

Direito penal e ética sexual

PEDRO VAZ PATTO*

Ao abordar a questão das relações entre direito penal e ética sexual, e ao considerar as ideias hoje em dia predominantes a esse respeito (entre nós e nos países da nossa área cultural e que mais nos influenciam), não pode deixar de vir em evidência a ideia, quase indiscutível, de que as exigências dos princípios que regem um Estado de Direito Democrático suporiam, da parte do Estado e do sistema jurídico-penal em particular, a opção por uma postura «agnóstica» ou relativista em matéria de ética sexual. O «divórcio» entre o direito penal e a ética sexual surge na sequência de um percurso histórico e doutrinal que adiante analisaremos. Com este trabalho, propomos uma postura algo diferente. Sem negar todos os pressupostos desse percurso e sem discutir os princípios em que assenta o Estado de Direito Democrático, partindo até desses mesmos princípios, afigura-se-nos que as normas de direito penal podem, e devem, reflectir opções éticas relativas ao âmbito da conduta sexual.

Não ignoramos que a nossa proposta, por contrariar uma opinião tão generalizada e influente, pode parecer algo temerária e ousada. Pode, por outro lado, entender-se que encontra obstáculos no direito positivo vigente, assente em opções legislativas nitidamente influenciadas pela corrente dominante. Veremos, porém, que a análise dos preceitos vigentes na sua objectividade (a *mens legis*) pode conduzir-nos por caminhos algo diferentes daqueles para que apontaria a análise da intenção do legislador concreto e historicamente considerado (a *mens legislatoris*).

* Juiz de Direito.

«Divórcio» entre direito penal e ética sexual?

Detenhamo-nos, por ora, na análise do percurso histórico e doutrinal que conduziu à situação de aparente ruptura entre o direito penal e a ética sexual.

Não poderíamos deixar de assinalar, a este respeito, por um lado, como autêntico *locus classicus*, a abundantemente citada opinião de STUART MILL¹: «o único propósito para cuja prossecução pode ser exercido recatadamente o poder sobre qualquer membro da comunidade civilizada contra a sua vontade é o de impedir danos a outros... o seu próprio bem físico ou moral não é justificação bastante... sobre si mesmo, sobre o seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano».

Serve, por outro lado, de marco histórico frequentemente referido como tal² o célebre relatório Wolfenden, que, no final dos anos 50, concluiu pela defesa da revogação das normas penais que no Reino Unido puniam a homossexualidade e a prostituição, com base no princípio, tantas vezes citado, de que não deve ser punida a conduta sexual entre adultos, em privado e livremente consentida³.

Não pode, assim, servir o direito penal de instrumento para a imposição coactiva de uma qualquer moral privada. É expoente qualificado desta postura H. L. HART⁴.

Esta seria uma exigência de um Estado de Direito Democrático, laico e pluralista.

Para FIGUEIREDO DIAS⁵, ao Estado falece legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais ou para tutelar a moral ou uma certa moral. Deve caber ao direito penal uma função exclusiva de protecção de bens fundamentais da comunidade e das condições básicas necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

¹ Cit., entre outros, por RUI CARLOS PEREIRA, *Liberdade Sexual na Reforma do Código Penal*, Sub Justice, 11, Janeiro-Junho 1996, pg. 41, e JOSÉ ANTÓNIO RAMOS PASCUA, *Promoción Activa e Imposición Coactiva de la Moral, Examen da la Postura de H.L.Hart*, Anales de la Catedra Francisco Suarez, n.º 18/1998, pg. 449.

² Ver, entre outros, RUI CARLOS PEREIRA e JOSÉ ANTÓNIO RAMOS PASCUA, *op. e loc. cit.*

³ Ver, por exemplo, *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pg. 247.

⁴ Ver, entre outras obras, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963.

⁵ Ver *Direito Penal e Estado de Direito Material (Sobre o Método, a Constatação e Sentido da Doutrina Geral do Crime)*, Revista de Direito Penal, n.º 31, Janeiro-Junho, 1981, Rio de Janeiro.

Impõe-se, por isso, a descriminalização onde subsiste algum «tónus» moralizante do direito penal. Os princípios da subsidiariedade e da necessidade do direito penal levam a que só seja passível de criminalização a conduta «externo-social» violadora de bens jurídicos como «interesses socialmente dominantes».

Para CLAUS ROXIN⁶, o Estado, que se baseia na soberania popular, não prossegue qualquer finalidade divina ou transcendente, não tem por função corrigir moralmente pessoas maduras, mas apenas garantir as condições vitais da vida em comunidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana. Tutela bens valiosos para todos como a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade.

Segundo RUI CARLOS PEREIRA⁷, do princípio da dignidade da pessoa humana deriva a necessidade de respeito pela sua autonomia ética e o direito «a escolher entre uma vida saudável e desregrada, entre uma vida de trabalho e ociosa, e até entre a vida e a morte, desde que, em todos os casos, não provoque danos a outras pessoas».

De uma forma mais especificamente relativa ao âmbito que nos ocupa, e – em nosso entender – particularmente significativa, por ser aqui bem clara a ruptura entre o direito penal e quaisquer princípios de ética sexual, exprime-se KARL NATSHERADETZ⁸. A intervenção do direito penal supõe a ocorrência de um dano social e este não se confunde com a imoralidade de uma conduta, a ofensa de valores ético-sociais ou o facto de essa conduta se afastar do padrão de comportamento socialmente dominante. Em sociedades altamente diferenciadas e abertas à mudança não é possível encontrar um consenso alargado a respeito de quais os comportamentos valiosos no âmbito da sexualidade. A inexistência de uma valoração global unitária da sexualidade, socialmente partilhada, de uma moral sexual social, não coloca de modo algum em risco a convivência social numa sociedade tolerante e pluralista, constituindo a sexualidade humana, devido à sua importância vital e às virtualidades que reveste para o desenvolvimento das potencialidades do homem e a sua auto-realização, um dos domínios privilegiados de manifestação da liberdade individual. A convivência social é perfeitamente compatível com

⁶ Ver *Sentido e Limites da Pena Estatal, in Problemas Fundamentais do Direito Penal* (tradução portuguesa), Lisboa, 1986.

⁷ Ver *op. cit.*, pg. 43.

⁸ Ver *O Direito Penal Sexual, Conteúdo e Limites*, Coimbra, 1985.

a coexistência de concepções restritivas ou extensivas da sexualidade e com práticas ascéticas, utilitaristas, hedonistas ou quaisquer outras na vida sexual⁹. Porque o direito penal se deve limitar à protecção dos pressupostos indispensáveis para a auto-realização humana no seio da convivência social pluralista, aproximando-se de garantias das próprias condições biológicas de sobrevivência da sociedade, não é legítimo que ele se pronuncie sobre as diversas opções e sentidos que os cidadãos conferem à vida sexual.

Reflexos práticos da ruptura entre direito penal e ética sexual.

A liberdade como único valor a proteger no âmbito da conduta sexual

Dos princípios expostos decorre um movimento progressivo no sentido da descriminalização de quaisquer condutas, eventualmente imorais em determinada perspectiva, que não causem danos a terceiros (a homossexualidade ou o incesto, por exemplo, condutas cuja punição, de qualquer modo, não corresponde à tradição jurídico-penal portuguesa).

Mais genericamente, afasta-se do âmbito da tutela penal a moral sexual em si mesma (traduzida em conceitos e expressões como «bons costumes», «pudor público» ou «sentimentos gerais da moralidade sexual»).

Significativamente, a reforma do Código Penal português operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, deixou de qualificar os crimes sexuais como crimes contra os «fundamentos ético-sexuais da vida em comunidade» (o que havia sido objecto de críticas por sugerir que com as incriminações em causa se pretendia proteger uma certa visão da moral sexual) e passou a considerá-los como crimes contra as pessoas e, mais especificamente, como crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais¹⁰.

A liberdade é, pois, o único valor a proteger penalmente no âmbito da sexualidade. E é assim porque a liberdade individual é um pressuposto imprescindível da convivência social, que abarca diversos domínios, entre os quais o da esfera sexual assume particular relevância¹¹.

⁹ É sobretudo este postulado que nos parece questionável na sua peremptoriedade e em atenção a todas as suas consequências, como veremos adiante.

¹⁰ Abandonando, assim, qualquer «concepção moralista», na expressão do próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95.

¹¹ Assim, KARL NATSHERADETZ, pg. 141.

Nos crimes de violação e de coacção sexual o bem jurídico protegido é, pois, e apenas, o da liberdade sexual.

O abuso sexual de menores ou incapazes como crime contra a autodeterminação sexual

Os crimes de abuso sexual de crianças ou adolescentes são encarados, de acordo com os pressupostos referidos, como crimes contra a autodeterminação sexual. É nítido, a este respeito, o esforço doutrinal para dar esta configuração a este tipo de crimes, prescindindo de quaisquer referências a princípios de ética sexual, de uma forma que nos parece – como veremos – algo forçada e até incongruente.

Para KARL NATSHERADETZ¹², não se trata de pretender que a juventude interiorize valores morais de conduta sexual, mas antes de preservar os jovens de certos estímulos sexuais até que eles sejam capazes de decidir por si próprios, e no sentido que entenderem, a conduta a adoptar face a tais estímulos. Protege-se, assim, uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida. Para Teresa Beleza¹³, trata-se de proteger a liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão, para aí se poder exercer plenamente a liberdade sexual.

Pode, porém, questionar-se se os crimes em questão têm necessariamente por consequência o limite da capacidade de livre escolha no futuro e se, não o tendo necessariamente, pode a gravidade desses crimes (reflectida na gravidade das molduras de penas correspondentes, que reformas penais mais recentes de resto acentuam) decorrer apenas dessa possibilidade.

Para FRANCISCO MUNOZ CONDE¹⁴, considerar os crimes sexuais contra menores e incapazes como crimes contra a liberdade é um «eufemismo» porque não se pode lesar nem aquilo que ainda não existe (no caso dos menores), nem aquilo que não existe nem existirá (no caso dos incapazes). Poderia apenas configurar-se, e no que se refere aos menores, um crime de perigo abstracto.

Ainda nem acolher quaisquer critérios de ética sexual, pode mais facilmente ser configurado o bem jurídico protegido por estes crimes

¹² Ver *op. cit.*, pg. 153.

¹³ Ver *A Revisão da Parte Especial na Reforma do Código Penal*, in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, A.A.F.D.L., 1998.

¹⁴ Ver *Derecho Penal, Parte Especial*, Valência, 1996, pg. 176.

como o desenvolvimento harmonioso das crianças e jovens. Tratar-se-ia, então, de proteger os menores das graves perturbações psíquicas que este tipo de condutas lhes pode acarretar, mais do que proteger a sua liberdade ou autodeterminação. O desvalor típico do abuso sexual de menor não residiria tanto na não consensualidade do acto, mas sobretudo na sua precocidade, como factor potencialmente prejudicial para a equilibrada maturação da sua personalidade. Chegou mesmo a propor-se a qualificação destes crimes como «crimes contra a integridade psíquica»¹⁵.

Para FIGUEIREDO DIAS¹⁶, estaríamos perante crimes de perigo abstracto porque a Lei presume que as condutas em questão prejudicam gravemente o livre desenvolvimento da personalidade do menor. Seria, porém, questionável, no plano da política legislativa, a validade absoluta desta presunção (o que fazem juristas e cultores das ciências do homem e da sociedade em geral) «nas condições sociais hodiernas, nomeadamente de pública e maciça 'sexualização' do quotidiano».

De acordo com MUNOZ CONDE¹⁷, porque não haveria dados seguros e racionais a respeito dos perigos em questão (quando não há uso de violência), e porque a situação dos incapazes não encontra cobertura na justificação proposta, estaríamos perante o reflexo de um consenso não escrito (um «tabu» não justificável racionalmente) a respeito do valor da «intangibilidade» ou «imunidade» sexual dos menores e incapazes.

Daí a defender que se justifica apenas a punição de actos sexuais de adultos com menores quando há utilização de violência (a «violência real» e não a «violência presumida»), até em nome da liberdade sexual destes, vai um passo¹⁸.

Um passo que nos parece perigoso e contrário às exigências do sentido jurídico-penal comum, particularmente sensível à gravidade destes factos (ressalvando o que de exagerado pode resultar da manipula-

¹⁵ Ver, a respeito da Itália, ANTONIANA GALLO, *La Tutela della Persona nella Recente Legge sulla Violenza Sessuale all'Epilogo di un Travagliato Cammino Legislativo*, Rivista Internazionale di Diritto e Procedura Penale, ano XL, 1997, pg. 1177 e nota 27.

¹⁶ Ver *Comentário Conimbricence ao Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, pgs. 541 e 542.

¹⁷ Ver *op. cit.*, pg. 179.

¹⁸ Ver, sobre a questão, GIANLUIGI PONTI e ISABELLA MERZAGORA, *Sessualità, Cultura e Diritto*, in *I Delitti Sessuali*, ao cuidado de Giacomo Canepa e Marco Lagazzi, Pádua, 1986, pgs. 42 e 43.

ção emotiva própria de certa comunicação social), o que se reflecte na agravação generalizada e recente das penas correspondentes a estes crimes. Parece-nos que este perigo será de todo afastado apenas se se abandonar o «dogma» da separação absoluta entre direito penal e ética sexual.

Outros reflexos práticos da concepção dominante

Em nome da concepção que vimos analisando, procura-se eliminar das regras de interpretação quaisquer resquícios de outras visões tidas por «moralistas».

A interpretação do conceito de «acto sexual de relevo» (a que recorrem vários dos tipos de crime previstos no capítulo V do Código Penal português depois da revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), por exemplo, haverá de ser determinada em função da liberdade de determinação sexual, ao contrário do conceito de «atentado ao pudor» da versão anterior desse código (que apelava a juízos valorativos da moral sexual dominante), conceito que em muitos casos aquele veio substituir¹⁹.

Restringe-se a interpretação do conceito de «acto exibicionista» (a que é relativo o tipo de crime do artigo 171.º do Código Penal depois da revisão operada pelo referido Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) às situações de perigo de que aos actos em questão se siga a prática de actos sexuais que ofendem a liberdade de determinação sexual da víti-

¹⁹ Ver, neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., pg. 449.

Contra, SERGIO MANUEL ALVES DOS REIS (*Crimes Sexuais, Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra, pgs. 11 e 12), para quem o relevo do acto sexual depende da ofensa, em grau elevado, do sentimento de timidez e vergonha diante de condutas sexuais, comum à generalidade das pessoas numa determinada época e local. É em função da violação desse sentimento que se determinaria o «relevo» do acto em questão, não em função do maior ou menor grau de violação da liberdade sexual. A utilização casuística deste último critério levaria inevitavelmente a confundir a «relevância» do acto com o maior ou menor grau de resistência da vítima. De qualquer modo, o bem jurídico tutelado não deixa de ser o da liberdade sexual, desde logo porque se o acto for consentido não há crime.

Também MUNOZ CONDE (ver *op. cit.*, pgs. 180 e 181) entende que a interpretação do conceito de «acto sexual de relevo» supõe o recurso a juízos valorativos. Embora o valor juridicamente protegido seja o da liberdade sexual, e não o da moral sexual, essa protecção deve integrar-se num contexto valorativo de regras que disciplinam o comportamento sexual das pessoas.

ma, excluindo os actos que afectam simplesmente o «pudor» ou a «moralidade» de outrem²⁰.

Contesta-se a legitimidade material da punição da actividade profissional ou com intenção lucrativa de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição (que decorre do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal, na versão dada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro), ou mesmo a punição dessa actividade quando se «exploram situações de abandono ou de necessidade económica» (punição que decorria da versão do Código Penal anterior à referida Lei n.º 65/98). Estaríamos, em qualquer destes casos, perante um «crime sem vítima» e perante a protecção de um bem jurídico transpessoal. Mesmo nas situações de «abandono» e de «necessidade económica», a pessoa não está numa situação que a prive de poder decidir-se livremente pelo exercício da prostituição²¹.

Contesta-se também a legitimidade material de uma incriminação específica e distinta dos actos homossexuais com menores, como a que se verifica no artigo 175.º do Código Penal²². De acordo com COSTA ANDRADE²³, é objectivo do direito penal sexual «privilegiar a liberdade e autenticidade da expressão sexual, como bem jurídico central dos crimes sexuais, e eliminar todas as formas de discriminação, tanto entre sexos, como entre formas de orientação sexual».

Questiona-se, por último, a constitucionalidade, ou a própria vigência, da legislação que, entre nós, sanciona a exibição pública da pornografia (o Decreto-Lei n.º 647/76, de 31 de Julho). RUI PEREIRA²⁴ não afasta a possibilidade de sancionar com coimas ou com o encerramento da actividade (não com penas públicas) a exibição pública de material pornográfico (com uma definição clara deste conceito) que possa afectar

²⁰ Ver, neste sentido, ANABELA RODRIGUES, *Comentário...*, cit., pg. 534.

²¹ Ver, neste sentido, ANABELA RODRIGUES, *Comentário...*, cit., pgs. 518 e 519, e Figueiredo Dias, *Código Penal, Actas...*, cit., pg. 258.

²² Ver, neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, *Comentário...*, cit., pg. 571, e RUI PEREIRA, *op. cit.*, pg. 46. Contestam tal legitimidade do ponto de vista constitucional TERESA BELEZA, *Jornadas de Direito Criminal, A Revisão do Código Penal*, vol. 1, C.E.J., 1996, pg. 181, e MOURAZ LOPES, *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal após a Revisão de 1985*, Coimbra, 1995.

²³ Ver *O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia*, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal e Legislação Complementar*, C.E.J., Lisboa, 1983, pg. 203.

²⁴ Ver *op. cit.*, pgs. 47 e 48.

o livre desenvolvimento sexual das pessoas, em especial das crianças. Porque o referido Decreto-Lei se socorre de conceitos de conotação moralista («pudor público», «moral pública»), deve entender-se que não se coaduna com a ordem axiológica constitucional que restringe, neste âmbito, a intervenção sancionatória do Estado à tutela da liberdade sexual. Não seria de excluir a revogação tácita da referida legislação pela revisão do Código Penal operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95²⁵.

O Estado de Direito Democrático e a ética sexual

É chegado o momento de expormos a nossa visão do tema em apreço.

Deve, antes de mais, ficar claro que partimos da aceitação plena dos princípios em que assenta o Estado de Direito Democrático. Estes princípios supõem a distinção entre o Direito e a Moral. E também temos sempre presente o princípio de que os valores éticos têm uma força intrínseca que deve, em regra e preferencialmente, dispensar o recurso à imposição coactiva, força que pode, e deve, penetrar livremente nas consciências sem esse recurso e com eventual auxílio da persuasão e do testemunho vital.

O próprio SÃO TOMÁS DE AQUINO afirmava que a lei humana «não proíbe todos os vícios dos quais se abstêm os virtuosos, mas apenas os mais graves; aqueles que a maior parte da multidão pode evitar, e sobretudo os que prejudicam os outros, sem cuja proibição a sociedade humana não poderia sustentar-se»²⁶. Essa lei proibiria o homicídio, o roubo e outros males semelhantes, e não todas as condutas imorais, para evitar males maiores.

Hoje, poderemos considerar um «mal maior» a imposição coactiva da moralidade por si mesma, sem uma justificação ligada a interesses sociais. Trata-se de colocar uma barreira ao perigo do totalitarismo à tentativa de invasão estadual do domínio das consciências, com todos os malefícios que daí advêm, até para a autenticidade da própria Moral.

Não nos parece aceitável, à luz destes princípios, a tese de PATRICK DEVLIN²⁷ exposta a propósito da publicação do célebre relatório Wolfen-

²⁵ Ver, neste sentido, MOURAZ LOPES, *op. cit.*, pgs. 58 e 59.

²⁶ in *Summa Theologica*, 1-2, q. 96. a.3, *cit.* por JOSÉ ANTÓNIO RAMOS PASCUA, in *op. cit.*, pgs. 447 e segs.

²⁷ Ver *The Enforcement of Morals*, Londres-Oxford, 1965.

den. Para DEVLIN, toda a sociedade pressupõe certa comunidade de ideias políticas e morais sem as quais seria impossível a sua sobrevivência. O enfraquecimento dos laços morais seria o primeiro passo para a desintegração social, razão pela qual não se poderia restringir *a priori* a intervenção do Direito na moral privada. Qualquer imoralidade causaria um dano público porque seria capaz de ameaçar a existência da sociedade.

Não nos parece de aceitar esta tese desde logo porque a referida barreira à invasão estadual do foro privado deixaria de existir. A sociedade cuja integração e unidade devemos proteger com os mecanismos próprios do Estado de Direito Democrático é hoje necessariamente uma sociedade pluralista (distinta de outras que possam ser regidas, por exemplo, de acordo com os cânones do fundamentalismo islâmico).

Assim, não nos parece legítimo punir condutas como a homossexualidade, apenas porque repugnam à maioria da população²⁸. A legitimidade de uma intervenção penal não pode depender apenas da força da maioria.

No entanto, e deixando claros estes pressupostos, também não nos parece que dos princípios que regem o Estado de Direito Democrático resulte a necessidade do completo neutralismo do Estado, e também do direito penal, em matéria de ética sexual.

Se devem distinguir-se os planos do Direito e da Moral, não pode ignorar-se que há zonas de intersecção entre ambos. O homicídio e o furto são actos simultaneamente imorais e criminosos. Assim também a violação, por exemplo. A consideração da violação como crime não pode abstrair da sua valoração no plano da ética sexual.

Os bens jurídicos a proteger pelo direito penal não se confundem apenas com necessidades de ordem material. Não pode ignorar-se a relevância ética desses bens²⁹. Essencial é que essa protecção se revele, de acordo com os princípios da necessidade e da subsidiariedade, impres-

²⁸ Questão diferente é a atribuição do estatuto de «família» às uniões homossexuais, com as consequências que daí possam derivar no plano jurídico-civil ou da política social. A família é a célula fundamental da sociedade, que garante a sua renovação e o crescimento harmonioso das novas gerações, e esta função não pode obviamente ser realizada pelas uniões homossexuais. Uma completa neutralidade do Estado a este respeito não é, assim, possível.

²⁹ Ver, sobre a questão, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, 1995, pgs. 83 e 84.

cindível para a própria subsistência da sociedade, porque estão em causa bens que para esta revestem natureza estrutural e constitucional.

Não nos parece aceitável uma contraposição rígida entre a moral pública e a moral privada, como se entre elas não houvesse raízes unitárias comuns ou pontos de contacto. E não nos parece que todos os princípios de ética sexual sejam desprovidos de relevância social. A actividade sexual é eminentemente relacional e supõe a alteridade. A sociedade e a sua renovação assentam no tipo de união sexual que se institucionaliza na família^{30/31}.

Como afirma JOSÉ ANTÓNIO RAMOS PASCUA, não pode afirmar-se à partida que a conduta ofensiva da moral dita privada é desprovida de consequências sociais. Importará, sim, ponderar se a danosidade social a ela inerente supera, ou não, a danosidade que pode resultar da intervenção coactiva do Estado³².

Mas quais são os princípios de ética sexual que, num Estado de Direito Democrático, podem ter relevância na intervenção estadual em geral e particularmente na intervenção jurídico-penal do Estado?

Há que partir do pressuposto de que a democracia não se reduz a regras processuais nem implica o relativismo ético.

Como proclama lapidarmente o artigo 1.º da Constituição da República, Portugal é um Estado de Direito Democrático *assente na dignidade da pessoa humana*. E diz-se, por outro lado, no início do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março (que procedeu à revisão do Código Penal): «A tendência cada vez mais universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípio basilar das sociedades

³⁰ Sobre a questão da conexão entre a desestruturação familiar e a criminalidade (questão que não analisaremos nesta sede), podem ver-se FRANCIS FUKUYAMA, *A Grande Ruptura. A Natureza Humana e a Reconstituição da Ordem Social* (tradução portuguesa), Lisboa, 2000, e GERTRUDE HIMMELFARB, *Uma Sociedade Desmoralizada: As Experiências Britânica e Americana* (tradução portuguesa), Nova Cidadania, n.º 2, Outubro de 1999, pgs. 6 e segs.

³¹ Afirmou João Paulo II, em 29 de Novembro de 1982, aos participantes na Assembleia Nacional Italiana sobre Moralidade Pública: «... existe uma conexão causal entre a condescendência, muitas vezes desejada, em relação à licenciosidade pública e a difusão de fenómenos anormais, como a violência, a delinquência, a falta de confiança na legalidade e a falta de controlo dos impulsos mais irracionais. Mais do que qualquer outra forma de regime, a democracia exige perspicaz sentido de autodisciplina, rectidão e medida em todas as relações sociais».

³² Ver *op. cit.*, pgs. 461 e segs.

modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado, imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana.»

A dignidade da pessoa humana implica, de acordo com a máxima kantiana tão amplamente partilhada, a recusa da sua instrumentalização e que a mesma seja tratada como *fim* em si mesma, e não como *meio*.

O respeito da dignidade da pessoa humana exprime-se de modo particularmente relevante no âmbito da conduta sexual. Tal respeito implica a consideração do outro não como objecto de prazer e de gozo hedonístico, mas como destinatário de um amor desinteressado³³.

Este princípio de ética sexual não deixa de ter óbvias repercussões sociais. A gravidade de crimes como os de violação, coacção sexual ou abuso sexual de menores justifica-se e compreende-se porque está em causa a violação deste princípio, porque a vítima é reduzida a objecto de prazer, e assim ferida na sua dignidade.

Não pode, por isso, aceitar-se a ideia de que a convivência social numa sociedade pluralista é compatível com qualquer visão da sexualidade. Uma visão hedonista, utilitarista e antipersonalista da sexualidade, levada às últimas consequências, pode conduzir à prática de crimes como os referidos e, nessa medida, pôr em causa os fundamentos basilares dessa convivência social.

Em nome da defesa e promoção deste princípio de tutela da dignidade da pessoa humana justificam-se opções do Estado em matéria de ética sexual. É legítimo, por exemplo, que os programas oficiais de educação sexual sejam inspirados por esse princípio. Não se trata de uma opção contrária ao pluralismo democrático, mas, pelo contrário, motivada pelo valor em que, de acordo com a Constituição, assenta a própria democracia.

No âmbito do direito penal, a intervenção estadual inspirada pelas implicações personalistas no âmbito da ética sexual não põe em causa, por razões óbvias, o princípio da congruência entre os bens jurídicos

³³ Uma concepção personalista da ética sexual pode ver-se em KAROL WOYTLA, *Amor e Responsabilidade* (tradução portuguesa), Lisboa, 1999 (em especial pgs. 11 e segs.), e *El Don del Amor. Escritos sobre la Familia* (tradução castelhana), Madrid, 2000.

protegidos pelo direito penal e a ordem jurídico-axiológica constitucional. Não se trata de proteger um sistema de moral sexual por si só, ou apenas porque se trata do sistema tradicionalmente partilhado pela maioria. O bem jurídico protegido não é a ética sexual como tal. O bem jurídico protegido (de natureza pessoal, e não transpessoal) é a dignidade da pessoa humana, com a consideração das implicações dessa dignidade no âmbito da ética sexual.

Esta concepção não se traduz numa opção arbitrária por uma visão da ética sexual em detrimento de outras que numa sociedade pluralista com ela possam entrar em conflito. Em torno dessa opção é possível obter um consenso alargado, tão alargado como aquele em que assentam os próprios princípios basilares da Constituição. Não se trata da consagração dos costumes tradicionais como tal. Não atinge a crítica de KARL NATSHERADETZ³⁴, segundo o qual «os costumes sexuais não constituem o produto de uma análise consciente e racional acerca das necessidades de protecção social, resultando a existência de um controlo social da sexualidade da persistência de concepções e atitudes irracionais a que a decisão legislativa deve ser alheia». Trata-se de uma opção com fundamento racional, baseada no reconhecimento pelo Estado de um valor objectivo e suprapositivo.

Em nosso entender, só esta visão, e não a que postula a necessidade de neutralismo estadual no âmbito da ética sexual, permite projectar verdadeiras políticas de prevenção de crimes sexuais³⁵ ou programas de reeducação³⁶ de delinquentes sexuais. Não compreendemos como tal seria possível partindo de um pressuposto de neutralismo ético. A não ser que fosse seguido de forma estrita o chamado *modelo médico*. Se é certo que em muitas das situações se justifica uma intervenção de tipo psicoterapêutico, esta não será suficiente quando estão em causa comportamentos livres e responsáveis.

³⁴ Ver *op. cit.*, pg. 145.

³⁵ Sublinha este aspecto FERNANDO MANTOVANI, *I Delitti Sessuali: Normativa Vigente e Prospettiva di Riforma*, Iustitia, ano XLIII, 1, Janeiro-Março de 1989, pgs. 19 e segs.

³⁶ De acordo com as concepções dominantes, também para salvaguardar a neutralidade ética do Estado, seria mais correcto falar em «reinserção social». Mas não nos parece que, neste âmbito, esteja em causa apenas uma questão de inserção social, alheia aos valores éticos em jogo. A reeducação deve, isso sim, ser apenas *proposta*, e não *imposta*.

Os crimes de violação e coacção sexual e a dignidade da pessoa humana

Como já salientámos, nos crimes de violação e coacção sexual é ferida gravemente a dignidade da pessoa humana, reduzida a mero objecto de prazer.

Parece-nos que não se pode prescindir desta consideração de ordem ética para justificar e compreender a gravidade destes crimes. O desvalor que em si encerram não é traduzido de forma suficiente pela consideração de que se trata de um atentado à liberdade de determinação sexual. Se estivesse em causa apenas esta liberdade, não se compreenderia a gravidade da punição (gravidade que as reformas legislativas mais recentes não atenuam, antes acentuam) em confronto com outros atentados à liberdade em domínios também relevantes, como os da liberdade de consciência ou da liberdade de deslocação em todas as suas dimensões, ou em confronto com as restrições à liberdade sexual na sua dimensão positiva.

A consideração da gravidade destes crimes também supõe a rejeição de certas concepções da sexualidade. Não se compreende verdadeiramente o dano provocado por estes crimes a partir de uma concepção banalizada ou superficial da actividade sexual, vista como uma simples e anódina actividade orgânica. Está em causa, nestes crimes, a perversão de um relacionamento que, numa visão personalista, deveria estar associado a um profundo investimento afectivo e a uma radical doação pessoal. Sem esta consideração, não se compreende a gravidade do dano em questão.

Os crimes de abuso sexual de menores e incapazes e a dignidade da pessoa humana

Como já atrás referimos, é comum (e é essa a opção da versão vigente do Código Penal português) qualificar os crimes de abuso sexual de menores como crimes contra a autodeterminação sexual.

Parece-nos forçada esta qualificação. Quase se diria que só um apriorismo ideológico a ela conduz. Para justificar e compreender a gravidade destes crimes, há que considerar, também aqui, a dignidade da pessoa do menor (ser particularmente inocente e indefeso), reduzido a objecto de prazer. A punição justifica-se independentemente da eventual limitação da capacidade futura de autodeterminação sexual da vítima. Essa

limitação pode verificar-se, mas não necessariamente, ou pode não ser sequer previsível, mas não é este facto que anula, ou necessariamente reduz, a gravidade do crime.

Mais aceitável seria considerar que está em causa a protecção do desenvolvimento psicologicamente saudável e equilibrado dos menores (independentemente de ser afectada no futuro a sua capacidade de autodeterminação sexual). A prática judiciária revela claramente as perturbações psíquicas que para o menor podem resultar deste tipo de condutas³⁷.

Mas, mesmo assim, importa considerar que a punição se justifica independentemente desse tipo de perturbações e não é a circunstância de tais perturbações não se verificarem, ou não serem sequer previsíveis, que necessariamente anula a gravidade do crime.

Não estamos, pois, perante um crime de perigo abstracto³⁸. Se estivessemos, não se justificaria, em nosso entender, uma punição tão severa.

Por outro lado, a consideração dos danos que o abuso sexual pode provocar no desenvolvimento do menor não pode abstrair da relevância ética do comportamento sexual numa postura de neutralidade a esse respeito. É a iniciação precoce da actividade sexual de uma forma perversa, com a instrumentalização do menor como objecto de prazer, desligada de componentes afectivas e de doação pessoal, que, sobretudo, pode perturbar o desenvolvimento equilibrado do menor e privá-lo de uma visão saudável e positiva da sexualidade.

É, ainda, o respeito pela dignidade da pessoa que justifica a punição nos crimes de abuso sexual de pessoas mentalmente incapazes de opor resistência (ver o artigo 165.º do Código Penal português). Não o é a limitação da capacidade futura de autodeterminação (que não se verifica), nem o é a possibilidade de ocorrência de danos de natureza psíquica (que também não se verificarão necessariamente). E não estamos perante um resquício de um preconceito irracional que reclamaria a protecção da «intangibilidade» e da «imunidade sexual» de pessoas mentalmente incapazes³⁹.

³⁷ Ver, sobre esta questão, UMBERTO GATTI, *Il Minore Vittima di Violenza Sessuale, in I Delitti Sessuali...*, cit., pgs. 133 e segs. e a bibliografia aí referida.

³⁸ Ver *supra*, neste sentido, FIGUEIREDO DIAS.

³⁹ Ver, *supra*, neste sentido, MUNOZ CONDE.

É à luz deste princípio que deve ser interpretado o conceito de «incapacidade de resistência» de que se serve o referido artigo 165.º Parece-nos aconselhável, para este efeito, não ignorar um outro conceito, utilizado na versão anterior do Código, que é o de «incapacidade para avaliar o sentido moral» da prática sexual em questão e de se «determinar de acordo com essa avaliação». É nestas situações que a prática sexual em causa se traduz na «coisificação» da vítima⁴⁰.

A prostituição e a dignidade da pessoa humana

À luz do princípio da protecção da dignidade da pessoa humana, pode justificar-se a punição de quem explora o, ou se serve do, exercício da prostituição por outrem.

Estamos perante a mercantilização da pessoa e do seu corpo, também aqui reduzidos a objecto de prazer⁴¹.

De acordo com a concepção que defendemos, o bem jurídico protegido não é o da moralidade sexual social⁴², nem estamos perante um «crime sem vítima». O bem jurídico protegido é o da dignidade da pessoa que se prostitui (ou se vê forçada a prostituir-se) e é esta a vítima do crime em questão (a vítima, e não o seu agente).

Porque é essa dignidade que está em causa, não vemos qualquer ilegitimidade, na perspectiva da ordem axiológica constitucional, nessa punição.

E é assim porque partimos do postulado da indisponibilidade de um núcleo essencial dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os valores em causa, na sua objectividade, sobrepõem-se, no que se refere a esse núcleo fundamental, à própria autonomia da pessoa. É essa indisponibilidade que, antes de mais, justifica a punição do auxílio ao suicídio, da eutanásia ou do consumo e tráfico de drogas⁴³. E é essa indisponibilidade que limita a relevância do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude penal (ver o artigo 38.º, n.º 1, do Código Penal português).

⁴⁰ Ver, neste sentido, SÉNIO ALVES, *op. cit.*, pgs. 40 e 41.

⁴¹ Ainda que a punição se restrinja aos casos de exercício forçado da prostituição, não pode ser ignorado este princípio, como se estivesse em causa apenas, e sem mais, a liberdade da pessoa, ou a protecção contra a exploração económica.

⁴² Ao contrário do que sustenta SÉNIO ALVES (*op. cit.*, pgs. 67 e 68).

⁴³ E também pode justificar a ilicitude da violação absoluta, ainda que consentida, da intimidade da vida privada em concursos televisivos.

Para além disso, no caso da prostituição, como sucede (por motivos diferentes entre si) com os casos referidos de suicídio, eutanásia ou consumo de droga, é duvidoso (e perigoso) que se possa confiar em absoluto na autenticidade do eventual consentimento do ofendido. O ordenamento jurídico também não daria relevo ao consentimento em caso de escravatura, nem dá relevo a esse consentimento em caso de violação de direitos de trabalhadores dependentes. Não é abusivo equiparar estas situações ao do exercício da prostituição.

Que este tipo de considerações não é tributário de uma concepção anacrónica e inadaptada aos tempos actuais, revela-o a legislação sueca (país tantas vezes apresentado como na vanguarda do progresso social) que, desde Janeiro de 1999, pune, com pena de multa ou prisão até seis meses, a conduta do «cliente» da prostituição, em nome de um princípio geral de protecção da mulher e das pessoas em risco. «Tratar uma pessoa como uma mercadoria, mesmo com o seu consentimento, é um crime» – a afirmação é de Margaretha Winberg, ministra sueca para a igualdade entre os sexos⁴⁴.

Na mesma linha, a declaração da Comissão Social do Episcopado Francês de 4 de Dezembro de 2000⁴⁵, *L'Ésclavage de la Prostitution*, na sequência do que vem sendo defendido por organizações não governamentais que apelam à abolição da prostituição (não se resignando a uma eventual inevitabilidade do fenómeno) salienta-se o perigo da distinção entre prostituição «forçada» e prostituição «livre» (seria ingénuo e ilusório pensar que homens e mulheres escolhem livremente, e sem a pressão de necessidades extremas, o exercício da prostituição) e faz-se um apelo a que o século XXI seja o da erradicação progressiva da exploração sexual.

Se, pelas razões expostas, não pode ser negada à partida a legitimidade constitucional da intervenção jurídico-penal nos termos indicados, pode – é certo – discutir-se a oportunidade dessa intervenção à luz dos princípios da necessidade e da subsidiariedade do direito penal. Podem conceber-se intervenções restritivas de natureza não penal e podem, sobretudo, ser concebidas políticas de promoção e reinserção social das vítimas da prostituição. O que nos parece incompatível com o princípio

⁴⁴ *Cit.* por JEAN-LOUIS CLERGERIE, *L'Europe Silencieuse face à la Prostitution*, in *La Croix*, 5 de Julho de 2001, pg. 26.

⁴⁵ Ver *LA CROIX*, 5 de Dezembro de 2000, pg. 4.

constitucional da protecção da dignidade da pessoa humana é qualquer tipo de intervenção que implique a consagração legal desta prática como se de qualquer outra profissão se tratasse (a exemplo do que actualmente se verifica, ou é oficialmente proposto, em países como a Holanda, a Alemanha ou a Bélgica).

A pornografia e a dignidade da pessoa humana

O princípio em que vimos baseando as nossas conclusões também nos permite encarar a pornografia como um atentado à dignidade da pessoa, reduzida a instrumento de satisfação hedonística.

Esta consideração começa por ser útil na própria definição (tantas vezes controversa) do conceito de pornografia. É quando a finalidade das publicações ou representações em causa se limita à utilização do corpo humano para tal tipo de satisfação que se pode falar em pornografia.

Restringir ou limitar a publicação de obras pornográficas não colide, por isso, com a liberdade de expressão do pensamento (não está em causa a expressão pura e simples de ideias, eventualmente contrárias à visão personalista da sexualidade, expressão que não pode deixar de ser livre) ou com a liberdade de criação artística (criação que supõe finalidades estéticas ausentes na pornografia). Poderá colidir apenas com a liberdade de iniciativa económica (pois é de uma actividade económica como qualquer outra que se trata).

Pode, assim, a pornografia ser encarada, antes de mais, como uma violação da dignidade das pessoas nela utilizadas. É clara a legitimidade constitucional da sua proibição, ou da punição dos responsáveis pela sua exploração, quando as vítimas são menores (independentemente dos danos psíquicos que para estes daí possam derivar). E também pode defender-se essa legitimidade com base na ideia da indisponibilidade da dignidade da pessoa humana.

Pode, também, ser justificada a proibição ou punição da exploração da pornografia com base na danosidade social dela decorrente e que se traduz no perigo de servir de incentivo à prática de crimes sexuais.

A este respeito, é conhecida a controvérsia em torno da interpretação dos dados empíricos conhecidos. Nos Estados Unidos, duas comissões, uma nomeada pelo Presidente Johnson, outra nomeada pelo Presidente Reagan, chegaram a conclusões opostas e, em ambos os casos, com

votos de vencido⁴⁶. Parece ser difícil abordar a questão de forma científica e ideologicamente isenta.

Prescindindo desses dados, FRANCESCO MANTOVANI⁴⁷ recorre a um raciocínio lógico-argumentativo deste tipo: a pornografia activa comportamentos sexuais violentos através de formas de sugestão, exaltação e incitamento (considerando os habituais mecanismos de identificação com modelos negativos e de resposta imitativa), uma vez que não se pode negar a proporcionalidade estatística entre o tipo de mensagem e o tipo de resposta (como o revelam fenómenos como a publicidade comercial e o domínio dos *mass media* pelos Estados totalitários), sendo a mensagem tanto mais interiorizada quanto mais intensa, prolongada ou unidireccional.

MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA⁴⁸, a propósito da pornografia, embora acabe por reconhecer que, na ausência de dados seguros, se deverá optar, em princípio e quando não estão em causa menores, pela não punição, questiona-se sobre se o incentivo à prática de condutas danosas não será, ele próprio, um dano social.

CLAUS ROXIN⁴⁹ defende a ilegitimidade da punição com base no carácter indirecto e demasiado longínquo da eventual danosidade social. Mas não será de admitir a restrição legal, ou mesmo a própria punição, apesar desse carácter indirecto e remoto do perigo, tendo em conta a particular gravidade das condutas em questão e considerando que há um verdadeiro incentivo (não um perigo criado involuntariamente)? Não se verifica também um perigo igualmente remoto em crimes contra a saúde pública, o ambiente ou a segurança rodoviária quando estão em causa bens particularmente valiosos? Pelo menos no caso da pornografia infantil, não será o carácter eventualmente remoto do perigo que servirá

⁴⁶ Ver, sobre a questão, NICOLE LAHAYE, *L'Outrage aux Moeurs*, Bruxelas, 1980, pgs. 89 e segs., e LUIGI ABBATE e FRANCO FERROCUTI, *Pornografia e Criminalità, in Criminologia y Derecho penal al servicio della Persona. Libro-Homenaje al Prof. António Beristain*, San Sebastian, 1989, pg. 175. Também é frequentemente citado um relatório oficial dinamarquês de 1966 que conclui pela inexistência de nexo causal entre o consumo de pornografia e a prática de crimes sexuais. Em sentido contrário, veja-se BRIAN CLOWES, *Los Efectos Daninos de la Pornografia*, in Internet, [www: vi-dahumana.org](http://www.vi-dahumana.org), e a bibliografia aí referida.

⁴⁷ Ver *op. cit.*, pgs. 25 e 26. MANTOVANI associa a proibição da pornografia às políticas de prevenção da criminalidade sexual.

⁴⁸ Ver *op. cit.*, pg. 157.

⁴⁹ *cit.* por MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, pg. 158.

de obstáculo à sua incriminação (com base na protecção das crianças utilizadas, mas também com base no perigo de incentivo à prática de crimes de que outras crianças possam vir a ser vítimas). No fundo, há que sopesar, por um lado, a gravidade e intensidade do perigo em questão e, por outro lado, a gravidade da limitação da liberdade, que não será, em nosso entender, particularmente relevante face a tal perigo.

Em conclusão, o princípio da protecção da dignidade da pessoa humana não exclui, à partida, a legitimidade de intervenções estaduais proibitivas no âmbito da pornografia. Pode, apenas, discutir-se a oportunidade da intervenção jurídico-penal com base nos princípios da necessidade e subsidiariedade dessa intervenção.

A compatibilização das liberdades

A respeito das relações entre o direito penal e a ética sexual, há um outro aspecto que importa considerar.

O Estado e o direito penal não podem, sem mais, impor uma sua escala de valores no âmbito da sexualidade. Ainda que possam ser neutros a esse respeito (e já vimos em que medida o deverão ser), não podem ignorar que os cidadãos e a sociedade em geral não são, nem têm de ser, igualmente neutros nesse âmbito.

Deve, assim, compatibilizar-se a liberdade de práticas sexuais por alguns consideradas imorais com a liberdade destes de não se verem confrontados, ou não presenciarem, condutas que possam chocar ou ofender essas suas concepções morais.

Já o próprio relatório Wolfenden, tantas vezes citado a propósito, defendia apenas a não punibilidade de condutas sexuais entre adultos, livremente consentidas e *em privado*.

Da mesma forma que se punem as atitudes ofensivas e ultrajantes em relação aos sentimentos religiosos de pessoas concretas, não em nome da defesa de qualquer religião, mas em nome da liberdade religiosa e da dignidade das pessoas ofendidas, também é legítimo punir as condutas públicas que possam chocar ou ofender as concepções morais de pessoas concretas no âmbito da sexualidade, não em nome da defesa de uma qualquer moralidade sexual social, mas em nome da liberdade dessas pessoas⁵⁰.

⁵⁰ Ver, neste sentido, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, pgs. 109 e 150.

Este princípio justificará a proibição ou punição da exposição pública da pornografia ou da publicidade da prática de actos de prostituição.

E é também à luz deste princípio que deve ser interpretada a definição do tipo de crime de exibicionismo constante do artigo 171.º do Código Penal português, na versão decorrente do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

Apesar da sua inserção sistemática na secção dos crimes contra a liberdade sexual, não nos parece de partilhar a opinião de que só seriam enquadráveis neste tipo de crime condutas que se traduzam em perigo de prática ulterior de actos atentatórios da liberdade sexual.

Na generalidade das situações de exibicionismo, não é intenção do agente a prática ulterior de algum desses actos nem a intimidação da vítima nesse sentido, não se verifica objectivamente esse perigo, nem o dano provocado na vítima se relaciona com o temor da prática ulterior de outro crime.

O que está em causa é a liberdade da vítima de não se confrontar com uma situação que, na perspectiva das suas concepções morais, a choca (é este o sentido da expressão «importunar» utilizada na definição do tipo de crime em causa).

Neste sentido, podemos dizer que se mantém a tutela do pudor: já não como tutela das concepções dominantes de moralidade sexual que dá origem a um crime público (o *pudor público*), mas como bem pessoal que dá origem a um crime semipúblico (o *pudor de outrem*)⁵¹.

Partindo do princípio acima exposto, segundo o qual a eventual neutralidade axiológica do direito penal em relação a certas condutas sexuais não pode levar a que este ignore que os cidadãos concretos não partilham, nem têm de partilhar, essa postura de neutralidade, é-nos mais fácil compreender a incriminação específica da prática da homossexualidade com menores (ver artigo 175.º do Código Penal português).

O legislador penal pode ser neutro em relação à homossexualidade, mas o comum dos cidadãos e o comum dos pais dos menores não o são, nem têm de o ser. A actividade homossexual de menores pode vir a influenciar o seu comportamento futuro (o seu «descaminho», para usar uma expressão de outros tempos) e os pais desses menores, enquanto

⁵¹ Ver, neste sentido, SÉLIO REIS ALVES, *op. cit.*, pgs. 72 e 73. Aí se afirma: «Não obstante o abandono de concepções moralistas anunciado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, o legislador não quis fazer tábua rasa do pudor das pessoas, deixando-o desprotegido e descriminalizando actos que o ofendam.»

responsáveis pela sua educação, podem considerar particularmente nocivo esse facto, precisamente porque consideram a homossexualidade eticamente reprovável. Não será abusivo pensar que isso continua a verificar-se na generalidade dos casos. O direito penal não pode ignorar esta situação.

Este facto pode justificar a incriminação específica da prática da homossexualidade com menores ou, independentemente dessa incriminação específica, pode justificar a consideração da natureza homossexual de um abuso sexual de menor como circunstância agravante de ordem geral.

Conclusão

Em conclusão, parece-nos poder afirmar que não se verifica uma ruptura absoluta entre o direito penal e a ética sexual num Estado de Direito Democrático.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em que assenta o Estado de Direito Democrático, tem reflexos no plano da ética sexual que podem ser social e juridicamente relevantes.

Não se trata de tutelar um sistema de ética sexual enquanto tal, mas de tutelar a dignidade da pessoa humana enquanto bem jurídico pessoal. Desta tutela decorrem opções éticas em matéria sexual a que o direito penal não pode ser alheio.

Esta visão (mais do que a visão segundo a qual estaria em causa apenas o respeito pela liberdade e autodeterminação sexuais) ajuda a compreender a justificação da gravidade da punição dos crimes de violação, coacção sexual e abuso sexual de menores e incapazes.

À luz deste princípio, não é de excluir à partida a legitimidade constitucional da proibição ou punição de actos de exploração da prostituição (em que é atingida a dignidade da pessoa que se prostitui, a qual deve ser encarada como vítima) ou de pornografia (em atenção à dignidade das pessoas, crianças ou adultos, nela utilizadas, ou à danosidade social em que se traduz o incentivo à prática de comportamentos sexuais de instrumentalização da pessoa, com o perigo de para tal se chegar a fazer uso da violência).

As políticas de prevenção da criminalidade sexual e de reeducação dos condenados pela prática de crimes sexuais não podem deixar de ser influenciadas pela opção ética referida.

Por outro lado, se o direito penal não pode impor, sem mais, uma escala de valores éticos relativos à sexualidade, não pode também igno-

rar que as pessoas a quem se dirige não têm que ter essa postura de neutralidade e têm o direito de não ser confrontadas com actos públicos que considerem ofensivos dos valores a que aderem. A actual punição do exibicionismo no Código Penal português reflecte a consagração desse princípio. Por outro lado, a incriminação específica da homossexualidade com menores pode justificar-se porque o direito penal não ignora que para a generalidade dos educadores dos menores a homossexualidade não é eticamente indiferente.