

Liberdade sexual e a sua proteção penal



LUCIANO LOPES NOGUEIRA RAMOS

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí. Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP. E-mail: lucianolopes@mppi.mp.br



NICOLAS NEGREIROS RAMOS

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da USP (Faculdade de Direito do Largo de São Francisco). E-mail: negreirosnicolas@gmail.com

LIBERDADE SEXUAL E A SUA PROTEÇÃO PENAL

SEXUAL FREEDOM AND ITS CRIMINAL PROTECTION

RESUMO

Devem as condutas que não causam dano a terceiros serem criminalizadas? Condutas sexuais que não prejudicam terceiros devem continuar criminalizadas pelo Código Penal apenas por questão de moralismo, para a defesa dos bons costumes? O presente artigo discorre sobre tipos penais do Código Penal na seara sexual que deveriam ser descriminalizados, sob a óptica do princípio do dano, uma vez que não causam danos a terceiros, e não deve o Direito Penal criminalizar condutas tidas por imorais por parte de um segmento da sociedade. O objetivo do presente artigo é mostrar os tipos penais que não protegem a autodeterminação sexual, pois visam apenas a proteger a moralidade e se mostram dispensáveis, devendo haver a revogação de tais tipos penais. A pesquisa foi realizada por meio de revisão de literatura de autores como Mill, Roxin, Sponchiado e Silveira, orientada pelo método indutivo e pela análise de estudos e informações retirados dos autores citados.

Palavras-chave: Crimes sexuais; Prostituição; Princípio do dano; Descriminalização.

ABSTRACT

Should conduct that does not cause harm to third parties be criminalized? Should sexual conduct that does not harm third parties continue to be criminalized by the Penal Code just for reasons of morality, to defend good customs? This article discusses criminal types of the Penal Code in the sexual field that should be decriminalized, from the perspective of the principle of harm, since they do not cause harm to third parties, and Criminal Law should not criminalize conduct considered immoral on the part of a segment of society. The objective of this article is to show the criminal types that do not protect sexual self-determination, as they only aim to protect morality and are dispensable, and such criminal types must be revoked. The research was carried out through a literature review by authors such as Roxin, Sponchiado and Silveira, guided by the inductive method and the analysis of studies and information taken from the cited authors.

Keywords: Sexual crimes; Prostitution; Harm principle; Decriminalization.

1. Introdução

Devem as condutas que não causam dano a terceiros continuar a serem criminalizadas pelo Código Penal apenas por questão de moralismo, para a defesa dos bons costumes? O presente artigo discorre sobre tipos penais do Código Penal na seara sexual que deveriam ser descriminalizados, sob a óptica do princípio do dano de Stuart Mill, uma vez que não causam danos a terceiros, e não deve o Direito Penal criminalizar condutas tidas por imorais por parte de um segmento da sociedade. O objetivo do presente artigo é mostrar os tipos penais que não protegem a autodeterminação sexual, pois visam apenas a proteger a moralidade e se mostram dispensáveis. Por isso tais tipos penais merecem revogação legal. A pesquisa foi fundamentada por meio de revisão de literatura de autores que tratam o tema, como Roxin, Sponchiado e Silveira, por meio do método indutivo e pela análise de tipos penais, baseados nos estudos e informações obtidos pelos autores citados.

Como primeiro exemplo, o art. 227 do Código Penal (Brasil, 1940) prevê o crime de induzir alguém para servir à lascívia de outrem. As figuras qualificadas apontam a ocorrência do crime quando a vítima é maior de 14 anos e menor de 18 anos, ou se o agente é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda, e se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Pune-se pelo tipo básico quem convence alguém, pessoa capaz, sem emprego de violência, grave ameaça ou fraude, para servir à lascívia de outrem quando esta pessoa quer efetivamente servir à lascívia e, assim o faz, pois não causa dano a terceiros e a pessoa age de forma livre. Nesse caso, entende-se que o tipo penal fere a liberdade da pessoa de convencer e de ser convencida para satisfazer a lascívia de outrem.

O art. 228 do Código Penal (Brasil, 1940), por sua vez, prevê o crime de favorecimento da prostituição, ou outra forma de exploração sexual. As figuras qualificadas apontam a ocorrência do crime quando o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, e se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Pune-se, pelo tipo básico, quem induz ou atrai alguém, pessoa capaz, sem emprego de violência, grave ameaça ou fraude, à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou facilite, impeça ou dificulte que alguém a abandone, quando esta pessoa capaz quer efetivamente servir à prostituição, inclusive como empregado(a) de pessoa física ou jurídica para trabalhar com prostituição, e assim pode diante de sua liberdade de agir, tendo em vista que não causa dano a outrem.

O art. 230 do Código Penal (Brasil, 1940) tipifica o crime de rufianismo, que consiste em tirar proveito da prostituição alheia, ao se participar diretamente de seus lucros, ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

A prática de prostituição não é crime, visto que se trata de conduta, se exercida por pessoa capaz, que não interfere na liberdade alheia.

Se não há fraude, grave ameaça ou violência, a pessoa que pratica a prostituição tem a liberdade de destinar o dinheiro obtido pela prostituição a quem desejar, podendo, diante disso, sustentar, no todo ou em parte, quem ela quiser.

Percebe-se que, nos tipos penais mencionados, permanece no Brasil a criminalização de condutas que não causam danos a outros sob o viés moralizante na esteira de crimes contra os costumes, embora se tenha mudado a denominação para crimes contra a dignidade sexual.

Diante disso, questiona-se: é possível permanecer na legislação brasileira tipos penais sexuais que descrevam condutas, mas que não causam danos a terceiros? A liberdade sexual (autodeterminação sexual) autoriza afastar esses tipos penais oriundos de uma sociedade que procurava criminalizar condutas para proteger os “bons costumes”?

2. Princípio do dano

Inicialmente, são trazidas as considerações de Salvador Netto, ao expor que a pesquisa jurídica não pode se contentar com a mera legislação, reproduzindo-a e comentando-a sem apuro crítico, inclusive para modificá-la:

A elaboração de uma teoria do delito que não seja capaz de possibilitar reflexões sobre a criminalização legislada é o mesmo que ratificar o discurso do direito, ou seja, articular elementos para concretizar, quais que sejam, os enunciados do direito positivado (*lege lata*). Para evitar esta mera reprodução jurídica de normas penais destinadas a evitar condutas sem qualquer relevância ou justificativa de criminalização, é imprescindível a abertura do sistema jurídico, não para que assuma posição de referendar a função social do Direito penal através de uma perspectiva sistêmico-formal, mas para permitir a incorporação dogmática, pela teoria do delito, dos limites construídos a partir dos fins sociais do próprio Direito penal e da missão que a pena

democraticamente pode cumprir. (Salvador Netto, 2008, p. 14).

No mesmo sentido, Sponchiado entende que a dogmática jurídico-penal deve analisar o direito penal para além dos ditames da legislação criminal:

De acordo com Ricardo Robles Planas, o principal objetivo da dogmática jurídico-penal é refletir sobre o direito penal em termos abstratos independente da lei positiva, mas não da realidade na qual esta se desenvolve. A interpretação, a valoração e a sistematização de conceitos legais dependem do paradigma de legitimidade que se assinala. A função da dogmática jurídico-penal é fixar conceitos. O objeto fundamental da dogmática não é o Direito positivo, mas o Direito do ponto de vista abstrato. (Sponchiado, 2019, p. 226-227).

Percebe-se que as tipificações em questão possuem o nítido propósito de criminalizar condutas que não lesionam terceiros, mas o fazem exclusivamente em razão do viés moralizante da proteção dos “bons costumes”, conforme se percebe no Comentário ao Código Penal de Hungria, onde se buscou criminalizar hábitos da vida sexual não aprovados pela moral:

Os crimes que, de modo genérico, se poderiam denominar sexuais ou atentatórios do pudor (individual ou social), são contemplados pelo nosso atual estatuto penal sob a rubrica “Dos crimes contra os costumes”. Apesar de mais concisa que a do antigo Código (“Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público do pudor”), essa rubrica é, no entanto, mais compreensiva ou mais correspondente ao conteúdo das disposições que se seguem. O vocábulo “costumes” e aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à convivência e disciplina sociais. (Hungria, 1949, p. 95)

Manuel da Costa Andrade, por sua vez, ressalta que somente os bens jurídicos fundamentais merecem a sua proteção por meio da tutela penal: “O Direito Penal só pode intervir para assegurar a proteção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada” (Andrade, 1992, p. 211).

Em relação aos tipos penais sexuais, Sponchiado (2015, p. 220) entende que o bem jurídico a ser protegido – caso se entenda que o direito penal serve para proteger bens jurídicos – é a autodeterminação sexual¹, e não os costumes, conforme constava no Código Penal até a

¹ Na Alemanha (Claus Roxin), Portugal (Figueiredo Dias) e Brasil (Silveira), a compreensão mais precisa é aquela segundo a qual os crimes sexuais tutelam validamente apenas a autodeterminação sexual da pessoas, ou seja, a capacidade de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual (Souza, 2023, p. 470).

sua reforma pela Lei Federal nº 12.015 (Brasil, 2009):

Conceitua-se bem jurídico como [...] *realidades imprescindibles para una vida em común, pacífica y libre de las personas* (Roxin, 2012, p. 6). Assim sendo, seriam bens jurídicos: a vida, a propriedade, o patrimônio, a autodeterminação sexual e, também, bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a não corrupção de funcionários públicos (Sponchiado, 2015, p. 220).

Brodth registra, em sua doutrina, que o termo mais adequado seria autodeterminação sexual e, não apenas dignidade sexual:

A alusão à dignidade sexual parece-nos, entretanto, indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal (Brodth, 2011, p. 170).

O aprisionamento da estrutura dogmática ao campo moral dificulta, sobremaneira, pensar a vida humana a partir do sujeito sensível e compreender a liberdade como plena satisfação das necessidades humanas (logo, uma satisfação também dos impulsos naturais), desde que não se verifique uma violação ao círculo de organização da liberdade alheia (Sponchiado, 2019).

Sponchiado (2015, p. 224) vai além, ao argumentar que não é possível tipificar condutas supostamente imorais:

Do ponto de vista político-criminal, esta concepção de Roxin determinaria que não apenas devem ser garantidos os direitos e liberdades, mas também que não são aceitáveis preceitos jurídicos-penais puramente morais ou diretamente paternalistas, pois tais condutas não lesionam nenhum bem jurídico alheio.

O direito penal liberal deve restringir o mínimo da liberdade das pessoas para evitar a criminalização de condutas e o envolvimento nas questões meramente morais que são pertinentes apenas aos envolvidos (Martinelli, 2010). O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos, nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros (Ferrajoli, 2014).

Martinelli, por sua vez, se orienta pela afirmação de que os tipos penais sexuais não

podem servir para afastar condutas imorais por parte da coletividade:

[...] O direito da pessoa escolher consciente e voluntariamente, suas condutas sexuais. Englobam-se as outras pessoas com quem se deseja relacionar, o lugar, o tempo e os procedimentos. Desde que a dignidade dos demais seja também respeitada, cada um pode exercer sua sexualidade como bem entender. Considera-se, assim, a individualidade de cada um, suas aspirações e vontades, abandonando-se os valores meramente imorais(Martinelli, 2011, p. 5).

Os conteúdos morais, os quais, inicialmente, sustentaram a formação do Direito Penal, não podem, em seu espectro sexual, ser motivadores de sanções nesse sentido(Silveira, 2008). Somente se pode cogitar de ilícitos penais sexuais quando há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, até porque prostituição e exploração sexual são termos que não devem ser confundidos. Na exploração sexual há constrangimento, uso de força, ameaça e ausência de consentimento(Neves, 2019).

Nesse contexto, Renato Silveira argumenta que as pessoas capazes devem ser livres para fazer as suas escolhas sexuais da maneira como bem entenderem, e não podem o moralismo e o paternalismo restringirem as condutas sexuais em favor dos bons costumes:

Na realidade, de paternalismo a simples moralismo, em se tratando de questões que unicamente tenham por escopo a restrição da liberdade de indivíduos adultos pela mera suposição de não serem eles aptos a uma livre escolha de como agir em um determinado tempo, estes devem ser repudiadas. Não se pode aceitar que se venha a considerar que uma pessoa adulta não possa atuar livremente quanto ao sexo. Seria de vilania moral, se não paternalista, entender-se que a proteção de indivíduos face ao que o Estado entende ser dano a si justifica um tolhimento da capacidade de autodeterminação. Se esta não é violada, nunca é de se admitir a violência maior do Estado ao criar leis restritivas da liberdade individual(Silveira, 2008, p. 150).

Conde (2004, p. 148) enxerga como paternalismo as tipificações de crimes como a prostituição ou o rufianismo, visto que não se justifica a criminalização dessas condutas direta ou indiretamente:

Exercitando ela uma prostituição voluntária, e vindo a consentir com a exploração do homem ou mulher que pratica o rufianismo não coercitivo, a proteção penal que lhe é conferida revela nítido paternalismo jurídico que procura proteger a vítima, situando-a próxima da faixa da inimizabilidade – pois seu consentimento não é válido.

Sponchiado (2019, p. 160) indica que os tipos penais que visam à proteção de valores morais acabam não se aproximando do que se entende como injustos penais:

Há de se observar, com certa cautela, as diferenciações que ocorrem ao nível do injusto penal frente às condutas que atingem a vida humana, pois determinadas condutas que abarcam o conflito entre vida e autonomia se demonstram muito mais como violações nas esferas moral e religiosa, notadamente no âmbito valorativo cristão, que propriamente no campo de configurações dos injustos penais.

Renato Silveira informa que a visão funcionalista não acolhe a tipificação de crimes de imoralidades: “A mera imoralidade para Jakobs não detém dignidade penal, sendo que deveriam acabar esvaziadas as críticas de que seu sistema justificaria uma apenação às simples imoralidades” (Silveira, 2008, p. 186).

Sponchiado (2019, p. 288) também afasta a criminalização de imoralidades:

Dessa forma, não há a mínima aproximação entre a teoria funcional de Jakobs e os aprisionamentos do direito penal à esfera moral da sociedade. Jakobs é coerente, no desenvolvimento de toda a sua estrutura dogmática no sentido de distanciar a dimensão normativa das convicções morais dominantes em uma sociedade.

Claus Roxin esclarece ainda a sua posição de que não cabe ao direito penal tipificar condutas meramente tidas como imorais no campo do direito penal sexual²:

O primeiro ponto afeta o direito penal sexual. Neste campo até 1969, com a classificação da homossexualidade entre adultos (§ 175 v.a.), da sodomia (§ 175 bv.a.), da bajulação (§ 180 a v.a.), da difusão de pornografia (§ 184 v.a.) e condutas similares, também foram punidas ações certamente consideradas geralmente imorais, mas que, se praticadas por adultos e no caso da participação de vários com acordo recíproco e sem perturbar outros, não prejudicam os “direitos” individuais nem os “bens” no sentido de estados vulneráveis, protegíveis e valiosos. Falta-lhes uma “causalidade prejudicial real”; e, portanto, de acordo com esta teoria, só podem ser entendidas como infrações a “conceitos gerais” como a moralidade, mas não como lesões a

² No original: “El primer punto afecta al Derecho penal sexual. En este campo hasta el año 1969, con la tipificación de la homosexualidad entre adultos (§ 175 v.a.), la sodomía (§ 175 bv.a.), la alcahuetería (§ 180 a v. a.), la difusión de pornografía (§ 184 v.a.) y conductas similares, estaban penadas también acciones que ciertamente se consideran inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni “derechos” individuales ni “bienes” en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valioso. En ellas falta una “real causalidad lesiva”; y por ello según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra “conceptos generales” como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos. Durante mucho tiempo constituyó un tema principal de la polémica políticocriminal la cuestión de si puede lícitamente castigar tales acciones meramente inmorales, pero no lesivas de bienes jurídicos. El Proyecto de StGB, que había presentado en 1962 el Gobierno federal (el denominado P 1962), aducía p. ej. Expresamente a favor su mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, que no está excluido “conminar penalmente determinados casos de conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosa según la convicción común, aunque con el hecho no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable. Frente a esto, e “Proyecto Alternativo de Código Penal” (=PA; cfr. § 4, nm 20 ss.), presentado en 1966 por catorce catedráticos, precisaba de modo programático en el § 2: “penas y medidas sirven para la protección de los bienes jurídicos” y consecuentemente abogaba por la impunidad de acciones meramente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie, y con ello por una amplia liberalización del Derecho penal sexual. En la subsiguiente reforma se ha impuesto ampliamente el punto de vista del dogma del bien jurídico. La primera y la cuarta Ley de reforma del Derecho penal, de 25-6-1969 y de 23-11-1973, han reducido la punibilidad en ese campo en lo sustancial a lesiones de la libertad in “Delitos graves y menos graves contra la moralidad”, ahora sólo se llama: “Delitos contra la autodeterminación sexual.”” (Roxin, 1997, p. 52-53).

direitos legais. Durante muito tempo, a questão de saber se tais ações que são meramente imorais, mas não prejudiciais aos direitos legais, constituíram um tema principal de controvérsia político-criminal. O Projeto StGB, apresentado pelo governo federal em 1962 (o chamado P 1962), argumentou, por exemplo, expressamente a favor da manutenção da punibilidade da homossexualidade, o que não exclui “condenar criminalmente certos casos de conduta especialmente reprovável eticamente e vergonhosa segundo a convicção comum, ainda que o ato não prejudique nenhum direito jurídico diretamente determinável”. Diante disso, o “Projeto de Código Penal Alternativo” (=PA; cf. § 4, nm 20 e segs.), apresentado em 1966 por quatorze professores, afirmava programaticamente no § 2: “penas e medidas servem para proteção de direitos legais” e, conseqüentemente, defendeu a impunidade para ações que eram meramente imorais, mas não prejudiciais aos direitos de ninguém e, portanto, por uma ampla liberalização do direito penal sexual. Na reforma subsequente, o ponto de vista do dogma do bem jurídico foi amplamente imposto. A primeira e a quarta Leis de reforma do direito penal, de 25/06/1969 e 23/11/1973, reduziram a pena neste campo para prejudicar substancialmente a liberdade individual e as infrações contra menores. Caracteristicamente, o título 13 da Parte Especial, que anteriormente era intitulado “Crimes graves e menos graves contra a moralidade”, é agora denominado simplesmente: “Crimes contra a autodeterminação sexual”. (Tradução livre).

As figuras típicas ligadas à prostituição não forçada, como a mediação para servir a lascívia de outrem, o favorecimento da prostituição e o rufianismo mostram-se exclusivamente vincadas a conteúdos morais, portanto, devem ser indistintamente descriminalizadas (Silveira, 2008, p. 385). Isto pois, o que de fato importa é a pessoa não causar danos a terceiros. Inocorrendo o dano ao círculo de outrem, não há motivo para se falar em crime (Jakobs, 2003, p. 6).

Martinelli destaca que, embora a prostituição não seja crime, por si só, o Estado procura criminalizar as condutas relacionadas com a prostituição, bem como o incentivo desta:

A prostituição por si só não é crime. O Estado pune apenas as condutas de terceiros que, de alguma forma contribui para quem se prostitui. A lei criminaliza seu incentivo e sua exploração, assim como o tráfico de pessoas. Em relação ao consumo, aquele que usufrui os serviços sexuais só é punido se a pessoa prostituída é menor de 18 anos e tal condição for conhecida. Ou seja, são comportamentos paternalistas do Estado, que pune alguém para proteger outrem da exploração sexual, restringindo a liberdade para vender o próprio corpo (paternalismo indireto) (Martinelli, 2010, p. 256).

O mesmo entendimento é adotado por Estefam (2016), para quem, no Brasil, é assente a ideia de que a prostituição, em si considerada, não é proibida ou mesmo ilícita, embora vista, segundo a matriz do pensamento nacional, como imoral.

Estefam (2016, p. 245) defende a descriminalização das condutas relacionadas com a prostituição, para que esta possa ser regulada como atividade laboral e receba a proteção legal

sem o viés de repressão:

“a) reconhecimento da prostituição como atividade laboral, suscetível da proteção do Estado; b) admissão expressa da prostituição intermediada e, portanto, o reconhecimento da validade do contrato de trabalho prostitucional; c) como consequência, a expressa afirmação acerca da exigibilidade da cobrança pelos serviços sexuais prestados; d) a definição de exploração sexual como exploração laboral, estabelecendo suas diretrizes, no sentido de considerá-la presente quando: (I) o intermediário se apropriar de valor igual ou superior à metade do valor pago pelo cliente pelos serviços prestados; (II) nas hipóteses de condição de trabalho insalubres, degradantes ou que limitem a liberdade do profissional escolher, em caráter final, qual ato sexual praticará e com quais clientes estabelecerá o contrato.”

Por oportuno, destaca-se Stuart Mill, ao discorrer sobre o princípio do dano (*harm principle*), principal fundamento para a defesa da premissa de que somente cabe restringir ações humanas quando elas causam danos a outros indivíduos e, portanto, a liberdade de alguém não pode ser limitada apenas para o “bem” da pessoa:

É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir danos a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificção suficiente. Uma pessoa não pode corretamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto. Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo. Para justificar tal coisa, é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte de sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano (Mill, 2011, p. 25).

Ao se revisitar os textos dos autores que serviram de referência e base para este estudo aponta-se claramente que, diante do princípio do dano de Stuart Mill, os tipos penais mencionados que apenas protegem o moralismo e bons costumes, e que não protegem os bens jurídicos da autodeterminação sexual e dignidade sexual, não merecem sua tipificação como crimes.

3. Conclusão

Percebe-se, pelo presente artigo, que as condutas que não causam dano a terceiros não devem continuar criminalizadas pelo Código Penal apenas por questão de moralismo e para a

defesa dos bons costumes, conforme se verificou pela análise e a revisão de literatura, tendo-se como base diversos autores, como Mill, Roxin, Sponchiado e Silveira, que discutem o tema.

O que deve prevalecer, no campo do direito penal sexual, é a liberdade humana para se ter a sua autodeterminação sexual, contexto no qual pessoas capazes podem fazer o que quiserem como valor primordial, direito este que não pode ser limitado quando não se afetam os direitos dos demais (Sponchiado, 2019). Baseado neste conceito, firma-se o objetivo do estudo: mostrar a inadequação desse tipo de criminalização que não gera dano a outrem.

Almeja-se, assim, uma sociedade que reconheça seus cidadãos como pessoas responsáveis e livres o suficiente para se organizarem com base em uma ampla gama de atuação (Sponchiado, 2019), inclusive no campo da sexualidade.

Logo, pelo princípio do dano (*harm principle*), não podem as condutas da sexualidade humana das pessoas capazes com o consentimento válido, sem violência, grave ameaça ou fraude, e que não causam danos a terceiros, serem objeto de criminalização apenas para a satisfação da moralidade.

Portanto, é de se pensar que é a hora da descriminalização dos tipos penais sexuais como crime de induzir alguém para servir à lascívia de outrem, crime de favorecimento da prostituição e crime de rufianismo, em relação às condutas em que não haja violência, grave ameaça ou fraude, com o reconhecimento pleno da possibilidade da realização da atividade da prostituição como atividade negocial, pois busca-se a proteção do bem jurídico da autodeterminação sexual, em vez da proteção dos “bons costumes”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência da tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 2, n. 2, abr.-jun. 1992.

BECHARA, Ana Elisa. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, jan.-dez. 2008, p. 411-436.

BIACHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Sílvia. **Crimes contra as mulheres**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 5 abr.

2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Alteração do Título VI da Parte Especial do Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em 5 abr. 2024.

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

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentadas do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, Prostituição e Estupro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FILIZOLA, Luciano. **Entre os costumes e a dignidade** – um estudo sobre os crimes sexuais. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2022.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao código penal: decreto-lei 2.848 de 7/12/1940**. Rio de Janeiro, Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado. **Crimes sexuais: uma análise substancial e processual**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

LUISE, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato. Casa de prostituição: o crime do art. 229 do Código Penal, *in: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. nº 65. Porto Alegre: IOB, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. *In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 68, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2010.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NEVES, Heidi Rosa Florêncio. **Exploração sexual e direito penal**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de crimes sexuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 3: parte especial, arts. 184 a 288. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

ROMFELD, Victor Sugamoto. **Inimigas da moral sexual e dos bons costumes: um estudo dos discursos jurídicos-criminológicos sobre as prostitutas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. t. I. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito. Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vincente Remesal. Editorial Civitas: Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal em Alemania. *In: InDret: Revista para el Analisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, p. 4, out. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: 10 ago 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidade da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais: reflexões sobre a nova lei 11.106/2005**. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**, v. 3: Parte Especial – arts. 155 a 234-B do CP. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (Unesp), São Paulo, 2015.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Proteção penal da vida humana**: dos fundamentos metafísicos ao fundamento real. São Paulo: Liber Ars, 2019.