possua efeito dissuasório. A proporcionalidade deve ser observada tanto no tocante a criação dos ilícitos, quando no momento de sua aplicação, após perpetrada alguma das condutas típicas e deflagrada uma ação penal versando sobre o delito.

Tratando-se dos “Delitos Morais”, tendo em vista que o bem jurídico assegurado pelo legislador é a moral, além de inadmissível a eleição da moral como bem jurídico, totalmente desproporcional o *quantum* da pena previsto para os referidos delitos, levando em conta que tutelam simploriamente a moral, que além de não ser um bem jurídico, ainda que fosse, não seria relevante a ponto de justificar o legislador a estabelecer pena privativa de liberdade de quantidade semelhante a

delitos de gravidade clarividente. A título de exemplo, temos a pena máxima estabelecida para o delito previsto no artigo 227 do Código Penal, que pode chegar à 3 (três) anos, enquanto alguns delitos do Código Penal que tutelam bens jurídicos mais relevantes como a integridade física, no caso da lesão corporal, que prevê pena máxima em abstrato de 1 (um) ano, apenas. Verifica-se, nesse caso, que a submáxima da proporcionalidade consistente na proporcionalidade em sentido estrito é totalmente inobservada, uma vez que os prejuízos ocasionados pela utilização dos meios (privação da liberdade pela transgressão dos “Delitos Morais”), é mais gravosa do que o fim que se pretende atingir (resguardo da moral).

Como visto, os delitos que tutelam a moral, ferem de morte todos os princípios penais constitucionais minimalistas do nosso Direito Penal, o que corrobora ainda mais a afirmativa de que são ilegítimos os denominados por nós de “Delitos Morais”, pelo fato de não se legitimarem mediante bem juridicamente relevante, aqui ressalvado os estudos acerca da teoria do bem jurídico, bem como vilipendiarem os princípios minimalistas da intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância e proporcionalidade. Insta salientar que revestidos de roupagem principiológica, os ideais estabelecidos nesta seção são de observância obrigatória, até como instrumento de política criminal, com a finalidade de assegurar a característica de *ultima ratio* do Direito Penal.

Como visto, considerando a eficácia interna dos princípios, por serem imediatamente finalísticos, estabelecem um estado ideal de coisas em relação as demais normas do ordenamento, *in casu*, as normas penais, que devem ser seguidos.

Quando falamos da eficácia dos princípios, tratamos da eficácia interna indireta, onde os princípios exercem diversas funções em relação as regras e normas, sendo algumas delas as funções interpretativa e bloqueadora.

Em se tratando dos princípios penais constitucionais minimalistas, qualificados como princípios, por óbvio possuem eficácia inerente a eles, exercendo em sede de eficácia interna indireta, a função interpretativa e bloqueadora supramencionada.

Na função interpretativa, os princípios penais constitucionais minimalistas exerceriam função ligada a interpretação das normas penais construídas a partir de textos normativos, a saber, os tipos penais previstos na Parte Especial do Código Penal, *in casu*, os “Delitos Morais”. Cada elemento deve ser

interpretado de forma a garantir a finalidade maior de garantir juridicidade e assegurar os preceitos do Estado Democrático de Direito, em especial, colocar em primazia a liberdade do cidadão, garantindo que o Direito Penal atuará apenas quando estritamente necessário.

Por outra banda, os princípios penais constitucionais minimalistas também exercem, na condição de princípio, a função bloqueadora, afastando elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. O estado ideal de coisas, para nós, seria o direito de liberdade do indivíduo, que não pode ficar à mercê da atividade legiferante dos agentes estatais, e nem mesmo dos aplicadores do direito em sede penal que não percebem o quão teratológico é a aplicação dos “Delitos Morais”, e é por meio dos princípios penais constitucionais minimalistas que se pretendem corrigir esse descompasso metodológico que assolou o legislador quando da criação destes tipos penais, visando estabelecer um Direito Penal Mínimo, corolário do famigerado Direito Penal do Equilíbrio, de modo que a descriminalização de condutas morais é o primeiro passo.

Como forma de estancar nossa afirmação acerca da necessidade de descriminalização das condutas meramente morais reprimidas pelos “Delitos Morais”, o que em suma significa que não admitimos e não se deve admitir a moral como bem penalmente tutelado, verificaremos como a tutela penal da moral desrespeita o ideal do Direito Penal do Equilíbrio, manifesto pelo Direito Penal Mínimo, caracterizado como política criminal para efetivação justa do Direito Penal, salvaguardando os preceitos do Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

6.3 O (des) Respeito ao Ideal de Direito Penal do Equilíbrio

O Direito Penal do equilíbrio, caracterizado por uma visão minimalista do Direito Penal, atua em uma posição intermediária entre dois pontos extremos, quais sejam, o movimento abolicionista penal, que busca a extinção total do Direito Penal do mundo fático, e o movimento rigoroso de lei e ordem, que objetiva a aplicação de um Direito Máxima, caracterizado pela repressão de toda e qualquer conduta que consista em oferecer ameaça ou lesão à paz social.

Invocando as lições de Rogério Greco, o Direito Penal do equilíbrio busca balancear e equilibrar os discursos extremados e minimalista, visando resolver os conflitos sociais com seriedade, estabelecendo a intervenção do Direito Penal, todavia, em situações de fato necessárias (2011, 30-31).

No atual contexto brasileiro, de um Estado Democrático de Direito, é difícil negar que o Direito Penal mais coerente seja o chamado Direito Penal Mínimo, corolário do Direito Penal do Equilíbrio, caracterizado por um Direito Penal assentado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo, nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (base de todos os outros), o princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade, princípio da adequação social, princípio da insignificância, princípio da proporcionalidade, dentre tantos outros.

Deste modo, fica claro que os “Delitos Morais”, e por consequência, a tutela penal da moral, ao ferir contundentemente os princípios penais constitucionais neste trabalho abordados, desrespeita claramente o ideal de Direito Penal do Equilíbrio, que se trata de movimento ligado à política criminal que visa conferir efetividade ao Direito Penal, todavia, sem mitigar desnecessariamente os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Com efeitos, o Direito Penal do Equilíbrio pressupõe um Direito Penal razoado, ou seja, equilibrado entre os movimentos Abolicionista e de Lei e Ordem (Direito Penal Máximo). Ao criminalizar condutas eminentemente morais, o legislador age de forma a privilegiar um Estado Penal, semelhante ao proporcionado pelo movimento de Lei e Ordem, que roga pelo recrudescimento das penas, criação desarrazoada de tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais em benefício do acusado.

A finalidade do Direito Penal do Equilíbrio é evitar a aplicação desnecessária e cruel do mais forte de todos os ramos do ordenamento jurídico, com todas as suas sequelas, que por todos são conhecidas, a exemplo da estigmatização do egresso, dificuldade da reinserção ao convívio em sociedade, de sua marginalização, entre outros, daí se extrai a importância político criminal da aplicação do Direito Penal do Equilíbrio, que pela tutela dos “Delitos Morais”, é flagrantemente desrespeitada, fazendo de instrumentos relevantes como esse movimento, inócuos.

7 CONCLUSÃO

Cumpra a Constituição Federal, alinhada aos preceitos relevantes ao convívio social e a funcionalidade do estado social, delinear a construção de submodelos jurídicos, democraticamente legitimados, que assegurem o cumprimento das mais diversas finalidades sociais. Dentre esses submodelos, insere-se o Direito Penal, que atua com o objetivo principal de proporcionar a pacificação social.

Através da técnica de abarcar a função ético-social do Direito Penal se garante a proteção de bens jurídicos mais profunda e intensamente, através da aplicação coerente dos critérios de escolha dos bens jurídicos tuteláveis (teorias do bem jurídico-penal), bem como uma análise do Direito Penal adstrita aos mandamentos expressos nos princípios penais constitucionais minimalistas, que assumem relevância ímpar em sede de Garantismo Penal.

Dito isso, as relações entre Direito e Moral, em uma sociedade pluralista, devem ser observadas com demasiada cautela, de modo a admitir a influência de um campo sobre o outro, todavia, com a ressalva de que as influências supracitadas sofrem limitações que não podem ser superadas, sob pena de tutelarmos concepções morais majoritárias, em detrimento de um marco social dentro da qual tenha espaço uma pluralidade de condutas, morais ou imorais, levando em conta o íntimo de cada indivíduo. As limitações mencionadas são atinentes ao fato de que embora a moral influencie no direito e o direito na moral, tal entendimento não deve se estender a todos os ramos do direito, excluindo-se do rol, fundamentalmente o Direito Penal.

Surge assim um problema de legitimação no tocante ao Direito Penal. Deve-se saber que um determinado ordenamento jurídico penal estará legitimado, em primeiro lugar, pela legitimação do poder que obedece, e, em segundo lugar, por sua necessidade para a manutenção da sociedade a que suas normas foram voltadas.

A necessidade de que determinado comportamento seja punido com a cominação de determinada pena há de ser mostrada e a demonstração há de se produzir em todos os momentos por que passa o sistema penal, justificando a manutenção da repressão da conduta, mesmo com o perpassar dos tempos.

Cumpra ao Estado a adoção de condutas de limitação no que se refere a intervenção punitiva. Essa autolimitação visaria resguardar o primado da aplicação de um Direito Penal Mínimo, instrumentalizado pela sua redução às lesões a bens jurídicos realmente relevantes e escolhidos através de critérios legítimos e consoantes com o Estado Social Democrático de Direito, bem como a observância dos princípios penais constitucionais no momento de criação, aplicação e eventual revogação de ilícitos penais, quando não mais justificáveis.

O processo de seleção dos bens jurídicos toma como referencial básico o texto constitucional, pois este não é mais do que o reflexo formalizado das concretas relações sociais de um momento histórico determinado. O bem jurídico, assim entendido, serve de limite ao exercício estatal do *ius puniendi* e se configura, ademais, como núcleo central do injusto típico, ajudando a definir e delimitar com nitidez o alcance e sentido das normas penais.

As orientações constitucionais criminalizadoras devem ser entendidas como momentos de exceção materiais dos princípios constitucionais relativos ao Direito Penal e que, por isso mesmo, devem ser interpretadas segundo regras de estrita incidência e permissão, uma vez que submetidos a critérios superiores determinados pelos princípios e valores constitucionais explícitos ou implícitos. A intervenção penal deve ser conduzida a uma interpretação que leve sempre a defesa privilegiada da liberdade, da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social, da insignificância, da proporcionalidade, ambos como pressupostos da construção democrática do Direito Penal contemporâneo.

Por detrás de cada conduta humana descritora de um fato típico deve existir necessariamente um determinado bem jurídico sendo tutelado. A ausência de bem jurídico ou sua irrelevância deve conduzir a inconstitucionalidade da lei incriminadora por violação da legalidade em sua concepção material, além do preceituado pela teoria do bem jurídico e os mandamentos previstos nos princípios penais constitucionais minimalistas, que nada mais visam do que uma aplicação equilibrada do Direito Penal. Salienta-se, ainda, que a adoção das cautelas supramencionadas visa, por via reflexa, salvaguardar a dignidade da pessoa humana e o Direito de Liberdade dos cidadãos, manifesta pela vedação de criminalização de condutas irrelevantes, assim como se dá nas condutas hipoteticamente imorais.

A moral, quando revestida de roupagem destinada a bens jurídicos penais relevantes, não se justifica por si mesma. Sob o enfoque da teoria do bem jurídico não se pode admitir a qualificação da moral como bem jurídico penal, assim como a moral não encontra guarita nem mesmo quando analisada sob o enfoque dos princípios minimalistas do Direito Penal nesta empreitada abordados.

A sociedade brasileira a ser construída há de ser fundamentalmente livre. Assim, há de se revelar uma tendência ao estabelecimento de políticas criminais atenuadoras do cárcere através do incremento de instrumentos e movimentos que ofereçam ao Direito Penal o caráter de *ultima ratio* que há tempos se pretende efetivar. Já temos problemas o suficiente com a inflação legislativa que assola nosso Código Penal, é preciso cautela na criação de novos tipos penais, bem como a descriminalização daquelas condutas que não mais retratam a realidade da sociedade, motivo pelo qual, não mais se justificam.

Não há dúvidas que passou da hora de uma mudança, de coragem, para a adoção de um sistema diferente, garantista, que procure se preocupar com a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado Social e Democrático de Direito, e o primeiro passo é a desconsideração da moral como bem jurídico penalmente tutelado, havendo descriminalização de todos os delitos que tutelam eminentemente a moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Rechtsregeln und Rechtsprinzipien**. Archives Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 25, 1985.

_____. **Zum Begriff des Rechtsprinzips**, in: **Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft I, Dunckler und Humblot**, Berlin, 1979.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição, rev. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2010, vol.4.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12ª ed. Ver. atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. Rev. da Trad. Silvana Cobucci Leite. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. 1.

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.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

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

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003.

FEUERBACH, P. J. A. R. von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

GOMES, Luís Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. III. 8. Ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista o direito penal**. 6.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

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

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

JAKOBS, Günther; POLAINE NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **Bien jurídico, vigência de La norma y daño social**. Peru: ARA Editores E.I.R.L, 2010.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, vol.3, 20.ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

JUNIOR, Renato Nogueira dos Santos. **O Fundamento da Moral: Schopenhauer crítico de Kant**. São Carlos: UFSCar, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa. Ed. 70, 1948.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa. Ed. 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Fiorentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Bem jurídico-penal e constituição**. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral: com observações a nova parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal**. Renato Marcão e Plínio Gentil. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte geral, vol.1. 10.ª ed. Ver., atual. E ampl.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. **Direito penal esquematizado**, vol.3: parte especial – 6. Ed. rev. ampl. E atual. – São Paulo: método, 2016.

MOLINA, García Pablos de. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

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

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4.ed. ver, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte geral, arts. 1.º a 120. 12. Ed. Ver. Atual. E ampl.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradets. Lisboa: Vega, 1986.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o Fundamento da Moral**. Trad. Maria Lúcia Coccicola. São Paulo, Martins Fontes, 1995.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. 2004. Disponível em: <amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2017.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte geral**. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997.

_____. **Estudios de filosofia Del derecho y derecho penal**. Coleccion Maestros Del derecho penal. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1982, v.1 e 3.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.