



A IMORALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A ETIQUETA DO DIREITO PENAL

Francisco José Vilas Bôas Neto*¹

RESUMO: O presente trabalho visa apenas demonstrar algumas percepções simples, mas de extrema necessidade quando se trata do direito penal. Frequentemente o direito penal tem sido utilizado para estigmatizar a maldade ou a imoralidade da sociedade. Como será visto, não é função do direito penal apontar quem são os inimigos. Também não é função do direito penal dizer o que é e o que não é moral. Então, quais os limites de atuação do direito penal? Estas e outras perguntas serão tratadas nesta pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; moralidade; fragmentariedade; intervenção mínima; violência.

THE FUNDAMENTAL IMMORALITY AND THE LITTLE ETHICS CRIMINAL

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate only some simple perceptions, but of extreme necessity when it comes to criminal law. Often criminal law has been used to stigmatize the wickedness or immorality of society. As will be seen, it is not the function of criminal law to point out who the enemies are. Nor is it a function of criminal law to say what is moral and what is not. So, what are the limits of criminal law? These and other questions will be addressed in this research.

KEY WORDS: Criminal law; morality; fragmentarity; minimum intervention; violence.

*¹ Mestre em Filosofia pela FAJE; pós-graduado em Direito pela UCAM; graduado em Direito pela PUC Minas; coordenador da Escola Superior de Advocacia da OABMG; professor de Direito Penal de cursos de graduação e pós-graduação em Direito; advogado criminalista.



INTRODUÇÃO

Quais são os limites de aplicação da lei penal?

Na resposta, a opção deverá ser pelo simples. Tudo que for complexo demais e, tudo que fugir ao óbvio, deverá ser rejeitado. Por outro lado, a simplicidade e a obviedade não podem ser confundidas com a falta de técnica ou com a carência de fundamentação. É sempre bom lembrar que em alguns casos o óbvio precisa ser explicado e, neste caso, o óbvio do direito penal necessita de explicação.

O singelo trabalho pretende demonstrar que a busca desenfreada por explicações elaboradas (e por consequência mais complexas), trouxe uma gama de tipos penais que não mereceriam, em primeira análise, a atuação do direito penal. O desprezioso trabalho busca, apenas, que o mais simples do direito penal seja visto como o mais importante.

E qual a maior simplicidade do direito penal?

É possível dizer que em muitos pontos o direito penal é complexo ou até incompreensível (isso é verdade). Mas é admissível pensar que certas coisas do direito penal - pelo menos em teoria - são fáceis de entender. Um dos pontos de menor controvérsia do direito penal é que ele seria a *ultima ratio*. Todos os estudiosos do direito - até aqueles que não são dedicados ao penalismo - sabem que o direito penal é a *ultima ratio*.

As implicações do princípio da fragmentariedade (*ultima ratio*) e do princípio da intervenção mínima serão expostas no decorrer do trabalho para demonstrar que a ação imoral nem sempre será penalmente relevante.

É importante deixar claro que não se fará uma defesa da imoralidade ou uma crítica à moralidade. A moral e o direito exercem papéis importantes para a regulação da sociedade. Todavia, a moralidade deve ser vista com desconfiança, principalmente quando são usadas as lentes do direito penal.

1 – ÉTICA E/OU MORAL

A sociedade atual, de acordo com Herrero (2006), tem uma das provocações mais sérias que o pensamento teórico e a práxis social devem encarar. Para ele, a sociedade ocidental é eminentemente uma cultura da razão científica e a matematização da ciência teria se transpassado em um projeto de poder. Esta situação teria colocado o homem diante de um



dilema que outrora parecia superado: ou a racionalidade técnica se impõe sobre a ética (e o único princípio regulador seria o mandamento científico) ou a humanidade terá que fazer um verdadeiro esforço de intervenção moral para ajustar o poder da ciência aos ideais éticos humanos.

As discussões se direito é de fato uma ciência e se a ciência deve ser regulada por normas morais não cabem neste trabalho. Entretanto, o apontamento das relações entre direito e moral serão levantados, até para dizer o que deve e o que não deve ser objeto do direito penal.

Mas afinal, o que é ética?

Em consulta rápida aos manuais de filosofia ou até mesmo ao Google, o conceito de ética é definido como derivado do termo grego *ethos*, que por sua vez significaria “aquilo que pertence ao bom costume” ou “aquele de caráter elevado”. Em linhas gerais, a ética poderia ser definida como o padrão de comportamento adotado por determinada comunidade em determinado local e tempo.

Desta forma, o comportamento padronizado e adotado por uma sociedade seria ético, ao passo que o comportamento contrário ou revolucionário ao socialmente adotado seria antiético. É preciso deixar claro que a ética não se resumiria aos hábitos de uma determinada comunidade, mas antes disso, estaria na fundamentação teórica para se encontrar a melhor forma de viver e conviver.

Atualmente o senso comum define o comportamento ético como o socialmente desejado ou esperado e o antiético como o comportamento socialmente indesejado.

Ética e moral seriam a mesma coisa?

Existem duas respostas possíveis: sim e não.

Se a moral for entendida como o comportamento socialmente desejado ou como “aquilo que pertence ao bom costume”, então ela será sinônima da ética.

Há, entretanto, a possibilidade de definir a moral como um conjunto harmonizado de regras de conduta que foram internalizadas pelos indivíduos de uma sociedade por meio da cultura. Em outras palavras, a moral seria o objeto de estudo da ética enquanto ciência. Herrero (2006) chega a afirmar expressamente que a ética é a ciência do *ethos* (moral).

Para o contexto do presente trabalho as duas opções são válidas. Seriam dois lados da mesma moeda, já que de toda forma a moral estaria vinculada à ideia de ética (vice-versa).



O curioso é que apesar do relativismo generalizado dos valores morais, nunca se escreveu tanto sobre a ética como na atualidade. Talvez a falta de padrões éticos ou morais enfrentados pela sociedade tenha trazido de volta a necessidade da discussão.

“Estranho, muito estranho, porque a situação atual, em nível mundial, está marcada fundamentalmente por quatro vergonhas político-morais que afetam gravemente a nossa existência: a fome e a miséria que conduzem à inanição e à morte um número cada vez maior de seres humanos e de nações; a tortura e a contínua violação da dignidade humana, sobretudo em Estados despóticos; o crescente desemprego e a disparidade na distribuição da renda e riqueza; e a ameaça de destruição da humanidade pelo perigo, ainda não superado, de uma guerra nuclear”. (HERRERO, 2006, p.19)

O trecho acima demonstra a insanidade do mundo contemporâneo. Quando alguém volta os olhos para o mundo ao seu redor e vê a sua demência, com certeza se pergunta: Cadê a ética? Onde está a moral?

Parece que o discurso ético está demasiadamente longe da realidade. Há a impressão de que fala-se muito e vive-se pouco.

Ainda assim, apesar da violência vivenciada, o discurso ético deve continuar. Dever ser falar cada vez mais alto e bradar com toda a força sobre a necessidade de uma ética contemporânea. E apesar da aparente carência de uma ética aplicada, é preciso entender que ela não é dissociada da vida humana. Pelo contrário, a ética existe concretamente na vida prática de cada indivíduo, mesmo que algumas vezes ela não seja percebida.

Entendendo que o ser humano só se reconhece como tal porque vive em sociedade, será no seio social que ele exercerá as dimensões da sua práxis ética. Nas palavras de Herrero (2006, p.23), *o homem só pode realizar-se como ser ético, e essa realização é impensável fora da atmosfera substancial da polis com a suas instituições sociais objetivas.*

O autor afirmou também:

“O cidadão pode reencontrar a si mesmo na sua vida política e ser capaz de realizar nela a sua natureza racional. O indivíduo só tem consciência de si e se realiza como indivíduo enquanto membro identificado com o espírito substancial de seu povo, espírito que se manifesta e vive objetivamente nas instituições sociais, nos costumes e nas tradições populares”. (HERRERO, 2006, p.23).

É somente inserido no contexto social que o homem exerce o seu papel ético. Não apenas isto. Em sociedade o homem poderá regular-se baseado nas normas morais adotadas pela sua comunidade.



Estas percepções estão de acordo com Kant (1948), que na sua *fundamentação da metafísica dos costumes* afirmou que a norma moral é objetivamente válida para uma sociedade e subjetivamente válida para cada indivíduo.

Uma interpretação possível de Kant é que a norma moral não é particular; ela é comunitária. É possível concluir a partir de Kant, que a moral não é individual e sim compartilhada, uma vez que ela seria objetivamente válida para todos os membros de uma comunidade.

Se não fosse assim, a sociedade seria uma guerra de imorais, pois o indivíduo sempre “julgaria” o outro a partir da sua moral particular-subjetiva.

Apesar de ser objetivamente válida para a sociedade, a moral seria fundamentada na autonomia e não na heteronomia.

Significa dizer que a norma moral compartilhada pela sociedade não seria imposta pelo coletivo, mas seria internalizada autonomamente por cada pessoa. É por isto que a norma moral é autônoma e não heterônoma.

A fundamentação kantiana sobre a norma moral foi descrita pelo seguinte imperativo categórico: *age de tal forma que a máxima da sua ação possa ao mesmo tempo ser elevada ao status de lei universal.* (Kant, 1948, p.219).

A norma moral seria fundamentada na autonomia porque ela não seria dada por fatores externos à racionalidade do indivíduo. Ou seja: não é o Estado ou outra pessoa que impõe ao indivíduo o cumprimento da norma moral; é o indivíduo, na sua racionalidade, que compreende o dever moral das suas ações.

Apesar da autonomia apresentar-se como característica da norma moral, Kant afirmou que o agir moralmente seria universal. Sendo universal, o agir moralmente seria compartilhado por todos os indivíduos da mesma comunidade. Sendo assim, quando um indivíduo agisse de forma contrária aos mandamentos morais, ele o faria por mera regalia pessoal. Significa que haveria no indivíduo a consciência da ação moral, mas na hipótese do agir imoral, ele estaria trazendo para si uma ressalva, uma exceção. É o mesmo que dizer: *faça o que eu digo, não faça o que eu faço!*

“Se agora prestarmos atenção ao que se passa em nós mesmos, sempre que transgredimos qualquer dever, descobrimos que na realidade não queremos que a nossa máxima se torne lei universal, porque isso nos é impossível; o contrário dela é que deve universalmente continuar a ser lei; nós tomamos apenas a liberdade de abrir



nela uma exceção para nós, ou (também só por esta vez) em favor da nossa inclinação”. (KANT, 1948, p. 226).

Em decorrência desta percepção, pelos critérios da moralidade kantiana, a ação imoral seria sempre impunível. Já que o dever moral é baseado na autonomia, não existiria nenhuma força externa (heteronomia) ao indivíduo que o obrigaria a agir moralmente. Da mesma forma, não haveria nenhuma sanção externa (imposta pelo Estado ou por outro ser) aplicável ao agente imoral.

Significa que a norma moral não possui força?

Pela perspectiva kantiana a moral não possui força coercitiva. Não há a possibilidade do exercício da força pelo Estado contra aquele que não agiu moralmente. Por outro lado – apesar de não ser objeto deste trabalho – não se pode descartar as sanções moralmente internalizadas, como o remorso, a aflição ou o arrependimento.

Não sendo possível uma sanção moral pelo Estado, o descumpridor da regra moral sairia impune? Poderia o direito penal sancionar o descumprimento das regras morais?

Estas são as perguntas, com respostas óbvias, que serão demonstradas.

2 – DIREITO E MORAL

O direito teve origens em normas da moralidade. Esta afirmação é suficientemente clara para qualquer estudioso do tema. A sociedade (da mais primitiva a mais complexa) existe minimamente organizada em razão das regras jurídicas de convivência. As regras jurídicas, por sua vez e na sua maioria, tiveram origem em normas morais.

Para exemplificar a relação, basta um breve olhar sobre a legislação em vigor: a regra jurídica do homicídio teve a sua origem na norma moral da preservação da vida; as regras jurídicas sobre o casamento tiveram origem em normas morais geralmente construídas por alguma religião.

Os exemplos de regras jurídicas baseadas em normas morais são extensos e não é esta a proposta de discussão.

A ideia é mostrar como direito e moral estão historicamente relacionados. Para isto, são vários os autores e são várias as teorias a respeito.



Segundo Dias (2012), o Inglês Jeremy Bentham teria desenvolvido a teoria do mínimo ético. Por consequência, o alemão Georg Jellinek teria afirmado que o direito seria um conjunto mínimo de regras morais obrigatórias para a sobrevivência em sociedade.

A ideia do direito como o mínimo ético traz a hipótese de que as regras jurídicas são essencialmente normas morais.

Retomando a ideia kantiana (apresentada no capítulo anterior), a regra moral não teria força exequível e o seu descumpridor não estaria suscetível a sanções impostas pelo Estado.

É por isso que para Jellinek existiriam normas morais tão importantes, que se tornariam regras jurídicas. Estas normas seriam socialmente exigíveis e permitiriam a aplicação de punições para os transgressores.

Há o outro lado (extremo) que defende a superação da moralidade. É o caso do filósofo alemão Friedrich Nietzsche.

De forma simplista, Nietzsche (2007) defendia que os “grilhões” da moralidade deveriam ser quebrados, pois ela (a moralidade) seria apenas uma forma de escravizar o homem, retirando dele o que lhe seria mais precioso. A moralidade tiraria do homem a sua humanidade. As ações humanas não seriam avaliadas pelas normas morais e sim, pelo que foi definido como o cálculo prudencial. Neste sentido, o direito não seria fruto da moral, mas da vingança socialmente institucionalizada.

Apesar da profundidade das acepções de Nietzsche, felizmente o seu cálculo prudencial nunca substituiu a ideia da moralidade.

O positivismo jurídico clássico também deixou a sua marca sobre a relação direito-moral.

Hans Kelsen foi um dos maiores nomes do positivismo clássico e o seu *best-seller* *Teoria Pura do Direito* acabou se tornando uma leitura obrigatória em todas as academias jurídicas.

Kelsen (1985) objetivava elevar o direito ao nível de uma ciência autêntica, com a pretensão de que as suas conclusões se aproximassem do ideal iluminista.

Em linhas gerais, Kelsen propôs purificar o direito de todos os elementos que lhe seriam estranhos, como a política, a sociologia ou a ética. O ideal kelsiano seria livrar o direito de todas as feições que não fossem estritamente jurídicas.

Ao contrário do que possa parecer, Kelsen não defendia um direito imoral. Ele defendia uma espécie de amoralidade jurídica.



Kelsen era neokantiano e a sua definição de direito-moral aproximou-se da proposta de Kant. Deve ser ressaltado que para Kelsen, ao contrário da moral kantiana, o direito não existiria sem a possibilidade da sanção. Todavia, é importante destacar que em Kant prevalece a visão de que o direito se fundamenta na moral, apesar de serem normas distintas.

A importância acadêmica da teoria kelsiana é indiscutível. É inegável a sagacidade da sua suposição, mas como restrição de análise, é imprescindível perceber que o positivismo de Kelsen é um discurso clássico e, como tal, deve ser estudado no seu contexto histórico.

Já o estadunidense John Rawls (2002) publicou o livro *Uma Teoria da Justiça*. A densa pesquisa apontou quais seriam os fundamentos morais válidos para uma *sociedade bem ordenada*². Estes fundamentos (morais) seriam a base da legislação vigente. É nítida a força dos pressupostos morais na teoria da justiça de Rawls.

Assim como Rawls, os jusfilósofos contemporâneos Ronald Dworkin e Robert Alexy também se dedicaram ao tema.

Enquanto Dworkin (2002) teria afirmado que a moralidade seria condicionante da validade do direito, Alexy (2008) teria proposto um modelo que autorizaria a percepção da norma jurídica a partir da sua qualidade moral. Para Alexy, este modelo permitiria a correção de eventuais injustiças.

Jürgen Habermas (1997) também dispensou tempo à relação entre direito e moral. Ele teria chegado à conclusão de que a moral não poderia ser a justificativa para o direito, pois somente o discurso seria fundamento legítimo para o direito democrático.

A proposta de Habermas não pode ser entendida como uma separação ou até mesmo superação da moral em face do direito. Se fosse assim, seria uma regressão à proposta kelsiana de purificação.

Ao explicar a posição de Habermas, Travessoni ensinou:

“A ideia de autonomia exige que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários possam também se compreender como legisladores, isto é, autores do direito. Essa ideia kantiana é reinterpretada por Habermas, que, como vimos, não admite mais uma fundamentação moral do direito, pois não existiria autonomia jurídica se o legislador se encontrasse vinculado a fatos morais. Nesse caso, o legislador se limitaria a positivizar normas morais.

Os cidadãos participam na legislação, portanto, só como sujeitos de direito e não como sujeitos morais. Isso não quer dizer que argumentos morais não possam ser utilizados no processo legislativo. Embora moral e direito sejam co-originários, continua

² Segundo John Rawls (2002, p. 335), a sociedade bem ordenada seria aquela na qual os princípios basilares de justiça teriam validade. Seria um momento posterior à ideia da posição original, consistente no momento de definição dos princípios morais.



existindo uma relação entre moral e direito, que não é, contudo, de fundamentação”. (TRAVERSONI, 2009, p. 210).

Para Travessoni, não há dúvidas de que em Habermas, o fundamento do direito democrático é o discurso:

“Não podendo a moral ser fundamento do direito, só poderá o princípio do discurso ser o fundamento do direito se este for democraticamente estabelecido. Não é por acaso, ao meu ver, que Habermas chama o princípio jurídico de princípio da democracia e não de princípio do direito. Essa nomenclatura é sintomática, já que mostra seu intuito de fundamentar o direito democrático e não qualquer direito”. (TRAVERSONI, 2009, p. 211).

As diversas formas apontadas acima sobre como direito e moral estariam relacionados, estão, segundo Herrero (2006, p. 61), inseridas no *contexto de uma reflexão sobre os valores culturais próprios de uma sociedade que se constrói paulatinamente e que quer chegar à sua maturidade social e política*.

Segundo o autor espanhol, para que o direito não venha sucumbir ao positivismo exagerado, se tornou necessária uma recuperação da sua dimensão ética. A proposta de Herrero é de que a legitimidade do direito não se esgote na sua legalidade, mas na sua condição de *medium social*.

As ilustrações acima foram expostas apenas para demonstrar como ao longo da produção jurídica, o direito e a moral sempre foram intimamente relacionados. Esta relação não significa necessariamente que a moral fundamentará o direito (ou vice-versa), mas que ambos estão profundamente ligados como fatores de integração ou regulação social.

3 – A PEQUENA ÉTICA (ETIQUETA) DO DIREITO PENAL

O princípio da fragmentariedade determina que nem todos os ilícitos serão ilícitos penais. O direito penal seria destinado exclusivamente aos atos que atentassem contra os valores essencialmente fundamentais.

Neste sentido:

“A experiência jurídica representa uma laboração voltada para a especificação de uma forma de tutela ou garantia do que se considera socialmente valioso. Muito embora exista alguma discordância entre os autores sobre as funções do Direito Penal, o processo de eleição das condutas criminosas não pode olvidar as noções do que seja



conduta lesiva ou potencialmente lesiva aos bens que, juridicamente, almeja-se proteger”. (GALVÃO, 2011, p. 114).

O princípio da fragmentariedade é aquele que permite a afirmação de que o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, a última etapa de proteção ao bem juridicamente tutelado.

A fragmentariedade autoriza dizer que a criação dos tipos penais deve levar em conta somente as situações nas quais os demais ramos do direito tenham falhado. A preocupação do direito penal deve se voltar aos comportamentos específicos (fragmentários), tendo por dever a tutela daqueles bens jurídicos tidos como mais relevantes.

“Vale notar que nem todos os bens jurídicos recebem tutela específica do Direito Penal. Os bens que se encontram juridicamente protegidos pelas normas penais são aqueles que exigem proteção especial, por se revelarem insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em seus aspectos extrapenais”. (GALVÃO, 2011, p. 115).

Para Masson (2011, p. 41), *no universo da ilicitude, somente alguns blocos, alguns poucos fragmentos constituem-se em ilícitos penais. (...) o céu representaria a ilicitude em geral; as estrelas seriam os ilícitos penais.*

Na mesma direção, assentiu Fernando Galvão:

“Eleger uma conduta como criminosa, necessariamente, deve orientar-se pela finalidade protetiva do bem juridicamente tutelado. O estabelecimento de modelos comportamentais proibidos que não representam real ou potencial ofensa ao bem jurídico caracteriza um sistema penal arbitrário e que se fundamenta na repressão do indivíduo pelo seu modo de ser ou de pensar”. (GALVÃO, 2011, p. 115).

Com a mesma orientação do princípio da fragmentariedade, surgiu o princípio da intervenção mínima, pelo qual não seria admissível a imputação criminal sem a estrita necessidade de uma atuação tão nefasta quanto à prescrita pelo direito penal.

O princípio da intervenção mínima pode ser definido como uma aconselhada prudência na eleição de quais serão as condutas dignas de tutela pelo direito penal.

“A necessidade social deve ser o critério justificador fundamental para a intervenção das normas incriminadoras. Em sentido material, o Estado Democrático de Direito concebe um Direito Penal destinado a produzir os ideais de um Estado justo. O Direito Penal realiza as mais graves interferências na esfera de liberdade individual, e, conforme determina a Constituição Federal, deve ser preocupação fundamental da política criminal a preservação da dignidade da pessoa humana. A utilização desenfreada do Direito Penal importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, na medida em que a intervenção venha a ser desnecessária”. (GALVÃO, 2011, p. 116).



A principal ideia em relação ao princípio da intervenção mínima é de que o ordenamento jurídico deverá utilizar os meios menos gravosos para proteção dos bens juridicamente tutelados.

Se o bem que merece proteção jurídica for adequadamente tutelado por outro ramo do direito, então, o direito penal não poderá intervir.

É importante destacar que mesmo existindo a previsão típica de proteção pelo direito penal, este não deverá ser utilizado quando a situação for suficientemente resolvida pela atuação de outro direito democraticamente válido, como o direito civil ou o direito administrativo.

“O ordenamento jurídico deve utilizar, em primeiro lugar, as formas menos gravosas de proteção aos bens jurídicos. Somente quando é ineficaz a proteção oferecida pelas formas menos gravosas disponíveis é que o Estado poderá lançar mão da intervenção penal. A atividade punitiva é a última razão de um Direito que respeita a dignidade da pessoa humana, nunca a primeira.

Por isso, o princípio da intervenção mínima significa que a intervenção do direito penal deve restringir-se ao mínimo necessário à manutenção da harmonia social. Não se pode admitir exagero na incriminação ou na punição”. (GALVÃO, 2011, p. 116).

Por outro lado, os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima não podem assentir em desinteresse estatal pela incriminação de condutas. Os bens jurídicos penalmente relevantes serão sempre tutelados pelo direito penal, ao passo que os bens jurídicos que não possuem relevância penal serão tutelados, somente, pelos demais ramos do direito.

“A ideia da intervenção mínima, entretanto, pode sugerir que ao Estado Democrático de Direito interessa apenas a redução pura e simples da incriminação e da apenação. Isso, evidentemente, não é verdade. A atividade repressiva estatal não é neutra ou imparcial, mas sempre orientada pela ideologia dominante sobre a maneira legítima de utilizar a força estatal. Uma intervenção repressiva alinhada ao sentido e conteúdo do Estado Democrático de Direito importa na redução da incriminação e da apenação ao estritamente necessário”. (GALVÃO, 2011, p. 116).

Pela exposição trazida até o momento fica a pergunta: qual, então, seria o âmbito de atuação do direito penal?

Com uma análise superficial dos tipos penais da legislação brasileira, é possível perceber que o direito penal, sem sombra de dúvidas, é o ramo do direito que historicamente mais sofreu influência da moral, notadamente da moral religiosa.

A influência da moral no direito penal é tão perceptível, que até o recente ano de 2005 o estupro teria a sua punibilidade extinta, caso viesse a casar com a vítima.



O conteúdo moral constante da antiga norma de estupro preconizava que o bem jurídico merecedor da tutela penal não seria a liberdade ou dignidade sexual da vítima, mas a sua *honestidade*³. A mulher estuprada (por consequência) não seria mais virgem e, desta forma, a sua reputação social estaria abalada.

Lado outro, a reputação da mulher estaria restaurada quando esta se casasse com o seu agressor. O estupro, por sua vez, estaria reparando o mal praticado. A simples previsão desta norma admitia a conclusão de que uma esposa jamais poderia ser vítima de estupro quando o ato fosse praticado pelo próprio marido.

Felizmente o legislador alterou a previsão legislativa e hoje o que se protege são a liberdade e a dignidade sexual. O estupro não é mais um crime contra os costumes e sim, um crime contra a dignidade sexual.

Outro exemplo marcante da influência moral para criação dos tipos penais é a antiga previsão criminosa do adultério. A infidelidade conjugal também era prevista como crime até o ano de 2005. A lei penal previa expressamente a pena de prisão para o cônjuge infiel. Era a nítida demonstração do Estado intervindo no âmbito privado (aquele que interessa somente ao indivíduo) das famílias.

Para não ficar unicamente com tipos penais revogados, é possível citar a conduta descrita como crime de bigamia.

A pessoa casada que contrair outro casamento na constância do primeiro matrimônio estará sujeita à pena de dois a seis anos de reclusão.

Claro que o bígamo que engana o primeiro cônjuge ou ilude o segundo escondendo o matrimônio anterior, por consequência, estará enganando também ao Estado e, assim, merecerá a intervenção do direito penal. Por outro lado, a lei penal não diferencia o bígamo enganador daquele que contraiu os dois matrimônios com a anuência dos dois outros cônjuges.

Então: qual a justificativa juridicamente válida para impedir que uma pessoa tenha duas esposas ou dois maridos? Qual a justificativa para que esta conduta seja prevista como crime?

A previsão da bigamia como crime gera tamanha estranheza, que apesar da Constituição ter equiparado a união estável ao casamento, aquele que for casado e contrair uma

³ Pela leitura do revogado título dos crimes contra os costumes, o termo honestidade era visto como quase sinônimo de virgindade. Existia inclusive o crime raptar mulher honesta (virgem).



união estável com terceira pessoa não cometerá o crime bigamia. Ou seja, o problema não é ter uma terceira pessoa em convivência conjugal; o problema é estar civilmente casado.

Outro ilícito criminal que existe no ordenamento jurídico brasileiro claramente por influência moral é o previsto no artigo 230 do Código Penal. O crime de rufianismo prevê que aquele que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça, estará sujeito à pena de um a quatro anos de prisão, além da pena de multa.

O artigo 230 do CP não trata da *exploração sexual*⁴ alheia. A exploração sexual é prevista em tipos penais específicos.

O rufianismo traz a conduta do agente, que sem explorar a prostituição alheia, participa dos lucros da prostituição ou é sustentado por ela. Por exemplo: o marido sabendo que a esposa é prostituta, aceita que ela pague no todo ou em parte as despesas em comum. Ao aceitar dividir as contas do lar com a esposa prostituta, o marido cometerá o crime de rufianismo.

É importante deixar claro que a prostituição, por si só, não é considerada como crime no Brasil. Atualmente a prostituição é considerada como atividade profissional, inclusive com *incentivo estatal*.

Muitas são os *espécimes* de tipos penais com fundamento moral. Os exemplos elencados acima serviram apenas para estampar a inegável fundamentação moral no processo de criação do tipo penal.

Mas como se viu, a criação de um direito penal fundamentado na moral parece ser contrária aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, já que a legislação penal estaria a tutelar comportamentos tão-somente imorais.

Já que o direito penal não deve se preocupar com as condutas meramente imorais, surge a pergunta: “quando” e o “que” proibir?

No Estado Democrático de Direito não é possível vislumbrar outra resposta que não seja a derivada da máxima de que nenhum dano, por maior que seja a sua gravidade, será penalmente relevante se não houver ofensa ao bem jurídico e se não for efeito de uma ação humana.

⁴ A exploração sexual de vulnerável ou adolescente é prevista como crime de *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável*, conforme art. 218 B do Código Penal. Já a exploração sexual dos maiores de idade é prevista como crime de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*, conforme art. 228 do CP.



A necessária *lesividade* e a necessária *materialidade da ação* vão determinar o âmbito de atuação do direito penal.

O princípio da lesividade, descrito por Ferrajoli pelo axioma *nulla necessitas sine injuria*, prevê que não haverá intervenção do direito penal se não houver efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Para Ferrajoli (2002), a necessidade da lei penal fica adstrita à natureza lesiva do resultado, ou seja, aos efeitos que o resultado produz. As ponderações, razões e dimensões para surgimento da proibição penal serão a partir dos danos causados a terceiros.

Já o princípio da materialidade da ação é descrito pelo axioma *nulla injuria sine actione*, traduzido na impossibilidade da intervenção penal quando a lesividade não for causada por uma ação humana.

“De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas - materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis - passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal”. (FERRAJOLI, 2002, p. 384).

Para a elaboração do princípio da materialidade da ação, há uma separação axiológica entre direito e moral. Para Ferrajoli (2002, p. 384) *os pensamentos e as intenções, da mesma forma que os "vícios" e a "maldade de ânimo", não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado em sua punição, nem se preocupa em vingá-los.*

A lógica do autor italiano está no fato de que uma proibição penal não faria sentido quando o ato proibido não ocasionasse dano e, também, quando a vedação legal fosse inservível para impedi-lo.

“A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e com o próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei”. (FERRAJOLI, 2002, p. 385).



Ficando claro que o direito penal não deve ser utilizado para estigmatizar a maldade humana, deve-se ter em mente que nem todos os pecados podem ser penalmente proibidos, já que não é tarefa do direito regular ou estabelecer a moral.

“Essa tese encontra, nos princípios de exteriorização dos atos suscetíveis de proibição penal e de reserva dos atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral, seus dois corolários mais relevantes política e eticamente. De fato, se a valoração da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno”. (FERRAJOLI, 2002, p. 385).

Ferrajoli deixa claro que nas ausências da lesividade e da materialidade da ação, as ofensas são meramente ilícitos morais e, como tais, não merecem a atenção do direito penal.

Entendendo que a regulação moral limita-se somente à autonomia da consciência, na perspectiva do direito penal, quando ausentes a materialidade da ação e a lesividade, o indivíduo terá, necessariamente, um direito natural de ser imoral. Em outras palavras: no âmbito de atuação do direito penal, ser imoral é um direito fundamental.

Não se faz aqui uma defesa da imoralidade enquanto padrão de conduta. As normas morais são imprescindíveis para que uma sociedade coexista com o mínimo exigível de organização e harmonia.

O que de fato se defende, é o direito fundamental do indivíduo de não ser alcançado pelo direito penal, quando a sua conduta for internalizada apenas como sendo imoral.

Não é a imoralidade em si que é um direito fundamental. O que deve ser considerado como direito fundamental é a não intervenção penal em fatos meramente imorais.

E por que impor esta limitação ao direito penal?

A razão é simples. O direito penal é a legitimação da violência praticada pelo Estado contra o indivíduo particular.

O Estado claramente pratica uma violência física quando raspa os cabelos daquele que foi condenado por um crime. A privação da liberdade também não deixa de ser violência, pois se não o fosse, não existiriam tipos penais que proibissem o sequestro e o cárcere privado.

A diferença é que a violência estatal é formalizada e *impunível*. Não é a violência de uma pessoa contra o outra; é a violência do Estado contra o particular.

É por este motivo (simples e óbvio) que a violência estatal precisa ser limitada.



CONCLUSÃO

Parece ser uma ousadia, nestes tempos do politicamente correto, apresentar a imoralidade como direito fundamental. Mas a política criminal não vive daquilo que é certo ou errado; ela vive do penalmente relevante.

O imoral nem sempre será crime e a conduta criminosa não será necessariamente imoral. A conduta criminosa do desabamento culposo sem vítimas, a título de exemplo, é um irrelevante moral.

Por outro lado, o incesto consentido – seja entre pais e filhos maiores de idade, seja entre irmãos maiores – é um irrelevante penal.

A prática sexual consentida entre irmãos maiores de idade parece chocar mais a sociedade do que o desabamento culposo, em que pese esta conduta ser crime e o incesto não.

Percebe-se assim, que criminalidade não é sinônimo de imoralidade. Da mesma forma, criminalidade não é uma expressão sinônima da maldade.

Não são raros os momentos em que alguém que tenha praticado um crime é taxado como sendo uma pessoa má. É como se a maldade fosse uma condição para a prática de crimes. Deve-se, entretanto, entender que o direito penal não surge a partir da maldade humana, mas apesar dela.

O policial rodoviário, por exemplo, que deixar de lavrar a multa porque é amigo íntimo do infrator, cometerá o crime de prevaricação. Seria possível dizer que esta conduta criminosa foi praticada por maldade?

O direito penal é imprestável para catalogar a maldade ou a imoralidade. Ele não pode servir para apontar quais são os bodes expiatórios da sociedade.

O direito penal não existe para indicar quem são os inimigos sociais; ele existe para limitar a ação do Estado na hora de aplicação da lei.

Quando uma pessoa pratica uma violência contra outra, ela será suscetível à aplicação da lei criminal. A violência praticada pelo Estado, contudo, é impunível.

Claro que a violência estatal é necessária. Uma sociedade, com o índice tão elevado de criminalidade como a sociedade brasileira, precisa da força do direito penal.

Todavia, um Estado que não possui limitação para o exercício da força, para o exercício da violência do direito penal, não pode ser chamado de democrático. Somente um



Estado despótico admite um direito penal irrestrito, que atua até no âmbito de interesse particular dos seus cidadãos.

A violência do direito penal é crucial. Entretanto, é pelas razões óbvias que foram expostas acima, que esta violência deverá ser limitada.

Por fim, é preciso dizer que existem condutas que terão relevância tanto moral quanto penal. Só que isto deverá ser visto como uma mera possibilidade e não como uma obrigatoriedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. EDITORA MALHEIROS, SÃO PAULO, 2008.

BRANDÃO, Claudio Bezerra. Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Editora Almedina, Coimbra, 2012.

BRASIL. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Consulta realizada em 28/01/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta realizada em 28/01/2018.

CASTILHO, Ricardo. Filosofia do Direito. Editora Saraiva, São Paulo, 2012.



DIAS, ELIOTERIO FACHIN. O MÍNIMO ÉTICO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. PORTAL DO E-GOVERNO. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.EGOV.UFSC.BR/PORTAL/CONTEUDO/O-M%C3%ADNIMO-%C3%A9TICO-EXISTENCIAL-COMO-GARANTIA-DO-PRINC%C3%ADPIO-DA-DIGNIDADE-HUMANA](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-m%C3%ADNIMO-%C3%A9TICO-EXISTENCIAL-COMO-GARANTIA-DO-PRINC%C3%ADPIO-DA-DIGNIDADE-HUMANA). CONSULTA EM 28/01/2018.

DWORKIN, RONALD. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. EDITORA MARTINS FONTES, SÃO PAULO, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI. DIREITO E RAZÃO: TEORIA DO GARANTISMO PENAL. 3ª EDIÇÃO. EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 2002.

GALVÃO, FERNANDO. DIREITO PENAL: PARTE GERAL. 4ª EDIÇÃO. EDITORA LUMEN JURIS, RIO DE JANEIRO, 2011.

HABERMAS, JÜRGEN. DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE. EDITORA TEMPO BRASILEIRO, RIO DE JANEIRO, 1997.

HERRERO, Francisco Javier. Estudos de Ética e Filosofia da Religião. Coleção Leituras Filosóficas. Editora Loyola, São Paulo, 2006.

KANT, Emanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Coleção Pensadores, Coimbra, 1948.



KELSEN, HANS. TEORIA PURA DO DIREITO. 2ª EDIÇÃO. MARTINS FONTES, SÃO PAULO, 1985.

MASSON, CLEBER. DIREITO PENAL: PARTE GERAL. 5ª EDIÇÃO. EDITORA MÉTODO, SÃO PAULO, 2011.

NIETZSCHE, FRIEDRICH. ALÉM DO BEM E DO MAL. EDITORA ESCALA, SÃO PAULO, 2007.

RAWLS, JONH. UMA TEORIA DA JUSTIÇA. 2ª EDIÇÃO. EDITORA MARTINS FONTES, SÃO PAULO, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. A Ideia de Justiça em Kant. Editora UFMG, Belo Horizonte, 1995.

TRAVESSONI, ALEXANDRE. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: KANT E HABERMAS. DIREITO E DEMOCRACIA. ORGANIZAÇÃO GÜNTER FRANKENBERG E LUIZ MOREIRA. EDITORA LUMEN JURIS, RIO DE JANEIRO, 2009.

VAZ, Henrique C. de Lima. Introdução à ética filosófica 2. Editora Loyla, São Paulo, 2004.

VILAS BÔAS, Francisco José. Dignidade humana e justiça social. Editora Perse. Belo Horizonte, 2013.