

Simão Baran Junior

**Nova Hermenêutica dos Crimes que Gravitam ao
Redor da Prostituição: uma abordagem setorial do
direito penal mínimo**

**Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC
Universidade Federal do Paraná - UFPR
Curitiba, 2008**

Simão Baran Junior

**Nova Hermenêutica dos Crimes que Gravitam ao
Redor da Prostituição: uma abordagem setorial do
direito penal mínimo**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Especialista do Curso de Criminologia e
Direito Criminal do Instituto de Criminologia
e Política Criminal - ICPC**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC
Universidade Federal do Paraná - UFPR
Curitiba, 2008**

Resumo

O trabalho discute os crimes que gravitam ao redor da prostituição. Tais crimes estão em nossa legislação há tempos e sua aplicação é fortemente condicionada pelo ambiente social. Boa parte não vem sendo observada, numa espécie de descriminalização informal. Todavia, essa tarefa deve ser incumbida ao Judiciário, para evitar abusos. Aqui reside a necessidade de uma moderna abordagem do problema. Para tanto, parte do postulado de um direito penal mínimo como consequência de um Estado Democrático e de Direito. Nesta perspectiva, os princípios constitucionais têm acentuado relevo, eis que conformam e limitam o âmbito do Direito Penal. Como corolário dos princípios constitucionais, especialmente o princípio da lesividade, o conceito de bem jurídico afigura-se como essencial à construção de uma teoria garantista do direito penal. Aplicada aos crimes relativos à prostituição verifica-se a possibilidade de ampla redução do âmbito de abrangência dos ditos crimes.

Palavras-chave

Direito Penal Mínimo. Garantismo. Bem Jurídico. Prostituição e Lenocínio.

Índice

Introdução	2
Capítulo I – Direito Penal Mínimo e Princiologia Constitucional	5
II.1 – Estado Democrático e Social de Direito	5
II.2 – Princípios do Direito Penal	7
II.2.1 – Princípio da Legalidade	8
II.2.2 – Princípio da Lesividade	9
II.2.4 – Princípio da Humanidade	10
II.3 – Direito Penal Mínimo	11
Capítulo II – Bens Jurídicos: Limites e Funções	16
II.1 Generalidades	16
II.2 – Evolução conceitual	16
II.3 – Funções	18
II.3.1 – A Função Garantista do Bem Jurídico	21
Capítulo III – O Bem Jurídico dos Crimes contra os Costumes	26
III.1 – O Costume	26
III.2 – O Bem Jurídico dos Crimes Contra os Costumes	28
III.3 – Os tipos penais revisitados	31
Art. 227 – Mediação para servir a lascívia de outrem	31
Art. 228 – Favorecimento à Prostituição	32
Art. 229 – Casa de Prostituição	34
Art. 230 – Rufianismo	34
Art. 231 e 231-A – Tráfico Internacional e Interno de Pessoas	35
Conclusão	36
Bibliografia	38

Introdução

A venda de serviços sexuais tem sido uma constante que acompanha toda a história da humanidade. Coloquialmente, a prostituição ficou conhecida como a mais antiga das “profissões”. Ironicamente, ou talvez tragicamente, profissão no sentido de trabalho ou ofício reconhecido pelo Estado não é, vez que, ao menos no Brasil, esta atividade não dá direito à aposentadoria e demais conseqüências advindas de uma profissão reconhecida.

A atitude da sociedade e do Estado frente a essa atividade variou intensamente no decorrer do tempo. Fatores como a moralidade média das pessoas, religião, educação, influenciam tal atitude e, de certa maneira, acabam invariavelmente refletidas na legislação sobre o assunto. Para uma introdução ao tema, basta nos referirmos à situação atual brasileira.

Pela legislação penal brasileira em vigor, oferecer serviços sexuais mediante a cobrança de uma remuneração não é crime. Tampouco há punição para aquele que procura satisfazer suas necessidades sexuais mediante paga. Também não há nenhum regulamento civil. Se por um lado não há repressão à atividade em si, vigora uma criminalização de uma série de condutas que gravitam ao redor desta atividade.

A repressão de tais condutas vem definida no Título VI, Dos Crimes contra os Costumes, no seu Capítulo V, Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas. (Arts. 227 a 232 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940). A efetiva persecução de algumas das figuras raramente é feita pela polícia, contando inclusive com a fiscalização das Prefeituras e outros agentes estatais (inclusive a própria polícia), mas para outros fins, em geral, para coibir o tráfico de drogas e a prostituição de menores.

Dado o presente panorama, calha expor o objetivo deste trabalho. O desiderato, que ao final pretendo atingir, é atingir uma nova interpretação doutrinária que tome como base o Estado Social e Democrático de Direito, o qual não permite criminalização de qualquer conduta. Significa em verdade fazer valer uma velha característica do Direito Penal, sempre

bradada por todos os penalistas, mas tão vazia de conteúdo e sentido na aplicação prática do Direito: O Direito penal como *ultima ratio*.

Como corolário deste enfoque no Estado Social e Democrático de Direito, faço uso de diversas e novas teorias criminológicas, constitucionais e penais que permitam fundamentar hoje um Estado que não abuse de sua força contra os cidadãos. Afinal, é hoje inadmissível qualquer teoria que fundamente o Estado a não ser no sentido de um Estado que sirva aos cidadãos e que ponha restrições apenas quando estritamente necessárias para salvaguardar exatamente o cidadão e nunca o Estado.

Assim, este trabalho pretende sistematizar a matéria, com enfoque na descriminalização de boa parte do tema, principalmente onde não houver envolvimento de menores e ameaça à liberdade individual. Evita-se assim que a própria polícia realize esta tarefa informal de descriminalização. Espera-se com isso, maior legitimidade da atuação estatal, com o intuito de minorar as oportunidades de abusivo da repressão estatal, como, por exemplo, a cobrança de propinas para evitar o fechamento e para conceder alvarás e a utilização seletiva da máquina judicial estatal.

Primeiramente será dada atenção aos princípios constitucionais que conformam a atuação estatal na área criminal. Princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da legalidade, entre outros, servem precipuamente para limitar a força repressiva do Estado, servindo como parâmetro do âmbito de abrangência da persecução penal.

Todavia, não há como deixar de antecipar aqui que o estrito legalismo, sendo uma importante conquista da sociedade, especialmente no campo penal, pode não ser suficiente hodiernamente para a devida proteção da pessoa humana, o que reclama interpretação sistemática junto a outros, como os princípios da lesividade, o da proporcionalidade e o já referido princípio da dignidade humana.

Ao lado dos princípios constitucionais, cabe ressaltar a importância da categoria do bem jurídico como elemento fundamental de uma criminalização adequada aos ditames do

Estado Social e Democrático de Direito. Importante que se faça uma interpretação atualizada deste conceito sob pena de cairmos em um velho defeito dos manuais penais que é o de conferir ao bem jurídico a tarefa de apenas explicitar o que se pune, sem maiores conseqüências práticas.

Por fim, pretende-se atualizar a interpretação que correntemente se faz acerca dos tipos penais que gravitam ao redor da prostituição, de modo a aclarar o que seria uma atuação consentânea com os direitos humanos e como o poder repressivo do Estado. O foco é impedir esta atuação repressiva, já agora abusiva também, em casos em que efetivamente se verifique que não há razão jurídica para a persecução penal.

Desde já, pode-se adiantar que um parâmetro mais seguro é verificar a presença de menores de idade na condição de mercadores de seu próprio corpo assim como o grau de comprometimento da liberdade individual da pessoa. Onde se puder afirmar a existência de maiores de 18 anos, livres para determinar o curso de suas ações, a possibilidade de intervenção estatal deve diminuir consideravelmente em relação à atividade da prostituição. Pois, ainda que seja uma atividade que não deva ser incentivada, a repressão penal não tem e nunca teve possibilidade de minorar os efeitos da prostituição. Melhor, portanto, que neste caso seja ela excluída da “exclusão” e incluída dentro do âmbito de regulamentação do Estado.

É de bom alvitre verificar que, ao menos em alguns Tribunais, esse tem sido o enfoque, ou algo próximo, de maneira a evitar os danos sociais causados pela atuação estatal. Melhor assim.

Capítulo I – Direito Penal Mínimo e Principiologia Constitucional

II.1 – Estado Democrático e Social de Direito

Não cabe aqui aprofundar o exame dos caracteres atuais do Estado e variantes de concepções políticas. Basta a referência à praticamente unânime acolhida da concepção de Estado Democrático e Social de Direito entre os povos ditos “civilizados”. Apenas para bem nos situarmos faremos referências pontuais sobre o desenvolvimento desta concepção.

A primeira importante fase do Estado moderno vem com o Estado de Direito, caracterizado, em síntese, por quatro características: a) a Supremacia da Constituição; b) a separação dos Poderes, c) a superioridade das leis e d) a garantia dos direitos individuais¹. Essa fase representa também a síntese do pensamento liberal clássico, representada pela doutrina do *laissez-faire*.

O Estado de Direito restou superado por não ser garantia da existência de uma sociedade democrática. Era necessária a participação popular para que um regime político possa ser considerado legítimo. Dessa forma, surgiu o Estado Democrático de Direito, com as seguintes características: a) criado e regulado por uma Constituição; b) agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes e e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado².

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 40

² *ibidem*. p. 53/54.

Por fim, ao conceito de Estado Democrático de Direito agrega-se também a palavra Social, uma vez que a participação popular pode ser apenas uma garantia formal se parcela da população não tiver acesso a um padrão mínimo de dignidade, o que inclui a prestação pelo Estado de serviços de educação, saúde, previdência e políticas destinadas a incluir os desfavorecidos dentro da sociedade. Afinal, alguém privado de alimentação, saúde e educação dificilmente terá meios de debater sua posição social e a da sociedade em geral. Assim, às características do Estado Democrático de Direito, adiciona-se outra: f) O Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social³.

Várias nações (especialmente Europa e América Latina) adotam esquemas políticos próximos a um Estado Democrático e Social de Direito. Todavia devemos ter sempre em mente a advertência de Kelsen, lembrada por ROCHA, ao afirmar que “a noção de democracia, ao tornar-se palavra de ordem obrigatória em qualquer discurso político moderno, sofreria grandes abusos e manipulações, de modo que seu emprego como frase convencional acabou por retirar-lhe o verdadeiro sentido”⁴.

As transformações por que passou o Estado brasileiro também refletiram no Direito Penal, gerando um modelo constitucional de punição. Nossos Código Penal e Processual Penal datam da década de 1940 e, portanto, é de rigor que para aplicá-los o intérprete faça uma releitura de suas disposições à luz das disposições constitucionais aplicáveis. Entre elas há alguns princípios, a serem estudados a seguir, que balisam e limitam a punição em um Estado Democrático e Social de Direito.

Entre os teóricos, a construção mais importante de um modelo constitucional de punição deve-se ao modelo garantista de Luigi Ferrajoli, composto, em síntese, de 10 axiomas:

1. nulla poena sine crimine – não há pena sem crime;
2. nullum crimen sine lege – não há crime sem lei;

³ *ibidem*. p. 57.

⁴ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. *Direito Penal. Curso Completo. Parte Geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. p. 59

3. *nulla lex (poenalis) sine necessitas* – não há incriminação legal sem necessidade;
4. *nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico;
5. *nulla injuria sine actione* – não há ofensa sem conduta;
6. *nulla actio sine culpa* – não há conduta sem culpa;
7. *nulla culpa sine judicio* – não há culpa sem jurisdição;
8. *nullo judicio sine accusatione* – não há juízo sem acusação (sistema acusatório);
9. *nulla acusatio sine probatione* – não há acusação sem prova;
10. *nulla probatio sine defensione* – não há prova sem contraditório⁵.

II.2 – Princípios do Direito Penal

Os princípios constitucionais ocupam lugar central no Direito Penal contemporâneo. Ao lado das regras, os princípios compreendem a categoria das normas jurídicas. Ao passo que as regras dispõem sobre o comportamento humano, os princípios são normas jurídicas de otimização dos mandados, das proibições e permissões da vida⁶.

Hoje há inegável normatividade dos princípios. No Direito Penal, em razão da defasada legislação em vigor, acentua-se a necessidade de um correto manejo dos princípios

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ª Ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2007. p. 19

constitucionais pertinentes. Esse tópico não pretende esgotar todos os princípios constitucionais penais, mas apenas aqueles mais pertinentes à proteção do bem jurídico. Assim devem ser vistos os princípios da legalidade, da lesividade e da humanidade.

II.2.1 – Princípio da Legalidade

Também conhecido por princípio da reserva legal, é hoje admitido por todas as legislações penais ocidentais. Foi instituído pela primeira vez nas Constituições dos Estados americanos de Virgínia e de Maryland (1776), depois repetido na Constituição Americana (1787)⁷. No Direito Penal este princípio significa que a definição de crimes e aplicação das penas deve ser regida inteiramente por lei estatuída de acordo com o prescrito na Constituição. É seguramente um eficiente instrumento contra a tirania e o despotismo. A doutrina reconhece que o princípio da legalidade acarreta quatro limitações ao poder punitivo:

a) a proibição da retroatividade da lei penal: a lei penal somente se aplica aos casos ocorridos após sua entrada em vigor. Qualquer agravamento da pena e de seu cumprimento também obedece a esta limitação. A única exceção ocorre com a lei penal posterior mais benéfica, a qual sempre retroage.

b) a proibição da analogia da lei penal (*in malam partem*): A analogia é a aplicação de uma regra a um caso a outros não expressamente abrangidos por ela, mas que guardem nítida similitude. No âmbito do Direito Penal essa analogia não pode, em hipótese alguma, servir para instituir crimes, fundamentar ou agravar penas e impedir a extinção da punibilidade. Não podemos confundir, todavia, a analogia com a interpretação analógica, esta plenamente aceita nos casos em que a lei indicar.

c) a proibição de incriminações vagas e imprecisas: A lei deve ser clara e certa, de maneira a indicar precisamente qual a conduta proibida pela lei penal. O significado dos conceitos nunca será perfeitamente claro, tendo inúmeros aspectos abertos a serem discutidos e preenchidos pela doutrina e jurisprudência. Veja-se que até mesmo o homicídio (Art.121 –

⁷ Logo após também constou da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A primeira legislação penal a incorporar o princípio da legalidade foi o Código Penal da Bavária (1813), depois a Prússia (1851) e a Alemanha (1871). SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 2.ª Ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2007. p. 20.

Matar Alguém), gera dúvidas até mesmo existenciais: Quando começa e termina a vida? Apesar deste óbice, o princípio da legalidade parece indicar a necessidade de um mínimo de determinação para que possa ser aplicada⁸.

d) a proibição da criação de crimes ou penas pelos costumes: A lei, entendida no seu sentido formal, estatuída de acordo com as prescrições da Constituição é o único meio válido e legítimo da criação de crime e penas. A hipótese inversa, isto é, a utilização dos costumes para impedir a repressão penal é controvertida e merece análise crítica. No terceiro capítulo deste manuscrito, abordaremos o bem jurídico dos crimes contra os costumes, onde será discutido com mais vagar a influência discriminante, justificante e exculpante dos costumes.

II.2.2 – Princípio da Lesividade

Conforme ROCHA, somente pode ser objeto de punição a conduta humana que afete o direito de outras pessoas (cause dano ou perigo ao bem jurídico-penal)⁹. Assim, devem ficar fora do âmbito do Direito Penal condutas insignificantes cuja repressão custa mais e traz mais prejuízos do que a lesão sofrida, a qual deve ser resguardada por outros meios menos onerosos. Também condutas imorais, contrastantes com a moralidade média devem ficar de fora, conquanto não afetem outras pessoas.

SANTOS analisa o princípio da lesividade segundo duas dimensões: quantitativa e qualitativa. Pela primeira, lesões irrelevantes de bens jurídicos não devem ser criminalizados. Afirma assim, que “o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal”. Já na dimensão qualitativa, “o princípio da lesividade impede criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidas pela Constituição de República acima de qualquer restrição da legislação penal”¹⁰.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op.cit.*. p. 23

⁹ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. *Op. Cit.*. p. 77.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. Cit.*. p. 26

Já para Nilo Batista existem quatro funções deste princípio: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico¹¹.

O princípio da lesividade tem íntima conexão com o conceito de bem jurídico, ainda mais se considerarmos a visão garantista de FERRAJOLI. Maiores considerações sobre este princípio serão feitas no segundo capítulo, pertinente ao estudo do bem jurídico.

II.2.4 – Princípio da Humanidade

A consideração ao homem é o fim do ordenamento jurídico. Na nossa Constituição o princípio da dignidade humana não é apenas um importante princípio, mas é plasmado como fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III, CR). Não cabe aqui discorrer sobre o longo caminho percorrido até a afirmação dos direitos do homem, mas vale ressaltar que o marco moderno é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Todavia, hoje, mais importante do que declarar direitos, deve ser a tarefa de materialmente efetivar os direitos humanos, inclusive dotando o sistema jurídico de maneira apta a defender os direitos humanos.

Possui importante repercussão na seara penal, de forma a excluir a cominação, aplicação e execução de penas, de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, banimento, e cruéis, qualquer que seja a sua forma¹².

Dissertando sobre o princípio, BATISTA afirma que “o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios de legalidade,

¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 94.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. I*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. P. 87.

da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da danosidade social – o princípio da lesividade”¹³.

II.3 – Direito Penal Mínimo

Dentro do escopo limitado deste trabalho monográfico não cabe maiores considerações acerca de todo o rico histórico formado pelos penalistas e criminólogos em busca de uma política criminal atualizada. Resta-nos, portanto, conformar-se em detalhar alguns aspectos do acervo teórico que nos interessa de maneira específica. Para aqueles que não se conformam com o papel do Direito Penal nas sociedades atuais, vem já de longa data variantes do discurso deslegitimador da repressão ao desvio social por meio das penas.

Uma das contribuições mais importantes vem do *labelling approach*, desenvolvido pela criminologia fenomenológica americana de meados do século XX, o qual introduziu um novo paradigma na criminologia, consistente em: a) definir “comportamento criminoso como qualidade atribuída por agência de controle social a determinadas condutas, mediante aplicação de regras e sanções e b) definir criminoso como o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso”¹⁴.

Esta seletividade constitui característica perversa de um sistema montado para funcionar de maneira incidental em apenas parte dos que adotam conduta desviante. Na feliz síntese de ROCHA, “a identificação arbitrária de um ou outro autor de crime, para que, sendo condenado e preso, passe a desempenhar o papel de criminoso, permite que os não-identificados continuem a desempenhar seus papéis de cidadãos respeitadores da lei. Como, então, reconhecer legitimidade para a intervenção repressiva estatal?”¹⁵.

¹³ BATISTA, Nilo. Ob. cit.. p. 98.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit.. p. 697.

¹⁵ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. Ob. cit. p. 39.

No entanto, as maiores críticas vieram dos anarquistas, que em sua vertente mais radical propõem o total e completo abandono do sistema penal. O mais conhecido defensor desta tese é o professor Louk Hulsman. Conforme nos informa ROCHA, “a pena privativa de liberdade produz a degradação física e moral do ser humano sem, contudo, alcançar resultados eficazes na prevenção da criminalidade. (...) a pena não se presta a realizar os fins propostos, não se dirige a todos os autores de crimes e ainda importa em excessivo dispêndio de recursos sociais”¹⁶.

Ainda dentro dos defensores da total abolição do sistema criminal encontra-se a criminologia crítica, de bases marxistas, conhecida entre nós, pelo trabalho de Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos. Esta proposta utiliza o direito penal mínimo como importante etapa da evolução até que as condições permitam a abolição e pode ser referida nos seguintes termos: “a proposta do Direito Penal mínimo do programa alternativo de política criminal tem por objetivo reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, como procedimentos táticos necessários ao objetivo estratégico final de abolição do sistema penal, o que diferencia o discurso crítico de quaisquer outros projetos reformistas e, em especial, do discurso oficial sobre crime e controle social inspirado na Criminologia etiológica tradicional”¹⁷.

Na verdade, ainda são poucos os que se propõem à completa abolição do sistema penal. Por enquanto não é mais do que um sincero desejo de alguns, que pode ser bem resumido nas palavras do filósofo alemão Gustav Radbruch proferidas no início do século XX: “que a evolução do direito penal em outros períodos transcenda o direito penal e que seu aperfeiçoamento não desemboque em direito penal melhor, mas em um direito de melhora ou de correção e prevenção, que seria melhor que o direito penal, quer dizer, muito mais inteligente e muito mais humano”¹⁸.

Dado o caráter utópico do abolicionismo radical, convém estudar sua versão moderada, que desemboca no direito penal mínimo. Em síntese de ROCHA, “a concepção do

¹⁶ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. Ob. Cit.. p. 51

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit.. p. 701.

¹⁸ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito). p. 246.

Direito Penal mínimo reconhece a utilidade social do sistema repressivo, mas trabalha no sentido de vincular a intervenção estatal ao estritamente necessário para a proteção dos bens jurídicos socialmente mais importantes, observadas as garantias individuais próprias ao Estado Social e Democrático de Direito”¹⁹.

O desenvolvimento mais extensivo de uma teoria do direito penal mínimo encontra-se em FERRAJOLI. Como fundamento e limite do direito penal FERRAJOLI coloca dois objetivos do direito penal, antagônicos entre si, mas ao final partes da função preventiva geral. A primeira envolve a prevenção geral dos delitos, atende os interesses da maioria não desviante e indica o limite mínimo das penas. A segunda refere-se à prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas, atende o interesse do réu e nos informa os limites máximos das penas²⁰.

Há ainda uma outra perspectiva para a prevenção geral como limite mínimo. Objetiva a prevenção dos delitos, mas não de outros delitos de mesma natureza, mas de um delito que é reação ao primeiro delito, uma espécie de vingança privada. Dito de outra maneira, por FERRAJOLI, “este outro mal é a maior reação, informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal, que, na ausência, das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele”²¹.

Deste modo, a lei penal volta-se contra essa dupla violência. Interessante notar que a proibição de uma conduta e a ameaça de persecução penal protegem as possíveis vítimas. Já o julgamento e a imposição de pena protegem os réus (sejam culpados ou inocentes) de uma possível retaliação privada²².

Esse segundo aspecto da proibição pela pena justifica que a pena pode ser um mal justificável se (e somente se) o condenado fica, por meio dela, albergado de reações imprevisíveis e possivelmente mais severas. Também representa uma resposta, ainda que

¹⁹ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. Ob. Cit. p. 52.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 310.

²¹ *ibidem*. p. 309

²² *Ibidem*. p. 311

problemática às teorias abolicionistas, pois, se estas evidenciam o custo social negativo da pena como sendo maior que quaisquer supostos benefícios, este caso em particular representa ao menos uma exceção dificilmente questionável em que a pena representa um mal menor²³.

Um programa de direito penal mínimo deve apontar para três caminhos complementares: descriminalização, despenalização e descarcerização²⁴. Não cabem aqui considerações amplas acerca de todas as possíveis implicações que a efetivação de um direito penal mínimo teria. Todavia, vale ressaltar que os crimes contra os costumes são fortes candidatos à aplicação rigorosa do que se propõe. Alguns dos tipos penais descritos no título VI (Crimes contra os Costumes) encontram-se completamente fora do que se espera para um Direito Penal realmente democrático e comprometido com o fortalecimento da sociedade, não através de arcaicos moralismos, mas por meio da proteção vigorosa dos bens jurídicos fundamentais à sociedade.

É de se observar o efetivo início da descriminalização nesta seara. Alguns tipos penais já foram revogados, ainda que recentemente, e os que permanecem não raro tiveram suas redações atualizadas. Como exemplo, podemos citar os crimes de sedução²⁵, o qual pretendia evitar que mulheres virgens menores de 18 anos fossem convencidas a ter relações sexuais, e o de rapto²⁶, o qual pretendia evitar o “rapto” de mulheres honestas para vivenciarem situações amorosas. O anacronismo destas figuras hoje é tão evidente que soa estorpecedor que tais figuras só tinham sido abolidas do direito positivo oficialmente em 2005, ainda que muito antes já não fossem aplicadas (conforme Lei n.º 11.106/05). Talvez esteja aí uma eloqüente evidência da dificuldade em fazer avançar qualquer proposta de descriminalização.

²³ Ibidem. p. 313

²⁴ Uma boa mostra de um projeto radical de direito penal mínimo, embora altamente controverso, pode ser encontrada em Juarez Cirino dos Santos, o qual elenca uma série de medidas para diminuir o âmbito do sistema repressivo, contemplando os três eixos já referidos, descriminalização, despenalização e descarcerização. SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. Disponível na Internet: . Acesso em 10/06/08.

²⁵ **Sedução**

Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

²⁶ **Rapto violento ou mediante fraude**

Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

Rapto consensual

Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena - detenção, de um a três anos

Ao que este exemplo indica, só há descriminalização onde houver gritante consenso ou quando for mais que evidente o prejuízo causado pela pena.

Não podemos olvidar também que esta mesma lei retirou a expressão ‘mulher honesta’ da legislação penal, outro termo revogado tardiamente. Mas talvez o exemplo mais acabado de um crime esquecido de ser revogado foi o adultério²⁷, também abolido pela Lei n.º 11.106/05. Até esse ponto chegava o Código Penal de 1940 na interferência com a vida privada, a merecer, por essas e outras, um ampla reforma.

Todavia, ainda encontramos várias pérolas, verdadeiros arcaísmos de um Código Penal preocupado em regular a vida sexual das pessoas e a pretensa moralidade ao seu redor. Bem por isso este trabalho monográfico se justifica, eis que entendemos haver espaço seguro para que o processo de diminuição do direito penal possa ocorrer no âmbito dos crimes que gravitam ao redor da prostituição.

²⁷ **Adultério**

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

Capítulo II – Bens Jurídicos: Limites e Funções

II.1 Generalidades

Como corolário do princípio da lesividade, o conceito de bem jurídico demonstra qual o valor reconhecido pelo ordenamento jurídico que está a merecer proteção pela tutela penal. Dentro do conceito de lesividade está albergado não só a efetiva lesão como também a colocação em perigo do bem jurídico. O perigo pode ser concreto (exposição ou abandono de pessoas em situação de risco à vida ou à saúde) ou abstrato (fabricar, armazenar ou ter em seu poder materiais explosivos sem a devida autorização legal)²⁸.

Todavia, a afirmação que todo tipo penal protege um bem jurídico pode carecer de conteúdo. Justifica-se, portanto, uma proposta que limite o âmbito de abrangência do poder repressivo do Estado. Dentro desta linha o bem jurídico pode conduzir a algumas respostas a certas perguntas, tais como quais os bens jurídicos passíveis de proteção penal, se somente os bens jurídicos fundamentais podem ser objeto de proteção e, caso afirmativo, como encontrá-los.

Não há como, neste espaço limitado, responder a todas as perguntas. O que se pretende é identificar limites mais precisos e rigorosos em uma seara delicada onde se sobrepõem facilmente o direito e a moral.

II.2 – Evolução conceitual

²⁸ Há grande debate acerca dos crimes de perigo, em especial os de perigo abstrato, nos quais não há preocupação com a efetiva colocação em perigo do bem jurídico protegido, assemelhando-se, em alguns casos, ao mero descumprimento formal da lei. Bem por isso, algumas propostas de redução da legislação penal incluem os crimes de perigo abstrato como um dos primeiros alvos. Nesse sentido, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ª Ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2007. p. 703

A primeira noção de Direito Penal moderno nasce com o Iluminismo. O delito seria a violação de um direito subjetivo. Nos dizeres de PRADO, o objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito²⁹.

Essa concepção deriva da teoria contratualista fundante do pensamento liberal da época. Dessa maneira, o Direito Penal protege os direitos individuais dos indivíduos e do Estado.

Posteriormente, aparece a doutrina do bem jurídico, de inspiração liberal e o com o escopo de limitar o legislador penal. Birnbaum foi o responsável pelo início desta nova categoria, afirmando que os delitos são lesões de bens pertencentes aos cidadãos e que incumbe ao Estado sua proteção³⁰.

Na seqüência, surge Binding e seu pensamento positivista, segundo o qual o bem jurídico é aquele que aparece como sendo o objeto de proteção da norma. Desaparece, portanto, a função limitadora do bem jurídico, eis que tudo pode ser objeto do Direito Penal. Basta que assim queira o legislador.

Como reação ao formalismo de Binding, a concepção de Liszt retoma o uso do bem jurídico como uma “realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador. (...) A norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra”³¹.

Em seguida, temos a influência da filosofia neokantiana, que destaca a natureza teleológica do bem jurídico. Conforme afirma ROCHA, “esta concepção do bem jurídico

²⁹ PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

³⁰ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 53.

³¹ PRADO, Luiz Régis. Ob Cit.. p. 35.

despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais”³².

Não há como deixar de mencionar a concepção nazista de bem jurídico, completamente desmaterializado e que une umbilicalmente o direito e a moral, para fazer surgir um modelo ético e subjetivista, no qual a transgressão à norma transforma-se em traição à pátria e infidelidade ao Estado³³.

Após a Segunda Guerra Mundial, o bem jurídico voltou a ter feições garantistas, a proteger o cidadão em primeiro lugar e nunca o Estado, abstratamente.

Todavia, há ainda resistência ao conceito de bem jurídico. Baseado nas idéias de Luhmann, Jakobs rejeita a idéia de que o Direito Penal possa proteger bens jurídicos. Ao invés, preocupa-se com a vigência da norma enquanto objeto de tutela. Seu pensamento é de que “a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social”³⁴. Entre os penalistas há forte rejeição a este pensamento, que esvazia de conteúdo o bem jurídico, praticando impedindo a limitação ao poder punitivo do Estado, o que demonstra incompatibilidade com o Estado Democrático e Social de Direito.

II.3 – Funções

Podemos visualizar quatro funções atribuídas ao conceito de bem jurídico: sistemática, interpretativa, dogmática e individualizadora. Há também a função garantista que, pela sua importância, será analisada à parte.

³² BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Ob. cit.. p. 55.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit.. p. 431.

³⁴ PRADO, Luiz Régis. Ob. Cit.. p. 40.

a) Função Sistemática: Por ela, o bem jurídico atua na formação dos Códigos Penais modernos, que trazem os tipos penais da parte especial organizados segundo o bem jurídico afetado³⁵, organizados de acordo com a espécie e a intensidade da proteção necessária³⁶. Assim, nosso Código Penal agrupa os tipos penais de acordo com o bem jurídico precipuamente afetado, v.g., delitos contra a vida, contra a honra e, especialmente (por se tratar do objeto deste trabalho), delitos contra os costumes.

BUSATO refere-se ainda a um outro aspecto da função sistemática, derivada do princípio da proporcionalidade, como uma exigência “no âmbito das sanções, exigindo que os delitos de perigo sejam apenados menos gravemente que os de lesão segundo se trate do mesmo bem jurídico, bem assim que os bens jurídicos fundamentais como a vida sejam proporcionalmente apenados mais gravemente que os bens jurídicos cuja importância não é tão acentuada”³⁷. Ainda na mesma linha de raciocínio, deve ser exigido, em se tratando de delitos de lesão, por exemplo, que lesões mais graves recebam apenamento maior, tanto no que se refere à definição legal do *quantum* da pena, quanto no momento da individualização da pena pelo magistrado.

b) Função interpretativa: O conceito de bem jurídico serve como critério de análise do tipo penal, pois apenas se admite um tipo penal quando ele protege algum bem jurídico³⁸. Em verdade, o bem jurídico é a base sobre a qual incidem os elementos objetivos e subjetivos. O norte de uma exegese adequada ao Estado Democrático e Social de Direito é dada por BUSATO:

“A tarefa da hermenêutica jurídico-penal é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim que a adequada compreensão da norma deve ter por elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, é dizer, a proteção de bens jurídicos.

³⁵ *ibidem.* p. 61.

³⁶ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 73.

³⁷ *ibidem.* p. 73/74.

³⁸ PRADO, Luiz Régis. *Ob. Cit.* p. 60.

Cumpra notar, como faz perceber Jescheck, que no âmbito da função interpretativa o conceito de bem jurídico não se confunde com a mera intenção do legislador, e sim representa um pressuposto de validade e legitimidade normativa.”³⁹

c) Função dogmática: Nesta seara, o bem jurídico interessa sob dois aspectos: as causas de justificação e a validade do consentimento⁴⁰.

Em relação às causas de justificação estamos na realidade contrapondo bens jurídicos. É da valoração deste confronto que poderemos afirmar, em um dado caso concreto, se é permitida a violação de um bem jurídico a fim de se resguardar outro. Em razão deste confronto é que podemos afirmar a necessidade da “correta delimitação do bem jurídico (...) para a consideração da supremacia de valores que se produz”⁴¹.

Já em relação ao consentimento do ofendido devemos verificar em que medida a violação de um bem jurídico pode ser tolerada. Se, v. g., queremos proibir a realização de uma tatuagem, deve ser demonstrado qual o interesse público em evitar este tipo de comportamento e as lesões daí resultantes⁴².

Aplicando este raciocínio à prostituição é de rigor a conclusão no sentido de que a pessoa humana tem a livre disposição de seu corpo, inclusive para os fins de comércio de atos sexuais. Para tanto se exige que tenha capacidade para consentir, considerada no Brasil a partir dos dezoito anos, juntamente com higidez mental, além da livre vontade no sentido de se prostituir. Não é outra a disposição do direito positivo que não considera como crime o ato em si da prostituta que vende seu corpo.

d) Função individualizadora: Para PRADO, o bem jurídico serve também como “critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a

³⁹ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Ob. Cit.. p. 74

⁴⁰ ibidem. p. 72

⁴¹ ibidem. p. 72

⁴² ibidem. p. 73.

gravidade da lesão ao bem jurídico”⁴³. Essa função já foi por nós referida ao analisarmos o princípio da proporcionalidade dentro da função sistemática. Independentemente de sua localização, deve ser ressaltada sua importância. Pense-se, por exemplo, na diferença entre uma tentativa de homicídio branca ou incruenta e outra em que a vítima tenha ficado com seqüelas permanentes.

II.3.1 – A Função Garantista do Bem Jurídico

Dentro da visão garantista do direito penal e do processo penal, o bem jurídico assume importância ímpar, pois atua como “limite do legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais”⁴⁴.

A teoria do garantismo penal de FERRAJOLI adota uma perspectiva do Direito Penal Mínimo, a qual gera, por conseguinte, uma “política penal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e castigos”⁴⁵.

Para tanto, FERRAJOLI somente admite proibições quando têm por escopo impedir agressões a bens jurídicos fundamentais, individuais e sociais, sempre externos ao direito. As agressões são não apenas aquelas que causam um dano, mas também as que incluem o perigo, por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal⁴⁶.

Tal critério significa que, para FERRAJOLI, podem ser considerados bens jurídicos aptos a receber tutela penal “por razões óbvias, todos os direitos fundamentais, quer dizer não só os clássicos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde. Mas também hão de se incluir aqui bens que não são direitos,

⁴³ PRADO, Luiz Régis. Ob. Cit.. p. 61.

⁴⁴ Ibidem. p. 60

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. p. 433.

⁴⁶ ibidem. p. 433.

como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta”⁴⁷.

Todavia, não é pacífica a admissão do bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal. Para BUSATO, a principal objeção é “o ciclo vicioso provocado pela identidade entre a norma penal e a tutela do bem jurídico”⁴⁸. Esta identidade não deve ser aceita, pois bens jurídicos não podem surgir da lei. É preciso encontrar uma justificação externa à norma para o bem jurídico. Alguns propuseram que o bem jurídico fosse vinculada à uma suposta ética social.

O problema é apreender qual seria a ética social vigente em dada sociedade. E se, por ética social for entendido, como o norte moral pelo qual o direito deve seguir, caminhamos em trilhas ainda mais tortuosas. Neste ponto, estamos com BUSATO, quando afirma que “a proteção de bens jurídicos é, pelo menos, identificável como a proteção dos Direitos Fundamentais do homem, plasmados em princípios, mas jamais em uma etéria ética social”⁴⁹.

Não cabe ao Direito o papel principal de garantir a ética social, papel que pode e deve ser mais bem protegida por outras instâncias, como a família, a educação, à religião. Ao Direito resta “filtrar a norma penal, em seus aspectos de validade e legitimidade, através da verificação do cumprimento efetivo da missão do Direito Penal consistente na proteção de bens jurídicos”⁵⁰.

Outrossim, conforme adverte o penalista e criminólogo crítico Juarez Cirino dos Santos, “admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal, sempre subsidiária e fragmentária, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal”⁵¹.

⁴⁷ *ibidem*. p. 433.

⁴⁸ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Ob. Cit.* p. 73.

⁴⁹ *ibidem*. p. 65.

⁵⁰ *ibidem*. p. 66.

⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. Cit.*, p. 15/16.

Merecem ainda ser ressaltadas as possíveis conseqüências da rejeição do bem jurídico como objeto de proteção fragmentária e subsidiária da criminalização expostas por Juarez Cirino dos Santos: “(...) poderia criar um vazio legal preenchível pela vontade do poder, ou pelas expectativas normativas como objetos de criminalização, sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de JAKOBS, que despreza o bem jurídico tanto como objeto de proteção, quanto como critério de criminalização”⁵².

Utilizando-se do bem jurídico como objeto de proteção da norma penal, FERRAJOLI aponta para um programa de direito penal mínimo que reduziria sensivelmente os bens jurídicos e seus respectivos âmbitos de atuação. Deve ser ressaltado que existem inúmeras propostas de reformas da legislação penal, não havendo unidade teórica entre elas, ainda que o resultado possa se aproximar. Uma das mais radicais e severas propostas de redução do sistema de justiça criminal é o da Criminologia Crítica, que parte de pressupostos marxistas para sua crítica das sociedades capitalistas e do sistema penal ali existente.

FERRAJOLI, partindo de sua concepção de bem jurídico, ao trabalhar o princípio da lesividade, provoca um verdadeiro corte nos tipos penais, pois o princípio atua como uma “afiada navalha descriminalizadora”⁵³. Seguindo esta concepção surgem três classes de delitos sobre os quais esta navalha inflige seu poder:

a) A primeira restrição é quantitativa. Devem ser descriminalizadas todas as contravenções, em nome da máxima economia das proibições penais. Também seriam afetados os delitos de bagatela, que não justificam o processo penal nem a pena e também os tipos penais apenados exclusivamente ou alternativamente com pena pecuniária⁵⁴. Na prática, verifica-se que as instituições do sistema criminal se encarregam de descriminalizar algumas condutas. Isso é evidente nos crimes contra os costumes analisados neste trabalho. A imprensa nos informa que não raro a polícia efetivamente fiscaliza casas de prostituição, seja lá qual nome tiverem, mas não para a prevenção específica dos crimes contra os costumes, mas crimes mais graves, como a prostituição de menores e o tráfico de entorpecentes. Ainda que

⁵² Ibidem. p. 16.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit.. p. 438.

⁵⁴ ibidem. p. 438.

essa descriminalização informal seja mais benéfica do que a persecução penal de delitos anacrônicos em alguns casos, o fato de essa atividade permanecer ilícita pode dar azo a má atuação policial. Por exemplo, não é difícil imaginar policiais que cobrem propina de algum estabelecimento para fazer vistas grossas. Ou que em determinados ambientes políticos adversos políticos possam querer resgatar conceitos arcaicos de moralidade e reativar a persecução penal.

b) A segunda restrição é qualitativa. No sentido dado ao princípio da lesividade por FERRAJOLI, bens somente serão “aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”⁵⁵. FERRAJOLI chama a atenção para os delitos contra a personalidade do Estado, algo que, num Estado Democrático de Direito, não constitui um bem por si mesmo. Também podem ser citados a tentativa de suicídio e atos práticos contra si mesmo, como a embriaguez. No entanto, aqui nos interessa mais especificamente a separação entre o direito e a moral, que pode dar origem a alguns tipos penais, como a prostituição.

Não temos no Brasil é verdade a criminalização da pessoa que oferece seu corpo à venda para fins sexuais, mas temos algumas condutas que gravitam ao seu redor. Ainda que muitas delas sejam inequivocamente graves, como o tráfico de pessoas para a prostituição e a prostituição de menores, algumas condutas não oferecem a mesma agressão ao bem jurídico. Apenas para exemplificarmos, podemos citar o tipo penal da casa de prostituição do art. 229 do CP, o qual admite também a manutenção de lugar destinado a encontros para fins libidinosos, mesmo que não haja intenção de lucro.

c) A terceira restrição é estrutural, corolário da maior exigência de lesividade aos delitos. Incluem-se aqui os delitos de atentado, delitos de perigo abstrato ou presumido, de forma que “nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua a si mesma”⁵⁶.

⁵⁵ ibidem. p. 439.

⁵⁶ ibidem. p. 440.

O estudo do bem jurídico atinente aos crimes contra os costumes será analisado juntamente com os demais elementos destes crimes. O importante é reter a primordial função conferida ao bem jurídico dentro de um Estado Democrático e Social de Direito.

Capítulo III – O Bem Jurídico dos Crimes contra os Costumes

III.1 – O Costume

O costume já foi fundamental ao direito dos povos. Hoje sua posição é bastante marginalizada. Segundo definições correntes, “o costume é prática reiterada da conduta humana e social com a convicção de sua obrigatoriedade”⁵⁷. Além da reiteração de comportamentos e da consciência de sua obrigatoriedade, PRADO ainda elenca como requisitos essenciais a generalidade, a uniformidade e a publicidade⁵⁸. Além disso, levando em consideração a postura do costume frente à lei, o costume pode ser *contra legem* (contrário à lei); *secundum legem* (de acordo com a lei) e *praeter legem* (supre as lacunas da lei).

A doutrina aponta três funções exercidas pelos costumes em relação às normas penais: a) função derogatória; b) função integradora e c) função interpretativa. Apenas a primeira nos interessa neste momento. A possibilidade de derrogação da lei penal é controversa e será agora analisada com mais vagar.

Como já visto quando da análise do princípio da legalidade, o costume nunca terá força normativa apta a criar crimes e penas pelos costumes, ao menos nos países de formação jurídica que não a da *common law*, conforme advertência de Frederico Marques⁵⁹. Apenas a hipótese inversa está sujeita a investigação.

Primeiramente, em se tratando de normas não incriminadoras e especialmente em razão da lacuna na lei, o costume pode ser utilizado. Outro não é o pensamento de Frederico Marques, para quem “como em nosso Direito positivo as omissões da lei, depois de

⁵⁷ DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 230.

⁵⁸ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 5.ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 169.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 1ª ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997. p. 231.

preenchidas pelo processo auto-integrativo da analogia, podem ser cobertas pelas regras consuetudinárias, *ex vi* do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, entendemos que os costumes constituem também fontes secundárias da norma penal, desde que, é claro, não se trate de criação de figuras típicas ou de definição de sanções”⁶⁰.

O principal argumento contra a função derogatória dos costumes em sede penal é o de que somente uma lei pode revogar outra lei, conforme o disposto no artigo 2.º, caput, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil). Esse é o pensamento de PRADO. Também DOTTI nega que o costume possa exercer função descriminalizadora. Ainda que determinados fatos ilícitos ocorram de forma reiterada e com a complacência da sociedade e a tolerância do poder de polícia, o costume não tem força para revogar uma lei penal⁶¹. Para GRECO, os costumes também não podem revogar a lei penal, mas “fazem com que os elaboradores da lei repensem sobre a necessidade ou não da permanência, em nosso ordenamento jurídico, de determinado tipo penal incriminador”⁶².

Já MARQUES admite alguns casos em que o costume impeça a utilização da norma penal, mas aponta que, na verdade, esses casos tratam-se de exercício regular de um direito, exemplificando com o trote recebido pelos novos estudantes.

Os tribunais vêm sendo reticentes quanto à admissão da força derogatória dos costumes em relação à lei penal. Majoritariamente prevalece o entendimento acerca da impossibilidade, mas decisões recentes e esparsas confrontam essa lógica, inclusive no tocante aos tipos penais objetos deste trabalho, a serem oportunamente comentados.

É raro encontrar jurista abertamente favorável à força derogatória dos costumes. Encontramos em Juarez Cirino dos Santos, um defensor pleno desta hipótese, expresso nos seguintes termos: “assim como a analogia e a retroatividade da lei penal mais favorável são admitidas, também o costume pode ser admitido *in bonam partem*, para excluir ou reduzir a pena, ou para descriminalizar o fato, nas hipóteses indicadas pela sociologia jurídica de perda

⁶⁰ *Ibidem*. p. 231

⁶¹ DOTTI, René Ariel. *Ob. Cit.*. p. 231.

⁶² GRECO. Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, Vol. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 19.

de eficácia da lei penal, e, com a perda da eficácia, a perda da validade da lei penal: por exemplo, a existência generalizada dos motéis indica a perda de eficácia, e portanto, a invalidade como lei penal, do tipo legal do crime de casa de prostituição”⁶³.

Ainda que não se admita que a lei mantenha-se íntegra nestes casos, torna-se plausível a não punição por inexistência de culpabilidade ou antijuridicidade, conforme apreciação crítica de Frederico MARQUES: “o valor do direito consuetudinário nos domínios jurídico-penais, desde que excluído de aplicação no tocante a normas incriminadoras, é iniludível. Somente invocando-se os costumes é que para certos fatos típicos pode-se excluir a não-aplicação da pena, por inexistência de culpabilidade ou ilicitude, ou mesmo de tipicidade”⁶⁴.

Por derradeiro, cabe ressaltar que os costumes fornecem informações aos juristas para a delimitação de conceitos da vida. Pense-se na já revogada expressão “mulher honesta”. Mesmo muito tempo antes de sua formal revogação, a aplicação deste conceito merecia atualizada exegese, de forma a evitar preconceitos correntes à época do Código, mas escancaradamente incompatíveis com os valores da sociedade contemporânea. Talvez uma moderna hermenêutica, adaptada aos novos valores e à sociedade em contínua transformação, possa ser transmutada em uma das mais importantes ferramentas de construção de um novo direito penal.

III.2 – O Bem Jurídico dos Crimes Contra os Costumes

O título VI do Código Penal trata dos Crimes Contra os Costumes, o qual engloba grande diversidade de crimes, desde o estupro até o ato obsceno. Em lição de Hungria, já clássica e repetida em vários manuais, os costumes seriam “os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. Cit.. p. 22.

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. Ob. Cit.. p. 233.

o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”⁶⁵. Assim, o bem jurídico tutelado é a moral pública sexual.

Porém, há praticamente consenso⁶⁶ acerca da inadequação da definição de crimes deste título, a exigir completa reforma, com grande diminuição dos tipos penais. Veja-se, por exemplo, a profunda crítica do saudoso Heleno Fragoso:

“As disposições de nosso CP nesta matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. O critério que hoje predomina a incriminação de tais fatos é o do efetivo dano social, sendo inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais pelos que têm o poder de fazer as leis. Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores. Na aplicação da lei os juizes devem estar atentos aos envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpreta-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos”⁶⁷.

Se os crimes deste título protegem os costumes e estes mudaram radicalmente em nossa sociedade desde que o Código Penal entrou em vigor, é necessária uma nova visão dos tipos penais que considere a sexualidade da forma como é aceita e praticada pela sociedade hoje. Por isso, é importante ter em mente a revolução ocorrida, conforme explanado por FRANCO:

“Não há cogitar, na atualidade, de sexualidade fora do espaço da pessoa humana, não cabendo a delimitação de sua área de significado segundo parâmetros éticos, de moralidade pública ou de bons costumes. A sexualidade está inserida no ser humano e, como tal, comporta definição multifacetada, abrangendo ângulos

⁶⁵ GRECO, Rogério. Ob. Cit., p. 463.

⁶⁶ Até mesmo autores de pouco conteúdo crítico em relação ao saber penal, concordam acerca da necessidade de adequação dos crimes contra os costumes à nova ordem sexual. Damásio de Jesus, v.g., afirma que “devemos levar em consideração que se tratam de crimes contra os costumes. Estes, refletindo práticas constantes em determinada sociedade, em épocas certas, são variáveis e influem na própria caracterização dos delitos em estudo. JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Vol 3. Parte Especial: Dos Crimes contra a Propriedade imaterial a Dos Crimes contra a Paz Pública. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 91.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Especial: arts. 213 e 359 CP. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 1/2.

*biológicos, éticos, espirituais, psicólogos, culturais, etc. É ela, em resumo, um dos principais atributos da própria condição humana. Bem por isso, as pessoas podem expressar sua sexualidade através de uma gama de opções, todas elas respeitáveis já que, numa sociedade pluralista e laica, deve ser admitida a diversidade de valores e crenças a respeito dessa matéria. Só não pode encontrar suporte a sexualidade exercida com coerção ou explorada. Assim, para regular a sexualidade, não têm o menor relevo padrões ético-sociais, os bons costumes, ou mesmo sentimentos gerais de moralidade sexual. O que, em verdade, interessa é a possibilidade de cada um direcionar livremente sua sexualidade*⁶⁸.

Por isso, endossamos o coro dos que criticam os crimes contra os costumes. Porém, há condutas graves contidas no Título VI, tais como o estupro. O foco deste título não devem ser os costumes, mas a dignidade humana⁶⁹, pois somente onde esta for ofendida, poderá haver repressão penal. Esta repressão será limitada pelo núcleo da dignidade humana em matéria de sexualidade, a saber, a liberdade sexual⁷⁰. Onde houver consentimento, isto é, a capacidade de dispor livremente sobre seu corpo, não bem jurídico a ser protegido⁷¹.

Além do consentimento, outro ponto a ser discutido vem a ser a menoridade. Aqui não se trata propriamente da ausência de consentimento por parte do menor, mas ao seu direito do menor ao crescimento equilibrado sob o perfil da sexualidade⁷².

⁶⁸ FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3059.

⁶⁹ GRECO. Rogério. Ob. Cit.. p. 464.

⁷⁰ Esta também é a opinião de FRANCO: Questão derradeira é a que busca inserir os delitos em matéria de prostituição entre os agravos que atingem à dignidade da pessoa humana. A transferência tem sua razão de ser. A prostituição em si mesma não pode, nem deve, ser penalmente sancionada, sob alegação de que se trata de uma forma deteriorada, socialmente desaprovada, do exercício da sexualidade. A liberdade sexual, realizada na sua dimensão mais ampla, ainda que alguns possam considera-la uma manifestação deformada da sexualidade, não pode ser objeto de limitações, a menos que se queira incidir em regras penais de conteúdo estritamente moralizador. FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3060

⁷¹ A sociedade evoluiu e houve uma autêntica libertação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 813.

⁷² Referindo aos menores de idade, FRANCO aduz que “Objeto da tutela penal, mais do que a liberdade sexual, é o direito do menor ao crescimento equilibrado sob o perfil da sexualidade. Há, portanto, uma proibição absoluta, sem qualquer requisito adicional, do exercício da sexualidade, por parte do menor, o que torna perfeitamente dispensáveis as presunções de violência tão do agrado do legislador de 40. FRANCO, Alberto

Como visto, os crimes contra os costumes merecem profunda reformulação legal. Enquanto isto não ocorre, é necessária uma exegese limitadora. Nesse sentido, adotamos a recomendação de FRANCO, pois, a obediência ao “princípio da intervenção mínima recomenda que, no campo do exercício da sexualidade, a intervenção penal deva limitar-se às situações abusivas em relação aos menores de idade (faixa etária fixada aos doze ou aos catorze anos de idade), às situações de violência ou grave ameaça a maiores em função da faixa etária determinada e, ainda, em relação às ações típicas que ofendam à dignidade da pessoa humana na medida em que expressam manifestações de pura exploração sexual de terceiros, isto é, do corpo ou da sexualidade de outrem. Fora disso, nenhuma deve ser a ingerência do Direito Penal”⁷³.

No sentido aqui proposto é perfeitamente possível a descriminalização de condutas a partir dos costumes, especialmente quando se trata de crimes contra os **costumes**. É dizer, se os costumes mudam ao longo do tempo, o tipo penal a ele referente deverá passar por idêntica mudança, o que pode, e isso deve ser admitido sem reservas, *tornar inaplicável um artigo penal ou reduzir de modo significativo seu âmbito de aplicação*. É o que se pretende na derradeira parte deste trabalho.

III.3 – Os tipos penais revisitados

Art. 227 – Mediação para servir a lascívia de outrem

Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:
Pena - reclusão, de um a três anos.

Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 3060.

⁷³ FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Ob. Cit. p. 3060.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Comentários

Trata-se de tipo totalmente ultrapassado, não se coadunando com a sexualidade dos tempos contemporâneos. Não há como aceitar que a interferência do Estado em relação aos atos sexuais praticados por dois adultos, ainda que com interferência de um terceiro, que neste caso é o agente do tipo do art. 227.

Não há como subsistir o *caput*, ainda mais considerando a inexigibilidade de lucro, prevista apenas no §3º. Apenas há gravidade nas condutas previstas no §1º e §2º. pois aqui a liberdade sexual é profundamente atingida. Pense-se na conduta da mãe que entrega sua filha à prostituição.

Art. 228 – Favorecimento à Prostituição

Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Comentários

Considerando a descrição legal da conduta no art. 228 e a liberdade das pessoas em viver à vida como melhor lhes aprouver, desde que não haja prejuízo a terceiros, a única hipótese que se mantém hígida com uma interpretação moderna do *caput* é quando houver o impedimento para alguém abandonar a prostituição. É preciso lembrar que o Direito Penal deve servir para garantir o mínimo de paz na sociedade e, por isso, nunca terá o papel de moralizar a sociedade.

Nesse sentido é preciso valorizar a liberdade das pessoas. As pessoas atraídas para a prostituição não são ingênuas, não estão *prima facie* sendo enganadas. Estão atrás de lucro fácil, através da venda do corpo. Certamente não é a carreira que os pais desejam para as filhas (e filhos também, dada a crescente prostituição masculina), mas excluídas as tristes realidades da prostituição infantil e da escravidão sexual o Estado não tem legitimidade para moralizar a sociedade em certo sentido.

A interpretação deve ser a mais estrita possível. Assim, por exemplo, aquele que, conscientemente, loca um imóvel para uma prostituta, que nela reside e eventualmente também recebe clientes, não pode ser processado por este crime. A moradia é direito social, inscrito no Art. 6º da Constituição da República. Se alugar residências para prostitutas nelas residirem fosse crime, estaríamos transformando os cidadãos deste país em fiscais da tida moralidade pública, algo inaceitável.

Aquelas pessoas já entregues à prostituição, não podem mais ser induzidas ou atraídas à prostituição, em razão de evidente falta de nexos lógicos na situação. Podem, todavia, serem impedidas de abandonar seu ofício. Mas aqui também só haverá crime se o impedido for físico, de forma a configurar cárcere privado.

Deste modo, o tipo apenas pode ser utilizado onde houver a presença de menores (se bem que o tipo do Art. 244-A já protege os menores da prostituição) ou quando estiver caracterizado o §2º do tipo, isto é, quando for feito uso de violência, grave ameaça ou fraude.

Art. 229 – Casa de Prostituição

Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Comentários

Primeiramente é preciso afastar interpretações amplas do disposto no art. 229. De tal modo, não há nem que se pensar na incriminação de motéis, saunas, casas de banho, massagens, “drive-in”, bares e danceterias. Na mesma linha, lugares destinados a encontros para fins libidinosos (sem envolvimento da prostituição), tais como casas de “swing” não se enquadram na moldura do tipo, destinado a evitar a prostituição.

Creemos que este tipo penal só subsiste se houver envolvimento de menores na prostituição. Do contrário, não há tipicidade por força da adequação social, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: CASA DE PROSTITUIÇÃO. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE. Os delitos de ‘casa de prostituição’ e de ‘favorecimento da prostituição’, este quando não envolve menores, são condutas atípicas por força da adequação social. À sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como ‘acompanhantes’, ‘massagistas’, motéis, etc, que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, em razão de tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não será as de origem mais modesta. Recurso improvido. (Apelação Crime Nº 70023513120, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 07/05/2008)

Caso seja verificada a existência de menor entregue à prostituição, incide o crime previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, Art. 244-A, §1º.

Art. 230 – Rufianismo

Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de três a seis anos, além da multa.

§ 2º - Se há emprego de violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Comentários

Diferentemente das demais condutas analisadas, aqui há verdadeira exploração da prostituição. O agente participa diretamente dos lucros obtidos com a prostituição, estabelecendo uma espécie de sociedade. Todavia, essa participação deve ser direta. A cobrança de valores pelo aluguel de quartos e/ou consumo de bebidas fica fora da órbita deste tipo.

Em razão da gravidade da conduta ora analisada o crime de favorecimento à prostituição fica subsumido neste, por ser crime-meio do rufianismo.

Art. 231 e 231-A – Tráfico Internacional e Interno de Pessoas

Tais figuras são evidentemente graves, razão pela qual fogem do escopo deste trabalho, que é precisamente apontar figuras típicas que perderam sua razão de ser dentro de um Estado Democrático de Direito como é o que foi implantado pela Constituição de 1988. O tráfico de pessoas para prostituição é figura grave, tanto interna como internacionalmente, sendo inclusive objeto de Convenção das Nações Unidas. Por se tratar de crimes graves, não há nenhuma incompatibilidade na repressão penal de tais condutas e, por isso, não serão estudados neste trabalho.

Conclusão

Muito mais poderia ser dito sobre a prostituição. Escolhas metodológicas impediram maiores considerações sociológicas, psicológicas, econômicas e sanitárias sobre tal mister. O enfoque, como visto, foi outro. Partindo-se de uma visão garantista do direito penal e em especial atenção ao princípio da dignidade humana, pretendeu-se elaborar interpretação doutrinária limitadora do poder de punir estatal no âmbito dos crimes contra os costumes, especificamente os que gravitam ao redor da prostituição.

Dada a alta consideração da liberdade das pessoas, o ordenamento jurídico não pode atuar restritivamente em relação ao livre arbítrio dos indivíduos, a não ser que valores maiores estejam em jogo. Assim a interpretação adequada dos crimes relativos à prostituição deve levar em conta a livre condução da vida de acordo com os desígnios do sujeito, sem estar submetido ao jugo de outros. Onde não houver coerção nem exploração de outros, não há crime relativo a prostituição. A utilização tão somente deste pressuposto já implica em grandes alterações no âmbito de aplicação dos tipos estudados.

O outro grande norte de uma atualizada interpretação destes crimes também diz respeito a vontade livre e desimpedida das pessoas, mas a partir de um elemento objetivo, a menoridade. A crueldade da exploração sexual de crianças e adolescente é uma das marcas do atraso que ainda não conseguimos ultrapassar apesar dos inúmeros avanços da sociedade. Visto por outro lado, este argumento implica que onde houver apenas adultos (maiores de dezoito anos no Brasil) também não haverá incidência da criminalização das tidas condutas.

Espera-se com esta abordagem uma diminuição nos problemas causados por uma política criminal ultrapassada e arcaica. É preciso resgatar o sentido clássico do Direito Penal, exposto no axioma “o direito como *ultima ratio*”. Em uma época de impressionante expansão da repressão estatal temos a nítida sensação de que a tão malfadada impunidade cresce continuamente. Sem dúvida que este sem número de crimes, novos e antigos, contribui para este processo.

O Direito Penal é uma daquelas instâncias da vida em que menos é mais. Menos tipificação de crimes significa maior prestígio do Direito Penal e melhores possibilidades de atuação, mesmo considerando todas as conseqüências negativas resultantes. Neste trabalho pretendeu-se demonstrar que a descriminalização de boa parte das condutas que gravitam ao redor da prostituição é mais benéfica do que a situação atual. Espera-se que tenha sido atingido este objetivo, ao menos em parte.

Bibliografia

ARAÚJO, João Vieira. O Código Penal Interpretado. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento Criminológico; 1)

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Especial: arts. 213 e 359 CP. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral, Vol. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Vol. III. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Vol 3. Parte Especial: Dos Crimes contra a Propriedade imaterial a Dos Crimes contra a Paz Pública. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 1ª ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 6ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial (art.s 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. Doutrina. Jurisprudência Seleccionada. Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 5.ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. Disponível na Internet: Acesso em 10/06/08

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 2.ª Ed. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito).

ROCHA, Fernando. A. N. Galvão da. Direito Penal. Curso Completo. Parte Geral. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.