

A VERIFICAÇÃO DE UMA VALORAÇÃO ÉTICO-SEXUAL NOS ELEMENTOS NORMATIVOS DOS TIPOS LEGAIS DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

Luciano Santos Lopes*

Sumário:

I - Nota introdutória. II - Conceito de tipo penal. III - Elementos normativos do tipo penal. IV - Elementos normativos e o princípio da legalidade. A adequação à evolução cultural da sociedade. V - Aspectos gerais dos crimes contra os costumes no Código Penal. VI - A interpretação dos elementos normativos nos tipos legais dos crimes contra os costumes. VII - Conclusão. VIII - Referências bibliográficas.

I - Nota Introdutória.

As condutas humanas individuais são, do ponto de vista da coletividade, proibidas ou aceitas. O legislador, diante da valoração que a sociedade dá a alguns bens jurídicos considerados importantes para o convívio social, torna imperativo o respeito a estes valores eleitos, proibindo ou ordenando determinadas atividades.

O bem jurídico é o valor protegido pelo ordenamento penal. É objeto da tutela estatal. Em um Direito Penal Garantista, duas são as grandes conquistas dogmáticas: "a idéia do bem jurídico como objeto da proteção penal e a do tipo, isto é de uma fórmula precisa cujos termos devem ser realizados pelo fato concreto para que este seja crime."¹

A conseqüência desta visualização do bem jurídico como objeto da tutela penal, é a de que ele "representa o ponto de partida na elaboração e na interpretação dos tipos penais. Os conceitos de bem jurídico e de tipo penal acham-se de tal forma entrelaçados, que não se pode prescindir da idéia do primeiro, ao se examinar o segundo"².

O tipo penal é a expressão da proteção penal. Materializa a tutela dos bens jurídicos. O legislador, ao elencá-los e protegê-los, utiliza-se dos tipos penais, que dão individualidade a cada uma das condutas ofensivas aos valores tutelados. Com

* Professor do curso de Direito do Unicentro Newton Paiva, Mestrando em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG, Advogado.

¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 33.

² VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 31. Nas letras de GRISPINI: "Il bene giuridico è la ragione d'essere della fattispecie legale, lo spirito che la fa vivere." (GRISPINI, Filippo. *Diritto penale italiano*, v II, p. 150.).

ANÍBAL BRUNO a idéia de que o tipo penal é a expressão na qual se formaliza a violação de bens jurídicos penalmente tutelados³.

É proposta do presente ensaio apresentar os crimes contra os costumes, de ordem sexual. Nestes tipos penais - no Código Penal Brasileiro estão no título VI da sua Parte Especial -, protege-se o indivíduo no que tange à sua maturidade/liberdade sexual. Tutela-se o pudor público e individual. Eis o bem jurídico ora visualizado.

Pretende-se mostrar como os elementos normativos destes tipos penais, que oferecem juízos valorativos aos conceitos ali apostos, influem no entendimento da tutela que se faz presente pelo Direito Penal, no que tange à ordem ético-sexual da sociedade.

Para tanto, faz-se necessário um início de conceituação do tipo penal e de seus elementos normativos, fundamentais para a compreensão do conteúdo do trabalho.

II - Conceito de tipo penal.

Em fins do século XVIII, a doutrina alemã trouxe à discussão a expressão *tatbestand*, concebendo o crime, com seus elementos e pressupostos de punibilidade. BELING, em 1906, iniciou o estudo do que hoje se entende como tipo penal⁴.

Desde essa revolução dogmática proporcionada por BELING, o conceito de tipo penal se modificou muito. Com a teoria finalista da ação, o tipo penal toma as feições dogmáticas atuais. Há a idéia do dolo e da culpa integrando tal conceito. Tal idéia, sistematizada com WELZEL, reformulou a concepção de tipo penal.

O tipo torna-se uma realidade complexa, com uma parte objetiva, que compreende a ação - com eventual resultado naturalístico - e as condições e características objetivas do agente, e uma parte subjetiva, que constitui a vontade reitoria do agente, com o dolo e, por vezes, com elementos subjetivos do injusto⁵.

Pode-se afirmar que tipo penal é a construção abstrata de condutas criminosas que são, assim, proibidas pelo ordenamento jurídico. Tipo significa modelo, forma de classificação. No Direito Penal, é um modelo abstrato, representação genérica contida em lei, de um comportamento humano tido por proibido. O tipo delitivo contém a

³ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p. 36.

⁴ Com WELZEL (apud. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*; parte geral, p. 227): "em 1867 Ihering desenvolveu o conceito da 'antijuridicidade objetiva' e dele se distinguiu, mais ou menos em 1880, o da culpabilidade 'subjetiva', enquanto que o conceito de tipo foi elaborado, apenas em 1906, por Beling".

⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*, p. 38.

proibição da conduta descrita, sendo este seu elemento valorativo⁶, e contém também a descrição da conduta proibida, sendo este o aspecto fático de seu conceito⁷.

Da conformidade entre o fato ocorrido e a moldura abstrata descrita em lei penal decorre o fenômeno da tipicidade. Tal adequação pode ser imediata ou mediata, conforme se necessite de normas de integração para haver a comparação e verificação de identidade entre o fato e a norma⁸.

Ressalte-se que o tipo penal desenvolve funções bem definidas na dogmática penal. Uma primeira função é a de garantia, afirmando que o agente somente poderá ser punido se, e quando, cometer uma daquelas condutas proibidas por lei ou, ainda, deixar de praticar aqueles mandamentos também impostos legalmente. Desse princípio decorre a segurança jurídica, corolário do princípio da legalidade. Neste sentido, ROXIN definiu o conceito que retrata bem o referido princípio: o "tipo de garantia"⁹. Na verdade não há um tipo de garantia, somente existindo uma função de garantia no tipo penal, resultado da verificação do princípio constitucional da legalidade¹⁰.

Outras funções são as de seleção das condutas proibidas ou impostas pela lei penal, e de indiciar que a conduta é também ilícita.

III - Elementos normativos do tipo penal.

Conceituado o tipo penal, é necessário caracterizar seus elementos.

Convencionou a doutrina que o tipo penal contém elementos objetivos, normativos e subjetivos. Os elementos subjetivos são os que evidenciam os estados anímicos dos agentes, a vontade do autor do delito. O dolo é o elemento subjetivo por excelência. Por vezes, existem elementos subjetivos outros, que demonstram intenções e tendências diversas do agente, não abrangidas pelo dolo.

⁶ É, pois, o conteúdo material do tipo penal, sendo um fator limitativo do juízo de adequação típica, que incide sobre as ações desvaloradas ético-socialmente.

⁷ Com seus elementos objetivos e subjetivos: (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 152).

⁸ Discorda em parte dessa divisão SHEILA SALES (*Dos tipos plurissubjetivos*, p. 154). Segundo a autora, não apresenta validade a distinção entre adequação típica de subordinação mediata e adequação de subordinação imediata. Por essa divisão, há imediatez de adequação quando o fato se subsumir imediatamente ao tipo penal, enquanto deve haver mediatez quando houver necessidade de se recorrer a uma norma extensiva de integração, para promoção da adequação típica (tentativa, etc.). Para a autora, toda subordinação do fato à norma penal é feita por subordinação mediata, pois o intérprete da norma não pode prescindir dos dados normativos que encontram posição sistemática na parte geral do Código Penal.

⁹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*, p. 170.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; parte geral, p. 156.

Elementos objetivos do tipo penal são aqueles cujo entendimento do intérprete se dá com a simples constatação sensorial, com a percepção dos sentidos, sem outros juízos de valores. Alguns autores inserem os elementos normativos em uma divisão dos elementos objetivos: os descritivos de um lado e os normativos de outro¹¹. De modo diferente, outros definem à parte os elementos normativos do tipo¹², sendo os elementos objetivos apenas os puramente descritivos. TAVARES assim se expressa: "Na descrição da conduta proibida, costuma-se distinguir entre *elementos descritivos* e *elementos normativos*. Não há, porém, uma distinção muito nítida e absoluta entre eles¹³".

Para entender os elementos normativos do tipo penal, tem-se que partir da premissa que o tipo é portador de valores. Eles são, para REALE JÚNIOR¹⁴:

"elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo penal ao fato concreto. Os elementos normativos, malgrado terem conteúdo variável, definível através de um processo não de percepção, mas de compreensão, não destoam na estrutura do tipo."

São descrições de fenômenos do mundo naturalístico que necessitam de uma especial interpretação. A apuração de seu significado depende da consideração desta valoração que lhe é dirigida. A forma de apreender o sentido dos elementos normativos é diferente da forma de compreensão dos elementos objetivos. A natureza das coisas impõe a diferença ora afirmada. Enquanto os últimos são perceptíveis através de verificações ontológicas do mundo fático, os elementos normativos constituem-se de valores, que exigem uma interpretação axiológica, existente no mundo cultural. São normas culturais, sociais, morais e mesmo legais, que exigem um processo de captação valorativa, para a apreensão de seus significados.

Nem sempre é possível uma descrição típica apenas com elementos objetivos, como, por exemplo, "*matar alguém*" (artigo 121 do Código Penal). O tipo puramente descritivo, de BELING, transformou-se em uma estrutura mais complexa, presa, por vezes, a elementos que requerem julgamento de valores integrativos. Assim:

¹¹TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 153: "Com isso não estamos afirmando que o termo objetivo só se refira a objetos perceptíveis pelos sentidos. São objetivos todos aqueles elementos que devem ser alcançados pelo dolo do agente. Dividem-se em descritivos e normativos."

¹² VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 110. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*; parte geral, p. 121.

¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p 188.

"Pero ocurre que no siempre es posible encerrar en esquemas objetivo-formales la compleja estructura de la conducta humana; en efecto, sucede en veces que para tipificarla de manera clara y comprensiva o para evitar la sanción penal de conductas lícitas o inocuas, es necesario incrustar en el tipo elementos cualificadores cuya interpretación exige una posición valorativa; a ellos se há dado el nombre de normativos¹⁵".

PAGLIARO e TRANCHINA assim definem os elementos normativos: "Sono elementi normativi quelle parti della legge penale che si avvalgono della valutazione effettuata da una norma diversa.¹⁶"

MAYER¹⁷ foi quem primeiro percebeu a existência de elementos normativos no tipo penal. Afirmava o autor que, embora pertencendo ao tipo, não faz parte da ação, propriamente dita. Afirmou, ainda, que o agente não realiza os elementos normativos, os quais são elencados na legislação de forma independente da ação típica. Como exemplo, no delito de furto (artigo 155 do Código Penal), a característica da coisa subtraída ser *alheia* não tem qualquer participação da conduta do agente.

REALE JÚNIOR aponta uma incongruência na idéia de MAYER, que atribui dupla função ao elemento normativo: integra a descrição típica e é conteúdo da antijuridicidade¹⁸. Se os elementos normativos são também integrantes da ilicitude, não há como MAYER sustentar que o tipo penal é forma e não conteúdo.

BITENCOURT¹⁹ distingue os *elementos normativos que condicionam a ilicitude* dos *elementos normativos do tipo*. Os primeiros, embora integrem a descrição típica do crime, referem-se à ilicitude. São *sui generis* no tipo penal e constam das expressões *indevidamente, sem justa causa, etc.* Quanto aos segundos, constituem o tipo penal.

Assim, estes *elementos normativos do tipo* podem ter conteúdos valorativos diversos. Ligam-se a termos jurídicos - *documentos, funcionário público* -, ou ainda constituem termos ou expressões extrajurídicas - *dignidade, decoro, mulher honesta* -,

¹⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 50.

¹⁵ ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*, 89.

¹⁶ PAGLIARO, Antonio, TRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 30.

¹⁷ Para MAYER a tipicidade era a *ratio cognoscendi* da ilicitude, trazendo a imagem de que, posta a tipicidade da ação, surge o indício de que a mesma será ilícita. Indício, este, que cederá diante da existência de uma causa justificadora da conduta, que exclua a ilicitude do fato. Nesse sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 53/54. Em MUÑOZ CONDE (*Teoria geral do delito*, p. 43): "A tipicidade de um comportamento não implica, pois, a sua antijuridicidade, senão apenas um *indício* de que o comportamento pode ser antijurídico (função indiciária do tipo)."

¹⁸ *Teoria do delito*, p. 42.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*; parte geral, p. 239.

com valoração sócio-cultural. Os primeiros implicam em uma valoração eminentemente jurídica, porquanto se tratam de conceitos ligados à esfera do direito. A segunda espécie tem conteúdo cultural e requer valoração de ordem ético-social ou de cunho moral.

Também TERÁN LOMAS separa os elementos normativos dos simplesmente valorativos, estes últimos denominados por BITENCOURT como elementos normativos do tipo. Para aquele autor, elementos ditos normativos são somente os vinculados com a ilicitude, "mediante los cuales, (...), el tipo condiciona la antijuridicidad, (...)"²⁰. Continua, afirmando que a presença de elementos normativos "significa el adelanto sistemático de la antijuridicidad del hecho al momento del examen de su tipicidad, y su existencia es incompatible con la concurrencia de causas de justificación."²¹

Nesta linha de pensamento, ainda segundo TERÁN LOMAS, os elementos valorativos se diferenciam dos normativos, por não condicionarem a ilicitude como estes últimos²². Cumprem, os elementos valorativos, a função de interpretar situações descritas no tipo penal, podendo ser de três categorias: elementos que *expressam uma necessidade estimativa*, que fornecem interpretação a expressões de *desonra, menosprezo, etc.*²³; elementos que requerem *valoração jurídica*, como nos conceitos de *funcionário público, documentos, etc.*; e, por fim, elementos que requerem *valoração cultural*, como a questão da *honestidade da mulher*, nos crimes contra os costumes.

Interessantes as palavras de JIMENEZ DE ASÚA: "A veces la impaciencia del legislador, o talvez el fin artistico de la obra, le há llevado a no conformarse con meros elementos cognoscitivos y a incrustar en el tipo elementos subjetivos y normativos."²⁴

ZAFFARONI E PIERENGELI²⁵, conceituando os elementos normativos, afirmam que existem expressões genéricas - que aparecem nas fórmulas legais - que são verdadeiros elementos normativos dos tipos legais, sugerindo o exemplo da *indevida vantagem* do art. 158 do Código Penal. Aqui, o *indevido* faz parte do tipo objetivo,

²⁰ TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal*; parte general, p. 322. Também JIMENEZ HUERTA (*La tipicidad*, p. 79) considera que os verdadeiros elementos normativos são aqueles que revelam a antijuridicidade, pelo desvalor jurídico que refletem.

²¹ TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal...*, p. 322.

²² *Id ibid*, p. 323. Também JIMENEZ DE ASÚA: "A nuestro juicio, y al contrario de lo que piensa M.E. Mayer, los elementos que Mezger llama 'típicos normativos' y que como veremos se refieren a estimativas jurídicas, empírico-culturales, etc., son meramente valorativos y no se vinculan directamente con la estricta apreciación normativa, en tanto que los otros no afectan a la antijuridicidad hasta el punto de ser su *ratio essendi*, pero sí se refieren a ella." (JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*, tomo III, p. 903.).

²³ JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*, tomo III, p. 903.

²⁴ *El criminalista*, v. 8, p. 58. O autor critica somente os elementos normativos, não os valorativos.

dizem os autores. Entretanto, continuam, existem expressões genéricas que não constituem elementos normativos, sendo apenas exigências expressas da tipicidade conglobante²⁶, como forma de corrigir o tipo legal, puramente formal. Exemplificam, com a expressão *indevidamente*, do crime de prevaricação, art. 319 do Código Penal.

IV - Elementos normativos e o princípio da legalidade. A adequação à evolução cultural da sociedade.

A função de garantia do tipo penal indica que as pessoas não serão incriminadas por condutas diferentes daquelas elencadas como proibidas pela ordem jurídica.

A inclusão de elementos normativos no tipo penal implica em imprecisão na interpretação da função acima destacada. Nas letras de ANÍBAL BRUNO²⁷, "aumentando-se o número de elementos normativos diminui-se a precisão e a firmeza do tipo, alargando-se a função do juiz na análise da conformação típica do fato concreto, com prejuízo à segurança que o regime de tipos visa estabelecer."

Segurança, esta, determinada pelo princípio da legalidade, no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Tal princípio condiciona a função de garantia do tipo penal e a inclusão dos elementos normativos na sua estrutura.

O princípio da legalidade é essencial ao direito penal que vise a segurança jurídica. Dá a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas e garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela aposta na lei.

Por FRANCO²⁸, a legalidade se desdobra em: *reserva legal, irredutividade da lei penal incriminadora, proibição de analogia in malam partem* e, ainda, *o mandato de certeza*, cujo enunciado afirma que a lei, temporalmente anterior, define o fato criminoso em um tipo claro, com atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-lo inconfundível com outra figura típica. Essa quarta característica do princípio da legalidade, que PALAZZO²⁹ denomina corolário da *taxatividade*-

²⁵ *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral, p. 476.

²⁶ Entende-se por tipicidade conglobante a "comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa." ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 459.

²⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral, p. 332.

²⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*, p. 09/10.

²⁹ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*, p. 49.

determinação, oferece os subsídios para as análises da insegurança que apresentam os elementos normativos.

BATISTA³⁰, escrevendo sobre essa quarta característica, afirma que "a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, (...)". Completa, distinguindo as modalidades mais freqüentes de violação do princípio, pela criação de incriminações vagas e indeterminadas. Entre estas modalidades está o emprego de elementos normativos sem precisão semântica, que não permitem uma "certeza típica".

A eficaz função garantidora do tipo penal fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Daí decorre que a técnica legislativa pode vir a ferir tal princípio, usando cláusulas genéricas, elementos normativos em demasia e sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo³¹.

A técnica legislativa é, pois, importante elemento para conferir eficácia à função garantista do tipo penal. Vislumbra-se, na construção legislativa dos tipos penais, duas técnicas de legiferação, explicadas em PIRES e SHEILA SALES³²: *a de normatização sintética e a de normatização descritiva*. A primeira delas faz uso de elementos normativos, que obrigam o intérprete a procurar dados externos à figura delituosa para interpretar seu sentido. A técnica descritiva, por sua vez, realiza a descrição do fato proibido utilizando vocábulos que indicam a totalidade de dados da realidade empírica.

Percebe-se uma inflação de normatizações portadoras da técnica sintética na legislação penal brasileira. Duas vantagens são notáveis nestas construções legais. A primeira refere-se à desnecessidade de detalhar minuciosamente todos os elementos das condutas proibidas, o que poderia resultar em um tipo penal demasiadamente casuístico. A segunda vantagem se verifica com a entrega ao intérprete da norma penal, pelo legislador, da tarefa de atualização do conteúdo valorativo do tipo penal construído com tal técnica, quando de sua caducidade diante a evolução histórica dos valores sociais.

Em contraponto, um problema é percebido nas normatizações sintéticas. O garantismo penal pode ficar afetado com tais construções legislativas, pois envia a obrigação de interpretar os elementos normativos do tipo ao Magistrado, colocando em

³⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 78 e ss.

³¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 55.

risco o princípio da legalidade. O subjetivismo do intérprete adquire força em demasia, permitindo ilações valorativas, que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal. A técnica de normatização descritiva, por sua vez, é "tida como a técnica de legiferação hábil a garantir a taxatividade dos tipos penais, satisfazendo de forma adequada às exigências do princípio da legalidade, (...) "³³.

Conforme BETTIOL³⁴, não se pode tolerar que liberdades individuais sejam entregues ao Magistrado. Pelo autor italiano, tal situação ocorre em legislações que não respeitam o princípio da legalidade ou que não verificam a existência de tipos rígidos, nos quais se introduzem espécies delituosas elásticas, com elementos normativos.

Sendo os elementos normativos do tipo penal expressões que exigem do julgador uma valoração, esta é feita com parâmetros do homem médio, para a exata compreensão do seu alcance e sentido, do que decorre, segundo LOPES³⁵, um certo arbítrio judicial. Daí, segundo o jurista, ser o elemento normativo fator de insegurança no tipo penal, ao que completa, afirmando que se deve evitar sua introdução nas Leis Penais.

Diante disto, como o ordenamento jurídico deve se posicionar, diante dos avanços culturais da sociedade? Como legislar, tutelando bens jurídicos, dando dinamismo à norma?

A experiência humana de valores é limitada e condicionada à experiência histórica. Essencial a compreensão de que o Direito obtém legitimidade com o respeito às normas e aos valores captados do corpo social. Compreender tais valores, que a ordem estatal visa proteger, é fundamental para uma legítima tutela penal.

A sociedade está em constante processo de evolução ético-cultural. Os valores que norteiam a vida em coletividade alteram-se historicamente. É bem verdade que aqueles fundamentais permanecem intactos na sociedade - como a vida -, somente alterando a forma de encará-los, frente aos anseios de cada época. Assim, o reconhecimento dos bens a serem tutelados, e sua hierarquia, não dependem somente das estruturas sociais, mas também das tendências históricas, como explica BETTIOL: "O bem jurídico anda intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e

³² PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge S. de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*, p. 39.

³³ Essa é a conclusão a que chegam PIRES E SHEILA SALES (*Crimes de trânsito...*, p. 39).

³⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*, p. 327.

³⁵ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal...*, P. 121.

adquire, portanto, um significado diferente e um conteúdo diverso, à medida que mudam o tempo e o ambiente.³⁶

A decadência valorativa de um bem jurídico, importante em dada época, é razão para perda de eficácia de normas penais. Basta ver o adultério (art. 240 do Código Penal) no ordenamento jurídico-penal brasileiro atual.

Interpretar o Direito Penal é revelar o seu conteúdo e o seu alcance. É descobrir a finalidade de suas normas e os bens jurídicos a que visa proteger, delimitando sua incidência. Para tanto é preciso conhecer os fatos sociais e as demais circunstâncias históricas que balizam o fenômeno cultural que se destaca na norma penal.

Diante da necessidade de tornar a lei penal dinâmica, os elementos normativos adquirem importância. Não deixam a-históricos os juízos de valores contidos na norma. Eles dão eficácia temporal à norma penal, com o uso da legislação sintética. É uma forma de adequar socialmente a lei penal à cultura de cada tempo.

Mas, e o perigo da perda do princípio da legalidade, antes destacado? Para evitar tal ameaça, é importante delimitar o campo de incidência destes elementos normativos, bem como as diretrizes gerais para a sua exegese, sob pena de agredir o referido princípio, tirando, assim, a função de garantia que exerce o tipo penal.

MUÑOZ CONDE³⁷, identifica a situação delicada em que se encontra o legislador que, de um lado deve elaborar um texto legal que deduza com clareza a conduta proibida, reprimindo o uso de elementos normativos que impliquem em uma valoração subjetiva do intérprete; e de outro deve evitar o casuísmo na descrição das mesmas normas proibitivas, usando cláusulas genéricas, que reúnam caracteres comuns a uma coletividade de delitos. Em todo caso, o autor espanhol é firme em defender que se deva evitar conceitos indeterminados, como as expressões *moral*, *bons costumes*, etc.

V - Aspectos gerais dos crimes contra os costumes no Código Penal

O ordenamento jurídico-penal presta adesão à ética sexual, no intuito de incriminar condutas reprováveis que afetam a disciplina e convivência social. No Estado laico, a tutela penal de ordem sexual limita-se a reprimir condutas que coloquem em risco a harmonia e os valores do indivíduo, da família e da coletividade, tais como o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, entre outros.

³⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*; v I, p. 324.

Protege-se o indivíduo no que tange à sua maturidade/liberdade sexual. Tutela-se o pudor público e individual. A vida social necessita de moralidade pública, sendo que o Estado não pode isentar-se de resguardar tais valores. "Com fundamento no pudor público e individual, a coletividade dita normas sobre a moral e os costumes, atendendo aos critérios ético-sociais vigentes para evitar fatos que contrariem esses princípios e lesem interesses do indivíduo, da família, etc."³⁸

NAVARRETE indica que "las pautas morales inspiradoras de la Ética social son, con frecuencia, invocadas como criterios seguros para justificar la toma de posición axiológica del juicio de desvalor pronunciado por el legislador penal."³⁹ O autor vai adiante, informando que as relações entre o Direito Penal e a Ética são bem estreitas. Entretanto, ele percebe, igualmente, que:

"Desde esta perspectiva se há podido, con acierto, señalar que, tras la superación definitiva de la etapa histórica fundamentalmente anterior al siglo XVIII - en la que el Derecho penal era confundido, en su contenido y rasgos esenciales, con la Etica y aun con la Teologia, se llegó en la doctrina subsiguiente a una solución de signo contrario, en la que se apartó al secularizado Derecho penal de todo controle de la vida anímica espiritual, tendiéndose progresivamente a una separación cada vez más acentuada entre el Derecho y la Moral."⁴⁰

Já vai longe o tempo em que o Direito Penal se informava na moral religiosa. A hegemonia teológica fazia um controle até da pureza dos pensamentos⁴¹. A tutela penal não deve se identificar, cegamente, com os valores ético-sociais e teológico-morais. Direito e moral, em determinada etapa de formação dogmática, separam-se em suas valorações. Podem, posteriormente coincidir valores, mas por vezes se distanciam⁴². A Moral e o Direito Penal relacionam-se como círculos que se interpenetram e que, mesmo distintos materialmente, têm pontos de coincidência.

³⁷ *Teoria do delito*, p. 46.

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v II, p. 409.

³⁹ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Introducción a los delitos contra la honestidad*, p. 18.

⁴⁰ *Id ibid*, p. 19/20.

⁴¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 88.

⁴² Para MOREIRA (*Fundamentação do direito...*, p. 162), HABERMAS constata que Direito e Moral têm entre si uma relação de simultaneidade, na qual ambos se originam concomitantemente, sendo co-originárias. Há uma relação de complementação mútua, gerando a independência da esfera jurídica em relação à moral, com a constatação do discurso deontologicamente neutro.

Nos crimes contra os costumes há pressupostos de diversas índoles, que influenciam a configuração da norma penal. Reflexos culturais, psicológicos e sociológicos dão a tônica dos valores ético-sexuais tutelados. Sem embargo, o reconhecimento da efetividade destes fatores metajurídicos variados, não pressupõe que as exigências jurídico-penais de regulação das condutas de cunho ético-sexuais tenham que subordinar indistintamente a tais escalas de valores⁴³.

Por vezes são, os esquemas axiológicos do Direito Penal, paralelos e coincidentes com as normas morais. Entretanto, a ordem jurídica não pode ser dominada por estes postulados. Pretender unificar as aspirações morais - individuais - com as imposições normativas do Direito, representa um proceder injustificado, totalmente alienado da realidade. Certamente os padrões ético-sexuais têm uma dimensão muito maior no campo moral, do que na tutela do Direito Penal. O que a Política Criminal tem que captar, dos anseios sociais que materializam os padrões de comportamento da coletividade, é um mínimo ético que possibilite o convívio social harmônico. Deste substrato ideológico é que se pensa uma legislação punitiva de ordem sexual.

O pudor é, pois, a essência desta tutela. O instinto sexual domina fortemente o ser humano. A sociedade, com as evoluções culturais, sai da brutalidade total destes instintos, para uma verificação histórica de limites ético-sociais a eles impostos. O instinto sexual tem que ter seus limites nos interesses sociais. Foi o pudor o elemento mais poderoso com que a disciplina do instinto sexual contou⁴⁴.

O pudor é o sentimento, individual e depois coletivo, que dita os parâmetro de aceitação social das condutas sexuais. Exerce ação preventiva, consistente em uma inibição, por critérios ético-sociais, aos instintos sexuais desviados⁴⁵.

A questão criminológica dos delitos contra os costumes é igualmente interessante. A endocrinologia conclui, segundo HUNGRIA, que os distúrbios de ordem sexual podem dar causa a crimes de conotação sexual⁴⁶. São freqüentes, continua, os casos em que perversões e inversões sexuais dão causa aos crimes contra os costumes, que podem ser reflexos de anomalias psíquicas. Às vezes são indícios de personalidade

⁴³ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Introducción a los delitos contra la honestidad*, p. 33.

⁴⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, v 3, p. 94.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. III, p. 90.

⁴⁶ *Id ibid*, p. 93. Neste sentido também as idéias de ALBERGARIA: "Na dinâmica do delito sexual deve-se ter em conta toda a personalidade do delinqüente. Os que cometem delito sexual não só apresentam anomalias na esfera sexual, como também anomalias neuropsíquicas". (ALBERGARIA, Jason. *Noções de criminologia*, p. 167).

psicopata. As inversões e desvios do instinto sexual dividem-se de várias formas: exibicionismo, erotismo, onanismo, fetichismo, frigidez, necrofilia, uranismo, etc.

Entretanto, GARCIA-PABLOS DE MOLINA afirma acertadamente que os processos patológicos mentais devem ser vistos, do ponto de vista quantitativo, como pouco significativos, ponderando-se a totalidade da população criminosa⁴⁷.

E quais as condutas puníveis no Título VI da Parte Especial do Código Penal? A par de crimes clássicos, como o estupro e ao atentado violento ao pudor, pune-se as condutas eivadas do engodo, tais como posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, etc. São cinco subclasses de delitos: Crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216), de sedução e corrupção de menores (arts. 217 e 218), de rapto (arts. 219 a 222), de lenocídio (arts. 227 a 231) e tráfico de mulheres e de ultraje público ao pudor (arts. 233 e 234).

O ordenamento jurídico penal brasileiro não pune o homossexualismo, a sodomia ou o incesto. Quanto a esta última prática sexual, o que há é um aumento de pena, no artigo 226, II, para os crimes cometidos por ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão ou curador, etc. Já o adultério é definido como crime contra a família. Apesar de ter conotação sexual, o principal valor tutelado é a estabilidade da organização familiar. Hoje o assédio sexual é punido como crime contra a liberdade sexual (art. 216-A, CP).

Interessa, por fim, notar que esta gama de crimes é a que mais tem se alterado na sua interpretação judicial, no que diz respeito ao significado de determinadas condutas, diante a postura ética da sociedade. A valoração de determinados atos de conotação sexual, frente à coletividade, tem se modificado historicamente.

Não precisa nem ir muito longe nesta análise. Basta verificar a Parte Especial do Código Penal, da década de 40, que até hoje vige. A dinâmica da vida em sociedade, e a historicidade destas mesmas relações, impõem mudanças nas posturas sexuais.

Direito e sociedade são entidades congênicas e que se pressupõem. "O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. A sua causa material está nas relações da vida, nos acontecimentos mais importantes para a vida social."⁴⁸ As normas jurídicas devem se encontrar em conformidade com o anseio social, com as construções culturais históricas de um povo. O Direito, como manifestação social, não pode ficar alheio a todo este processo de construção social de normas culturais.

⁴⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, p. 256.

Os crimes contra os costumes inserem-se na vinculação coercitiva que o Direito Penal impõe sobre a conduta dos membros da sociedade. Refletem, tais delitos de conotação sexual, os parâmetros dos valores ético-sexuais da coletividade.

A punição para os crimes contra os costumes é uma forma de manutenção destes padrões. Mas o Direito não pode ficar inerte à histórica evolução cultural dos povos. Os padrões ético-sociais se alteram, modificam e se flexibilizam, sendo condicionadores do momento legislativo e da posterior interpretação da norma.

Assim deve ser vista a questão das liberdades sexuais, e assim funcionam os elementos normativos nestes tipos penais: como possibilidades interpretativas de ratificação, ou inovação, dos valores ético-sociais da coletividade, no que tange à sua liberdade sexual. Tais valores serão sempre tutelados. Somente se pergunta como, e de que forma, será esta tutela, frente ao historicismo cultural.

VI - A interpretação dos elementos normativos nos tipos legais dos crimes contra os costumes.

À seguir, elenca-se os principais elementos normativos, de cunho ético-sexual, encontrados nos crimes contra os costumes, título VI do Código Penal brasileiro.

1 - Pudor

O instinto sexual do ser humano tem seus limites nos interesses sociais. Por HUNGRIA, "o apetite sexual, antes de tudo, é uma necessidade geral do organismo provocada pela sensação de plenitude, ou seja, uma certa necessidade de evacuação⁴⁹".

A existência do pudor se explica com a estrutura biológica do ser humano, que se coloca em uma posição de respeito a todos os outros membros da coletividade. É a sua resistência às forças do instinto sexual.

Assim, o pudor exerce uma ação preventiva aos instintos sexuais desviados, através de uma inibição dos mesmos, por critérios ético-sociais. Nas palavras de NORONHA, o pudor veio a ser um sentimento não só individual, mas antes coletivo, ditando as normas de cunho sexual⁵⁰.

⁴⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, p. 8.

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, p. 89. O autor tirou as idéias da literatura de MONTAIGNE (*L'e instinct sexuel*).

⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal...*, p. 95.

Determinar a origem e evolução do conceito de pudor é tarefa árdua. A sua evolução é lenta, com avanços e recuos, como é a própria história das culturas das diversas sociedades. Primitivamente, parece ter sido o pudor um recurso de que dispunham as mulheres para não se entregarem sexualmente a quem não desejassem. Teria sido, inclusive, anterior até à própria iniciativa de ocultação das genitálias⁵¹. Vários fatores originaram o pudor, para HUNGRIA: o receio de intercorrente ataque de competidores, que levou o homem a ocultar o ato sexual; receio de causar desgosto, pela proximidade da genitália e dos órgãos excretores; etc⁵². O pudor psicológico teria antecedido o pudor anatômico, estando presente em todos os seres humanos:

"Il pudore è dunque legato alla stessa costituzione psicofisica dell'uomo. Donde la sua universalità, comprovata positivamente da ricerche etnologiche, alla cui stregua è stato accertato che il pudore si riscontra in tutti i popoli (ivi compresi i più primitivi) e non manca mai negli individui normali, anche si esprime in forme diverse⁵³".

É o pudor inspirador dos bons costumes, das regras de conduta e harmonia social. Assim pensa NAVARRETE: "En realidad, el pudor representa un sentimiento de los individuos que componen una cierta sociedad, que sólo pode ser aprehendido mediante un análisis que tenga en cuenta tantos factores históricos como ambientales"⁵⁴.

O conceito de pudor, entendido como uma forma de sensibilidade humana⁵⁵ - que impulsiona a uma reserva natural quanto a alguns atos e costumes de determinada época, no que diz respeito a condutas sexuais -, deve ser entendido como sentimento que se apresenta nas experiências cotidianas, sendo fruto das vivências coletivas. Com NAVARRETE tem-se a seguinte assertiva:

"El estudio del fenómeno ético-social del pudor permite, en efecto, al intérprete constatar cómo se delimita el ámbito real de esta categoría práctica de valor en una sociedad y en una época específicas, en las que adota una actitud variable el característico sentido de reserva que, de forma inherente, con él se halla conectado⁵⁶".

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, p. 90/91.

⁵² *Id ibid*, p. 91.

⁵³ VENDITTI, Rodolfo. *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, p. 07

⁵⁴ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Introduccion a los delitos contra la honestidad*, p. 138.

⁵⁵ "Dal punto di vista psicologico, esso consiste in un senso penoso di riservatezza, e, nella, gamma dei sentimenti umani, viene generalmente collocato in una posizione intermedia tra a collera e la paura" (VENDITTI, Rodolfo. *La tutela penale...*, p. 08).

⁵⁶ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Introduccion...*, p. 138.

Em cada sociedade as condições de vida criam, em virtude das reações coletivas concretas, um conceito de pudor médio, que se altera à medida que a cultura deste povo se transforma. É um equívoco afirmar, como fez HUNGRIA, que o pudor está em decadência na nossa sociedade atual⁵⁷. Tal afirmação, inclusive, é fruto de um sentimento de determinada época - HUNGRIA escreveu tal afirmativa na década de 50 do século passado -, com padrões de liberdade sexual muito mais restritos. O pudor não está em crise, tendo somente algumas premissas de liberdade sexual alteradas. Tais mudanças são progressivas na sociedade, pelo que tem o intérprete do direito que assimilá-las, para uma perfeita análise deste elemento normativo em alguns tipos penais.

No Código Penal brasileiro, o conceito de pudor está incluso expressamente nos crimes do título VI, mais especificamente nos delitos dos artigos 214 (atentado violento ao pudor) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude). Todavia, o pudor é objeto da tutela de todos os crimes deste título.

2 - Mulher honesta

O conceito de mulher honesta é de importante apreensão, pois pode revelar uma interpretação judicial discriminatória da norma penal, ou, ao contrário, fazer com que a lei penal tenha um caráter democrático e de respeito à Constituição Federal, que prega que todos são iguais perante a lei, não havendo discriminação em função do sexo.

Ressalva seja feita, no sentido de delimitar que a honestidade que ora se coloca em discussão situa-se estritamente no campo da sexualidade. Desta forma, a mulher honesta é aquela que tem a conduta sexual irrepreensível, não abandonando o mínimo de decência que exigem os padrões médios de conduta de determinada coletividade⁵⁸.

Não perde a referida qualidade de honestidade, a amásia, a concubina, a atriz de cabaré, desde que não se despeçam das elementares reservas de pudor⁵⁹. Assim, estão excluídas não só as prostitutas, mas como as mulheres fáceis, de vários leitos, concluem os clássicos autores, em especial HUNGRIA e NORONHA.

Mulher honesta é aquela que, mesmo sem se abster da prática do ato sexual, mantém-se honrada, com decoro e compostura, qualidades que a tornam respeitada em seu meio social. Não se quer nem a clausura da mulher, nem o seu desregramento

⁵⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, p. 93.

⁵⁸ *Id ibid*, p. 150.

⁵⁹ *Id ibid*, p. 150.

sexual. Por outra via, não se vincula o conceito ao de virgindade⁶⁰. Quando o legislador quis afirmar que o sujeito passivo de determinado crime fosse uma mulher virgem, ele o fez expressamente, como no artigo 217 (sedução) do Código Penal brasileiro.

Ocorre que o interprete de hoje tem que vislumbrar que os padrões de conduta sexual se alteraram. A mulher desenvolveu sua sexualidade e aprendeu a lidar com o próprio corpo, coisa que à época em que escreveu HUNGRIA, por exemplo, era impensável. A relação da mulher com a sexualidade hoje é mais natural, sem traumas e censuras que antes se lhe impunham.

A honestidade da mulher continua a ser um conceito de ordem sexual, elementar de alguns tipos penais que é. O que se coloca em questão é a atitude do intérprete do direito, frente às vanguardas que dizem respeito às conquistas da mulher, no campo sexual. Não se pode deixar de colocar tal análise ao verificar a mulher honesta. A promiscuidade e desregramento da atividade sexual, seja do homem ou da mulher, ainda hoje atingem o pudor médio social. No caso da mulher é elementar dos sujeitos passivos - vítimas - de tipos penais.

São portadores de tal elemento normativo, os seguintes artigos do Código penal brasileiro: art. 215 (posse sexual mediante fraude), art. 216 (atentado ao pudor mediante fraude), art. 219 (rapto violento ou mediante fraude).

A exigência da honestidade da mulher, nestes crimes ora elencados, baseia-se na idéia de que a mulher que tem a conduta sexual desregrada - não sendo, portanto, honesta -, não seria levada a erro nos assuntos de cunho sexual. Erro, este, que é o cerne dos tipos penais que contêm a elementar *mulher honesta*. Resta o questionamento sobre a necessidade desta elementar, diante do nosso atual molde cultural.

3 - Atos libidinosos

Ato libidinoso é todo aquele que vise satisfazer a luxúria de alguém. Em um aspecto objetivo, é todo ato que atente contra a noção de pudor do homem médio, em uma determinada sociedade que tenha um padrão concretizado de moralidade. Deverá o

⁶⁰ Na jurisprudência colhida da obra de MIRABETE (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 1275): "TJSP: Não é exato o entendimento de que a denúncia por crime de posse sexual mediante fraude somente pode ser recebida após uma perícia que revelasse o defloramento da vítima. Isto porque à posse sexual mediante fraude está sujeita a mulher honesta e, como a honestidade não é privilégio das virgens, segue-se que o crime pode ser praticado até contra mulher já deflorada, como a casada (RT 410/97)".

ato ter, ainda, a motivação e finalidade a satisfação da lascívia. Assim, o ato deve, além de materialmente ser indecoroso, ser tradução de uma expansão da luxúria⁶¹.

São ações que não visam a conjunção carnal, na visão que o termo empresta aos crimes contra os costumes. Alguns destes atos são verdadeiros sucedâneos da cópula normal. Outros, entretanto, são apenas reflexos de perversões do autor do delito, manifestados no seu instinto sexual desviado⁶². Nos atos libidinosos do crime de corrupção de menores (art. 218 do Código Penal), o termo é visto em sentido amplo, nele se incluindo, também, a conjunção carnal. É de se notar que no referido art. 218, o termo é *atos de libidinagem*, e não mais *atos libidinosos*.

Não há ato libidinoso sem libidinagem. Ato libidinoso é carregado de lascívia. É, via de regra, inspirado pela concupiscência e destinado à satisfação do instinto sexual. Entre os atos libidinosos, podem ser citados, como exemplos, a *fellatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus*, o *coito anal*, o *coito inter femora*, a *masturbação*, os *toques nas partes íntimas da vítima - ou fazer com que a vítima toque estas partes do delinqüente*, etc.

Existem atos que são explicitamente libidinosos. Outros, todavia, derivam a sua feição libidinoso das circunstâncias que acompanham o ato. A ação simplesmente inconveniente, sem conotação sexual, não constitui ato libidinoso.

Na visão de NORONHA, os atos libidinosos contemplam uma gradação de luxúria e depravação: dos meros toques aos coitos anormais - anais e orais⁶³.

Devem ser, os atos libidinosos, cometidos contra o corpo da vítima, ou fazer com que esta os cometa contra o corpo do delinqüente, ou, ainda, contra o seu próprio. Simples palavras obscenas não são capazes de se apresentarem como atos de tal índole.

O que a norma penal protege, ao delimitar o ato libidinoso em tipos penais, é a liberdade sexual da vítima destes atos. Diz, HUNGRIA⁶⁴, que é suficiente que o ato atente contra o pudor do homem médio, independentemente da vítima perceber seu cunho

⁶¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*; curso completo, p. 504.

⁶² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, ..., p. 125.

⁶³ *Id ibid*, p. 126. "Há impudícias macroscópicas, como sejam as topo-inversões (coito anal, *fellatio* ou *in ore*, o coito intercrural ou *inter femora*, o coito perineal, o *cunnilingus*, a cópula entre os seios, na axila, etc), a auto ou heteromasturbação, as esfregações torpes de um corpo em outro (mesmo sobre as vestes), e há aquelas outras que não têm analogia alguma com a cópula e, de regra, são inidôneas para o fim de espasmo genésico (ex.: o tateio do *pudendum* ou das nádegas, a apalpação dos seios, o gesto de alçar as vestes de uma mulher para o fim de contemplação lasciva, etc.)." (HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, p. 134).

⁶⁴ *Id ibid*, p. 134.

sexual. Afirma, ainda, que pode falhar no sujeito passivo, por depravação sexual ou por incapacidade mental, a idéia de que aquela ação é obscena. Mesmo assim, conclui, existe a verificação do ato libidinoso. Tanto pode ser vítima o adulto de conduta sexual consciente, como pode ser um alienado mental ou pessoa sexualmente desregrada.

Hoje se analisa detidamente se o beijo forçado constitui ato libidinoso. A doutrina e a jurisprudência ainda consideram, os beijos forçados, agressões à liberdade sexual da vítima, consistindo, pois, em atos libidinosos⁶⁵.

São os seguintes tipos penais que contém este elemento normativo - ato libidinoso - no título VI do Código Penal brasileiro: art. 214 (atentado violento ao pudor), art. 216 (atentado ao pudor mediante fraude), art. 218 (corrupção de menores. Aqui a expressão é *atos de libidinagem*, que tem significado mais amplo), e art. 221 (causa de diminuição de pena no crime de rapto, arts. 219 e 220).

4 - Fins libidinosos

Em alguns delitos, do título dos crimes contra os costumes, há um especial fim de agir, que se verifica com expressão *fins libidinosos*. Via de regra, define-se tal expressão como um elemento subjetivo do injusto, parte do tipo subjetivo e definidora de um fim específico de agir do delinqüente.

Esta análise não está equivocada, muito antes pelo contrário. Em determinados delitos de cunho sexual, além do dolo ligado à liberdade sexual da vítima, existe um especial fim de agir, consistente no fim libidinoso que tem o criminoso.

Ocorre que tal expressão carrega uma valoração de cunho ético-sexual. Assim, por que não considerá-la também, um verdadeiro elemento normativo do tipo penal, ao lado de ser um constituinte do tipo subjetivo?

⁶⁵ "TJRJ: O beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrário à vontade da vítima' (RT 534/404). 'TJSP: Pratica atentado violento ao pudor, e não tentativa de estupro, e muito menos a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, aquele que, para desafogo de sua confessada concupiscência, constrange a vítima, mediante violência física e grave ameaça, a suportar lascivo contato corpóreo, consistente em abraços e beijos.' (RT 567/293). No mesmo sentido, TJSP: JTJ 144/273." (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal...*, p. 1263.). Mas somente o beijo dado com violência, conforme COSTA JÚNIOR: "entretanto, como a norma pune a prática do ato libidinoso praticado mediante violência, será difícil configurá-la, se o agente vier a beijar de inopino, embora em partes recatadas, a vítima. Além disso, o beijo, nos tempos atuais, não pode ser considerado um ato de descomedimento do apetite carnal." (COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal...*, p. 504).

A carga valorativa que tem a referida expressão autoriza este tipo de entendimento. Não há nenhum empecilho, seja ontológico ou axiológico, de se considerar um elemento da dogmática penal em duas categorias diferentes.

Assim, fim libidinoso, a par de ser um elemento subjetivo do injusto, é também um verdadeiro elemento normativo do tipo penal, valorador da ilicitude da conduta.

Conforme escrito linhas atrás, não há ato libidinoso sem libidinosidade. A libidinagem é o descomedimento do apetite sexual. É o escopo de satisfazer a vontade libidinoso, contrária à moral do homem médio, por intermédio de determinados atos.

Existe fim libidinoso em todo ato lascivo realizado para a satisfação da luxúria do agente, inclusive na conjunção carnal⁶⁶.

São portadores da expressão *fins libidinosos*, nos crimes contra os costumes: art. 219 (rapto violento ou mediante fraude) e art. 229 (casa de prostituição).

5 - Conjunção carnal

A conjunção carnal se define como a união dos órgãos genitais de pessoas de sexo diverso. Flamínio Fávero define a conjunção carnal como a cópula vaginal, "em que há a introdução do membro viril em ereção, na cavidade vaginal feminina, com ou sem ejaculação⁶⁷".

Quanto à sua natureza, MESTIERI⁶⁸ evidencia três critérios para conceituar a conjunção carnal: restritivo, amplo e amplíssimo. Restritivo é o critério que somente admite a conjunção carnal quando houver união sexual normal - cópula vaginal. O conceito amplo aceita a conjunção carnal em coitos vaginais e anais. Por fim, amplíssimo é o critério que aceita a conjunção carnal no ato sexual normal, ou em qualquer sucedâneo dele.

Continua, o autor, dizendo que quanto às pessoas que participam da conjunção carnal, o conceito pode ser restrito - exigindo diversidade de sexos -, ou amplo, aceitando a conjunção carnal com pessoas de mesmo sexo.

Por fim, conclui MESTIERI⁶⁹ que, quanto à suficiência da conjunção, existem quatro vertentes. A primeira não exige mais que um simples contato externo dos órgãos genitais. A segunda exige penetração do pênis na vagina, mesmo incompleta. Uma

⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, V II, p. 435.

⁶⁷ FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*, p. 214.

⁶⁸ MESTIERI, João. *Do delito de estupro*, p. 59.

terceira corrente só aceita a conjunção com a penetração completa. Por fim, a idéia de que se deve exigir, além da penetração completa do pênis, também a ejaculação.

Para o ordenamento jurídico-penal brasileiro só há conjunção carnal entre pessoas de sexo oposto, desde que haja cópula vaginal, mesmo incompleta. E a conjunção carnal é elementar dos seguintes delitos, no título VI do Código Penal : art. 213 (estupro), art. 215 (posse sexual mediante fraude), e art. 217 (sedução).

6 - Lascívia

Lascívia é a sensualidade, luxúria e libidinagem, não importando em qual ato estejam estampadas estes instintos sexuais. Pode existir lascívia no ato sexual normal, composto pela cópula vaginal, como nas outras condutas sexuais, e mesmo nas ações meramente contemplativas, que revelem um desvio de conduta de ordem sexual.

Nos crimes cometidos sob o signo da lascívia, o delinqüente atua sobre a vítima, no sentido de que esta se preste aos desejos sexuais daquele. Tais desejos, como já afirmado, podem ser atendidos com a cópula vaginal, bem como através até mesmo da simples contemplação da nudez forçada da vítima.

A lascívia é o atendimento, por parte da vítima, aos caprichos e perversões sexuais do delinqüente. É o seguinte tipo penal que contém o referido elemento normativo: artigo 227 do Código Penal (mediação para satisfazer a lascívia de outrem).

7 - Prostituição

"Se há um fenômeno social contra cujo livre exame se acumulam irredutíveis preconceitos é o da prostituição⁷⁰". A coletividade, nesta visão de HUNGRIA, reconhece na prostituição um despreço aos seus padrões ético-sexuais. Entretanto, paradoxalmente, esta mesma sociedade a aceita como um "mal necessário". A prostituição é tolerada, assim, como uma fatalidade da vida social.

Tanto assim o é, que a ordem jurídica de vários países não coloca a prostituição entre as condutas delituosas. Pune-se, sim, aqueles que se aproveitam e lucram com ela. O ordenamento jurídico-penal brasileiro toma tal posicionamento.

Prostituição é a atividade de comércio sexual que as pessoas exercem, negociando o próprio corpo para satisfazer os desejos sexuais de quem as contrata.

⁶⁹ *Id ibid*, p. 61.

A sociedade, que prega o pudor médio com tanta veemência, prefere deixar de lado o problema social no qual se transformou a prostituição. Cada vez mais pessoas entregam-se a esta atividade, como forma de sobrevivência. A falta de cultura e de informação, aliada à ganância de algumas pessoas que exploram inescrupulosamente a atividade, levam a um quadro assustador acerca da prostituição no Brasil.

No que tange à prostituição infantil, o quadro é muito mais grave. O que se vê, na mídia, na literatura especializada e na realidade jurisprudencial, é a reduzida idade de meninas, que, às vezes com 12 anos de idade, já não têm perspectiva nenhuma de abandonar a exploração sexual à qual estão submetidas.

Em torno do problema, HUNGRIA⁷¹ propõe três atitudes distintas: proibir radicalmente a prostituição, dar permissão irrestrita, ou dar uma liberdade controlada à atividade. A primeira proposta, afirma o autor, é baseada em um moralismo desproporcionado. Quanto à segunda, ele considera igualmente inaceitável, porquanto resultaria na perda de valores sexuais da coletividade. Propugna, então, pela terceira via, que seria a menos dolorosa para sociedade.

Entretanto, nenhuma das propostas visa reconhecer a prostituta como ser humano, merecedora de respeito e dignidade. Aceitar uma liberdade vigiada significa lançar estas pessoas aos prostíbulos e não mais discutir o tema, taxando-o de imoral. Se o estabelecimento atende a uma clientela de classes sociais mais abastadas, a sociedade o aceita. Se a prostituição é, como na maioria dos casos, verificada nas classes sociais menos favorecidas, torna-se promiscua. Não deve estar entre os fins protetivos da norma penal a avaliação da conduta moral das pessoas que utilizam a prostituição como meio de subsistência. Seria um Direito Penal de Autor, já execrado pela doutrina penal.

O jurista de hoje, ao interpretar e valorar a prostituição, deve levar em consideração a dimensão social da questão. Deve verificar a prostituta como um ser humano, a quem é devido o respeito absoluto. O que se deve valorar são as condições que empurram as pessoas à prostituição, erradicando as desigualdades sociais. Deve-se, igualmente, punir as ações daqueles que se aproveitam da atividade.

Os tipos penais, do título VI da Parte Especial do Código Penal, que contém o termo são os seguintes: art. 228 (favorecimento à prostituição), art., 229 (casa de prostituição), art. 230 (rufianismo), e art. 231 (tráfico de mulheres).

⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, p. 271.

8 - Ato e objeto obsceno

A doutrina não tem unanimidade na conceituação de ato obsceno. Conforme COSTA JÚNIOR⁷², parte da doutrina considera obsceno o ato que ofende o pudor médio de um povo. Em um segundo grupo de idéias, pensa-se o obsceno como tudo o que consegue agredir a sensibilidade moral do ser humano, segundo padrões médios de comportamento da coletividade. Assim, para esta corrente, obsceno não se refere apenas ao conteúdo sexual, mas tudo ao que cause repulsa e asco. Por fim, uma terceira doutrina sustenta que o ato obsceno ultrapassa, em um senso fisiológico, a impudícia e a lascívia, consistindo nas manifestações sexuais mais ousadas. Para este último grupo, o ato obsceno traduz, além da repulsa que é marca do segundo grupo doutrinário, uma licenciosidade sem qualquer dissimulação.

Neste último grupo, que conta com a adesão da norma penal brasileira, verifica-se o ultraje ao pudor - às normas de moralidade sexual - , sempre que estes atos se realizem em público. Trata-se, aqui, de defender o pudor público.

Ato obsceno é, pois, aquele ato que tenha cunho sexual, em sentido amplo. São aqueles que, embora não se referindo à atividade sexual, envolvem órgãos a ela referentes⁷³. A própria ação de urinar, natural a qualquer animal, quando feita pelo homem, em público, pode se tornar um ato obsceno. São outros exemplos: bolinação em público, apalpar nádegas e seios em público, exhibir em público os órgãos sexuais, etc.

O ato obsceno distingue-se da prática libidinosa que, normalmente, está compreendida nele. Ocorre que, naquele, o agente executa ação que vai contra os bons costumes e o pudor médio da sociedade, sendo, eventualmente, libidinoso. Na prática libidinosa há o desafogo da lascívia de alguém, que usa de outra pessoa para tanto.

O ato obsceno entra em atrito com o sentimento médio de pudor da coletividade, no que tange a condutas de cunho sexual. Os hábitos sociais de determinada coletividade são analisados em determinado momento histórico, para a verificação da ofensa ao pudor, através de atos obscenos.

E a função judicante tem que estar atenta aos padrões culturais de seu tempo, pois eles delimitarão a carga valorativa que tem um ato, podendo ser obsceno ou normal. NORONHA coloca um exemplo curioso. Diz ele sobre a reação social frente a

⁷¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, p. 272.

⁷² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal*, (...) p. 532.

⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual...*, p. 470.

uma mulher que usasse um biquíni na praia, durante a época imperial do Brasil⁷⁴. E hoje em dia até o top-less é aceito nas praias do país... Com alguma reserva, mas aceito.

Disso tudo, deve-se deduzir que o ato somente é obsceno quando em confronto com os usos e costumes da época e lugar em que foi cometido. O pudor não evolui de forma idêntica em todos os lugares. Até no mesmo país, como o Brasil, as diferenças regionais impedem que se tenha uma valoração única de determinados atos.

Com esta consciência o intérprete da norma tem que valorar este elemento normativo. Adequá-lo à dinâmica cultural do tempo e lugar em que foi realizado.

No que tange aos objetos obscenos, as afirmativas acima são igualmente válidas. A obscenidade de um objeto, ou mesmo de um escrito, está no contraste deles para com a coletividade, através do padrão médio de pudor.

O que dizer do nu artístico, das peças teatrais e filmes com cenas de sexo? São obscenas? Discute-se, nos crimes que contêm a punição ao objeto/escrito obsceno, a verificação da arte, ao invés da obscenidade. Com FRAGOSO a idéia de que a sociedade moderna reivindica o direito à pornografia, desde que reservadamente e destinada ao público adulto⁷⁵. O julgador não pode deixar de se envolver pelos anseios valorativos dos novos tempos, claramente mais concessivos quanto a arte ligada à sexualidade. O que não se pode abrir mão é de um mínimo ético na veiculação da "arte obscena", sob pena de influenciar de maneira perniciosa aqueles que ainda estão em formação de valores éticos: a criança e o adolescente.

Os artigos 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno) trabalham, nos crimes contra os costumes, com estes elementos normativos.

9 - Sedução e virgindade

Virgem é a mulher que nunca manteve a cópula vaginal, normalmente permanecendo com o hímen intacto. Diz-se normalmente, porque a ruptura do hímen pode se dar por um trauma, sem que haja coito vaginal. A própria masturbação pode rompê-lo. Ainda, podem alguns himens não se romperem quando da primeira relação sexual da mulher. Denominam-se himens complacentes.

⁷⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal...*, p. 279.

⁷⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...*, v 3, p. 88.

Para o ordenamento penal, todavia, a sedução exige algo mais que a simples verificação física da virgindade. A situação da mulher, para que se possa afirmar que ela foi seduzida, passa também pela avaliação subjetiva da sua inexperiência sexual.

Inexperientes são as mulheres virgens que, embora não sejam inocentes, não conseguem avaliar as conseqüências de seus atos de cunho sexual. Seduzir é, então, ludibriar esta mulher virgem e inexperiente, para com ela manter conjunção carnal.

Difícil, hoje em dia, constatar uma mulher que, mesmo sendo virgem, seja inexperiente a ponto de se entregar de forma desavisada ao parceiro sexual que quer enganá-la. A cultura do nosso tempo trabalha muito em função da orientação sexual. Os meios de comunicação, a educação escolar, familiar, e até mesmo religiosa, cumprem este papel de forma satisfatória.

A questão da sedução tem que ser revista no nosso ordenamento penal, no intuito de ser verificada sua eficácia diante da conjuntura cultural dos novos tempos. O tipo penal que trabalha com a sedução é o do artigo 217 do Código Penal (sedução).

10 - Corrupção de menores

Corromper é perverter, viciar, depravar e contaminar a moral da vítima. É a própria "contaminação da consciência da vítima pelo conhecimento de práticas imorais ou de hábitos de lascívia que se fixam no seu ânimo como elementos eróticos intempestivos ou viciosos, antes não existentes"⁷⁶.

A corrupção mencionada no ordenamento jurídico-penal, no que se refere aos crimes contra os costumes, diz respeito apenas aos vícios de ordem sexual, apresentados aos menores de idade. São aquelas condutas que terão o condão de inspirar no menor instintos sexuais viciados ou intempestivos.

O que se deve tutelar, e assim tem que ser visto pelo julgador, é a normalidade do aprendizado sexual do menor. É tentar impedir que ele amadureça sexualmente antes do tempo natural, ou que adquira um trauma sexual. É perceptível que o adolescente, que ainda desenvolve sua sexualidade, pode não compreender a extensão das conseqüências dos atos de ordem sexual aos quais foi submetido, ou que tenha presenciado. É desta forma que o intérprete do direito tem que valorar a corrupção de menores.

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual...*, p. 430.

Nos crimes contra os costumes, é o artigo 218 (corrupção de menores) que usa deste elemento normativo.

VIII - Conclusão

Os crimes de ordem sexual são permeados de conotações éticas. Tutela-se, nesta gama de delitos, um mínimo ético-sexual, para que a sociedade conviva harmônica, com respeito ao padrão médio em relação a estas condutas. Igualmente, já se constatou que a ordem jurídico-penal não guarda identidade total com os padrões morais-teológicos. Podem convergir, os princípios fundamentais das duas searas de conhecimento, mas não são, necessariamente, idênticos.

Neste contexto, é fácil afirmar que são, os elementos normativos do tipo penal, fundamentais para a implicação das conotações valorativas nos crimes contra os costumes. São, estas espécies de elementos do tipo penal, reveladoras de valorações de determinados conceitos. O que é pudor, por exemplo? No que consiste o ato obsceno? Em uma determinada época, como se define a mulher honesta?

São perguntas respondidas com a correspondente valoração dos significados de tais elementos normativos: mulher honesta, pudor, ato obsceno. Foi a forma que o legislador encontrou para manter eficaz uma norma penal de cunho sexual, que está sujeita à necessária conformação histórica dos valores culturais da sociedade, no momento de sua aplicação.

Os elementos normativos são tentativas de postergar a vigência das normas penais através dos tempos, diante das mudanças dos padrões de conduta da sociedade. Mesmo com o perigo à legalidade, os elementos normativos são importantes ao atualizado entendimento do significado ético impresso nos crimes contra os costumes. O que se verifica é a necessidade de uma fundamental tomada de consciência de que as interpretações de tais elementos devem obedecer a critérios rigorosos.

Assim, interessantes são as palavras de LUIZ LUISI⁷⁷ :

"Válido é recomendar ao legislador que não abuse do emprego de elementos normativos na elaboração da tipologia penal. Aconselhável, e mesmo necessário, é limitar a órbita de valoração do intérprete e do aplicador da lei, condicionando essas valorações a certas diretrizes impostas pelos valores maiores, e fundantes do ordenamento jurídico penal."

⁷⁷ LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal, p. 59.

Conclui-se com a posição de TAVARES, que verifica a frequência com que o legislador recorre à técnica de legiferação sintética, deixando ao intérprete a complementação do sentido do tipo penal, no caso concreto⁷⁸. Continua, afirmando que estas fórmulas são aceitas, mas que seu uso pode determinar violação à legalidade. Tais fórmulas podem demonstrar, segundo TAVARES, que o legislador não está plenamente convicto de como irá tipificar determinada proibição. Por fim, afirma que "é imprescindível uma tomada de posição semiológica, quer dizer, esses elementos devem ser vistos na sua dimensão política dentro do discurso que fundamenta e que quer legitimar o poder de punir."⁷⁹

Buscou-se, no presente trabalho, um ensaio de sistematização dos elementos normativos contidos nos crimes contra os costumes, do Código Penal brasileiro.

IX - Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, Jason. *Noções de criminologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale; parte generale*. 12 ed. Padova: Cedam, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. Leis, Decretos, etc. *Código penal*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal; parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 1.
- _____. *Crimes contra a pessoa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 1992.
- COSTA JR., Paulo José. *Direito penal; curso completo*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 7 ed. São Paulo: Marins, 1962, v 2.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal; a nova parte geral*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 187.

- _____. *Parte especial*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v 1.
- _____. *Parte especial*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v 3.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1950, v II.
- HUERTA, Jimenez. *La tipicidad*. México, 1955.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. VIII.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *El criminalista*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1948, v 8.
- _____. *Tratado de derecho penal*. 3 ed. Buenos Aires: Losada, s/d, t 3.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal; parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Safe, 1987.
- MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal; parte especial*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000, v 2.
- _____. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Safe, 1988. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 18 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Introduccion a los delitos contra la honestidad*. Sevilla: Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1975.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v 3. Atualizado por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera.
- PAGLIARO, Antonio, FRANCHINA, Giovanni. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1996.

⁷⁹ *Id ibid*, p. 188.

- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*; um estudo comparado. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2 ed., revista. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000.
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Del Palma, 1979.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito; variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho penal; parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VENDITTI, Rodolfo. *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*. 2 ed., ampliata e aggiornata. Milano: Giuffrè, 1963.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro; parte geral*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.