



Recebido 15 ago. 2014

Aceito 22 out. 2014

## **A INDEVIDA CRIMINALIZAÇÃO DA MORALIDADE: O CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO SOB O PRISMA DO PATERNALISMO PENAL**

*Alan Monteiro de Medeiros\**

*Paulo Vítor Avelino Silva Barros\*\**

### **RESUMO**

O presente trabalho discorre acerca da impossibilidade de criminalização de condutas com fundamentos pautados exclusivamente na moralidade. Para isso, embasa-se no julgamento do *Habeas Corpus* 104.467/RS, no qual se afastou a possibilidade de descriminalizar a conduta tipificada no artigo 229 da codificação penal substantiva. Analisa-se a história e o fundamento de existência de bens jurídicos, bem como a atipicidade material do referido dispositivo, com esteio nos princípios da adequação social, da insignificância e da fragmentariedade. Observa-se, por derradeiro, a não aplicação da consagrada corrente do Direito Penal Mínimo, em contraposição à conservação de um defasado paternalismo penal.

**Palavras-chave:** Paternalismo penal. Casas de prostituição. Moralidade.

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Estagiário do Ministério Público Estadual - MPE/RN. Monitor de Direito Penal I.

\*\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Estagiário da Defensoria Pública Estadual - DPE/RN. Monitor de Direito Penal I.

## 1 INTRODUÇÃO

É notório o descompasso da legislação penal pátria com o tempo e com a evolução social. Multas em moedas arcaicas (principalmente presentes na lei de contravenções) ou termos ultrapassados revogados apenas nos últimos anos (é o caso da “mulher honesta” descrita em alguns dos crimes sexuais) denotam as origens ainda remanescentes da codificação brasileira, advinda de meados do precedente século.

Com mudanças pontuais ou com projetos de reforma, o legislador tenta modificar essa defasagem e dar eficácia ao Código Penal da ordem jurídica ainda vigente no Brasil. De igual modo, a atuação do magistrado deve verificar se há necessidade de punir o agente de uma conduta pouco reprovável, sob risco de, pairando sob um Direito Penal taxativo e legalista, castigar indevidamente o infrator.

Contudo, essa tendência de evolução e adaptação aos tempos modernos esbarra em demasia nas concepções antijurídicas arraigadas no legislador ou até mesmo no próprio julgador, mormente aquelas de cunho exclusivamente moral.

A análise histórica da ciência criminal explicita a sua transformação e a necessidade de um Direito racional e lógico, o qual será acionado apenas em casos de grave insulto a um bem jurídico penalmente tutelado. Destarte, a moralidade não pode de modo algum justificar um tipo penal tampouco uma sanção provinda do meio judicial.

Neste momento, avalia-se a desnecessidade de existência do artigo 229 da nossa codificação substantiva, qual seja a manutenção de casa de prostituição. Mais do que isso, analisa-se o erro crasso de nossa Suprema Corte ao julgar o Habeas Corpus 104.467/RS em sentido contrário ao pensamento ora defendido.

## 2 BREVES NOÇÕES SOBRE A HISTORICIDADE DO DIREITO PENAL

A evolução do Direito Penal é a evolução da sociedade. Representa a limitação ao anseio punitivo individual e a proteção àquilo que a sociedade atribui maior relevância. Antes do surgimento da figura do Estado, prevalecia a vingança privada como instrumento de resolução das contendas. Posteriormente, a titularidade do poder punitivo, foi retirado da iniciativa privada e passou a ser exclusivamente de caráter público.

No entanto, puniam-se os infratores por motivos meramente religiosos, pela exclusiva e não fundamentada vontade do governante, pelo homossexualismo ou pela difusão

de ideais “modernos demais” (BITENCOURT, 2010, p. 71). Era um direito embrionário, pautado em preceitos ilógicos e auspiciado por princípios hoje completamente execrados.

Nesse esforço histórico, atuando como verdadeiro divisor de águas dessa transformação, Cesar Beccaria (1998), estabeleceu em meados do século XVIII a ideia de “humanização penal”. Desta feita, a orientação para a criação de normas penais assim como a aplicação destas passaram a nortear-se por um viés de humanidade, de dignidade e de racionalismo.

Carecia esse direito punitivo, contudo, de esclarecer quais seriam as condutas humanas ou desumanas e qual seria a intensidade dessas punições. Mais do que isso: premente era a necessidade de estabelecer parâmetros mais objetivos para saber quais seriam aqueles bens a serem tutelados pelo Direito Penal.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a legislação aduzem uníssonas que “a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais”, refletindo diretamente a essência do princípio da intervenção mínima desse ramo jurídico. Será, portanto, utilizado como instrumento subsidiário e fragmentário para a manutenção de nossa ordem jurídica. (CAPEZ, 2012)

A título de exemplificação, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar caso em que uma família, composta por várias crianças, atormentava, com barulhos, a paz de outro morador, decidiu concluindo que não havia fundamento sólido para se aplicar a contravenção penal em questão. Isso porque, “o bem jurídico tutelado é a paz pública, a tranquilidade da coletividade, não existindo a contravenção quando o fato atinge uma única pessoa”<sup>1</sup>, asseverou o Min. Rel. Gilmar Mendes em seu voto. Dessa maneira, primou pela utilização de meios mais amenos para a resolução da contenda, acertadamente rechaçando o acionamento de outro meio coercitivo.

Isto é, o entendimento é que a ciência político-criminal deve delimitar o poder estatal, de modo a impedir a restrição da liberdade dos indivíduos por questões morais ou sociais. Nesse contexto, o direito penal deve ser a última forma de controle, diante de uma falha de todos os demais meios formais de exercer tal controle, a proteger tais bens jurídicos fundamentais.

Logo, para que determinadas condutas sejam penalizadas, é necessário que tais ações ou omissões tenham um poder em potencial de ferir determinados bem jurídicos. Contudo, o

<sup>1</sup> SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 85.032. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 17.05.2005.

conceito de “bem jurídico”, a princípio, traduz um preceito assaz vasto que deve, de alguma forma, ser objetivado, conforme doravante será esmiuçado.

### 3 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

O bem jurídico pode atualmente ser determinado como um interesse vital para a sociedade, o qual deve ser digno de proteção jurídica máxima pela importância que possui para a coletividade. Não obstante, esse conceito hoje consolidado deriva de todo um complexo de ideias construídas ao longo dos séculos pelos mais diversos pensadores.

Desta feita, o resgate histórico da Teoria do bem jurídico penal se inicia com a doutrina iluminista, que postulava a não criminalização de atos em que não houvesse os elementos de violação do “direito subjetivo”; que implicassem na “necessidade da pena”, bem como na “danosidade social” (CUNHA, 1995).

Nesse tópico, surge um dos pilares sem os quais o bem jurídico – como hoje é vislumbrado – não teria percebido tamanha evolução. A obrigatoriedade de um direito subjetivo a ser violado traduz indispensável vedação ao arbítrio do legislador que, ao tipificar condutas, está condicionado à percepção de lesões efetivas. De toda sorte, ainda não se podia analisar o tema objetivamente – sob o prisma de um bem jurídico – porquanto os direitos albergavam caráter essencialmente pessoal, incidindo sobremaneira na pessoa detentora do direito violado.

Outros pensadores, tais quais Rousseau (1991) e Thomas Hobbes (1988), haviam lançado o alicerce para a Teoria do Contrato Social. Nesta, seria pactuada uma espécie de acordo em que os indivíduos de determinada localidade cederiam uma parte de suas liberdades, em troca da proteção conferida pelo Estado a essas pessoas. Dessa forma, o Estado só teria a faculdade de limitar a liberdade individual mediante o Direito Penal, caso houvesse o intuito de proteger a sociedade e de prevenir danos gerais.

Jean Paul Marat (2008) seria um exemplo de pensador misto entre as correntes supracitadas. Segundo este, a lei penal “deve perseguir o bem comum e possuir disposições claras, impedindo a tirania do homem pelo homem”. Desta forma, a pena, ao ser aplicada, deve observar a sua justiça, necessidade e utilidade. Caso inexista um desses três requisitos, não há condão de imputar qualquer pena ao infrator.

Nessa senda, Birnbaum (2010), em 1834, iniciou uma ruptura aos pensamentos iluministas. Para ele, se o direito decorresse do contrato, seria muito difícil limitar o poder

punitivo estatal. Logo, não se trata de debater a lesão ao direito subjetivo, mas sim ao objeto desse direito, que é o bem jurídico.

Birnbaum, com essa tese inovadora, formulou um vetor cardeal para o desenvolvimento da ciência do bem jurídico. Ora, é impossível observar violações a direitos unicamente através do sujeito que sofreu hipoteticamente a lesão. A pessoa humana é motivada por instintos, inclusive o de vingança, e não consegue sopesar de maneira clara a magnitude do dano sofrido. Noutra giro, ao delimitar um objeto, um bem jurídico ofendido, demarca-se também a esfera que merece proteção na seara criminal. À vista disso, o direito singra de mares eminentemente subjetivos e molda sobejamente as formas em que hoje está inserido.

Outros estudiosos do Direito Penal confabularam sobre a ideia de bem jurídico, como Tobias Barreto (2000) em Estudos do Direito e, posteriormente, Galdino Siqueira (2003) com a obra Direito Penal Brasileiro, já em 1921. Porém, a concepção mais ampla do que seria efetivamente o bem jurídico só veio a se concretizar com as teorias positivas.

O pensamento penal positivista podia ser dividido em duas correntes: uma normativista (Binding) e outra sociológica (Von Lizst). A primeira entendia que o bem jurídico seria algo criado exclusivamente pelo legislativo, enquanto que a segunda tinha o ideal de que a lei penal não criava o bem jurídico, mas apenas o reconhecia e conferia sua proteção necessária. Dessa forma, o direito penal aproximou-se da realidade social, dotando o bem jurídico de um caráter sociológico, de modo a limitar o poder punitivo estatal (SÁ, 2014).

Dentre as correntes retro mencionadas, a escola sociológica, em viés diametralmente oposto da normativista, protagonizou intensos avanços na concepção de que bens merecem proteção penal. Não parece acertado afirmar que o legislador tem a faculdade de, a seu bel-prazer, definir o que é típico ou o que não é. A norma realmente encontra relevância sem igual em nosso ordenamento jurídico, todavia deve estar centrada em condutas que verdadeiramente firam bens de maneira objetiva.

Assim sendo, é premente a necessidade de vedar a criação de tipos penais com base em fundamentos unicamente morais, por exemplo. É ilógica e absurda a punição à imoralidade de alguém se ela não fere diretamente bens de terceiros. Com efeito, a escola sociológica criou raízes para que o Direito Penal transpassasse do arbítrio e da falsa moralidade do legislador para ter como escopo a proteção de bens os quais possam ser danificados de modo gravoso, ensejando a tutela penal.

No século XX, os Neokantistas atribuíram um caráter teleológico à norma penal e ao bem jurídico (PRADO, 2011). Essa concepção foi rechaçada no período pós Segunda Guerra, por pensadores como Mayer (SÁ, 2014), o qual entendia que o Direito Penal era um instrumento para o controle da ordem moral, e que o bem jurídico seria um elemento de tal ordem.

Essa linha destoante da evolução da ciência penal, reste claro, deve ser observada como uma tese errônea e ultrapassada. Tal controle da ordem moral não pode, de maneira alguma, pertencer ao legislador. O plano de fundo para a atividade legiferante é a proteção da sociedade em si, não de qualquer preceito moral. Como adiante será visto, contudo, teses como esta ainda permanecem arraigadas em nossa legislação e necessitam de urgente revisão.

A partir daí, outras teorias foram surgindo, apontando a função do Direito Penal como a proteção da sociedade, de um modo geral, excluindo as questões exclusivamente morais, ou seja, até as condutas que não fossem aceitas pela moral dominante, não poderiam ensejar punição, desse ramo do direito, a esses indivíduos.

Nesse sentido, “nem toda lesão a um bem jurídico ensejará uma reação pelo direito penal, mas somente as que possuírem caráter socialmente prejudicial, excedendo o prejuízo individual da vítima” (SÁ, 2014, p. 82). Portanto, o bem jurídico seria um interesse humano, o qual consiste em bens de suma importância para a vida humana, como a liberdade, a própria vida, a dignidade e etc.

Ainda, cabe ressaltar o princípio do dano (*harm principle*), introduzido pelo utilitarista John Stuart Mill (2001), o qual seria a motivação exclusiva para que o poder estatal punisse qualquer membro da sociedade, isto é, a possibilidade de causar danos a outrem ensejaria a legitimação do Estado em agir contra a vontade de um determinado indivíduo.

Observa-se que o princípio do dano procura a intervenção estatal em condutas que possibilitem danos a outros, mas não ações autolesivas, como é o caso do suicídio no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, juntamente com Mill (2001), Joel Freinberg (2014) criticou o paternalismo penal, alegando que a criminalização da conduta não é estrita a provocação de lesão, mas de uma ofensa também.

Além disso, insta consignar que o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal deve estar em consonância com a Constituição Federal, garantindo os direitos individuais, coletivos e sociais de seus cidadãos. Desse contexto surgem teorias como a de caráter geral do bem jurídico, bem como a de fundamento constitucional estrito.

Aquela fornece ideias gerais sobre os bens jurídicos, em forma de parâmetros, de modo que o legislador penal possa escolher o que criminalizar, enquanto que essa ministra

especificações estritas para a definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo poder punitivo estatal. Portanto, os bens jurídicos seriam caracterizados previamente pela Constituição Federal e a política criminal do Estado os adotaria, em conformidade com a teoria do delito e a realidade social.

Isto posto, os últimos dois séculos de evolução da teoria do bem jurídico e da própria concepção de delito, imiscuída em uma visão mais sociológica do direito, criaram um cenário sólido para a formulação de tipos penais concretos e científicos. Crucial é, portanto, que o nosso sistema penal esteja apto a extrair a essência de cada bem a ser tutelado, repudiando o retrocesso da matéria criminal. Por óbvio, é necessário que se analise criticamente tanto a legislação quanto a interpretação que vem sendo dada aos dispositivos legais, conforme doravante será dissecado.

#### **4 ANÁLISE DO HC 104.467/RS SOB A PERSPECTIVA DO PATERNALISMO JURÍDICO**

O *Habeas Corpus* 104.467/RS<sup>2</sup> tinha como escopo o trancamento de ação penal pelo cometimento de crime de casa de prostituição, tipificado no art. 229 do Código Penal. Quando do seu exame pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia, restou o mesmo denegado. O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que no crime de casa de prostituição os bens jurídicos tutelados são a moralidade sexual e os bons costumes, valores os quais, por sua relevante importância social, merecem ser protegidos pelo Direito Penal, refutando a aplicação do princípio da fragmentariedade.

Outro princípio, o da adequação social, restou inaplicado no julgamento ora mencionado. Alegou-se que esse princípio, *de per se*, não tem a prerrogativa de revogar tipos penais. A fundamentação do Tribunal se pautou em uma interpretação gramatical do art. 2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, o qual preconiza que “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra lei a modifique ou revogue”.

Também foi alegado que mesmo fazendo parte dos costumes ou sendo socialmente aceita a conduta tipificada no art. 229 do Código Penal, tal fato não bastaria para revogar a lei penal vigente.

<sup>2</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104.467. Primeira Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 08.02.2011.

Percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal privilegiou o que se chama de paternalismo penal, o qual é exercido através da coerção estatal, se valendo das leis penais para proibir determinadas condutas quando estas não ferem qualquer bem jurídico.

Ostentou o referido órgão julgador um pensamento de que existiria sim um bem a ser tutelado: a moralidade. Mas o que é moral, o que é imoral? A moralidade sob os olhos de quem? A moral é, efetivamente, um bem jurídico?

É imprescindível aqui trazer à colação os ensinamentos de Claus Roxin (1986, p. 29/30) que afirmava que é absolutamente defeso ao legislador castigar a imoralidade, pois embora se acredite no contrário, ela não é um bem jurídico. Ora, o poder coercitivo não pode adentrara na esfera íntima de cada um quando esta não transpassa prejuízos para terceiros. Diante de uma sociedade com uma patente fúria punitiva, esse tipo penal reflete meramente a tentativa perene e forçada de tornar o seio social um berço de valores tidos como corretos e obrigatórios.

Não compete ao Estado ou a qualquer instituição punitiva criminalizar qualquer conduta não lesiva. Esse paternalismo macula o sentido e a finalidade do sistema criminal. Passa a limitar a própria liberdade individual de muitos em vistas de princípios que a pessoa do legislador crê correto ou não. Nossas normas jurídicas, dessa forma, se afastam do Direito, da ciência e da justiça. Solapam a autonomia individual com o fito único de forçar essa “moralização social”.

Não obstante, parte da doutrina, a exemplo do ilustre penalista Néelson Hungria, considerava que a ordem jurídica não cumpriria a sua finalidade se não reprimisse aqueles que, de alguma maneira, favorecem a prostituição. Nesse sentido, transparece ser inadequada a respectiva argumentação, conforme será visto mais adiante.

Ao buscar proteger a moralidade sexual e os bons costumes, parece que o Estado-juíz, representado, no caso em análise, pelo Supremo Tribunal Federal, visa a moralizar o homem – como dito - através do exercício do poder-dever de punir. Acontece que, ao assim proceder, o Estado se opõe à vontade daqueles indivíduos (adultos plenamente capazes de se autodeterminarem) aos quais tem o propósito de salvaguardar.

Diante dessa capacidade plena e da possibilidade legal de dispor livremente dos seus próprios corpos, não parece razoável pretender o Estado proteger pessoas que utilizam do seu livre-arbítrio para se prostituírem. São elas plenamente capazes de entender, inclusive, os riscos inerentes a tal conduta.

Contudo, o entendimento aqui consolidado pelo Tribunal Máximo carece de uma visão constitucional da nossa legislação penal. A decisão proferida representou um atraso.

Denota uma ciência criminal auspiciada pelo rigor frio da lei, conforme assevera o brocardo: a lei é dura, ma é a lei. Carece de uma hermenêutica constitucionalizada. Esta parece desapercibida diante de uma hipotética rigidez penal "necessária".

Ademais, se a prostituição, por si só, não é considerada crime, não faz sentido punir a conduta do dono do estabelecimento onde ocorra um ato não criminoso, muito embora se saiba que devido à clandestinidade a qual é remetida a casa de prostituição, em face da tipificação do art. 229 do Código Penal, esses estabelecimentos acabem por servir de abrigo para criminosos e, destarte, tornar comum a prática de crimes como o tráfico de drogas, a posse e o porte ilegais de armas de fogo, maus tratos, etc.

Acontece que esses crimes já encontram tipificação autônoma, não devendo o dono do estabelecimento ser punido por sua prática, a menos que os pratique na condição de coautor ou partícipe, respondendo na medida da sua culpabilidade, nos termos do art. 29 do Código Penal.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 397), aborda essa temática:

*A exploração da prostituição, no entanto, é um dos comportamentos mais degradantes e moralmente censuráveis que a civilização ao longo de sua história não conseguiu eliminar. Contudo, não será criminalizando as condutas que a sociedade conviverá melhor com essa verdadeira chaga da humanidade, um mal que aflige todos os países do mundo, ricos e pobres, democráticos e totalitários, sem exceção. Mas aqui o legislador confunde moral com direito, e criminaliza um comportamento puramente moral, qual seja, “explorar”, no sentido de empresariar, uma atividade perfeitamente lícita, que é a prostituição, pois, a despeito de tudo, continua sendo lícita, legal, permitida: ninguém comete crime algum ao *prostituir-se*, isto é, ao *exercer a prostituição* como atividade (ou profissão), lucrativa ou não. Se a prática da prostituição fosse, em si mesma, crime, estaria *justificada*, isto é, politicamente legitimada a criminalização de manter estabelecimento ou casa de prostituição. Criminalizar a *manutenção de casa de prostituição* (ou qualquer outro nome mais pomposo que se queira dar) é, como tem repetido a doutrina especializada, *condenar as prostitutas* (ou os prostituídos) à *degradação moral*, expondo-as aos rufões e a exercitarem-se nas ruas e nos guetos, sempre perigosos, insalubres e escandalosos. Enfim, continua-se a enfiar a cabeça na carapuça, e a vida prossegue como se tudo se resumisse a um “baile de máscaras”: no dia seguinte tudo volta à normalidade, e é vida que segue.*

É com fulcro nessa compreensão de livre-arbítrio e na inexistência de uma violação a um bem jurídico distinto da própria moral que se pode considerar esse tipo penal um “crime sem vítimas”. A autodeterminação daqueles que se submetem à prostituição possibilita que seja definida como vil, amoral, imoral ou indigna, mas nunca que essa situação atingirá a esfera de alguém ao ponto de ensejar uma tutela penal.

Acrescente-se, nesse ínterim, com supedâneo nas lições de Eugenio Raul Zaffaroni (2011, p. 402), que o mencionado dispositivo carece inclusive de embasamento jurídico pare

existir. Avaliando cientificamente o instituto da tipicidade, podemos subdividi-la em tipicidade formal (evidente pela presença de norma vigente) e em tipicidade conglobante. Esta examina a proibição concernente à norma e se ela lesa significativamente um bem jurídico penal. Ora, como visto, o crime ora dissecado não tem vítima alguma, devendo no máximo ser tutelado por outro ramo jurídico. A norma, portanto, é falha no que tange, inclusive, à ciência jurídico-criminal.

Outro ponto que merece destaque é a essência contraditória dessa proibição legal quando da análise de outras situações práticas tidas como lícitas. Sob o mantra da liberdade artística, resguardada pelo inciso IV do artigo 5º Constituição Federal, grandes indústrias cinematográficas arrecadam fortunas explorando a atividade sexual de terceiros, através dos filmes pornô. Qual a justificativa para tal lucro incidente na “venda do próprio corpo” ser lícito ao passo que as casas que fomentam a prostituição estão à margem do lícito e do legal?

Nesse diapasão, a aludida proibição nada mais faz que marginalizar uma atividade que, independentemente de sanção penal prevista, existiu, existe e sempre existirá! O Estado obscurece isso e torna ainda mais degradante a atividade da prostituta. Se não é crime exercer sua profissão, deveria existir um local específico para sua realização?! Um profissional não pode exercer suas atividades em um ambiente que lhe é comercialmente mais favorável?

Corroborando para o ora exposto, aduz Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 897):

Por outro lado, torna-se necessário lembrar que a prostituição não é crime, razão pela qual deveria haver um local onde ela fosse desenvolvida, sem qualquer obstáculo. Entretanto, o legislador brasileiro, embora não criminalize a prostituição, pretender punir quem, de alguma forma, a favorece. Não consegue visualizar que a marginalização da pessoa prostituída somente traz maiores dramas. Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores.

Essas discrepâncias refletem apenas um direito penal incrustado em uma moralidade hipócrita, que não percebe que o próprio ordenamento aceita outras modalidades de “coisificação” da vida sexual desses artistas, mas que aceita punir donos de estabelecimentos menores disseminados por todo o país.

O julgamento, em suma, destoou por completo de fundamentos jurídicos e hermenêuticos de nosso ordenamento jurídico, restando distante de nossa realidade, pairando sob uma ótica estritamente legalista e desprivilegiando em demasia a principiologia penal.

## 5 A TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO FRENTE AO PATERNALISMO JURÍDICO

Neste sentido, não restam dúvidas que a tipificação de uma conduta, com base unicamente na proteção do bem jurídico da moral e dos bons costumes é nada mais que o paternalismo jurídico moralista do Direito Penal. Isto é, a utilização desse ramo do Direito (que deveria ser a *ultima ratio*) para desvirtuar a dogmática penal no afã de garantir a repressão a bens que não deveriam receber atenção de qualquer mecanismo repressor.

Desta feita, Paulo Nader (2012, p. 56) coloca a Moral como um fator cultural do Direito, que:

Favorece o Direito Positivo, emprestando-lhe valores. O Direito, contudo, não é de todo programado pela Moral. Esta não é, como já se afirmou, onipresente no território jurídico. Há matérias de indagação no Direito estranhas ao setor da Moral. Apesar desse coeficiente de competência própria, o Direito se revela sensível às mutações que ocorrem na Moral Social, acompanhando essa evolução, a fim de adaptar-se às necessidades sociais.

Acertadamente, Nader afirma que há a necessidade da evolução, tanto do Direito, como da Moral Social, com o intuito de acompanhar as necessidades sociais. Isso pode ser exemplificado com a descriminalização do adultério, feito pela Lei de nº 11.106, de 28 de março de 2005. Ou seja, o antigo tipo do artigo 240 do Código Penal, revogado pela Lei supracitada, previa pena de 15 dias a seis meses, caso um dos cônjuges cometessem o adultério (ter relações sexuais fora do casamento).

Logo, percebe-se que o legislador (de maneira correta) entendeu que não há necessidade alguma do Direito Penal tipificar o adultério, tendo em vista que o bem jurídico em questão não deve ser protegido por esse ramo do Direito, mas sim por outros ramos, como o Civil, pois, atualmente, o cônjuge que se sentir lesionado em virtude de um adultério, pode intentar ação de danos morais, provando mais uma vez o caráter *ultima ratio* do Direito Penal.

É essa a tendência que deve ser seguida pelo nosso sistema criminal. É mister perceber o contexto da aplicação da norma, não apenas a letra da lei. Essa falta completa de eficácia não pode ser olvidada. É um fato que ressalta a necessidade de reavaliação do tipo em análise.

Da mesma forma, enfatize-se, a atuação do magistrado deve primar pela interpretação de uma norma dinâmica. Diante da inércia legislativa, o juiz deve perceber a ineficácia, a obsolescência de um dispositivo. A figura do julgador não se encontra mais como

no contexto pós-Revolução Francesa - a boca da lei - mas sim como um instrumento da justiça e do Direito.

Corroborando com a tese de juiz proativo, que vislumbra as mudanças sociais, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro assim asseverou:

Mas o conceito de ‘obsceno’, ‘ímoral’, ‘contrário’ aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos, não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou ‘duas peças’) seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados americanos do Sul, até um tempo bem próximo do atual<sup>3</sup>.

Trilhando esse norte, a própria jurisprudência, ao reconhecer a dinamicidade do direito, percebe que a lei não é soberana na tutela e na proteção de direitos. Contudo, a percepção jurisprudencial ainda se mostra falha, mormente nos casos de clarividente ineficácia social do dispositivo e de inexistência de bens e sujeitos lesados por determinada conduta. Em decorrência disso, os tribunais devem obrigatoriamente atuar de maneira aguda na defesa da ciência jurídica e, indubitavelmente, promover a defesa do sujeito ativo do hipotético e falido tipo penal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Munido do poder de punir, o Estado, amiúde, atua de modo arbitrário, malgrado a evolução política – supradescrita – gradativamente haja democratizado a atuação legislativa e judicial. Destarte, as leis tutelam absurdos jurídicos, como o que se examina, dando vazão a um direito penal paternalista alheio à ciência do Direito.

A fim de sanar tal problemática, é preciso vislumbrar o ordenamento brasileiro e a sua legislação por um viés mais crítico e menos moral, primando sobejamente por um Direito Penal Mínimo, que defenda apenas aquilo que efetivamente merece uma proteção maior.

Nada obstante, para realizar tais mudanças, o poder legislativo deve, preliminarmente, perceber e reparar o erro que cometera, revogando por completo o tipo penal

<sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 18.534. Segunda Turma. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. j. 01/10/1968.

de número 229 do Código Penal Brasileiro. Contudo, enquanto não o faz, cabe ao judiciário observar essa desnecessidade de punição e agir em conformidade com o Direito e a justiça.

Por conseguinte, em vias de reiteração, mais do que coibir dispositivos como o ora exposto, o ordenamento jurídico pátrio deve, sobretudo, entender o real significado do direito penal e perceber os princípios que devem ser considerados em sede de punição delitiva. O que é moral – e apenas moral – não merece sanção alguma, sob risco de um retrocesso evolutivo da ciência criminal.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Editora da Fundação, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, vol. 4, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesion de derechos para el concepto de delito**. Montevideú: B de F Ltda., 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal I**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Os Pensadores).

MARAT, Jean Paul. **Plano de Legislação Criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: 1986.

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. **Controle Racional das Normas de Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2014. p. 67-95.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1980, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## **THE UNDUE CRIMINALIZATION OF MORALITY: THE CRIME OF BROTHEL UNDER THE PRISM OF CRIMINAL PATERNALISM**

### **ABSTRACT**

This study analyses the impossibility of criminalizing conduits based on morality grounds only. It focus on the judgment of Habeas Corpus 104.467/RS, that the Supreme Court denied absolution of the crime provided on the article 229 of Brazilian Criminal Code, (keeping

brothels). It will be analyzed history and principles involved on the legal asset worthy of criminal protection and the illegality of this norm, with bases on adequacy, insignificance and fragmentation of Criminal Law. Then, will be demonstrated how penal norms have been put under penal paternalism, and how this must be accursed among the judiciary.

**Key-words:** Criminal paternalism. Brothels. Morality.