

ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA QUANTO AOS CRIMES SEXUAIS À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

ANALYSE DE L'ÉVOLUTION LÉGISLATIF BRÉSILIEN CONCERNANT LES CRIMES SEXUELS SOUS LA THÉORIE DES TROIS DIMENSIONS DE LA LOI

Bartira Soldera Dias¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A evolução da legislação brasileira quanto aos crimes sexuais; 2. Aplicação da teoria tridimensional do direito aos crimes sexuais; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

O objeto deste artigo é a análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais através Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale) como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann).

PALAVRAS-CHAVE: Tridimensionalidade; Instrumento de Percepção Jurídica; Legislação Brasileira; Crimes Sexuais.

RÉSUMÉ

Le présent travail a comme object l'analys de brésilienne développements législatifs concernant les crimes sexuels par Le Graphique Sinóptique de La Théorie Tridimensionnelle du Droit (de Miguel Reale) comme Instrument de Perception Juridique de auteure du Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (et avec composition graphique de Fábio Schlickmann).

CLE-MOTS : Tridimensionnelle ; Instrument de Perception Juridique ; La législation brésilienne; les crimes sexuels.

¹Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente cursa o Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e a Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. É Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a evolução legislativa dos chamados “crimes sexuais” – anteriormente designados “Crimes contra os Costumes” e, mais recentemente, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, denominados “Crimes contra a Dignidade Sexual” – no Brasil, a partir da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.²

Inicialmente, ressalta-se que o presente trabalho possui abordagem semelhante àquele desenvolvido para tratar da progressão de regime de cumprimento de pena, segundo a Lei dos Crimes Hediondos, à guisa da teoria de Miguel Reale, desenvolvido por Marilene do Espírito Santo, Davi do Espírito Santo e Júlio César Ferreira de Melo³.

Este artigo é fruto das reflexões realizadas a partir das aulas e consolidações feitas pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold na disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, ministrada para a Turma de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no segundo semestre de 2010, ao final do Seminário n. 2, que versou sobre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, como instrumento de percepção jurídica⁴. Como consequência, o trabalho ora proposto é baseado na aplicação da visão tríade do referido autor para o estudo das mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos setenta anos em relação aos crimes sexuais.

²A análise do presente trabalho limita-se aos dispositivos penais insertos nos Capítulos I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), II (Dos Crimes Contra Vulnerável), III (Do Rapto) e IV (Disposições Gerais), do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), do Código Penal.

³SANTO, M. E.; ESPÍRITO SANTO, Davi do; FERREIRA DE MELO, Júlio César. A teoria tridimensional do direito: Ferramenta Aplicada à Análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena segundo a Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos. **Revista Eletrônica Direito e Política** (Online), v. 3, p. 105-124, 2008.

⁴Para os efeitos da disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, o Conceito Operacional para INSTRUMENTO DE PERCEPÇÃO JURÍDICA é: ferramenta com a qual se examina norma jurídica (“legal; consuetudinária; jurisdicional; negocial”), descrevendo-a e emitindo juízo valorativo a respeito dela. A tipologia indicada nos parênteses acima é proposta por REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito** - para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. Em especial na p. 17.” (Fundamentos da Percepção Jurídica, 2010, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Plano de ensino. Itajaí: 28 de julho de 2010.)

Embora exíguo, este lapso temporal representa uma evolução legislativa e, sobretudo, humanística, significativa, na medida em que reflete as transformações ocorridas no Brasil a partir de 1940, quando entrou em vigor o Decreto-Lei n. 2.848 – Código Penal.

Para a análise das mudanças ocorridas em relação aos crimes sexuais, desde a elaboração do Código Penal da década de 40 até os dias atuais, utilizar-se-ão como ferramentas de percepção jurídica a interconexão dos elementos **fato**, **valor** e **norma** a fim de se obter uma visão integral das transformações ocorridas na sociedade brasileira que acarretaram a elaboração de novas normas jurídicas, mais compatíveis com a realidade social do século XXI.

Para tanto, ressalta-se que o presente artigo não possui o compromisso com a “dialética da complementaridade” proposta por Reale, uma vez que o que se pretende aqui é averiguar os elementos da teoria tridimensional – fato, valor e norma – a partir da concreção histórica do processo jurídico (cronologia) e do Poder/poder incidente sobre ela, sem, necessariamente, a contraposição de teses capazes de gerar sínteses.

Assim, as mudanças legislativas acerca dos crimes sexuais serão abordadas a partir da transformação dos valores da sociedade brasileira que, por consequência, acarretaram a criação de novas normas jurídicas, originadas das “experiências jurídicas”⁵ constitutivas de uma nova realidade jurídico-social.

⁵O Conceito Operacional de expediência jurídica é extraído de REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62-63. Consiste na “modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (função ôntica) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica).”

1 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO AOS CRIMES SEXUAIS

O Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, nasceu em um contexto histórico tumultuado. Pouco antes de sua promulgação, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 10 de novembro de 1937, que deu início ao chamado Estado Novo. O regime ditatorial formalmente instaurado a partir desta data, pelo Presidente da República Getúlio Vargas, foi marcado pela centralização política, pelo intervencionismo estatal e por um modelo antiliberal de organização da sociedade. Neste período, as liberdades civis foram suspensas, acompanhando o avanço das ideologias antiliberais e antidemocráticas que percorriam a Europa, em especial a Alemanha, Itália e Portugal.⁶

Para fazer valer a nova ordem jurídico-política, instaurada com a chamada “Constituição Polaca”, o instrumento mais eficiente que possuía o Estado era o Direito Penal, “que se normatizava ao talante do opressor”⁷.

Nesse contexto social, o Código Penal de 1940 refletiu as ideologias totalitaristas de sua época, tendo a disciplina dos crimes sexuais sido marcada pela “visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente”⁸. O enfoque arcaico e machista sobre as mulheres, típico do século XIX, foi mantido, continuando elas a serem vistas “como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem.”⁹ A respeito, acrescentam Nucci, Monteiro, Gemignani e Marques, na obra coletiva *Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal*:

⁶PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 10.

⁷PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 78.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.11.

⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 873.

A elaboração do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes – justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei. Prova disso, era a possibilidade de anulação do casamento caso fosse constatado, em pós-núpcias, o prévio defloramento da recém-casada (art. 219, IV, do CC/1916). Todas as mulheres que não possuíam esses requisitos “formais” eram consideradas sexualmente desonestas e, portanto, não tinham a sua liberdade sexual integralmente protegida contra os delitos hoje reformados. Afinal, mulheres carecedoras da honra sexual cultural não possuíam, por exemplo, a ingenuidade necessária para figurar no pólo passivo dos delitos sexuais praticados mediante fraude.¹⁰

A lei penal da década de 1940 procurava, portanto, guarnecer a figura feminina, procurando defender sua “honra” e cuidando, dessa maneira, da fragilidade de que se revestiam as mulheres.¹¹ Por essas razões, homens e mulheres recebiam tratamento legislativo diferenciado, uma vez que as consequências dos crimes sexuais às mulheres eram mais gravosas do que para os homens. Corroborando o sobredito, Hungria menciona que “O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para tratamento penal, a equiparação dos dois casos.”¹²

O Estado ditatorial da época utilizou o controle social da sexualidade como uma forma de repressão, na medida em que através de seu disciplinamento escondia as relações de poder existentes, “como o controle social da religião sobre os fiéis, do Estado sobre os cidadãos, dos pais sobre os filhos, dos homens sobre as mulheres etc.”¹³ Segundo Greco e Rassi, “o exercício de poder de repressão da sexualidade não apresenta suas consequências somente em relação à

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 35.

¹¹SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 136.

¹²HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 107.

¹³GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7.

conduta sexual individual”, mas também “na maneira pela qual as instituições crescem e se desenvolvem.”¹⁴

Destarte, a pretensão estatal consistia em manter as normas jurídicas atreladas “à idéia-força de tutela dos costumes.”¹⁵ Por essa razão, no Código Penal de 1940, o título destinado ao tratamento dos crimes sexuais foi designado “**Crimes Contra os Costumes**”.

O vocábulo *costumes* significava, de acordo com Hungria, os “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”¹⁶. Noronha, a seu turno, acrescenta que *costumes* “deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais”¹⁷, o que equivale dizer, em outras palavras, que a lei penal visava tutelar “a preservação do mínimo ético reclamado pela expediência social em torno dos fatos sexuais”¹⁸.

Para Hungria, que compôs a comissão revisora do Código Penal de 1940:

O direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão-somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais. [...] No Estado agnóstico, porém, o apoio jurídico-penal à moral sexual limita-se a reprimir os fatos que, sobre fugirem à normalidade do intercuro dos sexos, importam lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o *pudor*, a *liberdade sexual*, a *honra sexual*, a *regularidade da vida sexual familiar-social*, a *moral pública sob o ponto de vista sexual*. [...] ¹⁹

Corroborando o pensamento acima exposto, Gusmão acrescenta:

Assim, do ponto de vista *sociológico* constituem delitos sexuais o conjunto de fatos que ofendem a liberdade sexual ou individual, que

¹⁴GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7.

¹⁵GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 129.

¹⁶HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

¹⁷NORONHA, Magalhães E.. **Direito Penal**. 4 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 94.

¹⁸HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

¹⁹HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 77.

lesam e põem em perigo, pela sua anormalidade, os fins da função sexual ou que tendam à destruição do indivíduo ou da espécie, como pondera POZZOLINI, tendo por outro lado, a lei, como lembra GARRAUD, por fim manter as bases do patrimônio moral da sociedade, quer procurando *moralizar o indivíduo*, reprimindo-lhe as paixões e o constringendo a viver, em consonância com a dignidade humana, como, outrossim, conservar a própria *moralidade pública* que é a garantia de toda civilização, colimando-se em consequência, coibir todas as manifestações mórbidas ou anormais que possam comprometer a boa ordem na família e na sociedade, resguardando-se o “senso moral que se pode ofender nos cidadãos”, já lembrava CARRARA, “por certas formas cínicas de imoralidade”..., sem que se possa dizer, acrescenta, “ser seu objetivo a pura moral, mas, antes, o *senso moral* dos cidadãos”.²⁰ (grifos do autor)

A preocupação do legislador daquela época, em relação ao Direito Penal sexual, era a de criar um sentimento de repulsa em relação àquelas condutas que afrontassem a moral social, salvaguardando “os hábitos, os moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes.”²¹ Destarte, as normas jurídicas revestiam-se de uma elevada carga moralizante, uma vez que não havia a preocupação de diferenciar o Direito da Moral.

Muito embora tenham ocorrido modificações na legislação brasileira em 1969, com a edição do Decreto-Lei n. 1.004, que alterou o nome do Capítulo I do Título VI do Código Penal - de “Crimes Contra a Liberdade Individual” para “Crimes contra a Disponibilidade Sexual” -, importa mencionar que a legislação pouco avançou quanto a tutela dos crimes sexuais, que permaneceu atrelada ao exercício autoritário do poder, reinante na década de 1940, bem como “aos padrões insuficientes da repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sexuais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida.”²²

²⁰GUSMÃO, Chryspolito de. **Dos crimes sexuais**: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 82.

²¹SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 06 de janeiro de 2011.

²²SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 06 de janeiro de 2011.

Era latente a necessidade de se modificar a legislação brasileira, tanto em relação às normas jurídicas constitucionais quanto às infraconstitucionais. O Direito há muito havia se distanciado da Moral e as mulheres haviam conquistado seu espaço nos mais diversos ramos (trabalho, família, bancos escolares, política, etc.), já não havia mais razões, portanto, para se manter o prisma moral que revestiam as normas jurídicas da década de 1940. O contexto político do país também havia mudado. Com o fim do regime militar, em 1985, os brasileiros passaram a lutar pela democracia, exigindo eleições diretas e o reequilíbrio da vida nacional, “que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.”²³ Em 1985, o então Presidente da República, José Sarney, encaminhou mensagem ao Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional n. 26, com a proposta de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte que, instalada em meados de 1987, elaborou a nova Carta Constitucional Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988²⁴.

Foi somente com a instalação do regime democrático que a disciplina dos crimes sexuais ganhou um novo enfoque. A novel Carta Magna trouxe em seu bojo direitos e garantias antes esquecidos. Em seu artigo 1º elencou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da nova ordem jurídica, arrolando entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º) a igualdade entre homens e mulheres (inciso I) e o direito à intimidade, à vida privada e à honra (inciso X). No capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, previu expressamente que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, § 4º). Destarte, os crimes contra os costumes tornaram-se incompatíveis com a nova normatização constitucional. A propósito, menciona Silveira:

A grande evolução percebida na evolução do Direito Penal sexual reside justamente no fato de se haver prescindido da carga moralizante que comportavam os delitos dessa ordem, informando

²³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. 3 t. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 81.

²⁴OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/fontes.pdf>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2011.

melhor o conteúdo e sentido de seus tipos penais, dando mesmo pista valiosa para a averiguação do bem jurídico protegido. O Direito hoje, fundado em um Estado Democrático de Direito, deve, sobretudo, se mostrar como protetor de liberdades. Entre elas, que se diga, da liberdade sexual. [...]”²⁵

As primeiras mudanças ocorridas em relação aos crimes sexuais ocorreram em meados de 2005. Por meio da Lei n. 11.106/2005 alguns artigos que já não correspondiam a evolução do pensamento da sociedade brasileira foram revogados e outros alterados. A principal inovação foi a revogação dos artigos que previam os crimes de sedução²⁶, todos as modalidades de rapto²⁷ e a causa de aumento de pena em razão de ser o agente casado²⁸, atualizando, assim, o “flagrante desrespeito à isonomia entre homens e mulheres” e “extirpando do Código Penal a expressão 'mulher honesta'.”²⁹

A despeito de ter o legislador brasileiro tentado “afastar a discriminação de gênero, dando novos contornos jurídicos igualitários em relação à mulher, visando coibir a exploração sexual infantil e eliminar outros dispositivos considerados ultrapassados”³⁰, certo é que o sistema penal pátrio continuou defasado. As normas jurídicas infraconstitucionais existentes já não correspondiam aos padrões comportamentais da sociedade brasileira do século XXI, afrontavam os direitos e garantias previstos na Constituição da República e

²⁵SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 141.

²⁶O crime de sedução correspondia ao artigo art. 217, que previa: “Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.”

²⁷O capítulo III, do Título VI, do Código Penal, que tratava especificamente dos crimes de rapto, possuía quatro artigos, que assim previam: “Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos”; “Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: Pena - detenção, de um a três anos”; “Art. 221 - ? diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família”; “Art. 222 - Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime.”

²⁸A causa de aumento de pena citada correspondia ao art. 226, inciso III, do Código Penal, que assim previa: “Art. 226 - A pena é aumentada de quarta parte: [...] III - se o agente é casado.”

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Penal: parte especial II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 35.

³⁰GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 129.

mostravam-se desatualizadas, inclusive quanto à proteção dos bens jurídicos, uma vez que o “foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente [...], mas sim a tutela da sua dignidade sexual.”³¹

Somente com a edição da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, a legislação brasileira pertinente à matéria sexual ganhou novos contornos, compatíveis, enfim, com o Estado Democrático de Direito. Extinguiu-se a antiga e inadequada terminologia “Crimes Contra os Costumes”, modernizando-se o tratamento dispensado aos crimes sexuais, agora denominados “**Crimes Contra a Dignidade Sexual**”.

A respeito da nova tutela penal dos crimes sexuais, Nucci esclarece que o novo regramento

[...] busca proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.³²

Fruto de reivindicações antigas, a Lei n. 12.015/2009 veio atender aos anseios da comunidade brasileira que há muito tempo esperava a modificação da legislação em relação aos delitos de ordem sexual que, além de desatualizados em relação a termos e enfoques, não atendia mais a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento da sexualidade na atualidade, em especial quando tais crimes eram dirigidos contra crianças e adolescentes.³³

³¹GRECO, Rogério. **Adendo**: Lei 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Editora Impetus, 2009. Disponível em: <<http://benitesjuridico.files.wordpress.com/2009/09/rogerio-greco-adendo-cel-prisao-l-12-012.pdf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2010.

³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.14.

³³SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 06 de janeiro de 2011.

Grandes foram as modificações trazidas pelo novo regramento, sobretudo em relação à proteção dos chamados “vulneráveis”³⁴. No entanto, cita-se, para fins de exemplo, outras alterações produzidas pela citada Lei: a) junção, em um só dispositivo legal (atual art. 213 do CP), dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o qual prevê ambas condutas delitivas num só tipo penal; b) modificação do sujeito ativo do crime de estupro, que pode ser praticado tanto pelo homem quanto pela mulher; c) criação do tipo penal autônomo previsto no art. 217-A do Código Penal, o chamado “estupro de vulnerável”, que pôs fim à antiga presunção de violência; d) nova formatação do crime previsto no art. 218-B do Código Penal, eliminando-se qualquer referência à antiga denominação “corrupção de menores”; e) modificação na titularidade da ação penal, que, de acordo com o atual art. 225 do Código Penal, é de ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de dezoito anos ou pessoal vulnerável e condicionada à representação nos casos previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal.

Além dessas modificações, a Lei n. 12.015/2009 também trouxe salutar mudança na Lei n. 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, abolindo a discussão antes existente a respeito de a forma simples dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor serem ou não consideradas hediondas. A partir de sua entrada em vigor, todas as formas de estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º e art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º todos do Código Penal) passaram a ser consideradas hediondas (art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90).

Muito mais do que a tutela da liberdade e dignidade sexual, a novel legislação veio consolidar os princípios e garantias estampados na Constituição Federal de 1988, de forma a igualar homens e mulheres e a salvaguardar, de forma mais eficiente, aqueles que não possuem condições de exteriorizar validamente seu consentimento para a prática de atos sexuais.

³⁴Entende-se por “vulnerável” a pessoa incapaz de consentir validamente para o ato sexual (menores de catorze anos, enfermo ou deficiente mental), bem como a pessoa incapaz de oferecer resistência. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.36).

2 APLICAÇÃO DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO AOS CRIMES SEXUAIS

As mudanças legislativas ocorridas no Brasil ao longo do período analisado no presente trabalho³⁵, no que concerne aos crimes de natureza sexual, foram fruto das modificações dos valores da Sociedade a respeito dos comportamentos sexuais que mereciam a tutela penal do Estado. Como visto anteriormente, consideravam-se comportamentos perniciosos, a princípio, os atos sexuais que violassem a moral da sociedade, isto é, as condutas sexuais não adaptadas às conveniências e disciplinas sociais. Com o passar do tempo, tais comportamentos ganharam um novo significado, passando a dizer respeito às condutas sexuais que afrontassem à dignidade da pessoa humana. Foi, portanto, por meio da transformação dos valores sociais que o tratamento jurídico dispensado aos delitos de ordem sexual ganhou uma nova roupagem. Sobre o assunto, ensinam Greco e Rassi:

[...] cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é "certo" ou "errado" no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é "certo" ou "errado", "positivo" ou "negativo" na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.³⁶

Com efeito, as normas jurídicas correspondem àquilo que a sociedade considera importante em um determinado período. Por conseguinte, é a partir da valoração dada a determinados comportamentos (fatos), durante uma época específica, que as normas jurídicas se transformam e adquirem novos contornos. A respeito, esclarece Ferreira de Melo:

[...] toda norma jurídica revelará sua história, pois jamais uma delas surge do nada, mas sempre de um interesse, de uma necessidade, de um anseio, de uma utopia ou de manifestação de conjuntura política. O Direito é fenômeno cultural, contingenciado pela

³⁵De 1940, quando entrou em vigor o Decreto-Lei n. 2.848 – Código Penal, até o momento de composição do presente artigo, ou seja, setembro de 2011.

³⁶GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

experiência social e pelos juízos de valor. E por isso nada que se passa no mundo jurídico é sem história.³⁷

Nesse mesmo sentido, Peces-Barba³⁸ sustenta que o Direito, enquanto “fenômeno multidimensional”, deve ser analisado “a partir de múltiplas e numerosas perspectivas ou pontos de vista”, a partir dos quais se reconhece que o Direito é algo muito próximo a diversos aspectos de nossa existência. Com isso, quer-se dizer que o Direito, por ser “produzido pelos seres humanos no marco de diversas circunstâncias e contextos históricos”, possui “uma *vinculação circunstancial*” com o conjunto de realidades concretas no seio das que surge.” Por essa razão, o mencionado autor assevera que o “Direito é resultado desses contextos, das ideologias, dos interesses e conflitos predominantes nos mesmos” e que, por esses motivos, “varia em seus conteúdos em função das circunstâncias históricas e reflete as características dessas circunstâncias.”³⁹

Ao tratar dos direitos fundamentais do homem na obra *A Era dos Direitos*, Bobbio, na mesma linha de raciocínio acima exposta, assevera que os direitos do homem modificaram-se e continuam a se modificar, “com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” Em complemento, afirma que, em razão dessas modificações, aquilo “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”⁴⁰

O Direito, como afirma Reale, não é, portanto, “um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida

³⁷ FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 20.

³⁸ Todas as citações retiradas da obra do autor espanhol Gregorio Peces-Barba foram traduzidas livremente pela autora do presente texto.

³⁹ PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 16-18.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18-19.

humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas.” Por conseguinte, o Direito “é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade.”⁴¹

Por tudo isso, é possível perceber que a norma jurídica reveste-se de um núcleo axiológico que é fruto dos compromissos éticos eleitos por uma sociedade em determinado período e local. Nesse sentido, leciona Peces-Barba:

[...] o Direito é expressão de um sistema de valores, preferências, ideologias, que se expressam através desses modelos de comportamento. Por isso, afirma-se que nenhum sistema jurídico é neutro desde o ponto de vista axiológico. Por trás do Direito existem alguns determinados valores, que são os que precisamente pretendem materializar-se através das normas jurídicas. E o Direito toma posição em relação a esses valores quando os juridifica. Nesse sentido se tem afirmando que o Direito é estruturalmente moral [...]⁴²

Em decorrência dessa vinculação, o Direito não pode se dissociar da realidade valorativa na qual está inserido e deve buscar entre suas finalidades a segurança jurídica, a justiça e o progresso social.⁴³

Para que a norma jurídica seja plenamente válida, além dos aspectos formais (consistente na observância das regras técnicas), ela deve corresponder às conveniências axiológicas, que só poderão ser observadas se as normas jurídicas guardarem correspondência com os princípios que prescrevem os comprometimentos éticos da sociedade.⁴⁴ Ferreira de Melo explicita que, para a norma jurídica ganhar um mínimo de adesão social voluntariamente obedecida, ela depende menos de sua aceitação formal e mais de sua validade material, a qual, segundo o autor, significa a “qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário à eticidade das relações humanas.”⁴⁵ A propósito, ensina o autor:

⁴¹REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 123.

⁴² PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 19.

⁴³REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 33.

⁴⁴FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Ética e Direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11. 2006. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

⁴⁵FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 15-16.

Tenho insistido em meus escritos que, vista do mirante da Política do Direito, a validade das normas jurídicas é questão que vai além do que pretende o normativismo lógico, pois tem este o entendimento de que a norma será válida se os ritos que a legitimam e também se estiver em harmonia com disposição normativa superior que a autorize. Mas esta é simplesmente a validade formal que pode garantir a vigência da norma mas não necessariamente sua eficácia.

Assim tenho sustentado que igualmente importante é a validade material da norma que há de ser buscada pela sua capacidade de adequar seus fins ao sentimento e à idéia do justo e do socialmente útil (validade ética), bem como apresentar-se como expectativa segura de certa conduta em uma relação legítima de pretensão x prestação (validade funcional).

Considerar a importância da validade material faz com que percebamos que a perda da eficácia de uma norma jurídica possa se dar por motivos outros que não apenas os decorrentes de questões técnicas como a derrogação ou a dessuetude.⁴⁶

Em decorrência, Reale menciona que o discurso da validade do direito pode ser extraído sob três perspectivas: *vigência*, *eficácia* e *fundamento*. A primeira, entendida como “obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos”; a segunda, como “efetiva correspondência social ao seu conteúdo”; e a terceira, por fim, como “valores capazes de legitimá-las numa sociedade de homens livres.”⁴⁷

A preocupação do presente trabalho cinge-se à análise da eficácia e do fundamento das normas jurídicas, posto coadunaram-se melhor a sua validade material - sem apego ao seu aspecto meramente formal -, assim como por terem mais afinidade com a tríade proposta por Reale, que emprega tais termos de acordo com uma concepção sociológica.

O conceito de eficácia empregado neste artigo limita-se, portanto, à efetividade social da norma jurídica⁴⁸, que se refere, como dito alhures,

⁴⁶FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 56.

⁴⁷REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

⁴⁸“Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Rui Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. [...]” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.)

[...] ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao "reconhecimento" (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.⁴⁹

Conceituando o termo, Peces-Barba afirma que uma norma pode ser considerada *eficaz* "quando os destinatários da mesma ajustam efetivamente suas condutas ao modelo de conduta estabelecido na norma", o que significa dizer, em outras palavras, que a eficácia da norma está ligada ao seu efetivo cumprimento pelos sujeitos aos quais é dirigida.⁵⁰

Sob essa perspectiva, se a norma jurídica corresponde "a integração de algo da realidade social"⁵¹, retirando do seio da sociedade os valores que lhe conferem eficácia e fundamento, quando as normas jurídicas, como produto cultural que são, deixam de integrar o conjunto de padrões de comportamento normais e admitidos em uma comunidade, isto é, quando a norma "deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser *revogada*, para nova solução normativa adequada"⁵². Isso significa que as normas jurídicas, quando se tornam obsoletas ou mudam o próprio sentido, em razão da transformação da realidade social, devem ser substituídas por novos regramentos compatíveis com a atualidade das tendências e inclinações da coletividade.

Foi, destarte, o que ocorreu com o regramento dos crimes de natureza sexual no Brasil. Como visto anteriormente, as normas jurídicas elaboradas na década 1940 não correspondiam mais a realidade da sociedade brasileira do século XXI e mostravam-se desatualizadas, inclusive quanto à proteção dos bens jurídicos. O antiquado título destinado à proteção dos crimes dessa ordem no Código Penal - *Crimes Contra os Costumes* - necessitava de modificações urgentes. A

⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

⁵⁰PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 27.

⁵¹REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.

⁵²REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 127.

Lei n. 12.015/09 veio transformar esse cenário, trazendo à baila soluções normativas mais adequadas.

O atual Título VI do Código Penal - Crimes Contra a Dignidade Sexual -, embora tutele bens jurídicos diversos daqueles da década de 1940, incide, em verdade, sobre a mesma "base de fato". Isso significa dizer que os fatos, em si, não mudaram, pois as condutas que exigem uma atuação positiva do Estado continuam sendo aquelas tidas como contrárias ao ordenamento jurídico⁵³. O que mudou então? O complexo de interesses e de valores da sociedade, isto é, as "intenções de valores" que incidem sobre aquela "base de fato". Em outras palavras, significa dizer que a modificação ocorrida na legislação brasileira em relação aos delitos sexuais é fruto da incidência de novos valores que conferem significações diversas àqueles mesmos fatos. E é em razão desta nova valoração fática que decorre o surgimento das normas jurídicas.

Ao descrever sua teoria tridimensional, Reale assinala que os três elementos – fato, valor e norma – estão sempre interligados, sendo que a correlação existente entre eles é de natureza funcional e dialética, formando-se a partir da "implicação-polaridade" existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo."⁵⁴

Sob esta perspectiva, a norma jurídica nada mais é do que a medida integradora dos outros dois elementos (fato e valor), que surge a partir da incidência de um complexo de interesses ou valorações sobre determinado fato.⁵⁵ "As regras de

⁵³Ao conceituar o vocábulo *fato*, Reale explicita: "[...] Põe-se, desde logo, como momento de um processo, um elo no encadeamento dos atos humanos, quer em função de atos anteriores, quer em razão de dados da natureza. Em *O Direito como Experiência*, dedico atenção especial ao conceito de "fato no direito", mostrando que ele envolve tanto *aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas que adquire significado "inter homines"* (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), *como aquilo que intencionalmente é feito e se refere "ad alios"*. "Fato" é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao particípio passado *factum*, de *fieri* (acontecer), como de *facere* (fazer)." (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94-95)

⁵⁴REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

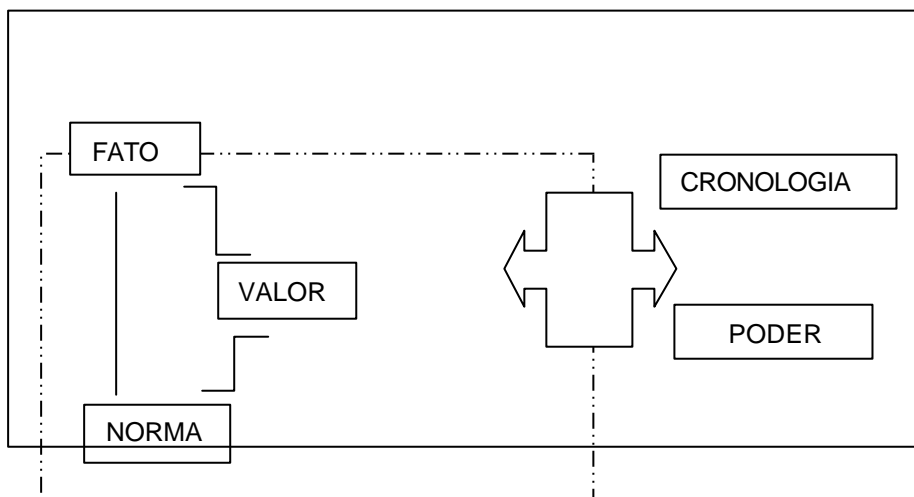
⁵⁵REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.

direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser.”⁵⁶ Em complemento, ensina Reale:

[...] o mundo jurídico é formado de contínuas “intenções de valor” que incidem sobre uma “base de fato”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência de Poder.

A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*latu sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. [...] ⁵⁷

Para facilitar a compreensão, reproduz-se, abaixo, o Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale)⁵⁸ como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (e com composição gráfica de Fábio Schlickmann):



Explicando semelhante representação gráfica, Reale afirma:

Fácil é perceber que esse gráfico serve para mostrar que uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma

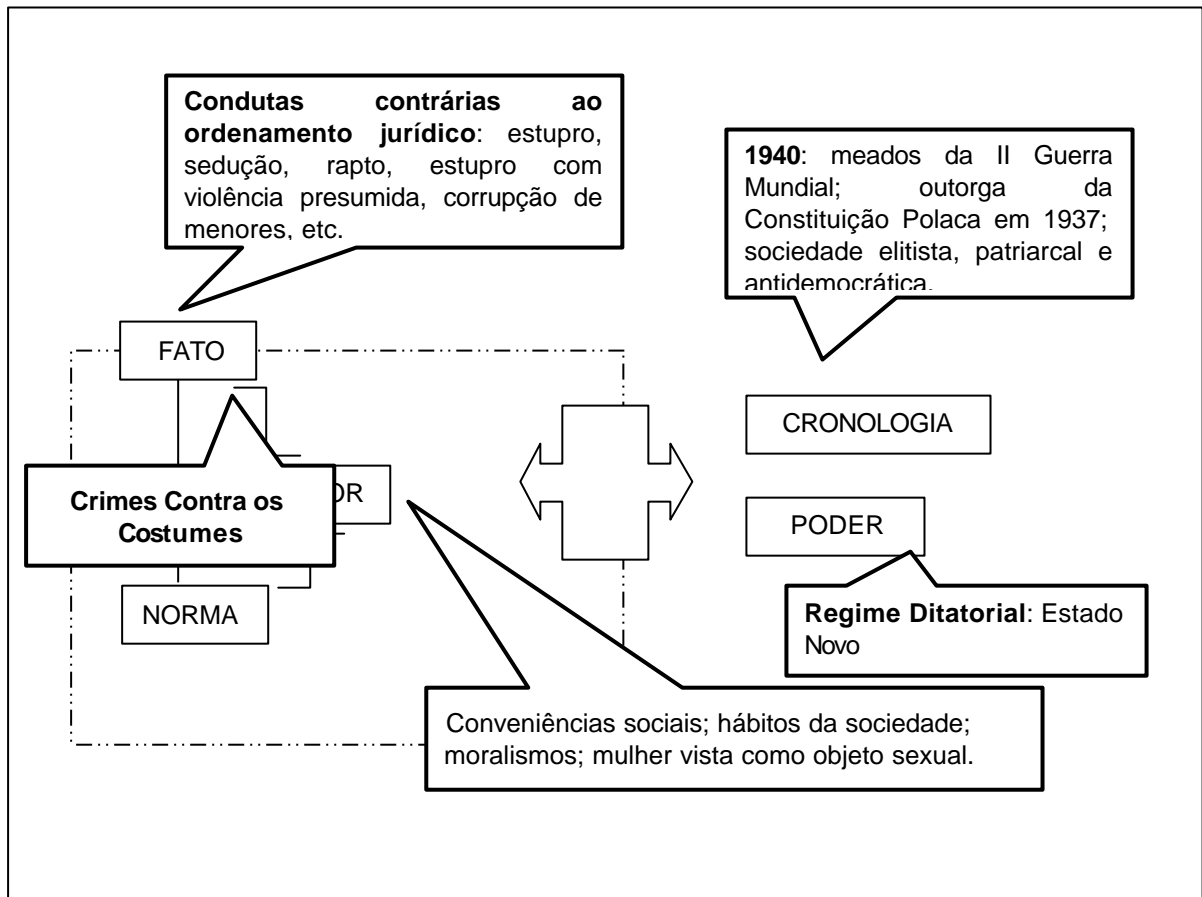
⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79.

⁵⁷REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.

⁵⁸A partir de REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

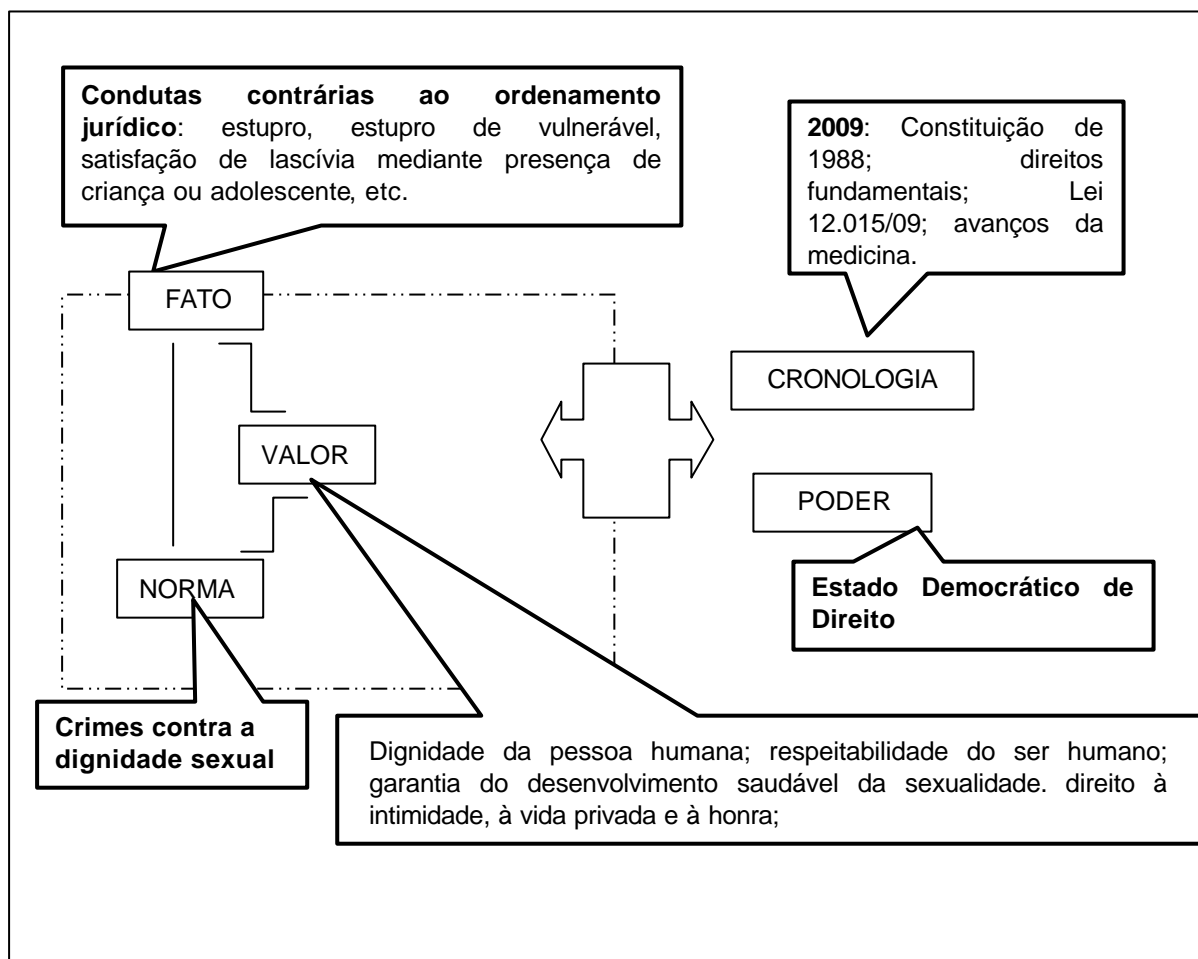
tomada de posição perante *atos* sociais, tendo-se em vista a realização de determinados *valores*.⁵⁹

A disciplina legal dos crimes sexuais, tal como concebida no Código Penal de 1940, teria o seguinte aspecto se aplicada ao supracitado Gráfico:



Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/09, a disciplina legal dos crimes sexuais passou a ter a configuração que segue:

⁵⁹REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 101.



Da análise dos gráficos acima expostos é possível observar que as variantes “cronologia” e “Poder/poder” incidentes sobre os elementos *fato*, *valor* e *norma*, possuem potencial influência sobre a sistemática da Teoria Tridimensional, uma vez que atuam como fatores constitutivos da realidade social.

Com efeito, as mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos setenta anos, em relação aos crimes de natureza sexual, decorreram não somente da evolução do pensamento da sociedade, mas também em razão das transformações que ocorreram em outros segmentos sociais, como a política e até mesmo a ciência.

Não há dúvidas de que a mudança do Estado Ditatorial para o atual Estado Democrático de Direito acarretou diretamente a transformação da apreciação das autoridades acerca da matéria, o que ocasionou, por sua vez, a eleição de novas vias normativas a partir da conveniência e oportunidade daqueles que passaram a produzir as normas jurídicas.

A par disso, as modificações legislativas acompanharam também os avanços da ciência, em especial, da medicina que, em relação aos delitos sexuais, evoluiu em relação ao estudo da virgindade, da morfologia do hímen, dos transtornos da sexualidade, entre outros. Para ilustrar a importância do desenvolvimento médico-científico a respeito do assunto, cita-se, para fins meramente exemplificativos, as mudanças ocorridas em relação ao homossexualismo. Inicialmente visto pela psiquiatria como "doença degenerativa da sociedade"⁶⁰, o relacionamento sexual entre pessoas do mesmo gênero foi tratado como patologia. A propósito, elucida Trevisan:

Numa tese de 1928, defendida na Faculdade de Medicina de São Paulo, o médico-legista Viriato Fernandes Nunes alertava: "Toda perversão sexual atenta violentamente contra as normas sociais." E exigia rigor na repressão, pois se "esses criminosos (pederastas) têm perturbadas as suas funções psíquicas", a sociedade não pode permitir-lhes "uma liberdade que eles aproveitariam para prática de novos crimes". Ora "o homossexualismo é a destruição da sociedade, é o enfraquecimento dos países"; se ele "fosse regra, o mundo acabaria em pouco tempo" — acrescentava outro médico-legista, Aldo Sinisgalli.⁶¹

Por essas razões, o homossexual era considerado um "degenerado sexual, contra o qual o Estado devia se defender". Em decorrência, a medicina desenvolveu diversos tratamentos para esse tipo de "doença", como o transplante de testículos ou ovários, o eletrochoque, a castração, entre outros.⁶² Somente em 1993, quando foi retirado do Catálogo Internacional de

⁶⁰PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). **Iniciação científica**: destaques 2007. v. 1. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p. 321.

⁶¹TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 185.

⁶²PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). **Iniciação científica**: destaques 2007. v. 1. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p. 365-366.

Doenças da Organização Mundial de Saúde, o homossexualismo deixou de ser considerado uma doença, passando a ser tratado como um dos estados da sexualidade humana.⁶³

Embora o homossexualismo nunca tenha sido considerado crime no Brasil, certo é que, a partir do novo tratamento dispensado a ele pela Medicina, é que o Direito evoluiu quanto ao seu uso. Como resultado, o homossexualismo passou a ser tratado à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Como se pode notar o desenvolvimento da Medicina influenciou, ainda que indiretamente, a produção legislativa e atuou como uma das variantes de “poder” incidentes sobre os elementos fato e valor, produzindo efeitos, por consequência, na elaboração das normas jurídicas.

Em última análise, levando-se em consideração o exposto no decorrer do presente trabalho, pode-se concluir que a compreensão do Direito não pode se limitar a uma visão setorializada da realidade social, avaliando-se isoladamente o que “há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do direito”⁶⁴. O Direito deve, ao contrário, dedicar-se ao estudo dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos, de maneira contemplativa do todo. É a lição de Reale:

É, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante, para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade, que, somente elas, lhe podem dar real valor.⁶⁵

⁶³TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 383.

⁶⁴REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

⁶⁵REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 07.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, é possível afirmar que a evolução da legislação brasileira em relação aos crimes sexuais, conforme se observa no Gráfico Sinóptico da Teoria Tridimensional do Direito (de Miguel Reale) como Instrumento de Percepção Jurídica concebido pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, é resultado das transformações da realidade histórico-cultural do Brasil nos últimos setenta anos. Isso porque, foi a partir das experiências sociais, culturais e políticas experimentadas pela comunidade brasileira que as normas jurídicas foram, aos poucos, revestindo-se da validade material necessária à efetiva correspondência social ao seu conteúdo.

Não é diferente o entendimento de Ferreira de Melo na conclusão da obra *Ética e Direito*⁶⁶:

Pode-se dizer, em conclusão, que o Direito, entendido como fenômeno cultural, ou seja, como realidade referida a valores, tem por compromisso permanente a busca da segurança jurídica, da utilidade social (bem comum) e da justiça. Embora os dois últimos objetivos sejam comuns à Ética, evidentemente não podemos confundir o conceito de norma jurídica com o de norma ética, pois que, embora ambas tenham as características básicas da bilateralidade, só a norma jurídica é imperativo-atributiva e exigível. Disso sabemos todos. Mas é preciso ressaltar que só podemos atribuir a uma norma jurídica validade plena, se, além dos aspectos formais de que trata com rigor a dogmática jurídica, houver aquela conveniência axiológica de que nos fala Reale. E tal validade material da norma jurídica só poderá ser observada se esta guardar correspondência com os princípios que prescrevem comprometimentos éticos.

Finalmente importa reconhecer que, embora nem todo discurso justificativo de critérios e normas possa constituir-se em verdade, fica-nos a convicção de que os objetivos traçados por uma política-jurídica comprometida com os valores éticos, podem servir, se não de trilhos, mas certamente de trilhas, para o balizamento de uma caminhada utópica e responsável rumo ao devir esperado.

⁶⁶FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Ética e Direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11. 2006. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

Em última análise, pode-se asseverar que a experiência jurídica brasileira em relação aos delitos de ordem sexual, compreendida à luz da Teoria Tridimensional do Direito, traz à tona a existência de um novo paradigma, que deflui da idéia global e congruente da compreensão do Direito a partir da integração de fatos e valores. Isso significa dizer, em outras palavras, que as mutações factuais, axiológicas e normativas, desenvolvidas no tempo e no espaço analisados no presente trabalho, influenciaram reciprocamente a conjectura nacional sobre a compreensão social e humanística do Direito, ocasionando, por conseguinte, a transformação da legislação pátria em relação aos delitos de natureza sexual.

Destarte, a compreensão da evolução legislativa brasileira, no que tange aos delitos sexuais, derivou de uma reflexão fundada na análise da *tensão* existente entre os elementos *fato*, *valor* e *norma*, da qual resultou “o momento normativo, como solução superadora e integrante dos limites circunstanciais de lugar e de tempo”⁶⁷. Por tudo isso, as normas jurídicas relativas aos crimes aqui estudados só podem ser compreendidas quando os fatos e valores que condicionaram o seu surgimento forem considerados como parte integrante de um sistema no qual eles são elementos indissociáveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶⁷REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

DIAS, Bartira Soldera. Análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais à luz da teoria tridimensional do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. **Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940)**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Ética e direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11. 2006. Disponível em:

<<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/420/362>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2011.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

Fundamentos da Percepção Jurídica, 2010, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Plano de ensino. Itajaí: 28 de julho de 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Adendo**: Lei 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em:

<<http://benitesjuridico.files.wordpress.com/2009/09/rogerio-greco-adendo-celprisao-l-12-012.pdf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2010.

GUSMÃO, Chryspolito de. **Dos crimes sexuais**: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DIAS, Bartira Soldera. Análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais à luz da teoria tridimensional do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

NORONHA, Magalhães E.. **Direito penal**. 4 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1969.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal: arts. 218-A e 218-B introduzidos pela Lei n. 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 32-57.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/fontes.pdf>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2011.

PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del Derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). **Iniciação científica**: destaques 2007. v. 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. p. 313-392.

DIAS, Bartira Soldera. Análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais à luz da teoria tridimensional do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito** - para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTO, M. E.; ESPÍRITO SANTO, Davi do; FERREIRA DE MELO, Júlio César. A teoria tridimensional do direito: Ferramenta Aplicada à Análise da Progressão de Regime de Cumprimento de Pena segundo a Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos. **Revista Eletrônica Direito e Política** (Online), v. 3, p. 105-124, 2008.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 253 de 13 de setembro de 2004**.

Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 06 de janeiro de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. 3 t. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo Direito Penal Sexual: a moral e a questão da honestidade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito penal: parte especial II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. Cap. 1. p. 135-162.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.