

HERMENÊUTICA JURÍDICO PENAL E A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CRIMINAL LEGAL HERMENEUTICS AND THE ISSUE OF THE LEGAL INTEREST IN CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Luciano Filizola da Silva

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), mestre em Ciências Criminais pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e graduado em Direito pela UCAM. Docente de Direito Penal e Criminologia da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo lançar luz sobre a atual problemática referente à interpretação e aplicação dos tipos referentes aos crimes contra a dignidade sexual partindo de um estudo interdisciplinar. Para tanto, por intermédio de um método linguístico, fundado na hermenêutica de Heidegger e Gadamer, surge a necessidade de se lapidar o conceito de dignidade sexual, evitando sua contaminação pelas moralidades do julgador.

Palavras – chave: Crimes Sexuais; Bem Jurídico; Costumes; Moral; Hermenêutica.

ABSTRACT

This research aims to shed light on the current problem related to the interpretation and application of types related to crimes against sexual dignity based on an interdisciplinary study. Therefore, through a linguistic method, founded on the hermeneutics of Heidegger and Gadamer, the need arises to cut the concept of sexual dignity, avoiding its contamination by the morals of the judge.

Keywords: sexual crimes; legal interest; customs; morals; hermeneutics.

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa se refere ao atual tratamento aos crimes sexuais concernente a mudança de bem jurídico tutelado com a reforma legislativa sofrida pelo Código Penal vigente.

Em 7 de agosto de 2009 entrou em vigor a Lei 12.015 alterando vários dispositivos do Código Penal no que tange aos crimes contra os costumes que passaram a ser definidos como crimes contra a dignidade sexual, além de trazer modificações na lei de crimes hediondos.

A mudança legislativa viria, assim, atualizar o ordenamento superando elementos ultrapassados e definindo a dignidade e a liberdade como bens jurídicos mais condizentes com a ordem Constitucional vigente, como previsto, por exemplo, no art. 227, § 4º, segundo o qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Todavia, embora os costumes tenham deixado de ser o bem jurídico tutelado pela norma é indiscutível sua relevância para interpretação e aplicação dos tipos, principalmente quando formados por elementos normativos que precisam ser valorados segundo as práticas sociais vigentes, nascendo as questões sobre a eficácia de tais alterações e sobre a relação entre os costumes e a tutela da dignidade humana.

Por isso, urge uma investigação mais atenta sobre os conceitos e práticas das agências oficiais sobre tais delitos segundo uma teoria do bem jurídico, buscando construir um arcabouço teórico que sirva como limite a essa espécie de intervenção punitiva.

1. CRIMES SEXUAIS E A TRANSIÇÃO ENTRE OS COSTUMES E A DIGNIDADE

O ser humano desde que nasce está imerso em um conjunto de tradições e valores que irão conduzir seu comportamento ao longo da vida, ainda que tais padrões estejam em constante transformação, mas que estarão sendo transmitidos pela família ou pela religião ou mesmo absorvidos através do processo de observação e vivência nas várias trocas simbólicas desenvolvidas pelo grupo social, permitindo a elaboração de critérios capazes de orientá-lo quanto ao proceder, que vestimenta utilizar, como se comunicar e se relacionar, tendo em vista uma construção de sentimentos que ora felicita o “bem agir” ora constrange o que venha a ser considerado repulsivo ou inadequado.

E, certamente, está inserida em tais práticas sociais a sexualidade humana, seu desenvolvimento e significados.

Definida e valorada por normas culturais, sendo mais ou menos reprimida pelos costumes e submetida a certas esferas de poder, o sexo é uma das poucas constâncias na história da evolução humana, permanecendo como elemento de resistência biológica e cultural para a sobrevivência da espécie ao tempo que influencia na construção de suas identidades.

Inicialmente presente no instinto animal, à medida que o homem se distancia de sua origem neandertal e passa a se desenvolver enquanto ser racional e relacional, a atividade sexual ganha estímulos, fantasias, práticas e prazeres outros, presentes apenas na cultura humana, que se orienta segundo os símbolos e significados que vão sendo construídos indo além do mero ato reprodutivo.

Porém, a medida que a sexualidade se desenvolve enquanto identidade e se pluraliza como manifestação social, também funciona como sintoma e alerta para uma padronização dos costumes, notadamente através de uma imposição verticalizada por meio dos processos civilizatórios hegemônicos que passam a intervir sobre as práticas que destoam e subvertem o normal definido pela classe dirigente.

Pela necessidade de uniformidade, centralização e ordem todo comportamento sexual estranho, diferente deve ser considerado suspeito e, por isso, sujeito à controle. A título de exemplo, nas Ordenações Filipinas, Livro V, ordenamento normativo penal que mais tempo ficou em vigor no Brasil-Colônia (1603 a 1830), dos 115 crimes definidos em títulos, 22 são de ordem sexual, tais como a sodomia (relação sexual anal), relação sexual com pessoa do mesmo sexo, com animal, cristão com mouro, judeu ou outro infiel, com freira, com mulher casada, com ascendente, descendente, irmã, nora ou madrasta, com violência, alcovitar mulher casada, intermediando encontros amorosos ou praticar a bigamia, sendo que em todos esses casos a pena era a morte.

Como um reflexo dos valores predominantes repletos de superstições religiosas e moralidades tomistas não é difícil perceber o uso do direito penal como instrumento de contenção das práticas consideradas nocivas para a sociedade, capazes de contaminar os bons costumes.

Mesmo passando pelos códigos do Império, sob influência iluminista e da república,

não é de se estranhar que o código vigente de 1940 venha tutelando os costumes nos crimes sexuais, sofrendo, ainda, com a contaminação das moralidades predominantes em que a inocência e a família devem ser preservadas.

E sem dúvida essa construção passa a ser modelo de controle, principalmente com a modernidade, em que o diferente, a anormalidade são sintomas de periculosidade, exigindo uma intervenção prevencionista, pedagógica, fazendo com que a racionalidade, a cientificidade e a neutralidade atinentes à modernidade demarcem os discursos dominantes, deslocando do religioso para o médico, a capacidade de apontar, na sexualidade, o certo e o errado, o normal e o patológico. (PEDRINHA, 2009, p. 24)

No entanto, a Lei 12.015/2009 acabou por alterar o bem jurídico a ser tutelado pela lei penal no que se refere aos crimes sexuais, deixando de ser os costumes para ser a dignidade sexual. Mas, o que seria a dignidade sexual? Tendo em vista a plena sujeição aos parâmetros Constitucionais, a interpretação não poderia ser diversa da que emana do princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º da Constituição Federal.

Considerando que, ainda assim, verifica-se amplo debate sobre seu significado, o presente artigo prefere manter como referência teórica o conceito Kantiano, segundo o qual a dignidade é um fundamento oriundo da razão que qualifica o ser humano sempre como um fim em si mesmo, ou seja, é um aspecto da Moral que decorre da autonomia e que o diferencia dos outros animais (2002, p. 58).

Com isto, a mera importunação, como previsto agora no art. 215-A do CP ou um eventual constrangimento não são suficientes para comprometer ou colocar em risco a dignidade enquanto identidade humana, pois não basta que a pessoa seja usada como meio para satisfazer a lascívia do agente, sendo necessário uma conduta que afronte a liberdade no sentido de comprometer aquilo que define o indivíduo como ser humano.

Porém, mesmo com a alteração, vários vícios constitucionais se mantiveram, para não falar que se agravaram, por se tornar mais nítida a violação ao fim que se destina a norma quanto à proteção à dignidade, como nos caso da franca violação ao princípio da proporcionalidade ao se definir a mesma pena para graus distintos de violação ao bem jurídico no crime de estupro que, ao absorver a redação do antigo crime de atentado violento ao pudor, manteve a pena de 6 a 10 anos de reclusão para a prática de qualquer ato libidinoso.

Também há grave violação ao princípio da lesividade o entendimento predominante quanto à presunção absoluta de vulnerabilidade nos crimes de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, agora substanciada no § 5º do art. 217-A, que presume o crime com pena de 8 a 15 anos de reclusão a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que haja o consentimento, sem considerar as circunstâncias fáticas e a possível legitimidade do ato.

E ainda se mantém a definição como crime a manutenção de casa de prostituição, o induzimento e auxílio na prática da prostituição e o ato obsceno, conforme os artigos 228, 229 e 233 do Código Penal respectivamente, mantendo ainda como objeto de tutela os costumes, desconsiderando por completo o fato de que em tais casos não há lesão à dignidade de qualquer

indivíduo, notando-se que ainda se mantém um direito penal que funciona no controle das moralidades, ditando regras de comportamento e restringindo violações que se consideram tão somente no âmbito da moral que admitiriam, se cabível, a intervenção de outras esferas, inclusive sociais, mas não do sistema punitivo, tendo em vista sua natureza subsidiária.

Outras situações incompatíveis com o atual cenário Constitucional é a permanência de tipos como do art. 227 que define como crime “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, cuja pena é de 1 a 3 anos de reclusão ou de induzir ou facilitar a prática da prostituição entre pessoas maiores e capazes que optam por tal prática de forma voluntária, violando, assim, o princípio da lesividade.

2. DIREITO E MORAL

Sem dúvida o debate sobre direito e moral é um dos temas mais espinhosos do meio jurídico, tanto pela crença na “autossuficiência” do próprio direito, como por algumas tradições positivistas que, por décadas, tentou sufocar as possíveis e necessárias reflexões sobre as várias possibilidades que o tema permite.

Para se adentrar em tal celeuma, primeiramente, se faz necessário apresentar os dilemas, definir conceitos para, então, enfrentar as questões.

O problema da influência da moral sobre o direito pode se dar em dois momentos: durante a criação de um projeto de lei e o processo legislativo, em que os valores morais poderão influenciar na construção normativa, definindo regras e impondo sanções visando resguardar bens morais relevantes, ou na atividade jurisdicional, quando o magistrado ao decidir sobre um caso concreto, acaba por se influenciar por aspectos morais em sua decisão.

Mas, o que seria a moral? Ela teria força normativa? Existem deveres a serem impostos mesmo sem a existência de um direito positivado? E uma lei em vigor pode perder sua validade caso afrente um preceito moral?

Primeiramente é importante se definir os parâmetros conceituais, no sentido de que ética é considerada o estudo da moral, enquanto que esta possui uma tendência universalizante enquanto fundamento do direito, sendo as moralidades mais flexíveis e voláteis conforme o local e a época, seus costumes e tradições (CORTINA e MARTÍNEZ, 2015).

Segundo uma concepção Kantiana, Dworkin também defende a existência de verdades morais, não como “partículas metafísicas”, como ele chama, mas como um conjunto de valores a serem cultivados a fim de propiciar o viver bem (DWORKIN, 2018).

Kant entendia que a virtude, considerada segundo os esforços do homem no cumprimento de seus deveres morais, não era inerente a ele, pois deveria ser desenvolvida pelo hábito, diversamente de sua resolução moral, a qual deve ser entendida como “predisposições naturais da mente... para ser afetada por conceitos de dever” (KANT, 2017, p. 194), cuja consciência resulta na consciência de uma lei moral.

E essa lei moral decorre de um imperativo categórico, segundo o qual, por força da

razão, todo indivíduo deve agir segundo a máxima de que com a sua ação possa se tornar lei universal, criando obrigações conforme sua própria vontade. (KANT, 2002)

E o direito positivado (que Kant irá chamar de direito em sentido restrito) surge da necessidade conforme uma legislação externa capaz de impor instrumentos coercitivos aptos a resguardar os princípios presentes na legislação interna (moral) (KANT, 2017, p. 49).

Até mesmo Kelsen, em Teoria Pura do Direito (1999), identifica essa influência da moral sobre o direito. É comum afirmar que o positivismo separou o direito da moral, porém Kelsen não o faz de forma absoluta, pois compreende a relação entre ambos, porém, defende a ruptura no momento em que o direito nasce, tornando-se plenamente independente da moral, distinguindo, assim, o direito da ciência do direito.

Mas é forçoso concordar com Dworkin quando este considera que toda lei, ao ser uma violação à liberdade, só teria o direito de intervir contra as violações graves à liberdades básicas. A contrário senso, se a violação à liberdade for grave, desproporcional, “é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição” (DWORKIN, 2017, p. 415).

Por isso a necessidade de se definir a moral, enquanto fundamento racional do direito, ao impor limites ao poder legiferante do Estado ao tempo que legitima sua intervenção para ampará-la quando há risco de ver lesionada alguma de suas manifestações, como a liberdade e a igualdade, o que não se confunde com meras moralidades, as quais devem ser reguladas pelo direito, mas que não podem interferir na validade da lei, minando sua autoridade por serem inconstantes, pelo que se verifica na dicotomia do presente trabalho entre os costumes que se apresentam nas moralidades e a moral representada pela dignidade.

É claro que a secularização do Direito foi uma conquista humanista no sentido de impor limites às arbitrariedades do Estado, sendo esse um dos fins do próprio direito penal enquanto garantia das liberdades fundamentais, no sentido de se ter na lei uma “barragem” capaz de manter segura a ordem jurídica e social, notadamente através do princípio da legalidade.

Não há como negar a necessária segurança jurídica oriunda da lei e o dever de separar o direito da moral, ou, melhor dizendo, de moralidades, pois o grande risco de se fazer confusão, de fato, seria entregar o direito à volatilização dos costumes, aplicando a lei segundo a moralidade de cada situação.

Está correto Lenio Streck ao alertar dos riscos de se fazer juízos morais sobre o direito, pois ao optar pela lei aceitam-se os riscos, abre-se mão da satisfação da circunstância pela segurança jurídica e em se tratando dessa matéria não há mais escolhas, mas decisões adstritas e fundamentadas pelo direito, servindo para “evitar a criatividade na hora em que o jurista for tentado pela moral” (STRECK, 2019, p. 30).

Portanto, ninguém deve ser condenado pela prática de um ato considerado imoral fora dos casos previstos em lei, assim como uma lei não deve deixar de ser aplicada, notadamente quando garante direitos fundamentais, com fundamento na moralidade do julgador ou pela “voz das ruas”.

No entanto, como proceder se a lei penal violar suas normas de justificativa exter-

na? E se a lei penal criminalizar um comportamento moralmente irrelevante ou no sentido de impor certa moralidade? Nestes casos, a lei pode ter sua validade questionada, considerando que, assim como todo crime deve ser considerado um ato imoral, nem todo ato imoral deve ser considerado crime?

Segundo a concepção garantista de direito penal a validade das normas reside na sua correspondência não apenas formal com as normas de produção, suficientes apenas para a sua vigência, mas também material, substancial, que estabelecem limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo (FERRAJOLI, 2002, p. 287).

Conforme Ferrajoli, é a separação entre direito e moral que, por um lado, impõe o dever de justificar as proibições e também os castigos e, por outro, “permite falar de uma ética da legislação, por meio da qual pode-se criticar as leis como imorais ou, pelo menos, como injustificadas” (2002, p. 368).

Mas, diante da norma abstrata, como identificar a melhor interpretação para não ofender seus elementos fundantes e realizar as expectativas que recaem sobre ela respeitando a necessária segurança jurídica?

3. HERMENÊUTICA E LINGUAGEM

Como ensina Streck, tanto na filosofia clássica e no medievo (2014) como na chamada filosofia da consciência¹ (2017) a linguagem era apenas um meio, um instrumento que conectava a consciência com o mundo exterior, uma forma de exteriorizar certo conceito considerado verdadeiro pela apreensão da coisa pela razão.

Seguindo esse raciocínio as coisas já estariam no mundo e o indivíduo se utilizaria da razão para se apropriar delas, conferindo nomes, permitindo que, através da linguagem, tornasse possível a representação dessa realidade que passa a ser tratada como objeto manipulável sujeita a seu domínio.

Contudo, não se pode ignorar que esse mesmo indivíduo faz parte desse mundo e que é através da linguagem que será possível o desenvolvimento de todo o processamento da razão através do pensar.

E não é à toa que Oliveira, comentando Heidegger, identifica a tendência de simplificação da linguagem tornando-a um instrumento de fácil utilização, através de reduções, abreviações e, por que não, gírias e *emojis*, num processo de “massificação do homem”, em que “a linguagem tornou-se um fenômeno de superfície que toca apenas a superfície da vida humana” (2015, p. 204).

E será no século XX que a linguagem passa a figurar com maior destaque na filosofia,

¹ Iniciada por Descartes (2017) no berço da filosofia moderna, que passa a concentrar no sujeito, na razão, a possibilidade de certeza, como se vê na célebre frase “penso, logo existo”. Aqui, o sujeito se apropria da coisa, tornando possível a certeza de si, sendo o sujeito moderno aquele que possui a capacidade de conhecer e assujeitar o mundo que o circunda. Essa lógica, segundo Streck, irá influenciar Kant, Hegel e Nietzsche no sentido de que o “sujeito observador estaria situado em frente a um mundo passível de absoluta objetivação e descrição” (2017, p. 75) em que o sujeito da subjetividade (solipsista) é aquele que estabelecerá a verdade a partir de sua própria consciência.

permitindo uma nova perspectiva de estudo sobre a hermenêutica e a ontologia nas considerações sobre o ser, num giro em que o sentido do mundo não estaria mais na consciência do sujeito, mas na linguagem.

Wittgenstein foi um dos primeiros e mais importantes autores a se debruçar sobre o tema, ainda que se defrontando consigo mesmo, pois, em sua primeira obra, *Tractatus logico-philosophicus* (2017), ele ainda permanecia sob a influência do modelo tradicional da filosofia da consciência em que via na linguagem um instrumento secundário do conhecimento humano, em que a figuração (pensamento) seria o modelo da realidade (2017, § 2.12).

No entanto, ainda no *Tractatus*, ele concede pistas de uma construção a por vir. Wittgenstein identifica que o mundo é constituído por uma totalidade de fatos que, por sua vez, é formado por coisas (objetos) e que não é possível pensar em “nenhum objeto fora da possibilidade de sua ligação com outros” (2017, § 2.0121). Para o autor é pela figuração (pensamento) que se representa objetos que poderão ser expressos através de proposições, sinais proposicionais que permitem sua relação projetiva com o mundo por intermédio das palavras.

Nas palavras de Wittgenstein, “nomes são como pontos, proposições são como flechas, elas têm sentido” (2017, § 3.144). Então, o pensamento seria a proposição com sentido, enquanto que totalidade das proposições é a linguagem.

Com essa lógica é possível observar como o autor já demonstra certa preocupação em demonstrar certa conectividade entre as coisas e sua relevância para a figuração e a necessidade de sentido das proposições, as quais não mais estariam ao arbítrio do intérprete.

Mas, sua grande contribuição veio com a obra *Investigações Filosóficas* na qual realiza duras críticas à filosofia tradicional da linguagem, uma vez que parte não mais de um mundo em si, que independe da linguagem, mas de um mundo que só existe na linguagem que se torna uma condição de possibilidade para a constituição do próprio conhecimento.

Partindo de uma ideia de jogo como modelo para sua construção, constatando a imprecisão dos juízos de comparação usados para a formação de proposições, percebe a necessidade que esses cálculos tenham regras. Seu estudo visa remover mal-entendidos que dizem respeito ao uso das palavras, tornando determinada expressão mais exata, enfrentando a questão acerca da essência da linguagem, da proposição e do pensamento, “algo que se situa no interior, algo que vemos quando penetramos a coisa, algo que cabe à análise desenterrar.” (WITTGENSTEIN, 2014, § 92).

Como num jogo orientado por regras, essas regras funcionam como placas de orientação que condicionam o indivíduo a reagir de certa forma quando diante do signo correspondente. Mas, isso só se torna possível quando tal uso é contínuo, inserido em práticas habituais através dos costumes, tradições e instituições, tornando a linguagem uma construção intersubjetiva que se dá pela concordância mútua de definições e juízos.

É em razão disso que a linguagem enquanto construção coletiva vincula o indivíduo, uma vez que regras são definidas e impostas, impedindo seu subjetivismo. “Uma vez selada com um determinado significado, a regra traça as linhas de sua observância por todo o espaço...

se siga a regra, não escolho” (WITTGENSTEIN, 2014, §219).

E essa conclusão torna-se ainda mais relevante na hermenêutica jurídica na atividade *judicante*, no sentido de que cabe o julgador diante de uma causa em que deve aplicar a lei, decidir conforme a regra, sendo um ato de decisão e não de escolha pela vinculação gerada pela regra linguística.

Analisando essa necessidade de sentido da proposição oriunda das regras estabelecidas coletivamente chega-se ao termo de que deve se entender a ordem das coisas antes de se chegar a uma conclusão sobre como agir ou como elas são (WITTGENSTEIN, 2014, §505), ou seja, não se interpreta para conhecer, mas se conhece para interpretar, pois, como leciona Streck (2014, p. 252), “o compreender se dá na e pela linguagem... é na linguagem que o mundo se desvela” fazendo com que o “... o sujeito da subjetividade assujeitadora não tenha mais lugar nesse giro”, impedindo que ele construa por puro arbítrio seu próprio objeto de conhecimento de maneira descompromissada com as regras estabelecidas.

E a importância da linguagem ganha novo patamar a partir da compreensão de sua relevância junto à construção do ser do homem, o que Heidegger chama de *Dasein* (presença), que se refere à possibilidade de questionar e compreender a si mesmo segundo certa interpretação de seu próprio ser a partir do ente com quem se relaciona no mundo, o que só pode ser compreendido segundo sua temporaneidade (2015).

Compreender o ser segundo o tempo, conforme sua relação histórica no mundo, exige que “se abale a rigidez e o enrijecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados” (HEIDEGGER, 2015, § 22) permitindo que se siga o fio até chegar às experiências originárias e decisivas para a formação do ser que, no caso do ser humano, será determinado pela fala.

E será a ontologia o estudo do ser, aquilo que o ente é, enquanto fenomenologia, ou seja, como aquilo que se revela, que se mostra em si mesmo, mas não como aparência, mas como presença, a qual se revela como possibilidade que ela é enquanto ser-no-mundo numa relação recíproca, sendo relacional por natureza no sentido de que “um mero sujeito não “é” e nunca é dado sem mundo. Da mesma maneira, também de início, não é dado um eu isolado sem os outros.” (HEIDEGGER, 2015, §116, a)

Sendo o mundo da presença um mundo compartilhado, essa convivência necessita de caminhos específicos de empatia, permitindo a aproximação de um ser para o outro, constituindo uma ponte entre os sujeitos, permitindo uma relação ontológica entre presenças, distinguindo da relação sujeito/objeto sustentado pela filosofia da consciência.

Para melhor compreensão da “presença” do ente no mundo, Heidegger esclarece sobre a necessidade de se estar atento ao “pre” da “presença”, como algo que se remete ao “aqui” e “lá”, como “um ser que se distancia e se direciona numa ocupação” (2015, § 132), sempre num projeto, num “vir a ser” como uma abertura essencial. Para tanto, ele identifica seis elementos (fases) que constituem essa necessária abertura.

Num primeiro momento há a disposição (humor) que revela como alguém “está” e “se

torna”, é a abertura de estar-lançado e de ser-no-mundo, permitindo-se descobrir o mundo como tal; um modo de disposição é o medo do encontro, do ser-com o outro enquanto ameaça, que pode se concretizar ou não; num terceiro momento há o compreender, pois como a “presença” não é algo simplesmente dado, ela é possibilidade de ser e é o compreender como abertura que desvela possibilidades que num caráter existencial de projeto constitui a visão que “na transparência permite o conhecimento de si mesmo em seu ser com os outros (§ 146, b).

E ao compreender será possível interpretar enquanto elaboração de formas que decorrem das possibilidades geradas pela compreensão, chegando à mesma conclusão de Wittgenstein, na ordem de que a interpretação não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender, ou seja, o “compreendido, estabelecido numa posição prévia... torna-se conceito através da interpretação” (§ 150), mas sempre partindo de uma concepção prévia; E um modo derivado da interpretação é o enunciado (juízo) como um lugar próximo da verdade podendo ser entendido como mera demonstração, ou como predição enquanto predicado de um sujeito, restringindo a visão ao caso concreto e como comunicação, quando o que se enuncia pode ser compartilhado; e, por fim, há a linguagem enquanto “constituição existencial da abertura da presença” (§ 161), cujo fundamento é a fala enquanto articulação da compreensibilidade, concedendo sentido aquilo que é articulado na interpretação, sendo a escuta sua possibilidade existencial e da presença ser-com os outros. A presença escuta porque compreende, tornando-se possível o ouvir, que é uma escuta compreensiva.

Heidegger alerta que para realizar esse estar – no – mundo o ente deve vivenciar a “decadência” enquanto “cair no mundo” em que a fala que se pronuncia é a comunicação na convivência que será conduzida pelo que o autor denominou de “falação”, que se dá na falta de solidez da fala comum, que permite a compreensão de tudo, mas sem a apropriação prévia da coisa, pela curiosidade, que permite que a presença busque o distante, ocupando-se em ver sem apreender a coisa de maneira impermanente, o que pode gerar ambiguidades, imprecisões nos “coloquialismos” do dia a dia, pois decorre do escutar tudo e todos gerando distorções, ainda que não intencionais, o que pode permitir uma “alienação tranquilizante” (HEIDEGGER, 2015, §178).

Mas, diante da imprecisão geradas pelas ambiguidades, como alcançar a verdade, considerando que a decadência por si é um pressuposto para a cura² que, por sua vez é considerada o próprio ser da presença, sendo a condição existencial de uma preocupação com a própria vida.

Para Heidegger verdade não é a concordância entre juízo e objeto segundo um conceito tradicional, sendo a realidade o ser dos entes presentes no mundo, mas que só se revelam pela existência da presença, sendo a descoberta um descortinar, fazendo com que a verdade seja a “concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo”, fazendo com que antes da presença não haja verdade, pois não há descoberta, sendo toda verdade relativa ao ser da presença (2015, § 227).

² Mas, essa relativização não favoreceria o solipsismo por depender tanto da subjetivi-
2 Para Heidegger, cura possui um sentido de acurar, aperfeiçoar, enquanto “constituição ontológica existencial”. (2015, § 199)

dade do interprete?

Para solucionar essa questão Heidegger alerta sobre a temporalidade enquanto fundamento ontológico da existência, exigindo uma interpretação existencial e temporal do ser – no mundo a qual considera a capacidade do ente compreender e lidar com o mundo ao redor através de uma ocupação por “conjuntura”, ou seja, na forma de “com”... “junto”, por não ser possível lidar com instrumentos isolados.

Sendo a temporalidade quem confere sentido ontológico à presença e ao mundo como historicidade através de esquemas horizontais do porvir, do vigor de ter sido e da atualidade se percebe a presença como projeto por “estar lançado” e em constante construção, mas para se ter a compreensão da verdade como abertura não se poderá abrir mão de sua historicidade.

Nesse sentido, o ser da presença (*dasein*) é existência e a linguagem só pode ser pensada em sua temporalidade, pelo que se realiza o desvelamento, em que deixa aparecer o “ser como” através do encontro com o mundo.

E será Gadamer quem irá desenvolver melhor esse giro na relação entre o intérprete e o texto conforme a temporalidade e a presença no mundo partindo da distinção entre o método da ciência da natureza e da ciência do espírito, sendo essa orientada para a significação do humanismo que se desenvolve através de quatro conceitos básicos: a formação enquanto processo histórico que deve sempre reconhecer no estranho o que é próprio, sendo o ser “apenas o retorno a si mesmo a partir do ser-outro” (2015, §20); o *sensu comunis* que não se alimenta do verdadeiro, mas do verossímil instituindo a comunidade num sentido de justiça e bem comum adquirido através do bom senso; o juízo que decorre do particular no universal ao seguir uma regra orientada pelo senso comum e pela genuína solidariedade ético-social e o gosto, que se dá mais numa perspectiva moral do que estética que possui pretensão de validade, por isso as decisões éticas exigiriam “gosto”, um “tato” para acertar o que seria correto e dar a aplicação ao universal.

Utilizando a metáfora do jogo, assim como fez Wittgenstein, Gadamer percebe que assim como o sujeito da obra de arte não é a subjetividade, mas a própria obra, o mesmo ocorre com o jogo, cujo conteúdo é o próprio jogo, pois o jogador só ganha representação através do jogo, que se representa pelos seus fins, suas regras e disposições, afastando a subjetividade, pois na tarefa de jogar os jogadores deixam de existir e só existe o que é jogado por eles (2015, § 117).

Assim como numa peça de teatro encenada muitas vezes ou numa festa tradicional que se repete todos os anos, ainda que haja inúmeras variações, todos se subordinam a um certo padrão que lhe conceda identidade enquanto experiência temporal fazendo com que só exista quando realizadas elevando o sentido do “participar” ao “estar na coisa”, superando a passividade e mera subjetividade.

Nisso que a hermenêutica moderna percebe a insuficiência de uma interpretação meramente gramatical, como se realizava tradicionalmente sobre as escrituras sagradas até o século XVIII, devendo se desenvolver, também, segundo uma perspectiva histórica, devendo se inter-

pretar cada frase das fontes escritas segundo seu contexto e não, necessariamente, segundo uma interpretação psicológica, em que deva se transferir para o intuito do escritor.

Droysen, citado por Gadamer, trabalha segundo a necessária investigação da tradição para se alcançar a compreensão, pois assim como ela vincula ao indivíduo as comunidades éticas a que pertence, também essas comunidades podem ser entendidas como expressão no sentido de que “o individual se compreende no todo e o todo se compreende a partir do individual” (2015, § 221).

Como a compreensão do texto decorre de um conhecimento prévio pautado em uma historicidade de tradições, não há interpretação sem preconceito, em que serão pesadas opiniões e conceitos já definidos, mas não no sentido solipsista sujeito/objeto, que permitiria a discricionariedade do intérprete na interpretação da norma, como defendia Hart (2009) e sim num movimento circular de pré-concepção entre a tradição e o intérprete, como um reflexo histórico de seu ser constituída por uma “pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado” (2015, §289).

E para Gadamer essa hermenêutica se dá pela experiência, a qual “ensina a reconhecer o que é real” (2015, § 363) através da dialética numa perspectiva negativa, ou seja, a realização de uma nova experiência faz com que se perceba como as coisas são através de múltiplas confirmações pautadas por um juízo de previsibilidade, superando a perspectiva anterior.

Com esse raciocínio, o indivíduo experimentado não é aquele dotado de todo saber, mas quem está capacitado a voltar a experimentar e aprender, tendo consciência dos limites de toda previsão e da própria finitude.

Já a experiência hermenêutica propriamente dita tem relação com a tradição presente na linguagem, que fala por si mesma como interlocutor, uma vez que toda experiência pressupõe a atividade de perguntar, de onde vem sua natureza dialética, pois é nas forma de perguntas e respostas que se molda a arte de pensar e compreender.

E nas palavras de Gadamer (2015, §389):

Toda verdadeira compreensão implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo como essa individualidade, mas compreender aquilo que se diz.

Oliveira (2015, p. 227) ensina que Gadamer demonstra que a “constituição de sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história”, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição e é segundo esse todo de sentido que se compreende qualquer coisa, que não se é simplesmente “dono de sentidos”, fazendo com que a historicidade não seja uma limitação, mas uma condição de possibilidade da compreensão.”

4. O BEM JURÍDICO ENQUANTO LIMITE AO PODER PUNITIVO

Longa e controversa é a história da evolução conceitual do bem jurídico penal, que se confundia com um direito subjetivo para Feuerbach, passando pelos interesses do corpo social

de Von Liszt até chegar à noção de valores ético-sociais de Welzel.

Modernamente, segundo uma perspectiva funcionalista, é possível identificar duas correntes preponderantes na Alemanha: o funcionalismo próprio, mais radical, de Günther Jakos e o funcionalismo impróprio, mais moderado, de Claus Roxin.

O Funcionalismo próprio, que tem em Jackobs (2003) seu principal representante, parte de um conceito de direito penal que considera os autores de um fato delituoso como inimigos e defende não ser absolutamente necessária a existência de um bem jurídico para legitimá-lo, uma vez que nem todas as disfunções merecedoras de uma sanção penal afetam um bem jurídico concreto, exterior.

Para Jackobs (2003, p. 135) basta a validade fática das normas principais, pois, entendendo que o injusto pode ser fracionado em várias partes, sendo possível configurar-se o injusto precocemente, sem que estejam presentes todos os seus elementos, seria possível antecipar a lesão ao bem jurídico, bastando que o comportamento do autor viole uma norma de defesa, que visa deter o agente antes que este atinja o interesse tutelado pela norma principal.

Se a norma principal ainda não foi violada, porque ainda falta nesse aspecto uma perturbação externa, já poderia existir, contudo, a lesão de uma norma de defesa, e isso, efetivamente, porque o autor dá a entender que em seguida terá lugar uma perturbação externa, pelo menos se seus planos tiverem êxito.

E no Funcionalismo impróprio, Roxin (2014, p. 74), de maneira mais moderada e compreendendo o bem jurídico como algo necessário para se impor limites ao direito penal, definindo-os como todos os “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases.”

Roxin (2014, p. 72) conduz seu conceito de direito penal num sentido heteropoiético, cujo fundamento se encontra fora da norma, realizando duras críticas ao modelo desenvolvido por Jackobs que, ao pouco considerar a relevância do bem jurídico, acabaria por sustentar que “a norma é criada para se auto proteger”.

Porém, a questão que se levanta seria: qual o critério mais seguro para definir a relevância de um bem jurídico ao ponto de levá-lo à esfera do direito penal?

Segundo uma perspectiva de um direito penal inserido num Estado Democrático de Direito que tem na Constituição o principal marco normativo do ordenamento jurídico por se encontrar em posição hierárquica superior aos demais atos legislativos, deve se limitar o conceito de bem jurídico penal apenas aqueles valores estampados na Carta maior, utilizando-os como uma diretriz político-criminal, a fim de orientar o legislador na tarefa de classificação dos bens a serem protegidos.

Procura-se, por este meio, limitar a natural discricionariedade do legislador e possíveis arbítrios caso não se defina com precisão que bens ele poderá proteger utilizando-se da ferramenta punitiva, pois, de outro modo, possuiria plena liberdade para entender qualquer bem como necessário para a sociedade, o elevando à tutela jurídico-penal, violando o próprio senti-

do de Estado de direito presente na Constituição.

Com isto, somente se justificará uma intervenção punitiva do Estado quando incidir sobre uma conduta que tenha lesionado ou colocado em perigo concreto um bem jurídico Constitucional.

Como o bem jurídico é a manifestação de uma liberdade, tendo em vista a suma importância para a sobrevivência e identidade de um povo, deixa de ser um mero requisito exigido pela doutrina, sem bases empíricas, para ser a expressão natural da Constituição, representado como um direito fundamental, impondo ao sistema penal um compromisso com o modelo de Estado, nunca podendo ser criado ou aplicado o direito penal sem relacioná-lo com os preceitos constitucionais, afastando a criminalização de meros sentimentos, tabus, imoralidades, ou qualquer outro valor, mas que não tenha sido considerado relevante o suficiente para ganhar status constitucional.

Pois, de fato, “seria ilógico, sem embargo, entender que se admitam privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não for para evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional” (FERRAJOLI, 2002, p. 474).

Entretanto, na atual Constituição Federal, como demonstrado, encontram-se tutelados bens jurídicos coletivos, espiritualizados, como o meio ambiente, a segurança pública, a ordem financeira, os quais, ainda que inquestionável sua relevante proteção face às incontáveis agressões que vem sofrendo pelo mundo moderno, gerando consequências extremamente lesivas para toda a sociedade, continua a persistir o problema anterior quanto a sua indefinição, tendo em vista sua natureza ampla e abstrata, permitindo uma extensa interpretação quanto ao seu alcance, gerando uma grande insegurança no meio jurídico.

Deve-se, então, lapidar ainda mais o conceito de bem jurídico constitucional, uma vez que, por hora, ainda encontra-se por demais impreciso para se coadunar com um direito penal garantista, pois, na lição de Hassemer (1989, p. 284), “quem aceita com generosidade os bens jurídicos universais corre o risco de aceitar o direito penal não mais como *ultima ratio*, mas como *prima* ou também como *sola ratio* da proteção de bens jurídicos”.

Como o Direito é feito pelo homem para o homem, visando, tão somente, regular as relações entre indivíduos, estes deverão ser o principal objeto limitador do conceito de bem jurídico, ou seja, o direito penal estará legitimado não só quando a conduta atinja um bem jurídico Constitucional, mas quando este bem for inerente ao ser humano, quando a lesão ao bem jurídico atingir de alguma forma, direta ou indiretamente, um indivíduo.

O próprio Hassemer (2007, p. 207), um dos principais defensores desse modelo, entende que o direito penal não pode renunciar aos bens universais, no entanto, eles devem ser “formulados tão precisamente quanto possível e que se deva funcionalizá-los a partir dos bens jurídicos individuais.”

Com esse raciocínio, apenas será criminalizada uma conduta atentatória ao meio ambiente, por exemplo, quando, efetivamente, gerar uma lesão direta ao indivíduo ou quando ameaçar concretamente a sua saúde e bem estar.

E com esse modelo não há qualquer obstáculo no trato e interpretação dos tipos sexuais segundo o bem jurídico protegido e declarado pela própria lei, que deixa de tutelar os meros costumes por força da secularização do direito, passando a ser a dignidade o valor mais íntimo do indivíduo, ainda que aqui sob seus aspectos da vida sexual.

E segundo pesquisa realizada nos julgados posteriores a entrada em vigor da lei 12.015/2009 nos tribunais superiores sobre o possível peso da mudança do bem jurídico sobre a interpretação e aplicação da norma penal nos crimes sexuais verificou-se pouco impacto e quase nenhuma consideração sobre tal alteração ou mesmo alguma tentativa de se conceituar a dignidade sexual a fim de servir como norte hermenêutico³.

No STJ, de 164 acórdãos que mencionam a expressão dignidade sexual, a maioria se refere apenas ao título do código penal ou como mera menção ao bem lesionado, mas sem se preocupar em defini-lo. As únicas referências de nota foram no acórdão HC 334570 / PE HABEAS CORPUS 2015/0213638-9 sobre um estupro de vulnerável quando relaciona a dignidade sexual de menor de 12 anos como o direito a um desenvolvimento sexual condizente com a sua idade e a decisão no Recurso Especial REsp 1683375 / SP RECURSO ESPECIAL, 2017/0168333-5 em que a sexta turma absolveu o acusado da prática de manter casa de prostituição em que as envolvidas eram maiores e voluntárias.

... crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual. E é por isso mesmo que o bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a **dignidade sexual** como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI.

Quanto ao STF foram apenas 13 menções ao termo “dignidade sexual”, sendo que a única tentativa infeliz que se aproximaria de uma definição foi em um julgamento sobre injúria e incitação ao crime em que o até então deputado Jair Bolsonaro quando este afirmou que não estupraria uma deputada federal porque ela não merecia, demonstrando desprezo ao bem jurídico protegido (a dignidade sexual).

CONCLUSÃO

Com isso foi possível observar a pouca relevância dada à mudança do bem jurídico, pouco influenciado numa melhor definição ao elemento normativo “ato obsceno” em descompasso com o necessário princípio da proporcionalidade, recrudescendo a presunção de vulnerabilidade de forma absoluta, míopes a mudança dos costumes e à realidade dos casos concretos, isoladas considerações sobre o crime de casa de prostituição quando os envolvidos são maiores 3 Foram analisadas decisões dos Tribunais Superiores em dois períodos: quatro anos anteriores à lei 12.015/2009 para se verificar o padrão dos julgados tendo como base os costumes enquanto bem jurídico tutelado a época e outro posterior à mudança legislativa, entre 1 de outubro de 2016 à 1 de outubro de 2020, em que a dignidade sexual passa a ser o principal referencial, a fim de se verificar o grau de influência dessa alteração sobre os julgados no STJ e no STF, o nível de relevância dado ao bem jurídico e o quanto ele é considerado na orientação da hermenêutica sobre o direito penal.

e participação voluntária e a manutenção de vários delitos que ainda agridem o princípio da lesividade.

Como bem se aprende pelo desenvolvimento do giro linguístico, não existe grau zero de entendimento e as palavras não possuem o significado que o intérprete deseja, cabendo aos atores do direito a consciência da necessária superação positivista que permitiria uma discricionariedade para preencher as lacunas da norma, enquanto que num modelo democrático se faz necessário o uso de elementos históricos, principiológicos e constitucionais como fundamentos de uma busca de sentido racional, uma vez que não se interpreta para conhecer, mas se conhece para interpretar.

REFERÊNCIAS

1. CORTINA, Adela e MARTÍNEZ, Emílio. *Ética*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
2. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017.
3. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo B. Cippolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
4. FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
5. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
6. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
7. HASSEMER, W. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
8. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
9. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
10. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
11. KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.
12. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
13. PORTUGAL. **Ordenações filipinas: Livro V**. Organização Silvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
14. PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
15. ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
16. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
17. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.
18. STRECK, Lenio. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2019.