

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS
UNIEVANGÉLICA *CAMPUS* CERES
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE
SEXUAL**

MARAILZE SANTOS MOREIRA

CERES-GO

2019

MARAILZE SANTOS MOREIRA

**A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE
SEXUAL**

CERES-GO

2019

MARAILZE SANTOS MOREIRA

**A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE
SEXUAL**

Monografia apresentada à UniEvangélica
Campus Ceres, Curso de Graduação em
Direito, 2019.1

Orientador: Profº Esp. Laurentino Xavier Silva

Ceres-GO, junho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

Monografia apresentada à UniEvangélica
Campus Ceres, Curso de Graduação em
Direito, 2019.1

Orientador: Profº Esp. Laurentino Xavier Silva

BANCA EXAMINADORA

Membros componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Profº Esp. Laurentino Xavier Silva
UniEVANGÉLICA *Campus Ceres*

Membro Titular:
UniEVANGÉLICA *Campus Ceres*

Membro Titular:
UniEVANGÉLICA *Campus Ceres*

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Luiza e Railton, a quem devo a vida e a pessoa que me tornei.

À minha família, por ser minha base e suporte nos momentos de dificuldades, e, em especial, à minha irmã Rayane, mulher forte e guerreira que sempre me inspira a ser uma pessoa melhor.

À Karine, grande e inestimável amiga, que significativamente contribuiu para minha caminhada. Eu amo muito todos vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me possibilitar vivenciar esse momento e me oportunizar trilhar essa jornada, contribuindo para meu conhecimento e formação acadêmica, e, além disso, conhecer pessoas maravilhosas, professores que se tornaram amigos, e amigos que se tornaram família.

À minha família que junto comigo saboreou os bons momentos de alegria e celebrou as pequenas vitórias, bem como, foram meu suporte e apoio quando eu pensava não conseguir, especialmente minha mãe Luiza e irmã Rayane, serem meus exemplos de mulheres fortes, guerreiras e vitoriosas. Ao meu companheiro, Vinícius, pelas razões de o serem, por me apoiar e me suportar em momentos de nervosismo, por acreditar em mim e na minha capacidade.

Aos meus queridos amigos, em especial, à Karine, minha gratidão, por nunca me desamparar e me mostrar o verdadeiro significado de amizade, por estar comigo quando eu mais precisei, chamando minha atenção e me ajudando quando eu pensei em falhar; também ao meu amigo Jeferson, que mesmo longe esteve sempre ao meu lado.

Aos meus nobres professores, mestres em minha jornada, meu muito obrigada, de coração. Em especial, ao mestre Glayzer, que em momentos de desânimo me incentivou a não desistir e acreditaram na minha capacidade de chegar onde eu quisesse chegar, e, mesmo não estando mais lecionando nesta instituição, aos egrégios professores Paulo Alberto, Maria Fernandes e Geruza, são fonte de inspiração e sou muito grata por todos os ensinamentos.

Aos meus ilustres orientadores, professor Valdivino, professor Vitor, no projeto de pesquisa, e professor Xavier, na monografia propriamente dita, foram essenciais contribuindo para minha formação, transformando este momento em intenso aproveitamento, sempre prontos a esclarecer minhas dúvidas, e quando eu pensava não conseguir, me mostravam o contrário, trilhando o caminho junto comigo. Nunca estive sozinha nessa jornada. A nobreza não está em um título, mas sim no coração de quem realmente é. Obrigada a todos os professores, sem os senhores, minha formação não seria possível.

Agradeço imensamente a todos que contribuíram comigo, que me apoiaram, que não me deixaram desistir quando eu pensava não ter mais forças para continuar, que me fazem acreditar na vida todos os dias, que as pessoas podem ser boas e que os sonhos valem a pena ser vividos intensamente. Minha eterna gratidão.

“Enquanto há vida, há esperança.”

(Eclesiastes 9: 4)

RESUMO

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

Este trabalho tem por objetivo geral verificar a incidência e a eficácia da tutela da dignidade sexual ofertada pela legislação brasileira. O tema trata-se da legislação brasileira, que é o conglomerado de normas e leis distribuídas de forma hierárquica e da tutela que é ofertada pelo Estado à dignidade sexual. Em específico, são analisadas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também o Código Penal de 1940, a Lei nº 12.015/09, que alterou significativamente o aludido códex repressivo, e, especialmente, a Lei nº 13.718/18, que inclui o crime de importunação sexual e altera, ainda, a ação penal dos crimes do título VI, do CP/40, justificada e dada a sua relevância pelo fato de que as recentes alterações no referido diploma merecem ser esmiuçadas. A metodologia utilizada é de caráter exploratório e descritivo, visto a necessidade da análise de conceitos para maior esclarecimento do tema e dos resultados obtidos com relação aos objetivos específicos, sendo três, respectivamente, identificar a fundamentação da legislação brasileira e sua relação com o Direito Penal, identificar a dignidade sexual como bem jurídico-penal, para se chegar ao objeto deste trabalho, a verificação da efetiva tutela à dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro. As fontes utilizadas foram a compilação de dados, revisão bibliográfica e principalmente, a lei seca, que de maneira estratégica contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, pelo qual, em sede de considerações finais, estabelece a maneira que a legislação brasileira cuida da tutela da dignidade sexual do cidadão.

Palavras-Chave: Tutela jurídica. Dignidade Sexual. Liberdade Sexual. Legislação Brasileira.

ABSTRACT

THE BRAZILIAN LEGISLATION AND THE SEXUAL GUARDIANSHIP DIGNITY

This study has with the main goal to verify the incidence and efficiency of the sexual guardianship dignity offered by Brazilian legislation. The theme deal with the Brazilian legislation, who is the conglomerate of standars and laws shared in hierarchical and the guardianship is offered by the State to the sexual dignity. In the specific way, there are analyse the Brazilian Republic Constitution of 1988, as well as the Criminal Code of 1940, the 12.015/09 law that significantly altered by repressive codex mentioned. Moreover, the 13.718/18 law that included the sexual crime and change, the criminal action of the titles VI, CP/40, justified and made according to the relevance by the fact that there are recent changes that need be research. The methodology used here was the descrtive and explorative way, in view of the necessity to study the notions to clarify the theme and to find the results by the specific objetives who are thre, respectivilly, identify the Brazilian legislation grounds and its relationship with Criminal Code; Identify the sexual dignity as a criminal-legal thing to find the main goal of this work. At least, to investigate the effective guardianship in Brazilian laws. The sources consulted were articles, bibliographical revision and the laws, by itself, that were very importante to our writing and to do so we made our conclusion who tells that Brazilian laws take care of citizen sexual guardianship dignity.

Key-words: Sexual dignity. Sexual freedom. Brazilian legislation. Legal guardianship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10	
CAPÍTULO 1: A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL.....13		
1.1 Fundamentação Principlológica da Legislação Brasileira Relacionada ao Direito Penal .	13	
1.2 A Supremacia da Constituição Federal e os Princípios Constitucionais.....	13	
1.3 O Direito Penal e seu vínculo com o Direito Constitucional	14	
1.4 A Importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16	
1.5 Os Fundamentos dos Direitos e Garantias individuais.....	20	
CAPÍTULO 2: A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO-PENAL.....24		
2.1 O Bem Jurídico em um Panorama Geral no Direito.....	24	
2.2 A Tutela ao Bem Jurídico no âmbito do Direito Penal.....	29	
2.2.1 O Princípio da Mínima Intervenção do Estado x o Direito Penal Máximo.....	30	
2.3 A Dignidade Sexual para o Ordenamento Jurídico Brasileiro	33	
CAPÍTULO 3: A EFETIVA TUTELA À DIGNIDADE SEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO		37
3.1 A Lei nº 12.015, DE 07 de agosto de 2009 e o Reflexo das Alterações do Código Penal .	37	
3.1.1 Alteração do nome do Título VI do Código Penal	37	
3.1.2 Do Crime de Estupro	38	
3.1.2.1 Do Estupro de Vulnerável	39	
3.1.3 Da violência sexual mediante fraude.....	41	
3.1.4 Do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual e tráfico de pessoas para fins sexuais	42	
3.1.5 Modificação na Lei dos Crimes Hediondos	43	
3.1.6 A ação penal nos casos de crimes sexuais.....	43	
3.2 O Advento de Novas Leis – Lei nº 13.718, de 25 de setembro de 2018	44	
3.2.1 Importunação Sexual	44	
3.2.2 Divulgação de cena de estupro, ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou pornografia.....	45	

CONSIDERAÇÕES FINAIS47

REFERÊNCIAS50

INTRODUÇÃO

O tema a ser estudado neste trabalho é a legislação brasileira e a tutela da dignidade sexual. O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de normas e leis distribuídas hierarquicamente, que visam à regulação do Estado, no qual o Direito, bem como suas ramificações, devem obedecer e seguir o que preceitua o sistema normativo legal. Nesta seara, este trabalho busca a análise da legislação brasileira e a tutela da dignidade sexual, com foco no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, ou seja, o Código Penal, bem como as legislações que alteraram, de alguma forma, seu texto de lei, e, ainda, sendo imprescindível a fundamentação de 1988, que é a Carta Maior do Estado, e, sob as asas desta, estão as outras normas existentes no ordenamento pátrio.

Tal premissa enseja na justificativa e importância deste estudo acadêmico, pois, é certo que os crimes elencados no respectivo título causam movimentação social, geralmente envoltos de repúdio e ofensa por parte da população, de forma que as vítimas de tais delitos são muito mais atingidas, tanto pelo sofrimento causado pelo agente, quanto pelo olhar crítico e não longínquo de exclusão da sociedade. Assim, em caráter sociológico é nevrálgico o estudo e a pesquisa acerca deste tema, pois, a sociedade está em constante mutação, sendo equiparada a um organismo vivo, e, por isso, o direito deve acompanhá-la, fazendo o possível para que esse desenvolvimento seja tranquilo e pacífico. A seu turno, o direito, na seara jurídica e na busca por justiça, deve tutelar os bens jurídicos a que lhe são inerentes, de forma justa e ponderada, livre de valoração pessoal, pautada primordialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é de suma importância a essência desta pesquisa na verificação da tutela ofertada pelo Estado à dignidade sexual do indivíduo, com os parâmetros de que, como dito, pelas recentes alterações nos mandamentos jurídicos, nesta seara, tem-se o fito da busca pela eficácia da lei, tanto quando se fala em prevenção, quanto quando se fala em proteção estatal ao indivíduo, seus direitos e garantias fundamentais.

A realização desta pesquisa é feita através da compilação de dados por meio de análise documental, qual seja a revisão bibliográfica, a análise e leitura de doutrinas e obras de juristas, utilizando, ainda, pesquisa *online* acerca do tema, bem como a letra de lei, ou a ‘lei seca’, dispondo ainda de reportagens de jornais de veiculação nacional, de forma a possibilitar o estudo e o desenvolvimento progressivo deste trabalho.

Esta pesquisa é de caráter exploratório e descritivo, visto que é necessário maior familiarização com o tema, para então, proceder à análise quanto à problemática e o cumprimento dos objetivos premeditados. Desta feita, é utilizada a abordagem qualitativa, nas considerações finais, sobremaneira que os resultados obtidos se mostram em conceitos, com vistas a apresentar os resultados obtidos com o desenvolvimento deste trabalho. A escolha de tais métodos é justificada pela estratégia utilizada para a elaboração desta pesquisa, de fato que cada etapa contribui significativamente para dar continuidade em cada passo deste trabalho.

O objetivo geral é verificar a incidência e a eficácia da tutela da dignidade sexual ofertada pela legislação brasileira, e a partir deste, pode-se elencar os objetivos específicos, sendo que cada um deles possibilita o engendramento de um capítulo específico, que juntos, compõem este trabalho.

No primeiro capítulo, o objetivo é identificar a fundamentação da legislação brasileira e sua relação com o direito penal, com a problemática, a saber, qual a fundamentação da legislação brasileira e qual sua relação com o direito penal. A partir destes estudos habilita-se o cumprimento do primeiro objetivo, no qual a resposta à problemática encontra-se no embasamento de que a fundamentação da legislação brasileira está sob a égide dos princípios norteadores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esta, por sua vez, é a Lei Maior, de certo que todas as outras normas e legislações existentes no ordenamento pátrio devem estar subordinadas a ela. Imperioso dizer, a seu turno, que a pedra angular da Constituição Federativa é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, disposto no artigo 1º, inciso III, desta Carta, e assim, seu fito primordial é a proteção deste princípio, com vistas à promoção dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda, como cumprimento do primeiro objetivo, percebe-se a existência de um vínculo constante entre o Direito penal e a Constituição Brasileira. Tal ligação se faz presente devido à subordinação das leis infraconstitucionais à Carta Magna, de modo que se alguma norma contida no Códex Penal fosse em direção contrária ao que preceitua e manda a Constituição, aquela seria declarada, sem prejuízo, inconstitucional.

A partir de então, passa-se a busca pela identificação da dignidade sexual como bem jurídico-penal, no qual o objetivo é a delimitação do que venha a ser o conceito de bem jurídico, para depois, alocar a dignidade sexual como tal. Partindo disto, o segundo capítulo foi desenvolvido com vistas à tentativa de conceituar o que venha a ser o bem jurídico, como gênero, para depois conceituar e definir o que é o bem jurídico-penal, como espécie.

Em uma primeira análise, o bem jurídico em geral, é tudo aquilo que o Direito protege. Ele pode ser corpóreo, como por exemplo, um carro, ou incorpóreo, como por exemplo, a honra de um indivíduo. Contudo, não é possível estabelecer um conceito preciso, fechado, sobre tal problemática, pois não são todos os bens jurídicos que merecem atenção do legislador; sendo assim, com o fito de não ferir os princípios do Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a proteção do bem jurídico deve ser objetiva e livre de valoração moral ou religiosa, da parte do legislador.

Isso se dá devido ao fato de que o Direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que é ‘responsável’, de certa forma, de exercer o controle social de modo que a sociedade se desenvolva de maneira pacífica. Portanto, de nada valeria a Constituição e seus princípios basilares se o legislador pudesse se valer de sua personalidade e valores próprios, eximindo-se da observância objetiva à Lei Maior.

No terceiro capítulo, o objetivo é verificar a efetiva tutela à dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro. A partir do estudo dos dois capítulos anteriores, é chegado o terceiro, que versa sobre a tentativa de responder a seguinte problemática, qual seja, como a legislação brasileira tutela efetivamente a dignidade sexual. Tem-se por alicerce o estudo da Constituição Brasileira, do Código Penal, especificadamente do título VI, do referido diploma legal, que trata sobre os crimes contra a dignidade sexual, da Lei nº 12.105/09, que trouxe diversas alterações no título, ora em estudo, e em especial, da Lei nº 13.718/18, dispendo sobre o crime de importunação sexual e alterando a ação penal nos casos de prática dos crimes contra a dignidade sexual; sendo esta última sido introduzida recentemente no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a análise e verificação das ocorrências das alterações trazidas pelas leis em comento, bem como de suas consequências, oportuniza o parecer responsivo da tentativa de vistoriar a efetividade da Lei, em se tratando da proteção à dignidade sexual dos conterrâneos brasileiros.

CAPÍTULO 1: A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

1.1 Fundamentação Principiológica da Legislação Brasileira Relacionada ao Direito Penal

É, de fato, necessário o aprofundamento dos estudos relativos a esse tema, para melhor entendimento e percepção do enfoque principal deste trabalho, qual seja a tutela da dignidade sexual no ordenamento jurídico brasileiro, como será analisado a partir de agora.

1.2 A Supremacia da Constituição Federal e os Princípios Constitucionais

Melo (2005) instrui que a legislação é formada por normas e regras, e estas, em conjunto, formam o ordenamento jurídico e por sua vez, é fundamentada, justificadamente, com base nos princípios que regem a Constituição. *Ab initio* (de início), não há como falar neste tema sem que se discorra sobre nossa Constituição; então, é necessário conceituar o que venha a ser uma constituição. Pois bem, a constituição consiste em um sistema normativo jurídico, podendo-se utilizar de normas escritas ou baseadas no costume de determinada sociedade, chamadas de normas costumeiras; em conjunto configuram o modo de regulação da forma do Estado, programam o seu respectivo governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação (SILVA, 2002).

Há de se salientar que o ordenamento jurídico brasileiro é regido pela Carta Magna, a aclamada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo a instrução de maior teor e valor que direciona todas as outras normas e legislações, de acordo com Silva (2002), pois o que diferencia a constituição das outras normas é a sua supralegalidade e sua rigidez. Portanto, não pode este trabalho excluir a análise e incidência de tal pontuação, em âmbito constitucional.

Em consonância com o doutrinador supracitado, a constituição vigente em território nacional é classificada, no tangente à estabilidade, como sendo rígida. Isto significa que, para que ocorra modificação em seu conteúdo, se faz necessário à utilização de meios processuais, que em síntese, exigem um maior grau de dificuldade. Assim, como consequência deste fator, o da rigidez constitucional, surge, então, o ‘princípio da supremacia da constituição’. Neste âmbito, faz-se lançar mão dos ensinamentos de Silva (2009, p. 45) ao

afirmar que o princípio da supremacia constitucional tem o significado, detalhado no excerto abaixo, *in verbis*, em que

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Pode-se então, extrair deste extrato, que de fato, a Constituição Federal é a lei máxima regente no ordenamento jurídico, estando no topo da pirâmide, constituindo, por si mesma, a ‘chefe da hierarquia’ nas legislações do ordenamento jurídico brasileiro. Concomitantemente, é nítido que todas as outras normas devem obedecer e estar vinculadas aos princípios constitucionais.

Sobressaindo como legislação maior, a Lei Suprema é regida por princípios constitucionais, sendo que, por definição, segundo o entendimento de Silva (2015) são os núcleos de condensações que se incorporam às normas, insuflando-as de valores e bens constitucionais; fazendo então, com que sejam o ponto de partida para a organização constitucional, alcançando assim, as normas que da Lei Maior se derivam.

Corroborando tal assertiva, para Melo (2005) a Constituição é formada por normas e princípios, e estes últimos, são os verdadeiros fundamentos do sistema jurídico, que irradiam de maneira imperiosa sobre as normas. Portanto, entende-se que os princípios são o critério para a compreensão e analogia inteligente destas, pois conceituam, definem e orientam todo o sistema normativo, e para o referido autor, transgredir um princípio é de veras mais grave do que violar uma norma, pois, quando um pilar é ofendido, não apenas um preceito específico é violado, mas sim, todos os que dela decorrem.

1.3 O Direito Penal e seu vínculo com o Direito Constitucional

A partir da análise introdutória, verifica-se que todas as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro devem respeitar a Constituição Federal vigente. Segundo Kelsen (1984) todas as ramificações do direito positivo, ou seja, as normas escritas, apenas adquirem a plenitude de sua eficácia se forem compatíveis aos princípios e normas presentes na Lei Maior, sob pena de ser declarada inconstitucional e até mesmo, nula.

Ainda, para este mesmo autor, o elo de todas as normas se encontra especificadamente na conceituação lógica e formal, do fundamento de validade, que, segundo o mesmo, a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, versa em sua conexão ao ordenamento jurídico, no sentido de se ajustar aos seus critérios. Por esse motivo não há a existência de uma lei válida e contrária à Constituição, se o inverso ocorre, esta lei é ilegítima, considerada, portanto, inconstitucional.

Para Aguiar (2016), o Direito penal é o ramo que, por excelência, se efetiva como sendo uma forma de controle da sociedade, dentre os vários outros existentes, pelo qual se vale o Estado para exercer a função primária, qual seja a de garantir a observância e inviolabilidade dos direitos fundamentais, em sua maioria, estabelecidos nos incisos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, *e.g.* (por exemplo), o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, à intimidade, entre outros.

Assim sendo, neste diapasão, o fato do direito penal criminalizar determinada conduta, tem como principal escopo a proteção do bem jurídico com vistas à proteção subsidiária da não violação do direito fundamental à qual está ligado. Ou seja, o enfoque a ser adotado não é meramente o de um instrumento para opressão “em defesa do aparelho estatal, mas o de um complexo de regras punitivas tendentes a limitar o arbítrio e a excessiva atuação do Estado na esfera da liberdade do indivíduo”, conforme elucida Bonfim e Capez (2004, p. 300).

Entretanto, adotando outra perspectiva, à medida que a intervenção estatal no sistema jurídico, na seara penal ocasiona restrições aos direitos fundamentais, como já citados em linhas anteriores, a aplicação do direito penal deve sempre acontecer de modo a obter a consonância com os princípios constitucionais que, portanto, se posicionam como linear limítrofe inegociável à efetivação do poder punitivo pelo Estado (AGUIAR, 2016).

Em outras palavras, a própria hierarquia das normas mantém a exigência de que normas inferiores devem estar em observância às superiores e, conseqüentemente, aos seus princípios. Assim, não prospera razão alguma para que seja dispensado ao Direito penal tratamento diferenciado, devendo este ramo seguir os princípios constitucionais, até mesmo por motivo de que a Constituição preza pelo humanitarismo, e, não foi por acaso que o legislador legitimou a Dignidade da Pessoa Humana como princípio regente constitucional.

1.4 A Importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo a ‘pedra angular’ dos princípios, pois, este é estabelecido como o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como consequência que qualquer letra de lei, mandamento ou instrução, seja de ordem material ou processual, tenha que obedecer e respeitar a dignidade da pessoa humana. Entretanto, para chegar a esta assertiva, é preciso proceder à análise histórica acerca deste referido princípio. De fato, a partir dos estudos em tela, tem-se que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um conceito filosófico-constitucional, preenchendo-se de valores e objetivos a serem alcançados, priorizados e observados, tal qual, pode ser melhor observado, mais adiante.

A priori, sob os ensinamentos de Lenza (2018), pode extrair-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, ou seja, tal princípio é o que rege todo o Estado Democrático de Direito. Está consagrado no artigo 1º, inciso III, do referido texto constitucional, logo após o preâmbulo. Sendo assim, tal princípio é o que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que é inerente ao homem e dele não pode ser afastado, nem se o fosse de vontade própria.

Da mesma forma como vários outros dispositivos tardaram em sua evolução, falando no sentido cronológico, no âmbito constitucionalista, com fundamento na contextualização da sociedade, cada qual em sua época, a dignidade da pessoa humana também demorou a ser objeto de reconhecimento no texto constitucional brasileiro, tendo vistas na Constituição Federal, como já citado, consagrado no artigo 1º, inciso III, do referido texto de lei.

Vê-se que, conforme leciona Sarlet (2018), apesar do princípio em tela ter aparição na constituição de 1934, e que em comparação a outros países, a dignidade da pessoa humana foi precocemente positivada na Lei Constitucional, a qual teve forte influência pela legislação alemã, a Constituição de *Weimar*, de 1919, e, desde então, se fez presente em nosso ordenamento jurídico e estava elencada no âmbito dos princípios da ordem econômica e social, positivada mais precisamente no artigo 115, da Constituição Federal de 1934, a qual dispunha, *ipsis litteris*, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”, e, na Constituição vigente, a Constituição Federal de 1988, está elencado no artigo 170, *caput*, nos seguintes termos: “A

ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...]”, indicando, o legislador, em ambos os casos, os limites de ordem econômica, bem como, a função de fundamento basilar à dignidade da pessoa humana.

Desta sorte, em uma sutil comparação do direito, em âmbito internacional, tem-se juntamente com a Constituição de 1934, a já referida Constituição de *Weimar*, alemã (1919), a Constituição Portuguesa (1933) e a Constituição da Irlanda (1937), foram poucas que abarcaram o princípio (da dignidade da pessoa humana) antes dos efeitos que provocaram o fim da Segunda Guerra Mundial. À época, em resposta às atrocidades praticadas pelo regime ditatorial, ensina Sarlet (2018, p. 265) que “tanto a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) quanto uma série de constituições nacionais, com destaque para a Lei Fundamental da Alemanha (1949), passaram a proclamar e garantir a dignidade da pessoa humana”, não esquecendo, com transparência, da Constituição Federal Brasileira, de 1988.

Assim, neste cenário, pode-se perceber que a partir de então, a dignidade da pessoa humana passou a ser objeto de discussão e consideração, na seara do Direito, da legislação, incluindo a jurisprudência, no sentido de refletir que tal princípio se empacha de valores, no qual forma um vínculo em que não há meio que se sirva para que ocorra o desvencilhamento dos direitos humanos fundamentais, reconhecidos tanto na esfera nacional, como internacional, conforme se pode apreender da citação anterior.

Ainda, nesta perspectiva, no âmbito da doutrina brasileira (BRITTO, 2003) acerca do atestado deste íntimo e indissociável vínculo, em que somados à própria Democracia do nosso Estado de Direito, formam os eixos estruturais do Estado Constitucional brasileiro, ou seja, destaca a existência de um vínculo funcional entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como entre estes e a democracia.

Através deste olhar, conforme já exposto, a dignidade da pessoa humana está consagrada, de forma expressa, na Constituição Federal, no título dos princípios fundamentais, como sendo um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Desta feita, tornou o princípio basilar, de forma significativa, trazendo à tona que a existência do Estado se dá em função da pessoa humana, e não o contrário, tomando por norte que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Ou seja, nas palavras de Sarlet (2018, p. 267) a partir do instante em que a dignidade é içada ao estado de princípio estrutural e basilar do Estado Democrático de Direito, “é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”.

Neste sentido, o doutrinador penalista Nucci (2015) leciona que o mesmo se afigura em 02 (dois) aspectos fundamentais, sendo eles de modo objetivo e subjetivo. Em seu parecer, tece como sendo no primeiro aspecto, a segurança ao mínimo existencial do indivíduo, ao que tange, portanto, a atenção às suas necessidades básicas, que garantem sua sobrevivência, podendo ser utilizados como exemplos, a moradia, o acesso à educação, bem como à saúde, ao lazer, dentre outras. Ao que aborda o segundo aspecto do princípio em tela, engloba o sentimento de respeito, autoestima e honra inerentes ao ser humano; ocorre o destaque como indivíduo, pois constituem desde o nascimento até o final de sua trajetória, o caminho para a formação de sua personalidade, de modo que, concomitantemente, se relaciona em comunidade, merecendo particular consideração do Estado.

De acordo com Gomes (2006), o Estado Democrático de Direito está ancorado ao princípio basilar, ora estudado, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Corroborando os argumentos ensinados por Lenza (2018), àquele autor, cita a força imperativa e incontestável de tal fundamento, no qual, norma jurídica alguma pode contrariá-lo, pois, em todas as outras normas, não sendo diferente com o direito penal, e, sem assombro, é o princípio legal e constitucional que alicerça todos os demais princípios; ou seja, quando outro princípio é violado, a dignidade da pessoa humana é diretamente afetada, porquanto o ser humano não é objeto, mas antes de tudo, é pessoa, possuinte de direitos e deveres, sobretudo, perante a pretensão punitiva do Estado.

Considera-se, portanto, que a dignidade da pessoa não poderá ser defesa a ninguém, a nenhum ser humano, mesmo embora seja facilmente transgredida a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre. Assim, nas lições apresentadas pelo jurista Sarlet (2018, p. 270) quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, “a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa”.

A justificativa para que tal princípio não tenha sido positivado logo no preâmbulo da Lei Fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, traduz no sentido de que, ao ser disposto no Título dos Princípios Fundamentais, dar-se-ia a ideia de sua eficácia e também de sua aplicabilidade, aduzindo sua condição de norma jurídica, atribuindo-lhe valor, conforme o entendimento de Sarlet (2018).

De forma plena, percebe-se que a qualificação exarada à dignidade, na Lei Maior, ora vigente, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, apesar de que é seu maior valor, mas também constitui norma jurídica, positivada a fim de obter o status

constitucional formal e material e, assim, concretizando sua eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Corroborando a doutrina majoritária de constitucionalismo, Miranda (2000) reconhece e protege tal princípio como unidade de sentido, em que se deve observar o valor e a concordância na prática ao sistema de direitos fundamentais, bem como, constitucional. Ou seja, para reafirmar tal pontuação, tem-se que há o dever de interpretação de toda a ordem jurídica em conformidade com tais fundamentos (BRITTO, 2003).

Pode-se perceber como já restou evidenciado através dos estudos realizados até aqui, que a dignidade da pessoa humana é, de forma simultânea, tarefa dos poderes do Estado e da massa social, de forma generalizada, cingido aos limites condicionais de que, com efeito *erga omnes* (contra todos), impõe que a pessoa não pode ser tratada como se apenas um mero objeto fosse, com fito a reduzir sua condição humana, porquanto constitui fundamento e conteúdo diretor contra formas e atos, de si próprio ou de terceiros, que violem sua pessoa, ou mesmo, a exponha a ameaças e/ou riscos, no âmbito subjetivo do direito, qual seja a não intervenção estatal na proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto que o contrário desta assertiva, trata da forma objetiva, em que o Estado deve à pessoa a proteção de sua dignidade, contra atos do próprio Estado e também de atores privados .

Sob a luz de decisões jurisprudenciais do STF, Sarlet (2018) afirma que a doutrina majoritária sustenta que a titularidade universal, como princípio, decorre da dignidade da pessoa humana. Isso importa, pois, a partir da leitura e análise do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, extrair-se-á quem são os titulares dos direitos fundamentais, e tais direitos decorrem do princípio basilar, cujo reconhecimento e proteção são exigências diretas deste.

Por outro lado, pode ocorrer sem problema algum, sem receio de haver constrangimento da norma legal, seja ela fundamentada em regra positivada ou princípio, postulado ou não, com base no princípio da proporcionalidade, pois, nem sempre a condição que a dignidade da pessoa humana possui como princípio, pode ir de encontro com outros princípios e direitos. Isso implica dizer, de acordo com Sarlet (2018) que na seara dos direitos fundamentais, a dignidade opera como sendo o limite dos limites impostos pela legislação, ou seja, devido à necessidade que há de se proteger tal princípio, para que ocorra a proteção da pessoa como ser humano, pode ser que haja o contraste com relação a outros direitos fundamentais.

Destarte, pode-se relatar de modo exemplificativo, a vedação da tortura, bem como de formas de tratamento que incorram na desumanidade de aplicação de penas, de

cunho degradante, desumano e/ou cruéis, e ainda, dos trabalhos forçados, equiparadas ou em condições análogas a escravos, dentre outras situações mais. Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana não pode e nem deve ser ponderada na mesma balança que outros direitos, pois nesse sentido, pode-se dizer que a lógica a ser aplicada é do ‘tudo ou nada’ (SARLET, 2018).

De fato, como já apreendido dos estudos até o presente momento, a dignidade é a pedra angular que direciona, norteia e rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, e seu objetivo maior é a proteção da pessoa como ser humano que é, pois antes de ser cidadão, a pessoa é gente, é natural, no real sentido da palavra.

1.5 Os Fundamentos dos Direitos e Garantias individuais

A terminologia ‘direitos fundamentais’ se aplica, nesta seara, aos direitos da pessoa humana, aqui tratados de forma genérica. Há ainda quem prefira a terminologia ‘direitos humanos’, contudo, com o devido afastamento necessário, permitido, pois, qual seja a diferenciação entre tais terminologias, tange à relação com os tratados e documentos internacionais de que fluem tais valores, por adotarem posicionamentos jurídicos que reconhecem a pessoa como ser humano, de forma a independem do ordenamento jurídico – a constituição do Estado – a que esteja subserviente, de modos a constituir valoração universal, a todos os povos e nações (MIRANDA, 2008).

Igualmente também não se faz correto equiparar ‘direitos humanos’ e ‘direitos naturais’, pois, corroborando tal assertiva, Bobbio (2004) leciona que o condicionamento dos direitos naturais, inerentes à pessoa pode ser também exemplificado com base na doutrina francesa, na qual já se reconhece que as liberdades públicas não se confundem com a noção de direitos naturais do homem, tratando-se de posições jurídicas reconhecidas pelo direito constitucional positivo.

Ou seja, é possível enfatizar, neste sentido, que tal diferenciação é necessária para o entendimento do que venham a serem tais direitos, bem como a sua eficácia e aplicabilidade na prática, do ordenamento jurídico brasileiro, pois, em síntese, os direitos humanos são reconhecidos na esfera internacional, e como já dito, reconhecidos universalmente, outrossim, no que tange aos direitos fundamentais estão previsto no âmbito constitucional, aqui tratados como direito positivado, garantidores da defesa da dignidade da pessoa humana, que outrora se petrificaram como direitos naturais da pessoa humana.

Ademais, os direitos e garantias possuem características próprias, tendo caráter universal, sendo, portanto, dirigidos a todos os homens, de modo indiscriminado; ainda, são imprescritíveis, não havendo intercorrência temporal de não exercício do direito que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; bem como, são irrenunciáveis, ou seja, mesmo que ocorra o não exercício, não são passíveis de renúncia; são inalienáveis, e, por conseguinte, são indisponíveis, não podendo eles serem passíveis de alienação; entre outros (SILVA, 2015).

Em continuidade, o legislador, no Título II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) no artigo 5º, descreveu os direitos e garantias fundamentais, e, consoante aos ensinamentos de Lenza (2014) estes se dividem em 05 (cinco) importantes grupos, chamados de direitos fundamentais, classificados em primeira, segunda, terceira, quarta e quinta gerações ou dimensões, respectivamente. Entretanto, saliente-se que por toda a legislação brasileira há dispositivos sobre direitos e garantias fundamentais, não se restringindo apenas ao rol do artigo ora mencionado.

Segundo o mesmo doutrinador, existe a diferenciação de direitos e de garantias fundamentais, como sendo, respectivamente, aos bens e a as vantagens que a lei assinala e prescreve, porquanto ao segundo, são os instrumentos utilizados pelos quais é assegurada a efetividade do exercício dos aludidos direitos, que de pronto, em regra, tem eficácia preventiva e ainda, reparadora, caso sejam violados.

A saber, sobre estes grupos, ao primeiro importa serem os referentes às liberdades individuais, englobando neste aspecto, às liberdades públicas e direitos políticos, que em suma, traduzem o valor de ‘liberdade’. Sobre tal, aduz Bonavides (2010) no sentido de que esta geração de direitos (primeira geração) pode ser livremente traduzida como direitos de liberdades e tem por titular o indivíduo; portanto, são oponíveis ao Estado, e mantêm inerente a si, as faculdades e/ou atributos da pessoa, no qual ostentam, ainda, uma subjetividade sendo seu traço mais característico; e enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Já sobre o grupo dos direitos de segunda dimensão, (BONAVIDES, 2010) nestes incluem-se os relativos aos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos inerentes também à coletividade, correlatos aos direitos de igualdade, destacando-se a forma substancial com que se apresentam, não apenas meramente formais. De acordo com Lenza (2018) esta geração foi impulsionada pela Revolução Industrial europeia, no século XIX, período este que foi marcado pelo início da Primeira Guerra Mundial, e ainda, pela fixação dos direitos sociais.

Outrora, devido a importantes mudanças ocorridas no cenário mundial, em relação à sociedade, como por exemplo, o desenvolvimento da tecnologia e o avanço científico, que muito impactaram nas relações econômicas e sociais de todo o globo, surgiram então, novas problemáticas e preocupações concernentes à conservação ambiental, bem como também, na modalidade de consumo, momento em que se fez necessário estabelecer a noção de proteção dos consumidores; percebe-se que, a partir de então, o ser humano, como sendo integrante da massa social, passa a ter os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade (BOBBIO, 2004). Eis aqui os direitos da terceira dimensão, sendo eles dotados de elevado valor humanístico e de universalidade, de fato que, são concernentes à proteção da espécie humana, e, portanto, vão para além dos interesses individuais; por terem tais características, Lenza (2018) nomeia tais direitos como sendo transindividuais.

Prosseguindo, sob a ótica de Bobbio (2004), a quarta dimensão de direitos advém do campo da engenharia genética, que com seu avanço, poderia colocar em xeque a própria existência da humanidade, devido às pesquisas biológicas que permitem a manipulação do patrimônio genético dos indivíduos. Contudo, há outra face explorada por Bonavides (2010) no qual a globalização política na norma jurídica é seu maior enfoque, e, portanto, para o referido doutrinador, correspondem aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, tendo sido colocados na última fase de institucionalização do Estado Social. Neste sentido, vale a pena enfatizar a perspectiva de Sarlet (2010), quando o mesmo relata que a abordagem oferecida pelo professor Bonavides é inovadora, visto que, quando confrontada com a visão de Bobbio, é mais vantajosa, pois não fita apenas a maquiagem de novas reivindicações, em sua maioria, dos direitos clássicos de liberdade.

Em se falando no grupo dos direitos fundamentais de quinta dimensão, o professor Bonavides (2010) trata aqui, do direito à paz, traduzindo-o como direito supremo de toda a humanidade; ou seja, para ele a paz é o axioma da democracia participativa. Reconhecendo o viés garantista da Constituição Federal de 1988, longe o desmerecimento aos demais grupos, devido ao teor deste trabalho, aqui importa o primeiro grupo, qual seja, a primeira geração de direitos fundamentais, com o devido respeito, com escopo às liberdades individuais.

Lenza (2018) leciona que os direitos e garantias fundamentais, como já se pode verificar, são deveras abrangentes, no que tangem ao alcance de suas normas. Por ora, faz-se às vezes do artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (princípio da isonomia – igualdade perante a lei, e por consequência, perante a sociedade), garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (garantias expressas na Carta Magna, com fundamento nos princípios constitucionais e com clareza, sob o lume da dignidade da pessoa humana) nos termos dos seus 78 (setenta e oito) incisos e parágrafos.

Apesar de extensivo, o rol da Constituição Federal é em tese, exemplificativo, pois o direito está em constante mutação, não se atendo apenas à letra da Lei, porquanto não declinam outros direitos e garantias decorrentes dos princípios constitucionais adotados pelo ordenamento jurídico, incluindo os tratados internacionais de que o Brasil faça parte, conforme aduz o parágrafo 2º, do artigo ora em tela.

Assim, se faz primordial a análise da Constituição Federal, que mesmo de forma tímida, legisla sobre direitos sexuais, e estes, se encontram aglutinados dentro da esfera dos direitos e garantias fundamentais, sendo que sem os mesmos, não há como pintar a tela do Estado Democrático de Direito, como já falado em outras linhas neste trabalho. Entre tais direitos, frisa-se a princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no artigo 1º, da Carta Constitucional, ainda, o artigo 3º, inciso IV, do mesmo texto diretivo, o qual incorpora o direito à pessoa de possuir bem-estar, estando exonerada de discriminação, qualquer seja ela, além do direito à isonomia (WEBER, 2013).

É imperioso fazer a anotação de que mesmo tutelando outros ramos do direito, o legislador cuidou para que observasse também, os direitos sexuais, pois se pode considera-los imprescritíveis, haja vista que com fundamentação no princípio mestre, a vida do ser humano, como pessoa, deve ser pautada do mínimo existencial, no âmbito da dignidade. Para tal assertiva conclusiva, Weber (2013) exemplifica que o mínimo existencial está diretamente conectado ao modo de subsistência da humanidade, pois não somente são necessários bens materiais, além disso, atingem a seara jurídica e, portanto, principiológica na seara do direito, bem como, necessidades fisiológicas, preenchendo qualquer lacuna que possa vir a existir para que o ser humano tenha uma vida com dignidade.

CAPÍTULO 2: A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO-PENAL

Em sede de prosseguimento nos estudos, não se pode deixar de verificar as tangentes conceituais relativas a este tema. Portanto, iniciar-se-á tal análise a partir da conferência do que venha a ser o bem jurídico, sob a perspectiva do Direito penal, verificando sua devida importância para o assunto abordado, bem como, seu vínculo com o tema.

2.1 O Bem Jurídico em um Panorama Geral no Direito

De acordo com a doutrina majoritária, a real e verdadeira missão do Direito penal é a proteção aos bens jurídicos. Segundo Pacelli e Callegari (2016) tal ocorrência se dá pela amplitude dos bens jurídicos que o legislador envolve no âmbito da seara da proteção penal. Por isso, antes de tudo, é importante ressaltar a necessidade da definição de ‘bem jurídico’, pois é a partir de tal conceituação que prosseguir-se-á na continuidade da apuração objetiva deste trabalho.

Bonfim e Capez (2004) suscitam que é dada a devida importância à definição jurídica de bem pelo fato de que o direito hodierno deve, na medida do possível, conciliar o exercício de seu poder de controle social, com a observância aos princípios constitucionais que limitam sua atuação – do direito penal – restringindo a atuação invasiva do Estado na esfera da individualidade da pessoa humana.

Assim, preconiza Cruz (2008) que o bem jurídico, além de explicar a função do direito penal, é o marcador de limites da intervenção deste, vez que o Estado Democrático de Direito, pelas mãos do direito penal, somente pode sobrepor-se à liberdade de seus cidadãos para exercer a proteção de seus bens jurídicos, com fundamento no princípio da intervenção mínima.

Por este aspecto, Scolanzi (2012) aduz que o direito penal faz diligências no sentido a apurar maneiras que possibilitem a manutenção de uma sociedade pacífica, no qual o meio de repressão utilizado é a formulação de tipos penais incriminadores, de modo a viabilizar a aplicação de sanções penais àqueles que, através de seus atos, lesionem ou sugestionem risco concreto de lesão ao bem jurídico de outrem, quando não passíveis de punição por outros ramos do direito – qual seja o princípio da subsidiariedade.

Como é sabido, a sociedade está o tempo todo em desenvolvimento, ocasionando mutações na seara da sociologia e, por conseguinte, ao direito. De acordo com a reflexão trazida por Scolanzi (2012) é por tal razão que se faz indispensável que o Estado institucionalize formas de sistematizar o controle social, de maneira formal; ou seja, através de normas.

A partir desta visão, pode-se perceber que o Direito penal carrega consigo função excepcional no seio social e dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a exploração de meios que proporcionem a evolução fleumática da sociedade. Neste fito, a principal função do direito penal é formalizar e buscar conferir meios que tenham como objetivo a promoção do direito e da justiça, a prevenção da prática de delitos e a proteção ao bem jurídico, este último, como sendo o objeto de estudo deste capítulo.

Na visão de Camargo (2002) a missão precípua do Direito penal é a revalidação dos valores vigentes na sociedade, partindo do pressuposto de que a massa grupal é constituída por pessoas que tem valores semelhantes, optando por ‘seguir’ a maioria e respeitando o grupo minoritário. Isso implica dizer que a materialidade da norma penal deve ser orientada com base nos interesses e valores sociais que dispõe a maioria, tidos como valores supremos, e sem prejuízo da observância aos princípios constitucionais.

Assim, as condutas que alcançam o tear criminal não podem sofrer meras violações, sejam elas de ordem política, moral ou religiosa. Pelo contrário, o objetivo maior do direito penal deve ser enforçar como ilícitos penais apenas os comportamentos do ser humano que ameacem ou lesionem aos valores fundamentais, interferindo no bom relacionamento e convivência social, bem como no desenvolvimento do grupo humano e na existência de uma comunidade pacífica e harmoniosa.

Esta perspectiva parece mais apreciável, pois, conforme corrobora Silva Franco *et. al* (1995, p. 24) o direito penal não deve ter destinação com vistas à proteção de bens ‘desimportantes’, ou de coisas nonadas, de bagatelas, nem tampouco a exigência de “convicções éticas ou morais ou de uma certa e definida moral oficial, nem à punição de atitudes internas, de opções pessoais, de posturas diferentes”, pois tais objetivos fogem aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Corroborando tal assertiva, o direito penal reverbera-se como um instrumento absolutamente ilegítimo quando se trata da proteção da moral ou da ética, da religião, da obediência divina ou dos valores culturais enquanto tais, ou mesmo na defesa de interesses governamentais, bem como não se destina também à tutela da ordem natural ou os atos disfuncionais, os direitos subjetivos ou a norma em si mesma (GOMES, 2002).

A fundamentação está, então, no fato de que o direito penal deve, com afinco, proteger apenas os bens jurídicos com relevante interesse jurídico, os quais residem no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado como valor máximo no Estado de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil. Assim, colocando em outras palavras, isso significa que o objetivo do direito penal é tutelar o bem jurídico, e este, de forma genérica, é o valor protegido pelo Direito, intrínseco à vida do ser humano.

Pois bem, de posse desta informação, faz-se necessário frisar que seria praticamente inútil a institucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, com fito ao desenvolvimento e conseqüentemente, a aplicação, de um sistema de normas garantista, se o legislador pudesse selecionar de forma autoritária e isenta de balizas quais os bens jurídicos merecedores de proteção, por parte da seara penal, sob o olhar do Estado (BONFIM; CAPEZ, 2004).

Neste sentido, tem-se o atestado probatório de que sem o princípio norte que orienta o legislador, não haveria a discussão de quais bens jurídicos seriam dignos de tutela, pois, diversas poderiam ser as bases para legislatura, por parte do legislativo, que resultassem em conceitos e argumentos fundamentados no consuetudinário, ou seja, nas práticas costumeiras, com a tutela jurídica vinculada ao subjetivismo humano, preenchidos de parcialidade e arbitrariedade.

Assim sendo, aduz Bonfim e Capez (2004) que o encargo quanto à definição de quais os conceitos materiais dos crimes, e destarte, quais as condutas que podem ser erigidas ao patamar de infrações penais, é pura e síntese o mister de consolidar o justo conceito de bem jurídico penal; a partir desta premissa, o direito penal não admite como crime nenhum comportamento que não seja o que tenha potencial lesivo ou que coloque em perigo os interesses que se encaixem neste conceito. Esse é o maior desafio da doutrina em penal, qual seja a explicação precisa e exata do que venha a ser o bem jurídico, e, assim, delimitar o que pode ou não ser considerado crime.

Tendo em vista que o instrumento de controle social exercido pelo Estado, cuja incidência ocorre na esfera da individualidade da pessoa humana, nesse sentido, é a sanção penal, os princípios constitucionais apenas admitem que possam ser considerados interesses merecedores da tutela criminal, os valores que são realmente relevantes para a convivência humana (BONFIM; CAPEZ, 2004).

Sendo assim, é válida a interpretação de que, segundo os autores supracitados, apenas incorrerá na prática de violação penal o agente que executar ataque aos valores fundamentais da convivência humana, sendo estes considerados intoleráveis e ainda, quando o

agente não puder ser reprimido de maneira adequada por outro ramo do direito, menos agressivo do que a seara penal. Ratifica, nesse quesito, Dias (1982) que a missão do direito penal não é a de tutelar todos os bens, mas apenas os que sejam mais relevantes, sendo estes denominados de bens jurídicos penais. Mesmo assim, ainda não está claro qual seja a real definição deste termo.

Apesar dos estudos realizados, é impossível haver o estabelecimento de uma relação *numeros clausus*, ou seja, um conceito fechado, taxativo, acerca deste conceito, porquanto o critério positivo encontra o obstáculo de não conseguir antever todas as possíveis violações verdadeiramente relevantes para a sociedade, bem como de todos os valores fundamentais. Sobre tal, leciona o professor Dias (1982) que embora seja o cerne do direito penal, não há como converter, de forma segura, o bem jurídico em um conceito fechado.

Como já dito em linhas anteriores, a moral, a ética, a religião, os valores culturais e suas ideologias não podem ser confundidos com normas penais, pois o direito penal não cria valores, apenas os reconhece. Tal premissa é, conforme assevera Bonfim de Capez (2004) o critério negativo, pelo qual são afirmados quais são os bens que não podem ser constituídos objetos da tutela penal.

É necessário elucidar a existência de uma vítima e mostrar que em relação a ela foram lesionados bens ou interesses, ou seja, a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesiona um bem jurídico (PACELLI; CALLEGARI, 2016). Por outro lado, os mesmos professores lecionam ainda que em contrapartida, não há o chamado critério positivo que seja seguro para a ocorrência de um delineado do conceito certo e determinado do que venha a ser o bem jurídico, inserto no direito penal, contribuindo para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para o doutrinador alemão, Roxin (2014) é a Constituição Federal, a bússola norteadora que orienta a perquirição acerca de quais bens jurídicos são dignos da tutela na seara penal. No entanto, a doutrina majoritária não se baseia na ideologia de que a Constituição Federal é a única fonte que exara valores a serem tutelados na seara penalista. Hodiernamente, Bianchini, Molina e Gomes (2009) aduzem que mesmo que o bem jurídico-penal não esteja expresso na Carta Magna, deve o legislador ser flexível no seu condicionamento, e ainda, observar rigorosamente às diretrizes que ela traz, bem como ao princípio fonte de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. A ideia de bem, em si, está ligada à ideia de interesse, encorpado no que convém a alguém, por ser de proveito, utilidade, lucratividade, vantagem, ou ainda, oferecer benefício.

De acordo com o entendimento de Nucci (2015) que em síntese, o bem tem significação diferenciada ao ser humano, que lhe sirva de alguma forma, podendo ser o bem, coisa corpórea, ou mesmo incorpórea; assim, à primeira, implica, por exemplo, um carro, enquanto que a segunda, pode se exemplificar a honra. Além do mais, o produto do crime (por exemplo, dinheiro) e o instrumento utilizado para a prática do crime (a exemplo, arma de fogo) também constituem bens, pois são coisas – bens – interessantes a quem os possui, porém, não podem ser considerados como bens jurídicos.

Atesta para tal, (PACELLI; CALLEGARI, 2016) que os bens jurídicos são, então, em síntese, os objetos que a norma jurídica visa tutelar. A título de exemplo, o delito de homicídio é defeso, tendo em vista a proteção do direito à vida. É exatamente sob esta perspectiva que salienta Toledo (2000) que bem jurídico é aquele vital ou individual, que de acordo com o seu devido valor e significação social deve de obter a especial proteção jurídica.

Roxin (2000, p. 18-19) complementa ainda que em busca de tal definição, pode-se ser entendido como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” – pautado no princípio da fragmentariedade.

De modo sintético, o bem jurídico penal é erigido em interesse de relevância na seara criminal, merecedor de atenção do Estado, e com vistas ao respeito primordial da função do direito penal como *ultima ratio*, ou seja, em termos literais, como última medida. Para efeitos de ilustração, Nucci (2015, p. 26) enumera os seguintes:

[...] vida, integridade física, patrimônio, honra, saúde individual e pública, liberdade individual, intimidade, vida privada, sigilo da correspondência, asilo domiciliar, propriedade imaterial, organização do trabalho, sentimento religioso, memória dos mortos, família, incolumidade pública, fé pública, administração pública, administração da justiça, finanças públicas, relações de consumo, meio ambiente, ordem tributária, ordem econômica, dentre outros.

Dito isto, faz saber que é fulcral o papel do direito penal na proteção dos direitos e das garantias fundamentais, posto sua indiscutível importância quanto a tutelar os bens jurídicos assegurados constitucionalmente, v. g. a liberdade individual, da qual faz parte a liberdade sexual, objeto de análise deste estudo, em que está inserida a dignidade sexual.

2.2 A Tutela ao Bem Jurídico no âmbito do Direito Penal

Uma das finalidades do direito penal é a promoção de uma sociedade pacífica e simultaneamente, equilibrada, como objetivo focal, fazendo vistas à proteção dos bens jurídicos que são de fundamental importância à sociedade em geral. Assim, apesar de não ser possível a obtenção de um conceito fechado acerca dos bens jurídicos, é necessária a busca da delimitação acerca do objeto, ora em análise, no âmbito penal, para constatar sua importância e respectivamente, seu vínculo com o objeto do tema central deste trabalho.

Como já se deu a análise sobre o bem jurídico em linhas anteriores, nos termos gerais, chega o momento de se especificar o mesmo na seara penalista. Em caráter revisional, Roxin (2006) aduz que os bens jurídicos devem ser aqueles que assegurem a todos os indivíduos, seus direitos humanos, civis e que contribuam em uma vida com liberdade e segurança, não omitindo, portanto, a sua pauta no princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, pode-se obter a ilustração recorrente de que o bem jurídico remete à ideologia de ser o que não pode ser dispensável ao desenvolvimento pacífico, ordenado e equilibrado da sociedade, e, portanto, imbuído de alta relevância para a pessoa, e simultaneamente, para a cadeia social (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009). Oportuno, complementa-se, ainda, o fato de que apenas a identificação de qual seja o bem que tenha relevância para o sujeito, não é satisfatório para ampará-lo como bem digno de tutela jurídica penal.

Ocorre que, assim, prioritariamente deve-se observar qual o interesse intrínseco à pessoa, concomitante ao bem pretendido, sendo, portanto, o substrato de ordem subjetiva, do bem jurídico (SCOLANZI, 2012). Este é o fator determinante que posiciona o bem existencial como digno de proteção jurídica, e, na seara penal, termina por ser positivada pelo legislador. De forma sintética, corrobora para tanto, a lição de Bittencourt (2010) ao pontificar que os bens jurídicos são merecedores de proteção pelo Estado, devido a sua valoração e significância para o indivíduo, vez que, conforme leciona Bianchini, Molina e Gomes (2009) o bem jurídico é a somatória do bem existente, que por sua vez deve ser útil e necessário para o homem, com o seu respectivo valor, por parte da função que lhe é incumbida, sendo positivada pelo legislador.

Ainda, os mesmos doutrinadores iluminam o tema com o preceito de que os bens jurídico-penais são os bens que abarcam os bens existenciais, ou seja, aqueles inerentes ao homem, que são úteis e necessários, os quais tem valoração positivada pelo Direito, e, ainda,

se encontram tutelados no cerne da legislação, por uma norma penal, na contextualização de uma relação conflituosa.

2.2.1 O Princípio da Mínima Intervenção do Estado x o Direito Penal Máximo

Como já verificado, não é possível estabelecer de pronto, um rol taxativo e imperativo do que venha a ser a definição exata de bem jurídico, contudo, é possível extrair, a partir dos estudos realizados até aqui que, o direito penal tem como fito a proteção dos bens necessários à vida do indivíduo, no contexto social. Sendo assim, não se pode dizer que tal sistemática, na seara penalista, seja ilimitada; posto o fato de que a intervenção do Estado se legitima apenas quando os demais ramos do Direito são insuficientes para exercer a devida proteção e, ainda, o controle social.

Portanto, é imperioso falar do caráter fragmentalizador que o Direito possui, assim, o direito penal se apresenta em caráter de subsidiariedade, no qual, a doutrina majoritária corrobora com tal assertiva, no que pese, a aplicação em seara penal apenas quando encontrarem-se esgotadas as outras ramificações do direito, com vistas à solução das lides e conflitos apresentados ao judiciário, em casos concretos (LUCAS, 2010); em outras palavras, como sendo por meios extrapenais, tendo como exemplo, a adoção de medidas na seara cível ou administrativa.

Esta funcionalidade se dá pelo princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Tal princípio é realmente forçoso, pois, o direito penal, dentre todos os outros ramos, é o instrumento mais pesado, quando se fala em regulamentação e controle social, de fato que se utiliza de aplicabilidade de penas que privem o indivíduo de sua liberdade, e assim, deve ser posto em tela somente quando estritamente necessário, devendo ser em último caso, o emprego da intervenção penal (LUCAS, 2010), ou seja, quando outros ramos do direito não forem capazes de efetivar a proteção aos bens jurídicos tutelados.

Em linhas anteriores, percebe-se que o princípio regente de todo o ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, constante na Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, sendo este, o teor fundamental do Estado Democrático de Direito, e, ainda, em seu artigo 5º, da referida Constituição, estão prelecionados os direitos fundamentais, como sendo invioláveis, como o direito à vida, à segurança, à liberdade, à igualdade, dentre outros.

Diante disso, reflete-se que somente é justificável a limitação a qualquer dos direitos, dispostos no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, quando existir fato ameaçador ou ofensivo, de tal maneira que apenas a intervenção na seara penal, com sua

aplicação, seja realmente necessária, levando em consideração que a pena criminal tem consequências jurídicas e atuam diretamente na vida do indivíduo penalizado (LUCAS, 2010).

Justamente por tal razão é que o princípio em tela, mesmo não estando clarividente expresso na Lei Maior, é o que limita o poderio punitivo do Estado, em face do indivíduo. Para Aguiar (2017) a utilização do direito penal deve ser reservada somente para momentos em que o mesmo seja estritamente necessário, corroborando com o parecer de Lucas (2010) no qual adverte que a seara penal não pode e nem deve ser a única servidão instrumentária de controladoria social, e, como já verificado, deve-se pautar, também, nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

Aduz-se, assim, que a *ultima ratio* refere-se, portanto, a última alternativa para instituir punição ao indivíduo, de fato que tal medida decorre, como verificado, da subsidiariedade do direito penal, fragmentando assim, sua atuação, de modo que a seara penalista protege apenas os bens jurídicos dignos de sua tutela (AGUIAR, 2017) quais sejam, os que consistem em maior importância para o direito penal, no que pese, sua observação se dá por consequência do garantismo penal, através da constitucionalização da referida ramificação do direito, conforme aduz Lucas (2010).

Ainda, neste contexto, observa Aguiar (2017) que em síntese, o direito penal deve proteger apenas os bens que sejam necessários à coexistência humana de forma pacífica, com vistas à tutela dos bens jurídicos mais importantes, se mostrando assim, no princípio da fragmentariedade. Ainda, o mesmo autor, corrobora a instrução de que o direito penal apenas deve ser aplicado quando outros ramos do direito se mostrarem ineficazes na tarefa do controle social e reestabelecimento da ordem jurídica, de forma que, se tal missão for possível e eficaz nas searas cível e administrativa, por exemplo, estas devem ser utilizadas, e não o direito penal, e, em suma, esta é a definição do princípio da subsidiariedade do direito penal.

Portanto, de acordo com o exposto, o direito penal deve ser observado, com base no princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, com fundamento nos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, posto o teor garantista da regente constituição vigente em nosso país, restando cristalino o vínculo que tem o Códex Penal com a Lei Maior, no qual, apenas aplica-se o direito penal aos casos em que não for possível utilizar medidas mais brandas, em que estas não são suficientes e eficazes, para manter a ordem social e assim, contribuir para o desenvolvimento pacífico da sociedade.

Contudo, existe também um contraponto em relação ao teor garantista da Constituição Federal de 1988, e, concomitantemente, ao garantismo penal. Tal figura é o

direito penal máximo, no qual, pode-se dizer, vai de encontro aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em que a sociedade o sobrepõe como um todo (SILVEIRA, 2013) e o Estado postula no sentido de buscar a defesa dos direitos da coletividade, colocando o Estado Social em segundo plano, sendo posto à sua frente o Estado Penal. Este parte do pressuposto que o direito penal seja o guardião de todos os bens que forem existentes no seio social, sem a indagação quanto a sua importância; o comportamento ‘anômalo’, tido como reprovável, que afetar um bem jurídico, qualquer que seja, poderá ser digno de ser positivado como infração penal, em que pese, unicamente, que o legislador manifeste sua vontade, para tal (GRECO, 2013).

O supramencionado doutrinador aduz, ainda, que o direito penal máximo tem como foco a preocupação com o bem jurídico como um todo, não importando qual seja o bem, e nem o seu valor. Percebe-se a aplicação do direito penal como *prima ratio*, sendo, portanto, primeira medida, e não como *ultima ratio*, no tangente à intervenção estatal frente aos seus contrários, com vistas ao cumprimento de uma função de objetivo puramente ‘educador’ e claramente, repressor, não tendo abertura para que condutas intoleráveis, sob a perspectiva social, deixem de receber a devida punição, por menores que sejam.

Medeiros (2013) explica que, assim sendo, o direito penal máximo tem vistas à defesa de maior amplitude, quando se fala em tutela penal, no qual os regimes de cumprimento da sanção impostas aos infratores se tornam mais rígidos, e ainda, mais prolongados. As penalidades se tornam mais abrangentes e severas, emergidas pela robusta intolerância de práticas consideradas como delitos, e de pronto, tornam o sistema penal mais controlador, em termos sociais, e mais atuante, à medida em que é difundido no meio social.

O direito penal, nesse contexto, tem ainda cunho meramente simbólico, para fazer às vezes de educador da sociedade, fazendo com que qualquer assunto interesse a ele, e assim, os comportamentos considerados insignificantes têm as mesmas penas e gravidade dos considerados potencialmente lesivos à sociedade; assim, como consequência, apresenta-se a impossibilidade da aplicação efetiva e eficaz do direito penal, em consonância, corrobora para tal, Greco (2013) que explica de forma satisfatória, que esse sistema de penalidades é falsamente apropriado, no sentido de que é um ledo engano estar dando retorno adequado, pois os instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade. Assim, tem-se que, quanto mais tipificações penais existem, menores são as chances de serem efetivamente punidos os infratores da legislação.

Entretanto, posto o caráter mais gravoso do direito penal máximo, e consequentemente, suas duras penas em relação ao indivíduo penalizado, deve-se, de toda

forma, buscar um equilíbrio entre o garantismo penal e o direito penal máximo. A escolha de quais bens jurídicos merecem a respectiva tutela penal, por parte do legislador, não deve ser feita às cegas e ignorando os princípios constitucionais, pois os mesmos são os alicerces de todo o ordenamento jurídico, principalmente quando se fala na dignidade da pessoa humana.

Desta feita, importa suscitar a indagação da aplicação da intervenção do Estado, quando se tratar de crimes sexuais, ou seja, crimes contra a dignidade sexual. Neste sentido, não há que se falar em mínima intervenção estatal, posto que, em se tratando dos crimes elencados no Título VI do Código Penal, todos são de potencial ofensivo medianos e graves, merecendo, de acordo com o caso concreto, a devida atenção do legislador, em consonância com a reprovabilidade de cada caso, a ser comprovada no devido processo legal.

2.3 A Dignidade Sexual para o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Após a explanação sobre o que venha a ser bem jurídico penal, chega o momento de falar-se acerca da dignidade sexual para o ordenamento jurídico. Pois bem, a doutrina majoritária, tanto a brasileira, como também a estrangeira, apoia o entendimento de que a liberdade sexual é um bem jurídico, que merece tutela da legislação, garantindo o direito fundamental – liberdade – lastreada sob o parâmetro dos crimes sexuais (LIMA, 2018).

Como já apontado, a dignidade da pessoa humana é o princípio pilar do ordenamento jurídico brasileiro, do qual não se exime o direito penal. Numa perspectiva subjetiva, o sentimento de respeito inerente ao ser humano se faz presente de forma que merece destaque quando se fala em formação de personalidade. Nucci (2015) instrui que a dignidade sexual está intimamente conectada à sexualidade humana, isso quer dizer que está diretamente associada à intimidade, e conseqüentemente, à vida privada. Assim sendo, deduz-se que cada ser humano permite-se sua realização sexual, satisfazendo a lascívia e sensualidade, sem a interferência de terceiros, seja a sociedade ou o Estado. Corroborando sobre o conceito de liberdade, Jiménez (2003, p.156) é bem preciso ao dizer, *in verbis*:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

Neste tear, é conveniente apontar que a sexualidade é intrínseca à intimidade e à vida privada do indivíduo, e, portanto, merecem o devido respeito e liberdade. Contudo, é

óbvio que a atividade sexual não deve incorrer com violação dos direitos de terceiros, não sendo admitido, assim, relacionamento sexual que invada a intimidade ou a vida privada de outrem, sem consentimento, além do mais, se for utilizado emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (NUCCI, 2015).

Destarte, nesta seara, Nucci (2015) abomina qualquer forma de constrangimento ilegal, frisando-se que o limiar penal é a coerção para o ato sexual, ou seja, forçar alguém a manter algum tipo de relacionamento sexual, destacando como bem jurídico, a vida, a intimidade privada, a liberdade individual e a honra do ser humano. Existem duas vertentes, na mesma corrente doutrinária acerca da liberdade sexual, sendo uma negativa e outra positiva. De acordo com Leite (2004) a linha positiva é sobre a livre disposição do sexo, bem como do próprio corpo, para fins sexuais, ou seja, em outras palavras, implica na viabilidade de que cada indivíduo tem de fazer suas opções no comando de sua sexualidade; já no posicionamento negativo, reflete no direito individual de não tolerar de outrem a realização de feitos de natureza sexual.

Pode-se verificar, desde já, que ambas as vertentes se complementam entre si, não existindo, portanto, uma sem a outra. Deste modo, para alcançar a plenitude da liberdade sexual faz-se imperioso o devido respeito às duas vertentes, pois, somente assim será possível que haja algum debate em torno desta temática, no contexto dos crimes sexuais (LIMA, 2018). Ainda, é oportuno mencionar, como bem jurídico penal, a formação moral de crianças e adolescentes, posto o fato de que o amadurecimento sexual desta classe necessita de especial atenção do Estado, com vistas à proteção dos mesmos, em determinadas faixas etárias. O Estatuto da Criança e do Adolescente considera como crianças, pessoas de até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes, as pessoas que tem entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, conforme elucida o artigo 2º, da Lei nº 8.069/90, e o artigo 3º, da referida lei, ilumina que esta classe tem os mesmos direitos e garantias fundamentais, como qualquer cidadão, tendo eles resguardados com vistas à formação do indivíduo, priorizando sua dignidade como ser humano.

O respeito à dignidade sexual implica na tolerância à realização da sensualidade da pessoa adulta, ou seja, maior de 18 anos de idade, desde que consentido, sem obstáculos e ainda, sem violência ou grave ameaça à terceiro. Caso haja relação sexual em situações com alguma destas ocorrências, torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual a pessoa que foi coagida de qualquer forma, fisicamente, moralmente, a participar da satisfação da lascívia do agente, sem apresentar concordância com o ato. Da mesma forma, pode tornar-se vítima, a

pessoa que para a satisfação de outro interesse do agente, foi violado em sua sexualidade, sem sua aprovação (NUCCI, 2015).

Com o devido respeito à opinião do doutrinador supramencionado, é cabível o rebate, em contrário senso, de acordo com o artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, no qual, é presumida de forma absoluta, a violência em desfavor da pessoa menor de 14 anos de idade, em que a mesma não pode dispor livremente de sua sexualidade, ainda que diga tenha ocorrido com a anuência da vítima, ou que mantenha com esta, relacionamento amoroso (GRECO, 2011).

Da mesma maneira que o direito penal não pode se orientar por critérios subjetivos, a dignidade sexual também não o deve ser norteadada, sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos. Outrossim, cabe o enfoque de que a dignidade sexual não tem qualquer relação com bons costumes sexuais. Nucci (2015, p. 26) leciona que a lei penal encontra-se dissociada da realidade em inúmeros aspectos, como, por exemplo,

[...] quando se pretende interferir na satisfação da lascívia, pura e simplesmente, tipificando condutas, na essência penal irrelevantes, como induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem (art. 227, *caput*, CP). Ou quando se pretende tutelar os bons costumes, pretendendo punir quem induza ou atraia alguém à prostituição (art. 228, *caput*, CP).

Lima (2018) reflete que o conceito de dignidade sexual pode ser amplo e objetivo, contudo, faz-se sobremaneira prejudicial ao entendimento, pelo fato de que a ideia centrada em dignidade sexual faz com que ocorra um afastamento da ideia de liberdade sexual, e assim, apresenta lacunas para que idealismos moralistas façam o conceito da dignidade sexual com vista a incriminar condutas sexuais tidas como imorais.

Entretanto, para Greco e Rassi (2011) não há apresentação plausível, pautada na utilidade da redução dos bens jurídicos a um único bem, a título da liberdade sexual. Justificam que o termo ‘crimes contra a dignidade sexual’, disposto no Códex Penal de 1940, foi posto de forma iluminada, pois é de veras abrangente quanto a tangenciar outros bens jurídicos, ou seja, a partir daí que se extraem outros bens jurídicos, como a liberdade sexual, a intimidade e a vida privada.

Com o devido respeito, a perspectiva lecionada por Nucci (2015) parece mais aceitável, pois quanto maior a amplitude do conceito de dignidade sexual, mais difícil se dá o controle, inserto na norma jurídica, quanto ao afastamento da moralidade, dos valores culturais e religiosos. Ainda, acrescenta-se que não é apenas a dignidade sexual um único bem jurídico, como também, trata-se de que a ideia libertária abraça também outras questões que envolvem o ato sexual.

Ao ser humano é garantida liberdade em sua integralidade no seio social. Portanto, não é lúcido oferecer a liberdade apenas na seara dos atos da vida civil e, simultaneamente, não garantir a liberdade como valor de bem jurídico digno de proteção penal (LIMA, 2018). É incontroverso o reconhecimento de que a liberdade sexual, no âmbito da dignidade sexual e sob o auspício da dignidade da pessoa humana deve ser o único bem jurídico a ser tutelado pela legislação, nos crimes sexuais, sendo, portanto, de elevada importância, traduzido pelo fato de que é impossível falar em dignidade sexual sem que se fale, anteriormente, de liberdade sexual; pois, esta última, é pressuposto da primeira. Assim sendo, o direito à liberdade sexual não pode ser obscurecido pela ampla ideia de dignidade sexual.

CAPÍTULO 3: A EFETIVA TUTELA À DIGNIDADE SEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Depreende-se, portanto, que a legislação vigente no Brasil tem fundamentação predominantemente principiológica, sendo guiada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no qual, a dignidade sexual se consolida como bem jurídico-penal digno de tutela por parte do Estado. Assim, é chegado o momento de proceder na análise do objeto de estudo, qual seja o foco da investigação deste trabalho, com vistas, neste momento, para a tutela à dignidade sexual, ofertada pela legislação.

3.1 A Lei nº 12.015, DE 07 de agosto de 2009 e o Reflexo das Alterações do Código Penal

3.1.1 Alteração do nome do Título VI do Código Penal

Entre a gama de alterações divulgadas e propagadas pela Lei nº 12.015/09, é notória a alteração do título VI, do Códex Penal, o qual passou a ser denominado de ‘Dos Crimes contra a Dignidade Sexual’; nos termos da legislação de antanho, possuía a nomenclatura de ‘Crimes contra os Costumes’ e poderia ser considerada serôdia, vetusta e obsoleta, corroborando, para tanto, Greco (2017, p. 1120) ao evidenciar que:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Ao passo que era evidente a presença da moral e dos valores subjetivos da sociedade, em um contexto social, do qual o Código Penal não pode se valer (NUCCI, 2015); como já verificado, pois, como ciência, é necessário ser incisivo e simultaneamente, objetivo para a aplicação da legislação penal.

Outra justificativa é que nesse diapasão, as modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, anteriormente previsto no artigo 217, do Código Penal, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças. A terminologia utilizada pelo Código Penal de 1940, em uma sociedade cada vez mais em desenvolvimento, era, evidentemente, arcaica, pois não acompanhou a evolução social, uma vez que, sua utilização, àquela época, talvez tivesse razão

de existir, porém, não é justificável hodiernamente (ROBALDO, 2009). Assim, pode-se considerar como positiva, a respectiva alteração introduzida pela referida lei; de fato que, com a modificação, é transparente que o bem jurídico a ser tutelado é a dignidade sexual, que encontra vislumbre sob o princípio da dignidade da pessoa humana, com fundamento no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior.

Desta feita, mudou-se o foco da proteção jurídica. Agora, o objetivo em vista, num primeiro plano, não está focado na moral média da sociedade, ou seja, no subjetivismo humano, principado no resguardo dos bons costumes, como sendo, a título de exemplo, o interesse de terceiros, como bem relevante a ser protegido, mas sim, o foco é a tutela da dignidade individual do ser humano, sob o enfoque sexual, e os direitos que lhe são inerentes, como a liberdade, integridade física, a vida e a honra. Assim, lado a lado, busca-se a proteção da dignidade sexual.

3.1.2 Do Crime de Estupro

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Nucci (2015) instrui que outra importante modificação advinda da lei em tela, é a unificação dos crimes de estupro e do atentado violento ao pudor, que foram fundidos, tendo sido tipificados na mesma figura penal, qual seja o artigo 213, do Códex Penal. Anteriormente, somente a figura feminina poderia ser sujeito passivo no crime de estupro. Com o advento da lei, em 2009, tanto homens como mulheres passam a figurar no polo passivo do tipo penal em questão, no qual o bem jurídico a ser protegido é a liberdade sexual e, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê em estado de humilhação com o ato sexual sem consentimento.

A terminologia estupro foi adotada pela nova lei e diz respeito ao fato do agente ter praticado o crime, constringendo ‘alguém’, e não apenas a mulher, com o emprego de violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar com ele, ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Por exemplo, anteriormente, se um homem fosse vítima deste crime, o agente era julgado como incurso nas penas do artigo 214, do CPB, concebido como atentado violento ao pudor. Atualmente, não há a diferenciação se o agente é do sexo feminino ou do masculino, se estiverem presentes o verbo do tipo, neste caso, constringer, com o objetivo previsto no tipo penal do artigo 213, do aludido Código Penal, configura-se então, o crime de estupro. Greco (2017) menciona ainda que se a conduta do agente resulta

lesão corporal de natureza grave¹, ou mesmo a morte da vítima, o estupro será qualificado, conforme aduz os parágrafos 1º e 2º, do artigo 213, do Código Penal.

Hungria (1959) é incisivo ao afirmar que o crime de estupro não era passível na constância do matrimônio, pois, para o mesmo, o ato sexual no casamento seria de dever e reciprocidade entre os cônjuges; desta feita, não considera-se, portanto, estupro, *in casu* (neste caso), se o agente for o marido da vítima. Lado outro, com a devida *vênia*, o parecer de Nucci (2015) e a corrente doutrinária que o segue é mais certa, de fato que não se pode admitir que o esposo empregue violência e/ou grave ameaça para compelir a mulher a praticar ato sexual ou libidinoso com ele. Como já demonstrado, ocorre o cerceamento da liberdade sexual da vítima, atacando-lhe diretamente, sua dignidade sexual.

De imediato, percebe-se que a alteração, ora em análise, criou um tipo misto alternativo, ou seja, caso o sujeito ativo cometa mais de uma conduta, mesmo assim responderá por um único crime, ficando as demais condutas a serem avaliadas no momento da fixação da pena base, durante a valoração das circunstâncias do crime, resultado consequente que reconhece a prática da violação sexual com vistas a efetivar a conjunção carnal, bem como outro ato de viés libidinoso, que margeia o tipo penal, formulado em um único crime, o estupro, não se falando mais em duas condutas delituosas, bastando somente a previsão do artigo 213, da Carta Penal.

Assim, ao se tratar de lei penal benéfica, deve, portanto, ter efeito *ex tunc*, ou seja, retroagir no tempo, de forma que os fatos delituosos praticados antes de sua entrada em vigor são envolvidos por ela (NUCCI, 2015). Desta forma, ao indivíduo que foi sentenciado à condenação por ter praticado estupro e também, atentado violento ao pudor, em desfavor de uma mesma vítima, por exemplo, com pena mínima de dez anos, poderá pedir a revisão, com a respectiva alteração, para o mínimo legal, de seis anos, conforme instrui o Código Penal, no artigo 213.

3.1.2.1 Do Estupro de Vulnerável

Ainda, em se tratando de novidades trazidas pela lei em tela, houve efetivamente a criação de um novo tipo penal, o estupro de vulnerável, positivado no artigo 217-A, no Código Penal Brasileiro, qual seja a conjunção carnal, ou mesmo a prática de ato considerado libidinoso com pessoas menores de 14 (quatorze) anos, e ainda, em seu parágrafo primeiro,

¹ Para tanto, considera-se lesão corporal de natureza grave o disposto no artigo 129, §§ 1º e 2º do Código Penal Brasileiro.

equivalem-se as pessoas vulneráveis, as pessoas enfermas ou com deficiência mental, que não tenham o discernimento necessário para a prática ‘consciente’ do ato, ou qualquer outra causa em que a pessoa não possa oferecer resistência, como por exemplo, a prática do ato sexual com pessoa em estado de embriaguez.²

Anteriormente, existia o questionamento quanto à presunção de violência, constante no diploma repressivo, no artigo 224, alínea “a”, em que em muitos casos era entendida como relativa, com a justificativa de que as pessoas menores de 14 anos não precisavam da mesma proteção, quando da época da redação do Código Penal de 1940, visto que a sociedade passou por diversas mudanças temporais.

O doutrinador Nucci (2014) entende e leciona que há a presunção relativa, de acordo com o caso concreto, por exemplo, um menor de 13 (treze) anos é relativamente vulnerável se tiver experiência sexual comprovada, e ter plenitude de sua consciência, devendo ser analisada a situação em que ocorreu, a mentalidade para verificar se houve anuência ou não da suposta vítima, de fato que legislação não pode afastar o princípio da mínima intervenção e da ofensividade.

Em sentido contrário, advoga Greco (2017) que a presunção da violência, nos casos em que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, é de natureza absoluta, não prosperando razão para que haja seu questionamento, pois estão em fase de desenvolvimento e formação, não tendo conceitos e opiniões consolidados. Até porque a determinação da idade foi estabelecida por uma eleição político-criminal feita pelo próprio legislador, na qual o tipo penal não está presumindo, e sim, proscrevendo que alguém pratique ato sexual ou libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Parece mais correto o posicionamento do segundo autor supracitado, pois, não há critério mais objetivo do que a idade, e, ainda, somados aos argumentos apresentados, que se mostram mais plausíveis; não obstante, anote-se que a súmula 593, do Superior Tribunal de Justiça considera irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos, e, com o devido destaque, o legislador optou por praticamente transcrever a súmula referida no

²Por exemplo, tem-se o seguinte julgado: DIREITO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA EMBRIAGADA E/OU ENTORPECIDA. AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO. CONDENAÇÃO. RECURSOS DOS RÉUS. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS. [...] **3. O crime previsto no artigo 217-A do Código Penal considera como vulneráveis os que não possuem o necessário discernimento para a prática do ato, e os que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.** No caso, as provas dos autos demonstram que a vítima foi obrigada pelos réus a ingerir duas latas de cerveja, já abertas, e em seguida passou a perder os sentidos, acordando somente no outro dia, já violentada, caso de incidir o tipo de estupro de vulnerável. 4. Negado provimento aos recursos dos réus. (TJ-DF 20161510025997 - Segredo de Justiça 0023286-80.2010.8.07.0003, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 08/02/2018, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/02/2018 . Pág.: 156/166) Grifo nosso.

parágrafo 5º, do artigo 217-A, este, incluso pela Lei nº 13.718/18. Dessa maneira, fica o agente da prática delituosa, sujeito à penalidade de reclusão, nos termos do aludido artigo, qual seja, com o mínimo legal fixado em 08 (oito) anos e máximo de 15 (quinze) anos.

3.1.3 Da violência sexual mediante fraude

Greco (2017) referencia que a legislação alterou também o dispositivo de que tratava da violência sexual mediante fraude, outrora se encontrava positivado no artigo 226, do estatuto penal, quando, em sua edição original, em 1940, dispunha a conduta como ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude, o que gerava calorosos debates no seio jurídico, pelo termo ‘mulher honesta’; assim, no ano de 2005, o legislador modificou o tipo penal, retirando o termo ‘honesto’. Posteriormente, a Lei nº 12.015/2009, positivou no artigo 215, do código penalista, com a remoção do termo ‘mulher’ e adicionando outros elementos constitutivos do tipo, fundindo o atentado ao pudor mediante fraude e posse sexual mediante fraude.

A nova redação do artigo mencionado passou a destacar a conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso, mediante fraude ou outro meio que impeça a livre manifestação de vontade da vítima. Essa fraude é comumente chamada no corpo jurídico de ‘estelionato sexual’, em que a incidência deste elemento faz com que a anuência da vítima, ou o seu aceite, se dê por prejudicado, pois, por meio da fraude o agente mantém a vítima em erro, sobremaneira que se a mesma soubesse da realidade, não cederia aos apelos do agente. Por exemplo, um médico ginecologista, durante consulta, diz à paciente que é necessário fazer um exame físico de toque, com a finalidade de satisfazer sua libido, sendo que na verdade este exame é dispensável; neste caso a vítima consente com a relação sexual, porém não é de livre vontade, visto que foi induzida a erro (GRECO, 2017). A penalidade é de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos, podendo também, ser aplicada cumulativamente com multa, se o crime é cometido com a finalidade de obtenção de vantagem econômica, conforme o aduz o parágrafo único, do artigo 215, do diploma penal.

É oportuno denotar o caso ‘João de Deus’, com grande repercussão nacional, um médium que recentemente foi denunciado como incursos em crimes contra a dignidade

sexual, com violação sexual mediante fraude, pois utilizava de sua profissão para induzir e manter as vítimas em erro³.

3.1.4 Do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual e tráfico de pessoas para fins sexuais

Quanto a esta temática, traz o CPB, em seu artigo 228, os elementos constitutivos do tipo penal em tela, qual sejam, a conduta de indução ou atração de alguém à prostituição, e ainda, de outras formas de exploração sexual, ou sua facilitação, impedindo ou dificultando o abandono. Greco (2017) leciona que não precisa haver, necessariamente, o comércio do corpo, para configurar o tipo penal, podendo haver outras formas de exploração sexual que não seja a prostituição em si, bastando que ocorra a exploração sexual, em que pese salientar, muitas vezes a vítima nem recebe nada por isso. Assim, a exploração sexual é colocada como gênero, e a prostituição, tida como espécie, acompanhada, por exemplo, do tráfico de pessoas. A penalidade imposta pelo códex é de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa, sendo que passa a ser de 03 (três) a 08 (oito) anos, se o autor da prática do crime tem vínculo familiar e/ou consanguíneo, ou de responsabilidade de curadoria ou tutoria da vítima, conforme o parágrafo primeiro do artigo em análise.

Em relação ao tráfico de pessoas para fins sexuais, a Lei nº 13.344⁴, de 06 de outubro de 2016, revogou os artigos 231, 231-A e 232, e acrescentou ao Código Penal, o artigo 149-A, dispondo sobre o tráfico de pessoas, e no inciso V, especifica a finalidade para fins sexuais, com a pena imposta em reclusão de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, cumulativamente com multa, com causas de aumento de pena de 1/3 (um terço) à metade, dispostas no parágrafo primeiro, do aludido artigo.

Aliás, ainda em tempo, é válido frisar que a legislação foi alterada pela Lei nº 12.015/09, no sentido de que o artigo 218-B veio para punir o agente que promove, impulsiona, de alguma forma, a prostituição de menores de 18 (dezoito) anos, de maneira que a pessoa que submeta, induza ou atraia a pessoa menor de dezoito e, para Nucci (2014, *online*)

³ VENAGLIA, Guilherme. **João de Deus é Denunciado pelo MP por quatro crimes sexuais**. In Veja.abril. Publicado em 28 dez 2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/brasil/joao-de-deus-e-denunciado-pelo-mp-por-quatro-crimes-sexuais/>> Acesso em 13 mai 2019 às 11h00min28s

⁴ _____ **Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art17> Acesso em 13 mai 2019 às 12h07min42s

por questão de lógica, a pessoa que seja maior de 14 anos, (pois o menor de 14 anos está amparado pelo artigo 217-A) “à prostituição ou outra forma de exploração sexual, incluindo o cliente desse menor e o proprietário, gerente ou responsável pelo estabelecimento onde o ato sexual se realize”. De maneira antagônica, Greco (2017) instrui que o tipo penal abarca não só o menor de 18 anos, como também o menor de 14 anos, e ainda, aqueles protegidos pelo parágrafo 1º, do CPB.

Com as devidas argumentações, permite-se discordar daquele doutrinador acima citado, posto que Greco (2017) complementa ainda que, em Estocolmo, no ano de 1996, foi realizado o I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, que definiu quatro modalidades de exploração sexual, sendo: a) a prostituição, b) o turismo sexual, c) a pornografia e d) o tráfico para fins sexuais. Nesse sentido, com a incorporação do art. 218-B no Código Penal pela Lei nº 12.015/09, pode-se intentar que as condutas previstas na tipificação em tela podem “ter por finalidade outra forma de exploração sexual que não a prostituição em si, ou seja, não há necessidade que exista o comércio do corpo, mas que tão somente a vítima seja explorada sexualmente, nada recebendo em troca” (GRECO, 2017, p. 1218) assentando-se a esse conceito, o turismo sexual e a pornografia. A penalidade é de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, cumulativamente com multa, se for praticado com o escopo a obter vantagem econômica.

3.1.5 Modificação na Lei dos Crimes Hediondos

Também, como consequência da legislação 12.015/09, houve a modificação da Lei 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, em que alterou os incisos V e VI, e incluiu-se nesta, o inciso VII. Desta forma, são considerados crimes hediondos o estupro na forma simples e qualificada, o estupro de vulnerável, também na forma simples e qualificada, e a fomentação da prostituição de menores, constantes no art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º, art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º e art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º, respectivamente.

3.1.6 A ação penal nos casos de crimes sexuais

A lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal no sentido de que a ação penal passou a ser pública condicionada à representação da vítima. Contudo, vale ressaltar que atualmente a ação penal nos crimes em tela é ‘pública incondicionada à representação da vítima’, devido à modificação trazida pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.

A supracitada lei trouxe inovação fazer a inclusão do artigo 225, no CPB, tratando neste dispositivo legal que nos crimes elencados no capítulo I e II, em que estão compreendidos os artigos 213 ao 216-B, e 217-A ao 218-C, respectivamente, do Título VI, do indigitado diploma repressivo, a ação penal deve ser pública e incondicionada à representação da vítima. Quanto à ação, Távora e Alencar (2015) lecionam que, nos casos de aplicação da lei penal em foco, a manifestação da vontade da vítima é prescindida, ou seja, à representação da mesma, sendo que o Ministério Público é o titular desta ação.

O artigo 226, do aludido códex, traz expressamente quais são as causas de aumento de pena, e, a Lei de Importunação Sexual acresceu o inciso IV, alíneas ‘a’ e ‘b’, sendo, respectivamente, aumentado de 1/3 (um terço) à 2/3 (dois terços) se o crime é praticado nas circunstâncias de estupro coletivo, ou seja, quando há a participação de duas ou mais pessoas no polo ativo, e o estupro corretivo, quando é praticado pelo agente com a intenção de controle sobre o comportamento sexual ou social da vítima; neste último caso, entende-se, por exemplo, o homem que force o ato sexual com mulher lésbica, no intuito de ‘corrigir’ sua orientação sexual.

3.2 O Advento de Novas Leis – Lei nº 13.718, de 25 de setembro de 2018

3.2.1 Importunação Sexual

No dia 25 de setembro de 2018, foi publicada a Lei nº 13.718. Tal dispositivo veio para tratar sobre a tutela à dignidade sexual, provocando alterações na legislação penal, mais especificadamente, no título VI, do referido mandamento repressivo, que passou a tipificar a prática de importunação sexual, sendo inserta no artigo 215-A, do Código Penal Brasileiro, com a redação dispondo que a prática de ato libidinoso contra alguém, sem ter obtido a aquiescência para tal, com o escopo apenas de satisfação da própria lascívia, ou ainda, a de terceiros, configura-se em crime contra a dignidade sexual.

Esta tipificação incorreu na revogação da contravenção penal do artigo 61, do Decreto-Lei 3.688/41⁵, que seria a importunação ofensiva ao pudor. Ou seja, anteriormente à vigência da supracitada lei, a conduta era outrora punida como se contravenção penal o fosse. Assim, após a entrada em vigor desta lei, passa a ser considerado crime, com penalidade de

⁵ _____. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 30 abr 2019 às 19h00min24s

reclusão, com mínimo legal estabelecido em 01 (um) ano, e máxima de 05 (cinco) anos, se o crime não se tipificar em outro, que se dê mais gravoso.

Por exemplo, em agosto de 2017, um homem foi preso acusado de ejacular no pescoço de uma mulher dormia em um ônibus⁶, em São Paulo-SP. Outros casos ocorridos durante o corrente ano, no período carnavalesco, como por exemplo, um folião embriagado⁷, durante a festa em um bloco, passou a mão nas nádegas de várias mulheres, que o denunciaram. Analisando, o primeiro caso foi julgado nos termos do artigo 61, da Lei de Contravenções Penais, apesar de ter deixado a comunidade jurídica dividida, pois alguns entendiam ser possível acusar o agente como incurso nas penas do crime de estupro. Já no segundo caso, tendo ocorrido após a vigência da nova lei, o agente deve ser responsabilizado penalmente como incurso no crime de importunação sexual.

Assim sendo, a *novel*⁸ legislação não tem efeitos *ex tunc*, ou seja, não retroage por se tratar de legislação prejudicial ao réu, não abraçando os fatos praticados anteriores à sua vigência. Logo, nos casos em que as referidas condutas foram praticadas em data anterior ao advento da referida lei, o agente responde penalmente, sendo responsabilizado pela contravenção penal do artigo 61, do Decreto-Lei 3.688/41.

3.2.2 Divulgação de cena de estupro, ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou pornografia

A lei em tela também incluiu ao CPB, o artigo 218-C, que dispõe que a pessoa que pratique os verbos elementares do tipo, ou seja, o agente que execute o oferecimento, a troca, a disponibilização, a transmissão, a venda ou exposição à venda, a distribuição, publicação ou divulgação, de mídias com conteúdo de cenas de estupro (art. 213, do CPB) ou de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CPB), ou mesmo que induza ou faça apologia a tais práticas, ou ainda, sem o consentimento da vítima, ou seja, autorização dos envolvidos, pratique qualquer dos verbos indigitados, relativos à cenas de sexo, nudez ou pornografia; destacando-se que para que se amolde ao tipo penal em análise, independe de obtenção de vantagem econômica.

⁶ **Mulher sofre assédio sexual dentro de ônibus na Avenida Paulista.** 29/08/2017. In: G1.globo.com. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulher-sofre-assedio-sexual-dentro-de-onibus-na-avenida-paulista.ghtml>> Acesso em 10 mai 2019 às 16h0032s

⁷ SOARES, Denise. **Folião embriagado é detido por importunação sexual em bloco de carnaval em MT.** 04/03/2019. In: G1.globo.com. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2019/03/04/foliao-embriagado-e-detido-por-importunacao-sexual-em-bloco-de-carnaval-em-mt.ghtml>> Acesso em 10 mai 2019 às 16h00min35s

⁸ De acordo com o Dicionário Houaiss, significa: que ou o que existe há pouco tempo; novo, jovem.

A penalidade é de 01 (um) a 05 (cinco) anos, se o fato não se dê como crime mais grave, sendo que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à 2/3 (dois terços) se o agente ativo do tipo penal em tela mantém ou já manteve relacionamento íntimo de afeto com a vítima ou ainda, se a finalidade da prática for para vingança ou humilhação, o chamado *revenge porn*, (PEREIRA, 2017) termo traduzido como pornô de vingança, no qual o agente torna público mídia de conteúdo íntimo da vítima, sem sua autorização, não tendo praticado ameaça em desfavor da mesma, sendo que o pratica apenas para se vingar, em um ato de inconformismo, por exemplo, a não aceitação do término de relacionamento.

Contudo, há ainda positivado no CPB, causa excludente da ilicitude, ora em análise, no que tange ao parágrafo segundo, do abordado artigo, em que pese o não enquadramento ao tipo penal em tela se o praticante do ilícito for para fins de jornalismo, científicos, culturais ou acadêmicos, desde que seja respeitado a não identificação da vítima, salvo se obtiver autorização prévia e que a mesma seja maior de 18 (dezoito) anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da análise de todo o trabalho desenvolvido, chega-se ao momento de realizar as pontuações em sede de considerações finais. Recapitulando, este trabalho trata-se da legislação brasileira e a tutela da dignidade sexual, em que o objetivo geral desta pesquisa é a verificação da tutela que o Estado, por meio de legislações e na figura do direito penal, oferece aos indivíduos.

A legislação brasileira abarca todo o conjunto de leis e de normas, que a seu turno, são regidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, ainda, é fundamental a exposição de que esta Carta Magna, regente de todo o ordenamento jurídico pátrio é norteadada pelo princípio mor, a Dignidade da Pessoa Humana, tão importante que se encontra positivado no artigo 1º, inciso III, deste referido mandamento, como cláusula pétrea, da qual não pode ser alvo mutação.

Tal temática merece ênfase em sua análise, pois se pode perceber, sob o enfoque temporal, que algumas leis foram introduzidas recentemente, e, aos poucos, notam-se os efeitos sobre a população, nesse ponto, trata-se do agente do polo passivo, como do ativo. De maneira que o direito penal deve acompanhar a evolução da sociedade e simultaneamente, contribuir para que esta se desenvolva de maneira equilibrada e pacífica. Assim, se faz de suma importância apresentar os resultados obtidos neste trabalho, de modo que para cada objetivo especificado nesta pesquisa, têm-se os resultados pertinentes.

Em um primeiro momento, o objetivo concretizado é a busca da fundamentação principiológica da legislação brasileira, que de modo geral, tem a Constituição Federal de 1988 como a suprema de todas as leis, exercendo, por sua vez, o cargo de chefia, na hierarquia legislativa. Desta forma, todas as outras normas e legislações lhe devem respeito, observância e obediência, e, portanto, o direito penal, como ramo do Direito, não pode se eximir de acatar o que manda a Carta Magna de 1988. Está provado, como resposta à problemática trabalhada, o vínculo do referido diploma repressivo com o direito constitucional, obtido por meio da análise e busca do embasamento principiológico das normas.

A partir de então, é dado seguimento ao estudo com vistas à identificação da dignidade sexual como bem jurídico-penal, e para tanto, é necessário delimitar o conceito de bem jurídico e de dignidade sexual, para chegar ao resultado deste objetivo. Contudo, a partir das análises realizadas, não é possível definir exatamente, em um conceito conclusivo, o que

são os bens jurídicos, porquanto de maneira ampla, se tratam dos bens que de alguma forma interessam ao ser humano, assim, nem todos os bens são passíveis de tutela do direito penal.

Por conseguinte, o direito penal tem o fito de proteger os bens jurídicos que lhes sejam pertinentes, frequentemente vinculados a um direito ou garantia fundamental, previsto na Constituição, e, assim, a dignidade sexual do indivíduo se solidifica em um bem jurídico notoriamente digno de proteção do direito penal, pois a sexualidade é inerente ao indivíduo, o qual tem o direito de dispor dela, sem a interferência de terceiro(s) que tente(m) adentrar sua individualidade.

Partindo disso, o terceiro capítulo cumpre seu objetivo quanto à verificação da efetiva tutela à dignidade sexual, disposta ao cidadão, por parte do Estado, através da legislação pátria. Nesta tangente, o embasamento para análise se dá essencialmente por meio da Constituição Federal de 1988, como dito em linhas anteriores, é a Carta Máxima do Estado brasileiro; do Código Penal de 1940, por ser o diploma repressivo, uma forma de controle da sociedade, que visa regular e tipificar os crimes e proteger os bens jurídico-penais, e, em específico, do título VI do referido códex.

Ainda, tem-se a Lei nº 12.105/09, trazendo importantes alterações no código em comento, como, por exemplo, a alteração do Título VI, que passou a ser denominado de ‘crimes contra a dignidade sexual’, precedido de ‘crimes contra os costumes’, em que pese, na criação e vigência do aludido diploma legal, talvez tivesse razão de existir, porém, hodiernamente, devido às constantes modificações da sociedade, não faz sentido. Assim, esta alteração é considerada benéfica e um avanço na legislação e na seara jurídica, pois se passa a enfrentar os crimes contra a dignidade sexual, de forma a proteger o indivíduo, e, ocorrendo o crime, o agente é punido de forma ponderada, de acordo com o caso concreto.

Não obstante, se tem notícia de outras modificações e a mais notável é a junção de duas tipificações em um só tipo penal, sendo a prática de atentado violento ao pudor e o estupro, elementos do mesmo tipo, incrustados no artigo 213, do Código Penal, em que se retirou da letra de lei o agente passivo específico, a mulher, e atualmente, qualquer pessoa pode ser vítima da prática delituosa em tela.

Outra novidade em termos de legislação é a Lei nº 13.718/18, que inclui no Código Penal, o crime de importunação sexual, condenando a prática de ato(s) libidinoso(s) em desfavor de outrem, sem a aquiescência para tal, que outrora tinha sua punição com fulcro na contravenção penal do artigo 61, do Decreto-Lei 3.688/41, esta por sua vez foi revogada em face da nova legislação.

Quanto à ação penal, a referida lei ordena que todos os crimes contra a dignidade sexual, sem exceção, sejam de ação penal pública incondicionada à representação da vítima, assim, não é necessário que a vítima tome a iniciativa de se manifestar judicialmente acerca do fato. Desta feita, sobressai a seguinte perspectiva do ponto de vista crítico, pois a vítima, em grande maioria das vezes é maior prejudicada, tanto pelo abalo físico e psicológico, quanto pelo olhar avesso da população, que a enxerga com maus olhos. Assim, não seria surpresa se a mesma optasse por se abster de se expor em juízo, principalmente na tangencial ao crime de estupro.

O legislador talvez tenha tido bom intento ao efetivar tal mandamento, porém, a justiça brasileira ainda padece de alguns males e um deles é a lentidão dos processos, devido ao acúmulo em grande escala, a falibilidade humana contribui para tal, pois casos complexos demandam mais tempo dos julgadores e com isso, mais desgaste a ambas as partes. Tem-se no direito penal, em partes, característico simbolismo, com a intenção de punir de forma justa, e passar confiança na segurança pública que o Estado oferta à sociedade. Contudo, o que diariamente pode-se perceber é a interferência do agente estatal na vida privada do indivíduo, que em alguns casos, deveria ser de opção da vítima em fazer ou não a representação criminal.

Assim, a legislação cuida da tutela da dignidade sexual do indivíduo, estando inserta no direito e garantia fundamental à liberdade, assim, cada ser humano tem o direito de dispor de sua sexualidade em acordo com seu consentimento, excetuando-se os casos de incapacidade absoluta, no qual as pessoas menores de 14 anos não o podem fazer; quando esse direito é violado, o Estado interfere, punindo o agente ativo de acordo com o caso concreto. Porém, há de se pensar em alguns casos em que a vítima, por escolha própria, opta por não fazer a representação criminal, pois o desgaste emocional é demasiado para prosseguir com exposição e rememoração dos fatos. Desta feita, o Estado tem o dever de punir, nisto há concordância, entretanto, deve-se também pensar na vida privada da vítima e seu direito de decisão, se quer ou não representar contra seu agressor.

A estratégia metodológica utilizada tem o caráter exploratório e descritivo, com abordagem qualitativa acerca do tema, através da revisão bibliográfica, análise de doutrinas e escritos de teor de âmbito jurídico, que ensejaram de suma importância para a realização deste trabalho, contribuindo significativamente para a finalização deste, pois assim, houve maior familiarização com o tema, oportunizando, por meio das análises, obter as respostas às problemáticas de cada objetivo proposto, para chegar ao final deste trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 12 fev 2019 às 14h00min26seg

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 18 fev 2019 às 13h21min04seg

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 18 fev 2019 às 13h21min04seg

_____. **Lei dos Crimes Hediondos**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm> Acesso em 30 abr 2019 às 18h05min12s

_____. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1> Acesso em 08 mai 2019 às 08h52min09s

AGUIAR, Leonardo. **Direito Penal, Direito Constitucional e Estado Democrático de Direito**. In: JusBrasil. 2016. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324819590/direito-penal-direito-constitucional-e-estado-democratico-de-direito>> Acesso em 12 fev 2019 às 16h32min24s

AGUIAR, Leonardo. **Princípio da Intervenção Mínima**. In: JusBrasil. 2017. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>> Acesso em 20 mar 2019 às 13h 25min 18s

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. Coleção Ciência Criminais, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Editora: Elsevier; Edição: 2ª. 2004.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 25. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 22. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982**. Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. n. 34, p. 7–23, jul./dez., 1982. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2 ed.º. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2011.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio: Forense. 1959, Vol. VIII.
- JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984.
- LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia, Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção**, Almedina, Coimbra, 2004.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22ª. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- LIMA, Daniel. **A liberdade sexual como único bem jurídico merecedor de tutela penal nos crimes sexuais**. In: CanalCiênciasCriminais. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/liberdade-sexual-bem-juridico/> > Acesso em: 27 fev. 2019 às 18h30min57s

LUCAS, Ana Cláudia. **Princípio da Intervenção Mínima ou “ultima ratio”**. In: Blogspot. 2010. Disponível em: <<http://profenaclaudialucas.blogspot.com/2010/07/principio-da-intervencao-minima-ou.html>> Acesso em 20 mar 2019 às 12h 50min 42s

MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Abolicionismo penal e direito penal máximo: breves apontamentos sobre a dicotomia teórico-estrutural**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12802>. Acesso em 01 maio 2019 às 10h22min42s

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. Editora: 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, vol. IV**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual** - 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 2ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Ítalo Augusto Camargos. Criminalização do revenge porn. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18796&revista_caderno=3>. Acesso em maio 2019. Acesso em 13 mai 2019 às 13h05min41s

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Organização Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [S.l.], v. 8, n. 14, p. 19-51, abr. 2017. ISSN 2358-601X. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/4662>. Acesso em 18 fev. 2019 às 10h32min20seg

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Bem Jurídico e Direito Penal**. In: Jus.com.br. 2012. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/20939/bem-juridico-e-direito-penal> > Acesso em 01 mar. 2019 às 16h20min03s

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38^a ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Mínimo versus Direito Penal Máximo**. In: JusBrasil. 2013. Disponível em: < <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100211136/direito-penal-minimo-versus-direito-penal-maximo> <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100211136/direito-penal-minimo-versus-direito-penal-maximo>> Acesso em 10 mar 2019 às 12h05min31s

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a Bahia: Ed. JusPodivm, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte , v. 54, n. 127, p. 197-210, June 2013 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 Mar. 2019. Às 18h32min10s